

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / CAUSAL DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / MODIFICACIONES UNILATERALES DEL CONTRATANTE IUS VARIANDI / IMPREVISIÓN SUJECCIONES MATERIALES IMPREVISTAS / RUBRO DE IMPREVISTOS EN EL CONTRATO ESTATAL

El Consorcio solicitó que se declarara que el IDU incurrió en el incumplimiento del contrato, en la violación del principio de planeación contractual, que causó la ruptura del equilibrio económico y que obró de manera exorbitante al realizar las modificaciones. Como consecuencia, solicitó que se impusiera condena por los intereses del pago tardío y por los mayores costos y gastos en que incurrió [...] La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido repetidamente que, en materia contractual, las entidades públicas están obligadas a respetar y cumplir el principio de planeación, en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos [...] En la jurisprudencia [...] se observó que el Decreto-ley 222 de 1983, respecto del contenido de los pliegos de condiciones, de manera expresa, impuso a las entidades públicas el deber de acatar el principio de planeación, “concretamente, en los contratos de obra pública, al ordenar la elaboración previa de los planos, proyectos, presupuestos y demás aspectos necesarios para la identificación del contrato a celebrar”. La Ley 80 de 1993, en su artículo 25, se refirió a las actividades de la debida planeación en la contratación, como expresión del principio de la economía, al amparo de lo cual se dio mayor fuerza e identidad del principio de planeación en toda la contratación estatal. Es importante hacer notar que la Ley 80 de 1993 dejó un mayor espacio a la posibilidad de adicionar los presupuestos, bajo ajustes a los diseños acordados en el curso de la ejecución del contrato [...] [E]l manejo presupuestal se hizo más flexible, pero a la vez, más exigente, desde la perspectiva de la cuantificación de posibles imprevistos o cambios en las condiciones del contrato. Con la expedición de la Ley 1150 de 2007 –que se cita a título ilustrativo, por cuanto es posterior a la celebración del contrato en sub lite- se fortaleció el principio de planeación, a través de las exigencias en el análisis y distribución de riesgos del contrato. En la misma Ley 1150 se derogó la expresión “además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado” del inciso segundo del artículo 3º, referido a los fines de la contratación estatal. Con el propósito de mostrar la evolución jurisprudencial, aunque es posterior a la celebración del contrato sub lite, la Sala considera procedente mencionar la sentencia C-300 del 25 de abril de 2012, en la cual la Corte Constitucional se refirió al principio de planeación en la contratación pública frente al estudio de las adiciones permitidas en el contrato de concesión por virtud del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, oportunidad en la cual declaró exequible de manera condicionada la norma demandada en cuanto permitía la adición de nuevas obras, sin embargo, en sus consideraciones, llamó la atención sobre la eventual conducta de los contratistas en el caso de los reconocimientos por el supuesto desequilibrio económico al amparo de la Ley 80 de 1993.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 25 / DECRETO 222 DE 1983 ARTÍCULO 84 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 4

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el desarrollo del principio de planeación en la contratación estatal, cita sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 29 de agosto de 2007, radicación 14854, así como también la sentencia de la Corte Constitucional C-300 de 2012. Sobre el derecho a pedir el restablecimiento de la ecuación económica del contrato, cita

sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; de 18 de marzo de 2015; radicación 33223.

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN / OBLIGACIONES DEL CONTRATO ESTATAL

Se puede afirmar que el principio de planeación en la contratación pública es bifronte, es decir, se traduce en una carga tanto para la entidad estatal como para el contratista, respecto de aquellos aspectos que compete definir a cada parte. La exigencia de obrar de acuerdo con el principio de planeación se predica en la formación del contrato y, de la misma forma, en la negociación de sus modificaciones y adiciones. Dentro del marco de la colaboración que compete al contratista, se encuentra igualmente sometido a respetar el principio de planeación, es decir, el contratista tiene la carga de analizar la suficiencia y consistencia de los estudios previos y de los precios presupuestados, en orden a definir su participación en la licitación y el contenido de su oferta; se entiende que es una carga, en el sentido de que el contratista no podrá desconocer los términos y condiciones que aceptó y mucho menos aquellos que negoció con la entidad pública. Es común que el contratista sea el encargado de elaborar los análisis de precios en forma consistente con los costos, en el caso de proponer las adiciones y modificaciones al contrato, de manera que, en ese evento, como concededor de la contratación en curso, se le exige definir con suficiencia los requerimientos de plazo y valor, por ello, respecto del contratista, se predica también la carga de planear adecuadamente las modificaciones, en orden a establecer los requerimientos sobre los cuales se construyen las obligaciones contractuales.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, cita sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, de 8 de noviembre de 2016, radicación 51192.

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / DIFERENCIA ENTRE LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / CARGA DE LA PRUEBA

[D]ebe advertirse que las fallas en la planeación del contrato pueden o no generar un incumplimiento, como por ejemplo, frente a la insuficiencia de recursos para atender oportunamente los pagos. Por otra parte, tal como lo ha sostenido esta Subsección, las causas del desequilibrio económico se configuran con independencia de que el contrato haya sido debidamente planeado y de que las partes se encuentren cumpliendo las obligaciones, el desequilibrio obedece a hechos imprevistos o previsibles pero superiores a los riesgos asignados, que generan la ruptura de la ecuación económica que se definió al momento de la celebración del contrato. Frente a las condiciones de equilibrio económico, se le impone al contratista la fuerza vinculante de sus negociaciones, especialmente cuando estuvo a su cargo la debida planeación de los montos y plazos requeridos para terminar la obra o gestión contratada, de manera que no podrá alegar posteriormente el hecho imprevisto que ya había ocurrido cuando impulsó los requerimientos y los nuevos análisis de precios, para modificar el contrato. Por último, en relación con la carga de la prueba, resulta útil reiterar que el método más adecuado para establecer y probar el desequilibrio económico debe partir de la identificación de la ecuación financiera de equilibrio contractual sobre la cual se estructuró el contrato y tiene que pasar por la comprobación de causas que se invocan y demostrar el efecto económico real sobre la ejecución del contrato. Para

acreditar la prueba del desequilibrio económico, no basta demostrar el incremento o la sobreejecución de una cuenta, la carga de la prueba implica cuantificar el impacto sobre la ecuación económica y sobre su ejecución, concretamente, en relación con las afectaciones financieras que soportó aquella parte que invoca el desequilibrio.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, cita sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, de 30 de agosto de 2017, radicación 37567.

CONDENA EN COSTAS / FIJACIÓN DE LAS AGENCIAS EN DERECHO

[S]e hace notar que bajo las reglas del Código General del Proceso, aplicables a este caso, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la que se imponen, toda vez que bajo el régimen actual la condena en costas se determina con fundamento en un criterio objetivo, en cuanto se imponen a la parte que fue vencida de conformidad con el artículo 365 del CGP. [...] Para fijar las agencias en derecho en el proceso ordinario que se tramita ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como es el presente caso, se debe tener en cuenta el Acuerdo No. 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura. [...] La complejidad y cuantía del sub lite en segunda instancia se puede apreciar por el contenido de la apelación, toda vez que, según se detalló en esta providencia, la parte actora cuestionó varios de los conceptos adoptados por el Tribunal a quo y, también, controvertió la apreciación de las pruebas. De la misma forma, está acreditado en el proceso que la demandada atendió los alegatos en segunda instancia, de manera detallada, rebatiendo todos los argumentos del apelante. Teniendo en cuenta, por otra parte, que en la primera instancia se fijaron agencias en derecho por la suma de \$6'365.367 equivalentes al 0.3% del valor de las pretensiones, considera la Sala que no resulta procedente incrementar las agencias en derecho de manera porcentual. Con fundamento en lo anterior, en atención a que el recurso de apelación será fallado en forma totalmente desfavorable al apelante, se fijará un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de esta providencia, como agencias en derecho por la segunda instancia, a cargo del demandante y en favor de la entidad demandada. Las costas se deberán liquidar de manera concentrada en la primera instancia.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 365 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 366 / ACUERDO NÚMERO 1887 DE 2003 EXPEDIDO POR EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 25000-23-36-000-2013-02029-01(59309)

Actor: CONSORCIO DESARROLLO URBANO Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Temas: *PRINCIPIO DE PLANEACIÓN* - el principio de planeación en la contratación pública es bifronte, es decir, se traduce en una carga tanto para la entidad estatal como para el contratista, respecto de aquellos aspectos que compete definir a cada parte y se predica en la formación del contrato y, de la misma forma, en la negociación de sus modificaciones y adiciones / *CARGAS DEL CONTRATISTA* – el contratista tiene la carga de analizar la suficiencia y consistencia de los estudios previos y de los precios presupuestados, en orden a definir su participación en la licitación y el contenido de su oferta, cuyos términos y condiciones no podrá desconocer posteriormente – puede estar sometido a la carga de elaborar y proponer los análisis de precios en forma consistente con los costos, en el caso de proponer las adiciones del contrato / *PRINCIPIO DE PLANEACIÓN E INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO* – las fallas en la planeación del contrato pueden o no generar un incumplimiento, como por ejemplo, frente a la insuficiencia de recursos para atender oportunamente los pagos / *EQUILIBRIO ECONÓMICO – CAUSAS DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO* - las causas del desequilibrio económico se configuran con independencia de que el contrato haya sido debidamente planeado y que las partes se encuentren cumpliendo las obligaciones, el desequilibrio obedece a hechos imprevistos que generan la ruptura de la ecuación económica que se definió al momento de la celebración del contrato / *EQUILIBRIO ECONÓMICO – PRUEBA DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO* - el método para establecer y probar el desequilibrio económico debe partir de la identificación de la ecuación financiera de equilibrio contractual sobre la cual se estructuró el contrato, tiene que pasar por la comprobación de causas que se invocan y demostrar el efecto económico real sobre la ejecución del contrato –*EQUILIBRIO ECONÓMICO – PRUEBA DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO*– no basta con acreditar el incremento o la sobre ejecución de una cuenta, la carga de la prueba implica cuantificar el impacto sobre la ecuación económica y sobre la ejecución del contrato, concretamente, en relación con las afectaciones financieras que soportó aquella parte que invoca el desequilibrio.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de enero de 2017, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

El Instituto de Desarrollo Urbano – IDU-¹ adelantó la licitación pública mediante la cual adjudicó el Contrato de Obra No. 127 de 2006 al Consorcio Desarrollo Urbano², cuyo objeto consistió en el mantenimiento y la rehabilitación de la malla vial del distrito capital, para la fase I del grupo 1, correspondiente a la zona de Engativá y Usaquén.

