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

CONSEJERA PONENTE: ZORANNY CASTILLO OTÁLORA

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de octubre dos mil veintiséis (2026)

Radicación: 25000-23-36-000-2021-00049-02 (71727)
Demandante: Consorcio JHG y sus integrantes.
Demandados: Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y Consorcio Intervial Urbano
Referencia: Controversias contractuales

TEMAS: CONTRATO DE OBRA – La delimitación del objeto contractual no releva al contratista del cumplimiento de las especificaciones técnicas ni de la calidad de las obras efectivamente ejecutadas / FALSA MOTIVACIÓN – Para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos que declararon el incumplimiento debía acreditarse que las patologías y no conformidades que los sustentaron no eran imputables al contratista / INTERVENTORÍA – Su participación en la definición y seguimiento de las actividades no exonera al contratista de los defectos derivados de la ejecución de las actividades a su cargo / EQUILIBRIO ECONÓMICO – La variación de las cantidades de obra exige acreditar su incidencia económica efectiva y una alteración extraordinaria de la ecuación contractual.

1. La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 04 de julio de 2024 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, que negó las pretensiones de la demanda y condenó en agencias en derecho.

Síntesis de la decisión

2. Se confirmará la sentencia apelada, porque no se desvirtuó la presunción de legalidad de las Resoluciones 1744 y 3067 de 2019, mediante las cuales el IDU declaró el incumplimiento parcial del Contrato de Obra n.º 1092 de 2016 e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria. El procedimiento administrativo garantizó los derechos de defensa y contradicción y no se acreditó la falsa motivación de los actos demandados.

3. Aunque el contrato no imponía al Consorcio JHG una obligación general de diagnosticar o rehabilitar estructuralmente los corredores viales, esa delimitación no lo relevaba de ejecutar las actividades a su cargo conforme a las especificaciones técnicas ni de responder por su calidad y estabilidad. La prueba aportada no demostró que las patologías y no conformidades que sustentaron la declaratoria de incumplimiento obedecieran exclusivamente a fallas estructurales preexistentes ajenas a su ejecución, ni desvirtuó las demás situaciones técnicas identificadas por la interventoría y el IDU. Tampoco se acreditó un incumplimiento imputable a la entidad ni que las actuaciones del CIU[1] hubieren interferido en el cumplimiento del contratista, ni una alteración extraordinaria de la ecuación económica del contrato que justificara el reconocimiento de las sumas reclamadas.

[1] Consorcio Intervial Urbano.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

Antecedentes

La demanda

4. El 9 de febrero de 2021[2], el Consorcio JHG y sus integrantes Germán Antonio Ballestas Berdejo, José Sydney Martínez Aguilar y Hace Ingenieros S.A.S. demandaron al IDU y al Consorcio Intervial Urbano en calidad de interventor, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales y solicitaron: i) se declare que el Consorcio Intervial Urbano no ejecutó la interventoría conforme al objeto del contrato 1092 de 2016; ii) el IDU incumplió dicho contrato, lo que ocasionó perjuicios a los demandantes, iii) la nulidad de las Resoluciones 1744 y 3067 de 2019 y, subsidiariamente, la declaración de incumplimiento contractual del IDU por declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal, iv) el reconocimiento del derecho al pago de las obras e ítems efectivamente ejecutados y no recibidos o reconocidos por la entidad, y se declare que la póliza de estabilidad de la obra ampara exclusivamente la calidad de los materiales y procedimientos constructivos, en los términos de los Estudios Previos del proyecto.

5. Como consecuencia, se condene a los demandados a la devolución de $132.110.325 correspondiente al valor de la sanción impuesta; al pago de $400.367.732 por las obras ejecutadas y no recibidas[3], y de $1.000.000.000[4] por los ítems ejecutados y recibidos cuyo pago, según la demanda, el IDU se negó a reconocer. Asimismo, la actualización de esas sumas, el reconocimiento de intereses moratorios y la condena al IDU en costas y agencias en derecho.

Hechos

6. El IDU adelantó la Licitación Pública IDU-LP-SGI-006-2016 para contratar una brigada de reacción vial para ejecutar, a precios unitarios y monto agotable, obras de conservación de la malla vial arterial no troncal de Bogotá.

7. El 22 de diciembre de 2016, la entidad celebró el Contrato de Obra n.º 1092 de 2016 con el Consorcio JHG, integrado por Hace Ingenieros S.A.S., Germán Antonio Ballestas Berdejo y José Sydney Martínez Aguilar, para intervenir el Grupo 1, correspondiente a la zona oriental, a saber[5]:

---

[2] Índice 01 Samai. En auto del 30 de julio de 2021, el tribunal de primera instancia admitió la demanda (Índice 02 Samai). El 21 de enero de 2022, los demandantes presentaron reforma de la demanda que se admitió en auto del 31 de enero de 2022. La reforma conservó el contenido de la demanda inicial y únicamente corrigió su orden formal, al denominar las pretensiones como principales, subsidiarias y condenatorias. Las modificaciones introducidas en los hechos y en el material probatorio cumplen una función de sustentación de pretensiones preexistentes. No se configuró una nueva reclamación sujeta a un término de caducidad independiente.