En desarrollo del contrato inicial y de sus adicionales, se priorizaron los tramos asignados para construcción y rehabilitación, los cuales, según narró el Consorcio, requirieron recursos por montos superiores a los inicialmente presupuestados por el IDU y le impusieron nuevas actividades de diseño, lo que llevó a una mayor permanencia en obra y a la sobreejecución del gasto administrativo.

El Consorcio solicitó que se declarara que el IDU incurrió en el incumplimiento del contrato, en la violación del principio de planeación contractual, que causó la ruptura del equilibrio económico y que obró de manera exorbitante al realizar las modificaciones. Como consecuencia, solicitó que se impusiera condena por los intereses del pago tardío y por los mayores costos y gastos en que incurrió.

2. La demanda

Mediante demanda presentada el 22 de noviembre de 2013, el Consorcio Desarrollo Urbano y sus integrantes³, en ejercicio de la acción contractual, solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas contra el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

¹ En adelante se podrá denominar: el IDU.

² En adelante se podrá denominar: el Consorcio.

³ El apoderado presentó poderes otorgados por: Cubides & Muñoz Ltda, Fundación Salvemos el Medio Ambiente, Zigurat Ingeniería S.A.S. y Civiproyectos Ltda, obrando como miembros del Consorcio. Igualmente acompañó la carta de información del consorcio, folios 314 y 315, cuaderno 1, mediante la cual se acreditó que los referidos integrantes conformaron el 100% del consorcio.

“5.1.1. Declárese que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU incumplió con su obligación de planeación y de entregar estudios definitivos que permitieran la estructuración de la oferta a cargo del CONSORCIO DESARROLLO URBANO y en ese sentido se ejecutará el contrato adjudicado.

“5.1.2. Declárese que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU alteró las condiciones del contrato en perjuicio del CONSORCIO DESARROLLO URBANO, de manera injustificada y sin tratarse del ejercicio de una exorbitancia de la administración.

“5.1.3. Declárese como consecuencia de las dos pretensiones anteriores, que INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU generó el rompimiento del equilibrio económico del contrato No. IDU-127 de 2006, en perjuicio del CONSORCIO DESARROLLO URBANO.

“5.1.4. Declárese que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU deberá reconocer los perjuicios ocasionados y en ese sentido indemnizar al CONSORCIO DE DESARROLLO URBANO por las sumas que debió cancelar e invertir en el objeto del contrato IDU 127 de 2006, por fuera de lo inicialmente pactado y en ese sentido incumplió con sus obligaciones contractuales.

“5.2. De Condena: Como consecuencia de las pretensiones anteriores sírvase condenar al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -.IDU, a reconocer las siguientes sumas de dinero:

“5.2.1. La suma de SETENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y UN PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS (\$ 79'279.971,68) por concepto del pago de intereses de las actas pagadas tardíamente por motivo de la constitución y trámite de **pasivos exigibles**, de conformidad con los fundamentos de derecho del presente documento.

“5.2.2. La suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y UN PESOS (\$466'588.461), por concepto de intereses de financiación, correspondientes a las corporaciones Financiamos y Banco de Occidente

“(..).

“5.2.3. La suma de DOS MIL CIENTO VEINTIUNO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS CON OCHO CENTAVOS (\$2.121'789.247.08) por concepto de mayores **gastos administrativos** erogados en razón a la mayor permanencia en obra en el contrato 127 de 2006, de conformidad con lo expresado en los fundamentos de derecho del presente documento.

“(..).

“5.2.4. PÁGUESE al CONSORCIO DESARROLLO URBANO la suma de **TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS**

DIECISÉIS MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS CON QUINCE CENTAVOS (\$398'916.937.15) por concepto de menor rendimiento de las actividades de ítems de **fresado**.

“(…).

“**5.2.5. La suma de TRESCIENTOS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$300'340.000)** por concepto de **transporte de equipos y maquinaria**.

“(…).

“**5.2.6. La suma de TRESCIENTOS ONCE MILLONES CIENTO SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS CON NOVENTA Y UN CENTAVOS (\$311.175.951.91)**, por concepto de **sobrecarreo de escombros**.

“(…).

“**5.2.7. La suma de TRESCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS CATORCE MIL TREINTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS (\$328.814.034.58)**, por concepto de **sobrecosto en el asfalto**.

“(…).

“**5.2.8. La suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y UN MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS CON SESENTA Y CINCO CENTAVOS (\$241.761.972.65)** por concepto de **vigilancia**.

“(…).

“**5.2.9. La suma de SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS UN MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$789.301.419)** por concepto de mayor **Señalización de obra**, según los precios aprobados.

“(…).

“**5.2.10. La suma de CUARENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDÓS MIL SEISCIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$45.622.629)** por concepto de **Señalización horizontal o demarcación pendiente de pago** y que fue solicitada con posterioridad.

“(…).

“**5.2.11. La suma de CIENTO CINCUENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y**

SIETE PESOS CON TREINTA Y UN CENTAVOS (\$152.283.897.31) por concepto de sobrecosto de **cemento**⁴ (la negrilla es del texto).

3. Hechos de la demanda

En la demanda, el Consorcio narró los siguientes hechos:

3.1. Previa licitación pública IDU-LP-DTM-028 de 2006, se suscribió el contrato No. 127 de 2006 entre el IDU y el Consorcio Desarrollo Urbano, cuyo objeto contractual consistió en las *“INTERVENCIONES INTEGRALES A LA MALLA VIAL LOCAL DEL GRUPO VIAL FASE 1, GRUPO 1 (LOCALIDADES DE USAQUÉN Y ENGATIVÁ)”*, por un valor inicial de \$17.577'375.952.

3.2. El contrato 127 de 2006 fue adicionado en cuatro oportunidades, en virtud de sendos acuerdos contractuales que incrementaron el plazo de ejecución de 14 a 26 meses y adicionaron el monto del contrato hasta llegar a un valor total de \$25.121'143.400.

3.3. Asimismo, y en relación con las adiciones al contrato referidas anteriormente, el objeto del Contrato No. 127 de 2006 fue modificado en ocho oportunidades mediante el mismo número de otrosíes.

3.4. El demandante explicó que, en el pliego de condiciones de la licitación pública, el IDU clasificó los tramos de acuerdo con las actividades que se debían adelantar -de mantenimiento o de rehabilitación- y especificó que en los segmentos priorizados como tramos rojos, que eran inicialmente los de menor cantidad, se requerían las actividades de diseño y construcción.

3.5. Según narró el demandante, por fallas del IDU en el deber de planeación se produjeron afectaciones y variaciones de importancia para el contratista, por la modificación de los tramos incorporados, los cuales en su mayoría quedaron asignados en los tramos rojos, modificación que se reflejó en el mayor tiempo en estudios y diseños, incremento de los tramos de rehabilitación y la mayor permanencia en obra.

⁴ La demanda fue subsanada mediante escrito que se tomó como base de la transcripción de las pretensiones, folios 172 a 213, cuaderno 1. Por razones de espacio, se omite la transcripción en detalle de la solicitud de reconocimiento de intereses que se presentó en cada una de las pretensiones de condena.

3.6. Especificó que, como consecuencia de la suscripción del otrosí No. 4 y de los contratos adicionales No. 1 y No. 2, durante el plazo comprendido entre el inicio del contrato (13 de marzo de 2007) y la fecha de suscripción del otrosí No. 4 (12 de octubre de 2007), transcurrieron siete (7) meses durante los cuales el Consorcio únicamente pudo ejecutar labores de mantenimiento y no de rehabilitación, a lo cual se le añadió que, con ocasión de la suscripción del otrosí No. 4, el contratista se vio obligado a realizar actividades de estudios y diseños no previstas inicialmente en el contrato, teniendo todo lo anterior como causa la falta de planeación por parte del IDU y la no entrega de los diseños para las actividades de rehabilitación.

3.7. El demandante indicó que puso de presente a la interventoría y al IDU las afectaciones ocasionadas, de acuerdo con lo que le expuso en las comunicaciones CDU-2155-08 de fecha 1 de octubre de 2008, CDU-2213-08 de fecha 14 de octubre de 2008, CDU-2265-08 de fecha 22 de octubre de 2008 y CDU-3439-08 de fecha 29 de mayo de 2009.

3.8. De igual manera, el demandante narró que puso de manifiesto a la interventoría que el área de las vías a diseñar aumentó en más del trescientos por ciento (300%) por encima de lo presupuestado y le evidenció las situaciones mencionadas (mayores tiempos para diseño en las vías del contrato, mayores tiempos de ejecución de las vías por metros cuadrados, mayores costos sociales, ambientales, tráfico, señalización y equipos).

3.9. Aseveró que, a pesar de que el párrafo séptimo de la cláusula tercera del contrato estableció una fórmula de ajuste que compensaba la variación de precios de los insumos asfalto y cemento, esta resultó insuficiente, toda vez que el ajuste que contemplaba no cubría la variación realmente presentada.

3.10. Expuso varios hechos referidos al contrato No. 120 de 2006, celebrado con otro contratista, en el cual el IDU aprobó la inclusión de nuevos precios unitarios para actividades que aceptó como no previstas en el pliego de condiciones, las cuales se negó a reconocer al Consorcio Desarrollo Urbano para la actividad de señalización o manejo de tráfico.

3.11. Según narró el demandante, el IDU, en una clara transgresión a los principios de planeación y de manejo presupuestal, dejó fenecer los recursos

apropiados para el Contrato No. 127, tal como se acreditó plenamente con el acta de fenecimiento No. 08 de fecha 31 de diciembre de 2007, proferida por la Subdirección Técnica de Presupuesto y Contabilidad del IDU.

3.12. Afirmó que en el Contrato No. 127 de 2006 se determinaron unos tiempos y una forma en la cual se harían los pagos, todo lo cual fue incumplido por el IDU.

3.13. Agregó que durante el desarrollo del contrato fue necesario realizar ajustes de obra, además de las actividades adicionales que surgieron como consecuencia del incumplimiento del contratante en su deber legal de planeación, lo anterior generó un desequilibrio económico para el contratista, puesto que se requirió un mayor capital de trabajo, lo que le ocasionó una descapitalización; afirmó que el contratista tuvo que asumir la financiación tanto de las actividades contractuales como de las adicionales, producto de la dilación del IDU en realizar los pagos.

3.14. Finalmente, el demandante reseñó que el 9 de septiembre de 2011 se realizó el acta de liquidación del Contrato No. 127, suscrita por todas las partes, en la cual el contratista dejó constancia de las salvedades a que hubo lugar, discriminadas en el numeral 5 del acta correspondiente, bajo el título de: *“Constancias por parte del Contratista”*.

4. Actuación procesal

4.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda mediante auto de 17 de marzo de 2014⁵; según consta en el expediente, la Procuraduría General de la Nación y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fueron notificadas de la citada demanda por correos electrónicos, enviados y recibidos de conformidad con el artículo 612 del CGP⁶.

4.2. Una vez notificada la demanda y recibida su contestación, el 21 de abril de 2015 se llevó a cabo la audiencia inicial, en la cual: se admitió como legitimado al consorcio demandante, se declaró impróspera la excepción de caducidad, se denegaron las pruebas relacionadas con el Contrato No. 120 -por corresponder a otro contratista- se decretaron otras pruebas solicitadas por las partes, entre ellas,

⁵ Folio 320, cuaderno 1.

⁶ Folios 323 y 324 del cuaderno 1.

el peritaje de contador público especialista en finanzas, que fue realizado de acuerdo con el cuestionario que presentó la parte demandante ⁷.

4.3. Contestación de la demanda

En la contestación de la demanda, el IDU admitió parcialmente algunos de los hechos y negó otros, por cuanto destacó que en el pliego de condiciones IDU-LP-DTM-028-2006 se advirtió de manera expresa que la intervención de los segmentos viales que formaban parte de la fase I, anexo 11, podían ser modificados por esa entidad y resaltó que en dicho pliego de condiciones se encontraba prevista la posibilidad de que el contratista tuviera que actualizar los estudios y diseños en el curso del contrato⁸.

El IDU afirmó que el contratista no cumplió con la entrega de los diagnósticos y diseños dentro del plazo convenido, circunstancia que retrasó sin razón aquellas obras de mantenimiento y rehabilitación que no requerían la presentación de un diagnóstico, lo cual conllevó el correspondiente retraso de las obras que correspondían a los tramos rojos.

Reiteró dicho aspecto para advertir que el contratista incumplió su cronograma de obra y que, por ello, no podía trasladar al IDU los costos de financiación⁹.

Observó que reconoció y pagó el AIU del contrato, de manera que no procedía imputar al IDU otros costos administrativos; advirtió que el hecho de las variaciones en los tramos no constituyó soporte de mayores gastos administrativos.

Indicó que se suscribieron tres adiciones presupuestales al contrato, *“las cuales fueron aceptadas por el contratista, lo cual se constituye en acuerdo de voluntades”*¹⁰.

Destacó que los costos de vigilancia y de transporte de maquinaria debían ser asumidos por el contratista de acuerdo con lo establecido en el pliego de

⁷ Folios 416 a 423, cuaderno 1.

⁸ Folio 369, cuaderno 1.

⁹ Folio 281, cuaderno 1.

¹⁰ Folio 370, cuaderno 1.

condiciones y, por otra parte, observó que los costos de fresado estaban incluidos en las actividades de mantenimiento de la vía.

Acerca del supuesto desequilibrio económico, relacionado con el mayor costo del asfalto, el IDU resaltó que se aplicó la cláusula de ajustes, de conformidad con los precios de lista de Ecopetrol para el insumo asfalto y, de acuerdo con el ICCP publicado por el Dane, aplicable para los demás componentes; todo ello de acuerdo con lo que se encontraba establecido en el contrato.

De la misma forma, el IDU rechazó los hechos referidos a los sobrecostos por el insumo cemento, el cual también se ajustó con el ICCP.

En cuanto a los costos por el acarreo de escombros, el IDU advirtió que el cambio de los corredores o del tipo de intervención dentro del mismo Grupo 1, correspondiente a las localidades de Usaquén y Engativá, no generó mayores distancias, pues estaban en las mismas localidades contempladas desde el principio.

También el IDU advirtió que, de acuerdo con el pliego de condiciones, el contratista tenía bajo su responsabilidad el análisis de precios unitarios.

4.4. El concepto del Ministerio Público en primera instancia

La Procuradora 136 Judicial II de asuntos administrativos presentó concepto el 23 de octubre de 2015, en el cual estimó que debían denegarse las pretensiones del demandante, entre otras razones, por cuanto resultó palmario que el IDU gozaba de la facultad contractual de modificar las condiciones de las vías y que el contratista lo aceptó¹¹.

5. La sentencia de primera instancia

Después de desestimar la procedencia de la objeción grave al dictamen, presentada sobre el cálculo de los gastos de administración, el Tribunal *a quo* se ocupó de los aspectos generales del equilibrio financiero contractual, tal como se

¹¹ Folios 628 a 634, cuaderno principal.

encontraba referido, para la época de los hechos, en los artículos 4 y 25 de la Ley 80 de 1993.

El Tribunal *a quo* reseñó que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, el desequilibrio puede presentarse: por actos de la administración contratante, por actos de la administración como Estado o por factores exógenos a las partes del negocio jurídico.

Luego de exponer la teoría general del desequilibrio económico del contrato, la sentencia estableció los hechos probados de la etapa precontractual, observó que el numeral 4.2. del pliego de condiciones indicó que los tramos a intervenir estaban descritos en el anexo 11 y que en el punto 4.6. del mismo pliego de condiciones se advirtió que el IDU podía incluir tramos rojos adicionales, *“diferentes a los relacionados en el Anexo 11”*.

En cuanto a la etapa contractual, el Tribunal *a quo* reseñó el contenido de los ocho otrosíes y de los cuatro contratos adicionales, advirtió que durante los años 2006 a 2009 el contratista remitió diversos oficios a la interventoría y al IDU sobre los aspectos que en su concepto causaban el desequilibrio económico del contrato.

Reseñó el acta de liquidación del contrato suscrita el 9 de septiembre de 2011, en la cual el contratista dejó constancia de las salvedades por concepto de: **i)** incumplimientos relacionados con el deber de planeación, que dieron lugar a mayor permanencia en obra y mayores costos; **ii)** las modificaciones en la ejecución de los trabajos y **iii)** el acaecimiento de hechos imprevistos en los sobrecostos del asfalto y el cemento.

Al resolver el caso concreto, el Tribunal *a quo* resaltó que *“la observancia del principio de planeación en materia de contratación estatal, es exigible tanto a la parte contratante entidad estatal como al contratista”*, según se infiere del análisis de los artículos 3 y 25 de la Ley 80 de 1993.

En relación con el deber de previsión y planeación a cargo del contratista, reseñó la jurisprudencia del Consejo de Estado¹² y destacó la obligación del contratista de

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 28 de enero de 2016, radicación 250002326000200301742 (34454), actor: Vías y Construcciones S.A. Vicón S.A., demandado Metrovivienda, acción de controversias contractuales.

obrar en forma diligente y rigurosa en la configuración económica de su propuesta, en orden a conseguir las utilidades esperadas.

Relató que en los parámetros del pliego de condiciones de la licitación pública No. IDU LP DTM 028 de 2006 se clasificaron los distintos tipos de intervención (verde, amarillo, naranja, rojo) y las actividades requeridas en cada uno.

El Tribunal *a quo* hizo constar que en el pliego de condiciones se advirtió (se transcribe de forma literal):

“Quedará a discreción del IDU incorporar, retirar, autorizar y priorizar la intervención de los segmentos para que sean objeto de cualquiera de las actividades de diagnóstico, diseño, rehabilitación, construcción y mantenimiento”.

Concluyó que bajo las reglas anteriores no se podía configurar para el contratista ningún imprevisto por los cambios en la intervención de las vías; precisó que la variación de cantidades de obra fue una circunstancia que afrontó el IDU adicionando el presupuesto y acordando las modificaciones al contrato, como consecuencia directa de las estipulaciones del pliego de condiciones de la licitación pública.

Agregó que el contrato se celebró antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, cuyo artículo 32 derogó el inciso segundo del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993¹³, por lo cual, en su momento, era posible incluir los diseños y la construcción en un mismo contrato, como se estableció en el numeral 4.6, del pliego de condiciones para los denominados tramos rojos.

Puntualizó que, de conformidad con el numeral 1.2. del pliego de condiciones y con la cláusula quinta del Contrato No. 127 de 2006, el plazo para la ejecución de los estudios y diseños quedó abierto a *“toda la ejecución del contrato”*, ante lo cual la sentencia de primera instancia no se aceptó el supuesto desequilibrio económico originado, según el demandante, en que durante los primeros 7 meses solamente le asignaron labores de mantenimiento, y no de rehabilitación, lo que le habría ocasionado mayores costos.

¹³ En el inciso derogado se disponía: *“La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la de construcción o fabricación con diseños de los proponentes”.*

En relación con la reclamación por los gastos administrativos, el Tribunal *a quo* indicó, en primer lugar, que el contratista no demostró la ocurrencia de una variación del objeto contractual y, finalmente, destacó que el contratista asumió su “*propio riesgo*” al aceptar, en los documentos de la licitación, que había considerado toda la información que podía incidir en los costos.

El Tribunal *a quo* consideró en detalle la pretensión de desequilibrio por la variación del precio del asfalto y el cemento, sobre lo cual concluyó que el precio de los insumos era previsible, que no se demostró que hubiera superado el componente de imprevistos, cuya función era precisamente compensar este tipo de contingencias. Al analizar el dictamen en este aspecto, advirtió que sólo se evidenció una reducción porcentual promedio del 4.32% en los precios pagados por este concepto.

Por último, en el análisis del desequilibrio económico reclamado por el no pago oportuno de las cuentas, el Tribunal *a quo* reseñó la cláusula tercera del contrato, en virtud de la cual el pago se sujetaba a la suscripción de las actas mensuales de obra, de manera que le reconoció la razón al IDU, en cuanto a que, a falta de ejecución contractual no tuvo otra alternativa que permitir que los recursos fueran clasificados como pasivos exigibles.

De acuerdo con todo lo anterior, el Tribunal *a quo* negó las pretensiones de la demanda.

6. El recurso de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, el consorcio demandante presentó y sustentó el recurso de apelación el 23 de marzo de 2017¹⁴.

Siguiendo con el esquema argumentativo expuesto por el Tribunal *a quo*, el demandante rebatió, en primer lugar, los fundamentos jurídicos de la sentencia.

Resaltó el carácter conmutativo del contrato, en virtud del cual la entidad pública debe lograr la satisfacción de los intereses públicos, además de minimizar las imprecisiones del objeto a contratar, en forma tal que genere garantías a los particulares de que el objeto señalado corresponderá, en efecto, a las obligaciones

¹⁴ Folios 716 a 737, cuaderno principal, segunda instancia.

a ejecutar. Citó la sentencia C-892 de 2001 emanada de la Corte Constitucional según la cual, en materia de la determinación del justo precio, el contratista se constituye en la *“parte débil de la relación contractual”*¹⁵.