[3] La reforma de la demanda: "SEGUNDA CONDENATORIA: Condénese al IDU a pagar el valor de las obras ejecutadas, que la Interventoría y el IDU se negaron a recibir, las cuales ascienden al valor de cuatrocientos millones trescientos sesenta y siete mil setecientos treinta y dos pesos ($440.367.732)", por tanto, es claro que se presenta una discrepancia entre las letras y el número. La Sala toma como valor $400.367.732 que corresponde al valor en letras.

[4] La reforma de la demanda: "TERCERA CONDENATORIA: Condénese al IDU a pagar el valor de los ítems ejecutados y recibidos que el IDU se ha negado a reconocer, cuyo costo es de mil millones de pesos ($ 1.000.000)", por tanto, es claro que se presenta una discrepancia entre las letras y el número. La Sala toma como valor $1.000.000.000 que corresponde al valor en letras.

[5] Índice 1 Samai. Expediente primera instancia, Pliego de Condiciones de la Licitación Pública n°. IDU-LP-SGI-006-2016.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co) No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

ZONAS	COBERTURA	LÍMITES
1 ZONA ORIENTAL	USAQUÉN	Autopista Norte, calle 200, cerros y calle 100
	BARRIOS UNIDOS	Avenida 68, avenida 63, calle 63 y avenida Caracas
	CHAPINERO	Calle 100, cerros, Avenida Caracas y calles 39 y 40
	TEUSAQUILLO	Av. Caracas; calle 63 y av. 63; av.68; diag. 22ª; Avs. Las Américas y 26.
	SANTAFÉ	Calle 39 y 40, carrera 10, avenida 1 sur y avenida Caracas
	LA CANDELARIA	Avenida Jiménez, carrera 10, calle 5, carrera 3E y cerros orientales
	PUENTE ARANDA	Avenida Ciudad de Quito; Aut. Sur; Avenida 68; Diag.I 22A y Av. Las Américas
	LOS MÁRTIRES	Avenida 26, carrera 10, avenida Ciudad de Quito, Avenida 27 sur y La Hortúa
	ANTONIO NARIÑO	Avenida 27 sur y La Hortúa, avenida 1 de Mayo y carrera 10
	TUNJUELITO (ZONA ORIENTAL)	Av. Boyacá, Río Tunjuelito, vía a Usme, autopista Sur y calles 47 y 50D sur
	RAFAEL URIBE URIBE	Avenida 1 de Mayo, calles 47A y 50D sur
	SAN CRISTÓBAL	Avenida 1 sur, carrera 10 y cerros
	USME	Vía a Usme, cerros y perímetro urbano

8. Los demandantes afirmaron que los documentos precontractuales, el contrato y el anexo técnico delimitaron el objeto contractual a actividades de conservación, mantenimiento rutinario y periódico, consistentes en labores de parcheo, bacheo, sellado de fisuras, fresado y reposición de carpeta en los eventos autorizados por el IDU.

9. En ese sentido, sostuvieron que las actividades eran superficiales y no comprendían la rehabilitación estructural del pavimento, que exigía diagnósticos, estudios especializados y diseños ajenos a la contratación y no asignados al contratista en la matriz de riesgos.

10. Asimismo, señalaron que el proyecto se apoyó en el índice de condición del pavimento (PCI), que correspondía a una evaluación superficial de las vías, y que el IDU no entregó diagnósticos estructurales de los corredores por intervenir. Agregaron que el contratista y la interventoría debían elaborar un inventario georreferenciado, mediante inspección visual, para identificar los huecos y seleccionar el mantenimiento procedente. Esto no implicaba determinar el estado estructural del pavimento ni asumir la responsabilidad por fallas de esa naturaleza.

11. Los corredores por intervenir se entregaron el 7 de febrero de 2017. El acta de inicio se suscribió el 9 de febrero siguiente y la ejecución concluyó el 8 de diciembre de 2017. Esta terminación se consignó en el Acta n.° 13 del 12 de diciembre del mismo año.

12. El IDU celebró el contrato n.º 581 de 2017 con el Consorcio Interval Urbano para ejercer la interventoría técnica, administrativa, financiera, jurídica, ambiental y de seguridad y salud en el trabajo sobre la ejecución del contrato.