Afirmó que, durante la ejecución del Contrato No. 127 de 2006, la entidad contratante cambió el contenido del Anexo No. 11, relativo a los tramos a intervenir, de manera tan amplia, que transgredió el principio de planeación.

Agregó que esa realidad llevó a la celebración del Otrosí No. 4, el cual tuvo por objeto precisar el alcance de las actividades contractuales.

Expuso que se había previsto la posibilidad de modificar la intervención de los segmentos viales, pero ello no podía llevar a la modificación *“al libre arbitrio”* por parte del IDU, interpretación que se debió adoptar, con base en la regla del pliego de condiciones, según la cual los estudios y diseños nuevos se pagarían por metro cuadrado, de conformidad con los precios unitarios pactados, *“diferentes a los relacionados en el anexo 11”*.

Por ello consideró que era desacertado reprochar el silencio del contratista al no haber manifestado observaciones en el procedimiento de la licitación.

El apelante indicó (se transcribe de forma literal):

“Volviendo a la idea principal del anterior argumento, la Sala parte del error fáctico al considerar que el contratista estaba en capacidad para presentar observaciones al contenido del anexo 11 durante la licitación pública, cuando el mismo pliego estipuló que el numeral 4.7 que el diagnóstico de estos tramos debía realizarse en la etapa de preconstrucción del contrato.

¹⁵ En la sentencia C 892 de 2001 se declaró **“INEXEQUIBLE** la expresión ‘transcurrido 90 días de la fecha establecida para los pagos’, contenida en el parágrafo único del artículo 6° de la Ley 598 de 2000”, por la cual creó el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia de los bienes. En esa sentencia, aunque se declaró la inexequibilidad de los ajustes de los precios de referencia incluidos en el registro, la Corte reflexionó sobre el principio del equilibrio prestacional y afirmó:

“No ocurre lo mismo en el Derecho Público donde es evidente que las prestaciones correlativas de las partes, en virtud del principio de la justicia conmutativa, tienen que mantener una equivalencia siguiendo el criterio objetivo de proporción o simetría en el costo económico de las prestaciones, lo que exige que el valor a recibir por el contratista, en razón de los bienes, obras o servicios que le entrega al Estado, deba corresponder al justo precio imperante en el mercado. Con ello, se fija un límite al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, en aras de racionalizar la posición dominante de la administración, mantener el equilibrio del contrato y, de este modo, garantizar los derechos del contratista que se constituye en la parte débil de la relación contractual”.

Por ende, era imposible que el Consorcio se anticipara a esta etapa contractual en la fase de observaciones...”¹⁶.

Agregó que la interpretación del Tribunal *a quo* desconoció no solo el principio de planeación sino también el de transparencia y buena fe contractual.

Por otra parte, el apelante indicó que el hecho de guardar silencio ante los contratos adicionales y modificaciones no significaba que el contratista renunciaba al derecho de reclamar.

Insistió en que, de acuerdo con la lectura de las consideraciones de los contratos adicionales 1 y 2, se debe concluir que los mismos no tuvieron por objeto remunerar los sobrecostos, sino que buscaron atender la suficiencia de recursos para cumplir con la totalidad de las metas físicas pactadas.

Afirmó que, tal como lo declaró en el proceso el director de interventoría designado por IDU, el Consorcio manifestó y dejó constancia durante toda la ejecución contractual de los perjuicios que se le generaban por los cambios de los tramos a intervenir.

Argumentó que el contrato estatal es por esencia un contrato de adhesión y que, por ello, la regla de interpretación, en caso de ambigüedades, se rige por el artículo 1624 del Código Civil, es decir, las cláusulas oscuras deben interpretarse contra quien las redactó.

En segundo lugar, el apelante se refirió a cada uno de los aspectos tratados en la sentencia de primera instancia, en los términos que se resumen a continuación:

i) En relación con el desequilibrio económico del Contrato No. 127 de 2006 por transgresión al deber de planeación contractual¹⁷:

Indicó que la transgresión del deber de planeación quedó comprobada, si se tiene en cuenta que en el pliego de condiciones el 79.41% de los tramos objeto del contrato estaban previstos con el objeto de realizar su mantenimiento periódico (identificados con los colores verde, amarillo y naranja) y el 20.6% correspondía a

¹⁶ Folio 721, cuaderno principal segunda instancia.

¹⁷ Folios 727 a 729, cuaderno principal segunda instancia.

tramos objeto de rehabilitación (identificados con el color rojo), pero, en la etapa de diagnóstico y preconstrucción, el IDU modificó los tramos asignados, aumentando los tramos rojos de 43 a 181 y disminuyendo los otros de 211 a 73, todo lo cual llevó a que se excediera la ejecución inicial del contrato en 159.8%.

Destacó que las nuevas cantidades solo pudieron ser determinadas hasta que concluyó la fase de preconstrucción.

ii) En cuanto a la mayor permanencia en obra en la etapa de estudios y diseños y menor tiempo en la etapa de rehabilitación¹⁸:

El apelante manifestó su discrepancia con los argumentos sobre los que se fundó la denegación de las reclamaciones por mayor permanencia en obra, toda vez que la sentencia no consideró que -a diferencia de los tramos verdes, amarillos y naranjas- los tramos rojos asignados al contratista requerían tiempos para la elaboración y aprobación de estudios y diseños.

iii) Sobre los mayores costos administrativos por mayor permanencia en obra, administración y vigilancia y menor rendimiento de las actividades de fresado, el apelante reseñó el incremento del costo de personal, el menor rendimiento en la máquina de fresado y los mayores costos de vigilancia ocasionados por razón de la modificación al objeto del contrato y el incremento de las metas físicas.

iv) Respecto del desequilibrio económico del contrato que se causó por incumplimiento de las obligaciones dinerarias de pago oportuno, el apelante afirmó que, de acuerdo con el dictamen, el 59.04% de los recursos destinados al contrato tuvieron que ser pagados mediante el trámite de los pasivos exigibles, lo cual afectó la disponibilidad oportuna de los recursos para el contratista.

Reseñó que, en promedio, el IDU pagó las actas en 75 días desde su radicación, lo que superó, en casi el doble, el tiempo de 45 días contemplado en el contrato, de manera que la sentencia de primera instancia ha debido reconocer el pago de los intereses pretendidos en la demanda.

En el mismo acápite del recurso, el demandante puntualizó que el Tribunal *a quo* faltó a su deber de pronunciarse sobre todas las pretensiones de la demanda,

¹⁸ Folios 729 y 739, cuaderno principal segunda instancia.

dado que no realizó consideraciones sobre los intereses de la financiación de las corporaciones financieras y del Banco de Occidente (pretensión 5.2.2.) ni en relación con cada uno de los sobrecostos discriminados en las pretensiones de los puntos 5.2.5 a 5.2.10 de la demanda.

Aseveró que la sentencia tampoco se pronunció sobre los perjuicios corroborados y determinados en el dictamen pericial, por fallas en el principio de planeación por parte del IDU, en cuanto al monto de los gastos de administración, los pasivos exigibles, el sobrecosto del cemento gris, el sobrecosto por mayor manejo de tráfico, señalización y demarcación vial.

7. Alegatos de conclusión en la segunda instancia

7.1. En su oportunidad para alegar, el Consorcio Desarrollo Urbano, obrando como apelante, insistió en que no era de recibo la interpretación del Tribunal *a quo* en cuanto entendió las facultades indicadas en el pliego de condiciones, de “*incorporar, retirar, autorizar y priorizar*” las intervenciones, como una potestad de modificar “*a su libre arbitrio*” el anexo 11.

Reiteró que las modificaciones contractuales no se hicieron para compensar los perjuicios reclamados por el contratista, sino para continuar con la ejecución de la obra.

Indicó que el Tribunal *a quo* ha debido advertir que existió una variación del objeto contractual, por la modificación significativa de los segmentos viales a intervenir¹⁹, y, por otra parte, puntualizó que la sentencia de primera instancia dejó de considerar que existió un “*número mayor de tramos rojos, en consecuencia mayor tiempo para su ejecución*”²⁰.

Alegó que se encontró probado el cumplimiento tardío en el pago de las actas de obra por parte del IDU y que, por tanto, esa entidad debe ser condenada al pago de los intereses de mora.

7.2. Del alegato presentado por el IDU se destaca lo siguiente:

¹⁹ Folio 774, del cuaderno principal de la segunda instancia.

²⁰ Folio 775, cuaderno principal de la segunda instancia.

Acerca del silencio que guardó el Consorcio en la etapa precontractual, el IDU advirtió que era responsabilidad del contratista conocer no solamente el contenido literal del pliego sino también el fondo sustancial de los riesgos y obligaciones que asumiría.

Reseñó que, una vez adjudicada la propuesta, el IDU mantuvo incólume el pliego de condiciones, las reglas contractuales, los derechos, obligaciones y riesgos del contrato.

Indicó que el Tribunal *a quo* no dejó de pronunciarse sobre las pretensiones que reseñó el apelante, dado que estas formaron parte de las pretensiones que fueron negadas, por cuanto la sentencia consideró que el argumento general del desequilibrio por “*vulneración del principio de planeación no prospera*”²¹.

Manifestó que el Tribunal *a quo* fue acertado al observar que resultaba aplicable la estipulación del pliego de condiciones, en virtud de la cual estaba a cargo del contratista la evaluación de la información que podía incidir en los costos, por lo cual concluyó, en forma acertada, que el contratista asumió su propio riesgo en el análisis de la información que le fue entregada en el pliego de condiciones.

Concluyó que el demandante no cumplió con la carga de la prueba requerida para acreditar el supuesto incumplimiento ni el desequilibrio contractual alegado²².

8. El Ministerio Público guardó silencio en segunda instancia²³.

CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia; **2)** oportunidad en el ejercicio de la acción; **3)** el principio de planeación se traduce en un deber y en una carga para las partes –

²¹ Página 30 de la sentencia, folio 770 del cuaderno principal de la segunda instancia.

²² Folio 770 cuaderno principal segunda instancia.

²³ Folio 776, cuaderno principal segunda instancia.

el principio de planeación es bifronte; **4)** algunas diferencias entre el incumplimiento, la vulneración del deber de planeación y el desequilibrio económico del contrato, **5)** el caso concreto; **6)** costas.

En el caso concreto, de acuerdo con el contenido de la apelación se analizará el pliego de condiciones y el dictamen practicado en el proceso.

1. Jurisdicción y competencia

Las controversias planteadas en el presente proceso se generaron en desarrollo del Contrato No. 127 de 2006, celebrado entre una entidad pública, esto es, el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y el Consorcio Desarrollo Urbano, contrato regido por las normas del Estatuto de Contratación Estatal contenido en la Ley 80 expedida en 1993.

Se tiene en cuenta que la Ley 80 de 1993 dispuso las reglas y principios de los contratos estatales y definió cuáles entidades se han de tener como estatales para efectos de la aplicación de la citada Ley, en cuyo contenido se encontró cobijado el IDU, de conformidad con la letra a) del numeral 1 del artículo 2 de la citada Ley 80²⁴.

Por otra parte, la demanda se presentó en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), lo que reafirma la jurisdicción y competencia para conocer del presente asunto, teniendo en cuenta que el artículo 104²⁵ del CPACA, aplicable a los

²⁴ “Ley 80 de 1993. Artículo 2º. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

“Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles” (la subraya no es del texto).

²⁵ “Artículo 104 CPACA. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

“Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

procesos que se presentaron a partir de 2 de julio de 2012, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para juzgar las controversias y litigios originados en los contratos “*sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas*” e igualmente le corresponde conocer de los contratos “*cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado*”.

1.2. Cuantía

Dado que la demanda se presentó el 22 de noviembre de 2013, el asunto de la competencia por razón de la cuantía se define de acuerdo con el numeral 5 del artículo 152 del CPACA²⁶ y con el artículo 157 del mismo código²⁷.

De conformidad con las normas citadas, toda vez que el valor de la pretensión mayor²⁸ resulta superior al monto equivalente a 500 salarios mínimos mensuales

“(…)”.

“2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.

²⁶ “Artículo 152 CPACA. Competencia de los Tribunales Administrativos en Primera Instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...): 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

“Artículo 150 CPACA. Competencia del Consejo de Estado en Segunda Instancia y Cambio de Radicación. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos (...)”.

²⁷ “Artículo 157 CPACA. Competencia por Razón de la Cuantía. Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda, sin que en ello pueda considerarse la estimación de los perjuicios morales, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen. En asuntos de carácter tributario, la cuantía se establecerá por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones.

“Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor”.

²⁸ \$2.121'789.247.08 por concepto de mayores gastos administrativos erogados en razón de la mayor permanencia en obra en el contrato No. 127 de 2006.

legales vigentes²⁹ a la fecha de presentación de la demanda, la cuantía del presente litigio permite concluir que el proceso tiene vocación de doble instancia.

2. Oportunidad en el ejercicio de la acción

En tanto la caducidad constituye un presupuesto procesal de imperativa observancia para el ejercicio del medio de control, procede la Sala a efectuar el análisis correspondiente, el cual se debe desplegar, en casos como el presente, de conformidad con el artículo 136 del CCA, por cuanto era la norma que estaba vigente para la fecha en que empezó a correr el término respectivo³⁰.

Como consecuencia, de conformidad con el literal c) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término de caducidad de la acción en el presente caso corrió por el lapso de dos años, contados a partir del 9 de septiembre de 2011³¹, fecha en la cual se suscribió el acta de liquidación bilateral con salvedades.

Se precisa que, faltando cinco días para el vencimiento del término, el 5 de septiembre de 2013 se radicó la solicitud de conciliación extrajudicial³², según consta en el acta de 20 de noviembre de 2013, expedida por la Procuraduría Novena Judicial II para asuntos administrativos³³.

Por tanto, de acuerdo con lo establecido en la Ley 640 de 2001, el término de caducidad se suspendía por el lapso de 3 meses o hasta la fecha del acta que

²⁹Con fundamento en el salario mínimo legal vigente de 2013, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 22 de noviembre de 2013, en vigencia del C.P.A.C.A. ($\$589.500 \times 500 = \$294'750.000$).

³⁰ Ley 153 de 1887. "Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

"Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

"La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine".

³¹ "c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta".

³² El día de radicación de la solicitud de conciliación también se cuenta dentro de la suspensión.

³³ Folio 1 cuaderno 2.

declaró fallida la conciliación, lo que ocurrió primero³⁴, de manera que la caducidad volvió a correr por cinco días, el 21 de noviembre de 2013, habiéndose presentado la demanda el 22 de noviembre de 2013, es decir, de manera oportuna, antes del vencimiento del término fijado en el literal c) del numeral 10 del artículo 136 del CCA.

La Sala verifica, igualmente, que el acta de liquidación bilateral con salvedades se suscribió antes de la ocurrencia de la caducidad de la acción establecida para el contrato sometido a liquidación, de acuerdo con el literal d) del artículo 136 del CCA, por cuanto el Contrato No. 127 de 2006 terminó, por virtud del adicional 4, el 13 de mayo de 2009³⁵, de manera que la caducidad corrió, vencido el plazo para la liquidación (cuatro meses para la liquidación bilateral y dos más para la liquidación unilateral)³⁶, por dos años, es decir, desde el 15 de noviembre de 2009 hasta el 15 de noviembre de 2011, habiéndose llegado a un acuerdo de liquidación, con salvedades, el 9 de septiembre de 2011, antes de que ocurriera la caducidad de la acción.

3. El principio de planeación se traduce en un deber y en una carga para las partes – el principio de planeación es bifronte

3.1. Marco legal y desarrollo jurisprudencial

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido repetidamente que, en materia contractual, las entidades públicas están obligadas a respetar y cumplir el principio de planeación, en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos.

A título de ejemplo, se han enumerado como expresiones del principio de planeación, las siguientes:

³⁴ Ley 640 de 2001. “Artículo 21. *Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.*”

³⁵ Según se hizo constar en el otrosí No. 8 de 29 de mayo de 2009, folio 57, cuaderno 13.

³⁶ Cláusula de liquidación, contenida en el punto 14, de las “cláusulas particulares” del Contrato de Obra No. 127 de 2006, folio 129, cuaderno 10.

“(...) antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar”³⁷.

En la jurisprudencia antes citada se observó que el Decreto-ley 222 de 1983, respecto del contenido de los pliegos de condiciones, de manera expresa³⁸, impuso a las entidades públicas el deber de acatar el principio de planeación, *“concretamente, en los contratos de obra pública, al ordenar la elaboración previa de los planos, proyectos, presupuestos y demás aspectos necesarios para la identificación del contrato a celebrar”³⁹.*

La Ley 80 de 1993, en su artículo 25, se refirió a las actividades de la debida planeación en la contratación, como expresión del principio de la economía, al amparo de lo cual se dio mayor fuerza e identidad del principio de planeación en toda la contratación estatal.

Es importante hacer notar que la Ley 80 de 1993 dejó un mayor espacio a la posibilidad de adicionar los presupuestos, bajo ajustes a los diseños acordados en el curso de la ejecución del contrato, al disponer, en su artículo 25, numeral 14:

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 29 de agosto de 2007, radicación número: 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854), actor: Hernán Duarte Esguerra, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano- IDU-, referencia: contractual- apelación sentencia.

³⁸ Refiriéndose al Artículo 84 del Decreto – ley 222 de 1983.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá, sentencia de 29 de agosto de 2007, radicación número: 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854), actor: Hernán Duarte Esguerra, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano- IDU-, referencia: contractual- apelación sentencia.

“14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ella celebrados”.

Bajo esa disposición, el manejo presupuestal se hizo más flexible, pero a la vez, más exigente, desde la perspectiva de la cuantificación de posibles imprevistos o cambios en las condiciones del contrato.

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007 –que se cita a título ilustrativo, por cuanto es posterior a la celebración del contrato en sub lite- se fortaleció el principio de planeación, a través de las exigencias en el análisis y distribución de riesgos del contrato⁴⁰. En la misma Ley 1150 se derogó la expresión *“además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado”* del inciso segundo del artículo 3º, referido a los fines de la contratación estatal.

Con el propósito de mostrar la evolución jurisprudencial, aunque es posterior a la celebración del contrato *sub lite*, la Sala considera procedente mencionar la sentencia C-300 del 25 de abril de 2012, en la cual la Corte Constitucional se refirió al principio de planeación en la contratación pública⁴¹ frente al estudio de las adiciones permitidas en el contrato de concesión por virtud del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, oportunidad en la cual declaró exequible de manera condicionada la norma demandada en cuanto permitía la adición de nuevas obras⁴², sin embargo, en sus consideraciones, llamó la atención sobre la eventual

⁴⁰ Ley 1150 de 2007 *“Artículo 4o. De la Distribución de Riesgos en los Contratos Estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.*

“En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”.

⁴¹ Frente a las modificaciones contractuales, la Corte Constitucional encontró el principio de planeación relacionado con los principios de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre concurrencia.

⁴² Corte Constitucional, sentencia C- 300 de 2012. *“Declarar EXEQUIBLE el primer inciso del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, en el entendido que la expresión “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado”, solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial”.*

conducta de los contratistas en el caso de los reconocimientos por el supuesto desequilibrio económico al amparo de la Ley 80 de 1993, en la siguiente forma:

“Sin embargo, como se señaló en apartes previos y se deriva de la naturaleza vinculante del contrato y del principio de planeación, la modificación debe ser excepcional y debe (a) justificarse en razones autorizadas por la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y (b) no corresponder a objetos nuevos; lo contrario crearía incentivos para que las partes se aprovechen de la alta especificidad de las inversiones que la infraestructura demanda y de que la relación contractual ya se encuentra formada, para comportarse de manera oportunista, es decir, mediante conductas dirigidas a ignorar los principios de la contratación estatal – como la libre concurrencia y la selección objetiva- y, por esta vía, de la función administrativa constitucionalmente consagrados (...) En relación con la restauración del equilibrio económico del contrato, la Sala nuevamente resalta que la modificación deben obedecer solamente a circunstancias no previsibles, extraordinarias y no imputables al contratista. Así lo exige el artículo 27 de la ley 80, según el cual el restablecimiento del equilibrio solamente es posible cuando la ruptura proviene de causas no imputables a quien resulta afectado”.

Frente a las controversias relacionadas con el principio de planeación y el derecho a pedir el restablecimiento de la ecuación económica del contrato, el Consejo de Estado, en jurisprudencia que el Tribunal a quo acogió en el presente proceso⁴³ y que ahora se reitera, observó:

“También resulta pertinente traer a colación para decidir el presente asunto, los razonamientos realizados por la Sección Tercera en el sentido de que los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, a quien también le resultan exigibles severas cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, que conducen a deficiencias en la configuración económica de la propuesta que le privan de obtener las utilidades que esperaba alcanzar como resultado de la ejecución del contrato, no pueden escudarse tras el ficticio ropaje de desbalances sobrevenidos en la ecuación financiera del negocio, pues en tal tipo de eventos las circunstancias en cuestión debieron haber sido previstas y planificadas por el contratista como experto y conocedor de las artes o actividades en el marco de las cuales ofrece sus servicios a la entidad estatal⁴⁴”.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 28 de enero de 2016, radicación 250002326000200301742 (34454), actor: Vías y Construcciones S.A. Vicón S.A., demandado Metrovivienda, acción de controversias contractuales.