13. Los demandantes sostuvieron que durante la ejecución del contrato las actividades que se desarrollaron fueron revisadas y aprobadas por la interventoría y recibidas por el IDU y que, por esa razón, debían entenderse ejecutadas conforme a las especificaciones técnicas pactadas. Afirmaron que, pese a ello, una vez concluido el contrato, la entidad cambió el criterio aplicado inicialmente y atribuyó al contratista deterioros derivados de fallas estructurales preexistentes del pavimento, aunque, a su juicio, esas condiciones no habían sido diagnosticadas ni formaban parte de las obligaciones contractuales.

14. Señalaron que, con fundamento en los informes elaborados con posterioridad a la ejecución de las obras, el IDU inició un procedimiento administrativo sancionatorio y concluyó que el contratista incumplió sus

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

obligaciones porque escogió inadecuadamente el tipo de intervención y ejecutó reparaciones insuficientes frente a los daños existentes. Como consecuencia, mediante las Resoluciones 1744 y 3067 de 2019 declaró el incumplimiento parcial del Contrato 1092 de 2016 e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria.

15. Por ello, a juicio de los demandantes, el IDU desconoció que el contrato únicamente comprendía actividades de conservación y exigió resultados propios de una rehabilitación estructural. Se modificó las obligaciones pactadas, trasladó al contratista riesgos que no le fueron asignados y afectó el reconocimiento de obras ejecutadas y el equilibrio económico del contrato.

Concepto de violación

-Nulidad de las Resoluciones 1744 y 3067 de 2019

16. **I) Violación del debido proceso y de los derechos de defensa y contradicción.** Los demandantes alegaron un manejo probatorio irregular durante el procedimiento administrativo, porque el IDU valoró el dictamen pericial que aportaron como prueba documental, omitió decretarlo o rechazarlo de manera motivada y encargó a la interventoría pronunciarse sobre su contenido, lo que, a su juicio, afectó su valoración y contradicción.

17. También afirmaron que no se les permitió controvertir el último informe de interventoría que fundamentó la sanción, pese a que la entidad sostuvo que no constituía prueba. Por último, señalaron que no se concedió la oportunidad para presentar alegatos de conclusión y que, para ello, el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 debía integrarse con las reglas del CPACA. Agregaron que se desconoció la presunción de inocencia al imponerse la sanción sin que estuviera acreditado el incumplimiento.

18. **II) Falsa motivación**. El IDU desconoció que los daños estructurales no eran imputables al consorcio, pues el diagnóstico y la reparación de tales daños no formaban parte de las obligaciones contractuales. Afirmaron, además, que no se acreditó un incumplimiento del contratista y que se hizo efectiva la cláusula penal sin demostrar el daño ni los presupuestos que sustentaban la declaratoria de incumplimiento.

-Incumplimiento contractual del IDU por la expedición de las resoluciones demandadas

19. Los demandantes sostuvieron que la efectividad de la cláusula penal carecía de fundamento legal y contractual y que la expedición de las resoluciones demandadas constituyó, a su vez, un incumplimiento contractual del IDU que causó los perjuicios cuyo reconocimiento solicitaron.

-Incumplimiento de las funciones del interventor

20. El contrato de interventoría estaba coligado con el contrato de obra. Por esa razón, el incumplimiento del interventor incidió directamente en los perjuicios del consorcio.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

-Incumplimiento del Contrato 1092 de 2016 por el IDU

21. El IDU desconoció el deber de planeación, pues estructuró el proceso con información técnica insuficiente, omitió actividades previsibles y trasladó al contratista sobrecostos derivados de la ejecución. Además, la entidad actuó en contra de los principios de buena fe y equilibrio contractual al negar el reconocimiento y pago de mayores cantidades de obra e ítems no previstos que resultaron indispensables para cumplir el objeto del contrato.

22. Las actividades adicionales no obedecieron a una decisión autónoma del contratista, sino a necesidades surgidas durante la ejecución y a exigencias de la propia administración. En consecuencia, el IDU debía reconocer esos valores.

Contestación de la demanda

23. El **IDU** contestó[6]. Se opuso a las pretensiones porque, a su juicio, carecían de sustento fáctico, jurídico y probatorio. Afirmó que la entidad y el interventor cumplieron las obligaciones de los contratos de obra e interventoría y que el incumplimiento era atribuible exclusivamente al Consorcio JHG.

24. El anexo técnico asignó expresamente al contratista la responsabilidad de definir el tipo de intervención mediante inspección visual de los tramos priorizados. En consecuencia, sostuvo que la entidad no estaba obligada a entregar una preclasificación de las vías y que las obras de tipo estructural no estaban previstas en el contrato, por lo que el contratista asumió por su cuenta y riesgo las que ejecutó.

25. Las Resoluciones 1744 y 3067 de 2019 se