⁴⁴ Cita original de la sentencia: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; Sentencia del 18 de marzo de 2015; Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Radicación: 730012331000200402147 01 (33223)”, Las partes en ese proceso fueron: demandante: Lucía Martínez Arenas, demandado: Instituto de Financiamiento Promoción y Desarrollo Infibague y el municipio de Ibagué, acción contractual, recurso de apelación.

3.2. Conclusiones

Avanzando sobre las anteriores reflexiones y descendiendo en reglas concretas, la Sala concluye:

Se puede afirmar que el principio de planeación en la contratación pública es bifronte, es decir, se traduce en una carga tanto para la entidad estatal como para el contratista, respecto de aquellos aspectos que compete definir a cada parte.

La exigencia de obrar de acuerdo con el principio de planeación se predica en la formación del contrato y, de la misma forma, en la negociación de sus modificaciones y adiciones.

Dentro del marco de la colaboración que compete al contratista⁴⁵, se encuentra igualmente sometido a respetar el principio de planeación, es decir, el contratista tiene la carga de analizar la suficiencia y consistencia de los estudios previos y de los precios presupuestados, en orden a definir su participación en la licitación y el contenido de su oferta; se entiende que es una carga, en el sentido de que el contratista no podrá desconocer los términos y condiciones que aceptó y mucho menos aquellos que negoció con la entidad pública⁴⁶.

Es común que el contratista sea el encargado de elaborar los análisis de precios en forma consistente con los costos, en el caso de proponer las adiciones y

⁴⁵ Artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

⁴⁶ El deber de colaboración por parte del contratista se profundiza en la ejecución del contrato, como lo ha observado esta Subsección, así:

“Es con fundamento en su calidad de experto en el desarrollo de la tarea que se le asigna, que es considerado un verdadero colaborador de la Administración en el cumplimiento de sus fines estatales y no un simple ejecutor material. Lo dicho se traduce en que una vez celebrado el contrato, el contratista se convierte en una pieza clave y en un aliado fundamental de la entidad para llevar a buen término el proyecto y en razón de ello se espera del particular una actitud proactiva, diligente y eficiente que refleje las aptitudes y habilidades que lo llevaron a ocupar uno de los extremos del contrato. Bajo esa comprensión su labor no puede restringirse o limitarse a la ejecución de la obra de forma pasiva e inmutable, sin observar en medio de su desarrollo la experiencia y el conocimiento técnico que se le exigen. Menos aún, resulta admisible que se aparte de forma injustificada e irreflexiva de los lineamientos trazados en el pliego de condiciones de los cuales fue pleno conocedor en la etapa precontractual, al punto que le sirvieron de cimiento para estructurar la oferta por el presentada”.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 8 de noviembre de 2016, radicación: 25000-23-26-000-2012-00636-01(51192), actor: Prouurbanos Cima y Cía S En C, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano, referencia: apelación sentencia - acción de controversias contractuales.

modificaciones al contrato, de manera que, en ese evento, como conecedor de la contratación en curso, se le exige definir con suficiencia los requerimientos de plazo y valor, por ello, respecto del contratista, se predica también la carga de planear adecuadamente las modificaciones, en orden a establecer los requerimientos sobre los cuales se construyen las obligaciones contractuales.

4. Algunas diferencias entre la vulneración del principio de planeación, el incumplimiento del contrato y el desequilibrio económico

Al observar casos como el presente, debe advertirse que las fallas en la planeación del contrato pueden o no generar un incumplimiento, como por ejemplo, frente a la insuficiencia de recursos para atender oportunamente los pagos.

Por otra parte, tal como lo ha sostenido esta Subsección, las causas del desequilibrio económico se configuran con independencia de que el contrato haya sido debidamente planeado y de que las partes se encuentren cumpliendo las obligaciones⁴⁷, el desequilibrio obedece a hechos imprevistos o previsibles pero superiores a los riesgos asignados, que generan la ruptura de la ecuación económica que se definió al momento de la celebración del contrato.

Frente a las condiciones de equilibrio económico, se le impone al contratista la fuerza vinculante de sus negociaciones, especialmente cuando estuvo a su cargo la debida planeación de los montos y plazos requeridos para terminar la obra o gestión contratada, de manera que no podrá alegar posteriormente el hecho

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 13 de marzo de 2017, radicación: 85001-23-31-000-1998-00083-02(33612)A, actor: Compañía Aseguradora de Fianzas, demandado: departamento de Casanare, referencia: acción contractual.

“Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no sólo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso.

“En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos, a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos supuestos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo disponen el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998”.

imprevisto que ya había ocurrido cuando impulsó los requerimientos y los nuevos análisis de precios, para modificar el contrato.

Por último, en relación con la carga de la prueba, resulta útil reiterar⁴⁸ que el método más adecuado para establecer y probar el desequilibrio económico debe partir de la identificación de la ecuación financiera de equilibrio contractual sobre la cual se estructuró el contrato y tiene que pasar por la comprobación de causas que se invocan y demostrar el efecto económico real sobre la ejecución del contrato.

Para acreditar la prueba del desequilibrio económico, no basta demostrar el incremento o la sobreejecución de una cuenta, la carga de la prueba implica cuantificar el impacto sobre la ecuación económica y sobre su ejecución, concretamente, en relación con las afectaciones financieras que soportó aquella parte que invoca el desequilibrio.

5. El caso concreto

5.1. Análisis del pliego de condiciones

El pliego de condiciones de la licitación pública IDM-LP-DTM-028 de 2006 estableció los presupuestos oficiales para cada grupo de obras y determinó la evaluación de propuestas con base en los índices representativos que debían ser ofrecidos con referencia a los respectivos presupuestos, dentro de un rango predeterminado, de manera que resulta cierto que el IDU definía completamente los precios, a lo cual se agrega que la competencia para la adjudicación no se centraba en el menor precio.

Sin embargo, en el pliego de condiciones se dejó establecido con claridad que, para la formación de los precios, los valores unitarios y globales definidos en los anexos del pliego de condiciones contemplaban todos los costos directos y los

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 30 de agosto de 2017, radicación: 250002326000200500877 01 (37567), actor: Diego Fernando Londoño, demandada: Comisión Nacional de Televisión, acción: contractual – equilibrio económico.

“Así las cosas, el orden de razonamiento en materia del desequilibrio económico del contrato se debe desplegar en los siguientes aspectos: i) identificación de la ecuación económica del contrato y su funcionamiento; ii) análisis de las causas de desequilibrio invocadas y iii) análisis de la ejecución financiera del contrato”.

costos indirectos en que podía incurrir el contratista, tal como se observó en el punto 2.2.9 del aludido pliego, así: (se transcribe de forma literal):

“ (...) los valores unitarios y globales propuestos deberán contemplar todos los costos directos, como: materiales, equipos, herramientas, topografía, transporte al sitio de las obras y dentro de las mismas, mano de obra (incluyendo prestaciones sociales y aportes de ley) teniendo en cuenta las especificaciones anexas a los pliegos y que hacen parte integral de él, y los costos indirectos, como: administración, imprevistos, utilidad, tasas, contribuciones de ley y cualquier otro costo en que incurra el contratista para la correcta ejecución de los trabajos contratados”⁴⁹.

Conviene destacar que en el mismo punto del pliego de condiciones se consignó la forma de liquidar el valor a pagar, para cada una de las actividades que conformaban los precios, dentro de la cual se reafirmó la integralidad de la remuneración a reconocer, así (se transcribe de forma literal):

*“Los Valores Unitarios Propuestos para las actividades de **CONSTRUCCIÓN Y REHABILITACIÓN** serán la remuneración del Contratista, como contraprestación por la ejecución de cada una de las **Labores necesarias para la Construcción y Rehabilitación de los segmentos viales**, a ejecutar durante el Proyecto”⁵⁰ (la negrilla del texto).*

De la misma forma, se reiteró en el pliego que (se transcribe de forma literal):

“El valor de la oferta deberá incluir los costos inherentes a la obligación de mantener durante la ejecución de las obras y hasta la entrega total de las mismas a satisfacción del IDU, todo el personal idóneo y calificado de directivos, profesionales, técnicos, administrativos y obreros que se requiera.

“(…).

“El proponente al momento de elaborar su oferta económica, debe tener en cuenta que al establecer el porcentaje de AIU, en éste se incluyen todos los costos indirectos que implique la ejecución del contrato, inclusive los imprevistos, gastos de administración. Impuestos y contribuciones y utilidades del contratista”⁵¹.

En el ítem 4.4, relacionado con las modalidades de intervención y la estimación del presupuesto, el IDU dejó constancia de la metodología que siguió para

⁴⁹ Acta de liquidación obrante en los folios 6 a 18, cuaderno 14.

⁵⁰ Folio 33, cuaderno 8.

⁵¹ Folios 34 y 35, cuaderno 8.

clasificar las vías en cuatro tipos de intervención: verde, amarillo, naranja y rojo (se transcribe de forma literal):

“Para determinar el tipo de intervención que requiere cada uno de los segmentos objeto del Programa, se llevó a cabo el levantamiento de fallas por parte de los ingenieros de la STPE y de acuerdo a este diagnóstico, se le asignó el tipo de intervención requerido. Con base en el tipo de intervención requerido, se calculó el presupuesto indicativo que permite tener un orden de magnitud sobre las obras que se ejecutarán, tal como se puede observar en la tabla No. 1.”⁵².

En dicha metodología de cálculo el IDU explicó que se trataba de un presupuesto indicativo y que se ajustaría, previa verificación por parte del contratista de la condición estructural y superficial de los corredores *“que será el insumo principal para calcular el insumo definitivo de las obras”*⁵³.

Tal como lo advirtió el Tribunal *a quo*, se hace constar que en el inciso segundo del punto 4.6 del pliego de condiciones se advirtió (se transcribe de forma literal):

“Así mismo, durante la ejecución del proyecto, el IDU podrá incluir Tramos Rojos Adicionales, diferentes de los relacionados en el Anexo 11, a los que el contratista debe elaborar la totalidad de los estudios y diseños de acuerdo con lo especificado en el Pliego de Condiciones. En este caso, las estudios y diseños se pagarán por M² de conformidad con el precio unitario pactado en el numeral 2.2.9.”⁵⁴.

Puede observarse que la unidad de medida en la mayoría de los ítems de obra y en los estudios y diseños adicionales estaba dada en metros cuadrados o cúbicos, de manera que la remuneración era variable de acuerdo con la mayor extensión o volumen, por lo cual los tramos inicialmente enlistados se podían modificar, conllevando la variación del precio final, el cual quedaba definido según el alcance de las labores de diagnóstico realizadas por el contratista y, de esta forma, las actividades se pagaban de acuerdo con la obra encomendada y ejecutada.

Siendo este el contenido del pliego de condiciones, resulta cierto que el contratista conoció que los precios comprendían todas las actividades que fueran requeridas para la respectiva intervención y que aceptó el método bajo el cual podrían variar

⁵² Folio 84. Cuaderno 8.

⁵³ Folio 84, último párrafo, cuaderno 8.

⁵⁴ Folio 85, cuaderno 8.

los tramos asignados, el alcance de las labores y la base para liquidar el pago de las prestaciones contractuales.

Por otra parte, se reafirma, como lo señaló la sentencia de primera instancia, que el IDU advirtió que los segmentos viales se habían definido de conformidad con los requerimientos de las localidades, pero que podría priorizar e introducir cambios en las vías objeto de intervención, lo cual se hizo dentro de la misma localidad, de manera que, de acuerdo con el acervo probatorio, se concluye que la modificación de los tramos no constituyó un cambio sorpresivo ni arbitrario frente al contratista.

Por ello, si el contratista resolvió presentar la propuesta, lo hizo bajo conocimiento de esos términos y condiciones, bajo su determinación y comunicación explícita, resulta ahora improcedente sacar adelante los argumentos acerca de la falla en la planeación contractual por parte del IDU o el supuesto desequilibrio económico a cargo de la entidad estatal.

5.2. Análisis de las modificaciones contractuales

Se agrega, también, que los cambios introducidos en el contrato No. 127 de 2006 generaron adiciones presupuestales, por valores y plazos concertados entre las partes.

En primer lugar, debe observarse, a diferencia de lo que afirma el apelante, que los contratos adicionales No. 1 de 19 de octubre de 2007, por valor de \$4.730'230.621 y No. 2 de 29 de diciembre de 2007, por valor de \$2.673'546.827, sí tuvieron dentro de sus consideraciones económicas, respectivamente, la necesidad de atender el mantenimiento de nuevos segmentos del *"listado adicional"*⁵⁵ y la *"mayor meta física, de acuerdo con el diagnóstico (sic) y presupuesto realizado por el contratista"*⁵⁶.

Por otra parte, en relación con el adicional No. 3, suscrito el 13 de noviembre de 2008, se observa que en la comunicación del 22 de octubre de 2008, el representante legal del consorcio se dirigió al IDU para sustentar una solicitud de

⁵⁵ Contrato adicional No. 1, folio 68 cuaderno 11.

⁵⁶ Contrato adicional No. 2, folio 6, cuaderno 11.

prórroga del contrato y en ella se refirió a una reunión efectuada con el director técnico de la malla vial, en la que ese funcionario le habría manifestado la necesidad de culminar un programa de pavimentación comunitaria para adelantar “22 segmentos viales” con el aporte de \$500'000.000, provenientes de un convenio del IDU en asocio con la Alcaldía Local de Usaquén.

En su solicitud de 22 de octubre de 2008 el Consorcio observó (se transcribe de forma literal):

“Conclusión

*“El aumento de tramos de rehabilitación, aumenta sustancialmente los tiempos necesarios tanto para la elaboración de los estudios y diseños como para su ejecución, lo que hace evidente una adición en el tiempo, para terminar integralmente el contrato suscrito, **así como el convenio del IDU en asocio con la Alcaldía Local en Usaquén, que será adicionado al contrato**⁵⁷.*

“Fundamentos de la Solicitud

“La suscripción del otrosí 4 y de los Contrato Adicionales N. 1 y No. 2. Si bien permitieron un mejor desarrollo del contrato IDU 127 de 2006, no previeron la totalidad del tiempo necesario para la realización de las actividades de Estudios y Diseños, Ejecución de obras no previstas de redes de acueducto y alcantarillado en las calles 106 y 140⁵⁸.

“Solicitud

“En mérito de lo expuesto solicito se amplíe el plazo del contrato IDU 127 de 2006 por el término de cinco meses, contados a partir del día 13 de noviembre, descontando de los siete meses solicitados, los dos (2) meses dedicados al diagnóstico⁵⁹.

La solicitud reseñada abrió el trámite del adicional No. 3, según formato de adición suscrito el 23 de octubre de 2008 por el mismo representante del consorcio⁶⁰, sobre cuyo alcance dio cuenta el memorando STPE-110037942 de 5 de septiembre de 2008, dirigido por el encargado de planeación estratégica del IDU al

⁵⁷ La negrilla no es del texto.

⁵⁸ folios 119 a 121, cuaderno 12.

⁵⁹ Ibídem.

⁶⁰ Folios 123, cuaderno 12.

gerente de la unidad ejecutiva de localidades de la misma entidad, en el cual informó:

“(...) las vías relacionadas en el anexo y que no se encuentran incluidas dentro de ningún contrato de mantenimiento o construcción fueron cargadas como adicionales al contrato 127/2006 en la cobertura ‘Contratos UEL’ del servidor ‘mg01w201’ información que puede ser consultada en el aplicativo ‘Seguimiento Proyectos IDU’”⁶¹.

Por ello, sobre la referida solicitud se concluye que existió un acuerdo entre el IDU y el consorcio para concluir las actividades pendientes y adicionar los nuevos tramos de Usaquén dentro del mismo contrato, todo lo cual se estableció mediante una tercera adición, ésta por el valor de \$500'000.000, suscrita el 13 de noviembre de 2008.

En atención a la decisión y actuación del contratista se debe reafirmar el acuerdo de voluntades frente a dicha modificación contractual y, por ende, la fuerza vinculante de su contenido, en cuanto al valor faltante para concluir el contrato, al punto de que resulta acertado considerar que, con posterioridad a ella, en la fecha de liquidación del contrato, no podía el contratista desconocer su aceptación a través de una salvedad por desequilibrio económico, ni reclamar compensaciones o valores adicionales a los negociados en su oportunidad.

Con fundamento en el análisis anterior, no se acepta el argumento del apelante acerca de las ambigüedades en la contratación y las modificaciones arbitrarias del IDU, sobre las cuales el Tribunal *a quo* habría tenido que reconocer el derecho a las compensaciones por actividades adicionales.

En realidad, las pruebas permiten afirmar que el IDU no varió sorpresivamente los tramos viales objeto del contrato ni le impuso al contratista las modificaciones contractuales, mediante las cuales, al inicio y, también, en las postrimerías del contrato, decidieron ingresar nuevos tramos rojos para su ejecución.

De la misma forma, en el adicional de plazo No. 4, suscrito el 7 de abril de 2009⁶², se hizo constar que el contratista solicitó ampliación de un mes, para superar los

⁶¹ Folio 149, cuaderno 12.

⁶² Folios 26 y 27 cuaderno 12.

inconvenientes en el suministro de agregados pétreos a cargo del IDU y para culminar el programa de espacio público en Usaquén, momento en el cual no solicitó nuevos recursos, ni eran procedentes, dado que ya había negociado el valor de las modificaciones para la terminación de las obras realizadas, de acuerdo con el adicional No. 3.

Por otra parte, no se puede dejar de registrar que el contratista obtuvo modificaciones financieras para aliviar sus cargas económicas, toda vez que en el otrosí No. 5 suscrito el 31 de diciembre de 2007, se reformó la cláusula cuarta, aumentando el porcentaje de anticipo inicialmente pactado, del 20% al 30% del valor de la obra, de acuerdo con la solicitud CDU-0666-07 que presentó el representante del contratista al IDU el 28 de octubre de 2007.

5.3. Análisis del dictamen

Abierta la audiencia de pruebas, el dictamen se presentó el 8 de septiembre de 2015 y las partes solicitaron las aclaraciones correspondientes; se fijó un plazo adicional para atender dichas solicitudes⁶³, que fueron contestadas por el perito mediante escrito radicado el 23 de septiembre de 2015⁶⁴.

En la audiencia de pruebas celebrada el 7 de octubre de 2015 la apoderada del IDU presentó una objeción grave en cuanto a los gastos administrativos; en la sentencia de primera instancia se consideró que no procedía tal objeción, sin perjuicio de apreciar la prueba en lo que fuera pertinente⁶⁵.

La sentencia no entró a detallar todas las respuestas del perito, lo cual se entiende, dado que, independientemente de los valores calculados en el dictamen, el Tribunal *a quo* advirtió que, por el conocimiento y aceptación de las variaciones en los segmentos viales objeto de intervención y por cuanto el requerimiento de diseños podía presentarse durante la ejecución del contrato, no resultó procedente pretensión alguna de las presentadas en la demanda.

⁶³ Folios 552 a 555, cuaderno 1.

⁶⁴ Folios 556 a 558, cuaderno 1.

⁶⁵ Folios 691 a 694, cuaderno principal de la segunda instancia.

Sin embargo, toda vez que el apelante echa de menos un pronunciamiento sobre algunos aspectos del dictamen, la Sala se detendrá en el contenido del mismo.

De manera general, debe anotarse que el demandante orientó el cuestionario del dictamen a establecer las diferencias entre el presupuesto del IDU y el valor pagado por el contratista en determinadas cuentas, mas no presentó el requerimiento de un análisis integral de la ejecución del contrato, ni de su resultado final para el contratista, lo cual origina una falencia en el alcance de la prueba, por cuanto el análisis de cuentas individuales no permite concluir sobre el desequilibrio económico del contrato.

5.3.1. Ítems que no fueron objeto de consideraciones específicas en la sentencia de primera instancia

Sin perjuicio de las consideraciones generales del Tribunal *a quo*, que se estiman acertadas, puede agregarse que no todas las cuentas consultadas al perito se encontraron sobre ejecutadas y que, por otra parte, dicho auxiliar de la justicia conceptuó sobre la consistencia y equilibrio en las fórmulas de ajuste de precios.

En materia del precio del asfalto, el perito estimó que la fórmula de ajuste fue aplicada de conformidad con las condiciones contractuales⁶⁶ y que la metodología era consistente con el “*mantenimiento del equilibrio de las condiciones económicas del contrato*”; de la misma manera, el perito estimó que las fórmulas de ajuste de los demás componentes de las obras ejecutadas se aplicaron de conformidad con las normas de contabilidad, en materia del tratamiento del anticipo⁶⁷.

Se agrega que, en relación con el precio del cemento gris, el perito conceptuó que el contratista pagó en promedio un valor de \$332,09 por kilogramo, frente a \$347 por kilogramo que constituyó el precio promedio ofrecido al IDU, de manera que observó una reducción del 4.32% frente a los precios de la oferta⁶⁸, la cual indica un resultado favorable al contratista en la ejecución de la referida cuenta.

⁶⁶ Folio 24, cuaderno del dictamen.

⁶⁷ Folio 26, cuaderno del dictamen.

⁶⁸ Folio 29, cuaderno del dictamen.

En cuanto a los costos de transporte de maquinaria, el perito manifestó que no disponía de elementos de juicio para establecerlos⁶⁹, de la misma forma que observó que no era posible realizar una comparación respecto de los valores pagados por manejo de tráfico, social, ambiental y de señalización⁷⁰ y que la información sobre señalización y demarcación que tuvo a su alcance era insuficiente para contestar las preguntas del dictamen en relación con las cuentas correspondientes⁷¹.

Al igual que en el ítem anterior, en las preguntas acerca del acarreo adicional de escombros, el perito indicó que *“no es factible establecer los mayores costos en que incurrió el consorcio”*, a la vez que advirtió que varios ítems de los análisis de precios del IDU incluyeron el retiro y disposición de escombros, si bien no contó con la información disponible para realizar las mediciones solicitadas⁷².

Sobre los gastos de vigilancia de maquinaria, el dictamen expuso que no pudieron ser comparados por cuanto no estaban discriminados en la propuesta⁷³.

Acerca de los hechos relacionados con el fresado, el dictamen observó una diferencia a favor del contratista por \$26'345.090, entre los gastos en que incurrió y el valor sin AIU obtenido de las actas de recibo de obra de conformidad con las cuales el IDU autorizó y pagó al contratista las obligaciones derivadas del contrato No. 127 de 2006⁷⁴, lo cual, también, refleja un monto ejecutado a favor del contratista.

5.3.2. Gastos de administración

Al resolver el cuestionario que presentó el demandante, el perito indicó que el valor total del contrato ascendió a \$25.121'143.400, con un gasto de administración del 22,91%, equivalente a \$4.036'775.739.

⁶⁹ Folio 40, cuaderno del dictamen.

⁷⁰ Folio 34, cuaderno del dictamen.

⁷¹ Folio 42, cuaderno del dictamen.

⁷² Folio 49, cuaderno del dictamen.

⁷³ Folio 15, cuaderno del dictamen.

⁷⁴ Folio 19, cuaderno del dictamen.

El perito estableció que, de acuerdo con la contabilidad del consorcio, este pagó por gastos de administración y mano de obra la suma de \$5.768'975.885, la cual resultaba superior al monto de \$4.036'775.738 que se reconoció por el IDU como gasto de administración. Se observa que la diferencia entre las dos cifras asciende a la suma de \$1.732'200.147.

Sin embargo, aunque el dictamen refleja un pago superior al presupuestado, ello no prueba el desequilibrio económico del contrato, ni sirve de base para concluir que el mayor valor del gasto ejecutado por el consorcio quedaba a cargo del IDU, dado que el contratista presentó la oferta definiendo su AIU –dentro del rango estimado en el pliego de condiciones- y, por ello lo hizo bajo su propio riesgo.

Se reitera, tal como se reseñó en esta providencia, que en el pliego de condiciones se indicó que la propuesta debía incluir todos los costos directos e indirectos y los relacionados con el personal requerido, cuya asignación y organización corría por cuenta del contratista.

Por otra parte, puede observarse que en la aclaración al dictamen presentada el 23 de septiembre de 2015, el perito desglosó el gasto de administración, con base en lo cual se evidencian dos cuentas de importancia material dentro del total ejecutado, que estaban claramente a cargo del contratista y cuya estimación corrió por su cuenta, a saber: contribuciones y afiliaciones, pagadas por la suma de \$1.170'216.348⁷⁵ y la cuenta de gastos diversos de administración por la suma de \$681'601.560⁷⁶.

En relación con las otras cuentas de administración y las de mano de obra que se relacionaron en la aclaración del dictamen, se observa que los valores reportados no arrojan información para determinar en cuáles de dichas cuentas se situó el mayor valor de la ejecución, originado supuestamente en la permanencia en obra que alegó el contratista, por lo cual esos datos del dictamen resultan insuficientes para fundar la conclusión que pretende el apelante.

⁷⁵ Según el pliego de condiciones: “*El proponente deberá tener en cuenta que el contrato de obra objeto de la Licitación está sujeto a la Contribución Especial de la Ley 418 de 1997 (impuesto de guerra) prorrogada hasta diciembre de 2006 mediante la Ley 782 de 2002, del 5% sobre el valor de todo pago que se haga al contratista y al pago de los impuestos y contribuciones locales y nacionales legalmente a cargo del contratista*”. Punto 2.2.9 del pliego de condiciones, folio 35, cuaderno 8.

⁷⁶ Folio 556 y 557, cuaderno 1.

Por el contrario, se recuerda que las ampliaciones de plazo del contrato se acompañaron de adiciones de valor, en forma tal que fueron consentidas por el contratista, quien tenía la carga de diligencia y cuidado al elaborar los presupuestos definitivos que soportaron las solicitudes para las respectivas adiciones.

Por último, el demandante no preguntó al perito por la ejecución de la cuenta de imprevistos (I) ni por el resultado de utilidades (U), lo cual podría haber modificado la comparación que, para efectos de estudiar el supuesto desequilibrio económico del contrato, tenía que formularse en términos del AIU, pero sólo se concentró en las cuentas de gasto por administración.

5.3.3. Pasivos exigibles

En cuanto al trámite de los pasivos exigibles, el perito explicó que la ejecución del contrato se inició en 2007 y que los recursos de las apropiaciones se constituyeron en ese momento como reserva presupuestal, con cargo a la cual se pagaron el anticipo y las obras de la citada vigencia.

En relación con los montos destinados a obras no ejecutadas al cierre del ejercicio de 2007, el perito estimó que se dio cumplimiento a la normativa presupuestal aplicable para esos casos, en orden a ejecutar la obra en las vigencias siguientes.

Aunque el perito discriminó el monto de los créditos del Banco de Occidente, Financiamos y el Banco de Colombia y por otra parte, de acuerdo con su concepto, el tiempo estimado para tramitar los pasivos exigibles fue de dos meses y medio, se tiene que advertir que no se le solicitó al perito la discriminación de los tiempos en mora en relación con las distintas facturas⁷⁷.

En el anexo contentivo de las cláusulas comunes a los contratos celebrados por el IDU, se advirtió que los pagos se harían en 45 días “*hábiles*” a partir de la fecha de

⁷⁷ La obligación de presentar factura es de orden legal, además de que, en este caso, se mencionó en el Contrato de Obra No. 127 de 2006, como uno de los requisitos para el pago, según se lee en la “Cláusula 3 FORMA DE PAGO. (...) Parágrafo Cuarto: **Con cada factura que el CONTRATISTA presente al IDU, anexará una certificación de cumplimiento de las obligaciones laborales (...)**” (la negrilla no es del texto). Folio 115, cuaderno 10.

radicación de la orden de pago, agregando la siguiente especificación sobre los anexos de la orden (se transcribe de forma literal):

“debidamente elaborada, documentada (se refiere a todos los anexos exigidos por el Instituto para su radicación) y aprobada reconocerá intereses de mora (sic) la tasa equivalente al doble del interés legal (...)”⁷⁸

En el dictamen tampoco se concretó la relación específica entre el costo financiero y la supuesta demora en el pago de las distintas facturas.

En relación con el cálculo del costo financiero expuesto en el dictamen, la Sala observa que no puede trasladarse al IDU, si por otra parte se observa que, el anticipo inicial era del 20% del valor de las obras, de manera que el otro 80% debía ser financiado por el contratista – con recursos propios o de crédito-, habida cuenta de que los pagos se harían con base en las actas de obra una vez ejecutada, y previo cumplimiento de los trámites de aceptación por la interventoría y el director de la malla vial, así como la presentación de las facturas con los demás anexos para acreditar el cumplimiento de obligaciones laborales.

También, se debe advertir que el contratista debió prever el costo de la financiación, teniendo en cuenta, la retención pactada en la cláusula tercera del contrato, inicialmente fijada en el 5% del valor de las actas, la cual solo se negoció y redujo al 2.5% mediante el otrosí No. 8 de 29 de mayo de 2009.

Por todo lo anterior, se corrobora la conclusión del Tribunal *a quo* en cuanto apreció que no se encontró probado el desequilibrio económico del contrato.

En conclusión, se confirmará la sentencia de primera instancia.

6. Costas

En primer lugar, se hace notar que bajo las reglas del Código General del Proceso, aplicables a este caso, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la que se imponen, toda vez que bajo el régimen actual la condena en costas se determina

⁷⁸ Folio 133 cuaderno 10.

con fundamento en un criterio objetivo, en cuanto se imponen a la parte que fue vencida de conformidad con el artículo 365 del CGP⁷⁹.

Por su parte, el artículo 366 del CGP, aplicable por remisión del artículo 188 del CPACA, dispone:

“Artículo 366 CGP. Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: (...) 4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas”.

Para fijar las agencias en derecho en el proceso ordinario que se tramita ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como es el presente caso, se debe tener en cuenta el Acuerdo No. 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Por ello, la Sala procederá a fijar las agencias en derecho para la segunda instancia atendiendo a los parámetros que al efecto establece el citado Acuerdo, en el cual se dispone la fijación de agencias teniendo en cuenta *“la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones”*⁸⁰.

La complejidad y cuantía del *sub lite* en segunda instancia se puede apreciar por el contenido de la apelación, toda vez que, según se detalló en esta providencia, la

⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia C 157 de 2013. *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra”.*

⁸⁰ Artículo 4 del Acuerdo 1887 de 2003.

parte actora cuestionó varios de los conceptos adoptados por el Tribunal *a quo* y, también, controvirtió la apreciación de las pruebas.

De la misma forma, está acreditado en el proceso que la demandada atendió los alegatos en segunda instancia, de manera detallada, rebatiendo todos los argumentos del apelante.

Teniendo en cuenta, por otra parte, que en la primera instancia se fijaron agencias en derecho por la suma de \$6'365.367 equivalentes al 0.3% del valor de las pretensiones, considera la Sala que no resulta procedente incrementar las agencias en derecho de manera porcentual.

Con fundamento en lo anterior, en atención a que el recurso de apelación será fallado en forma totalmente desfavorable al apelante, se fijará un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de esta providencia, como agencias en derecho por la segunda instancia, a cargo del demandante y en favor de la entidad demandada. Las costas se deberán liquidar de manera concentrada en la primera instancia.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de enero de 2017, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Fijar las agencias en derecho, por la segunda instancia, en la suma equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente a la fecha de esta providencia.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA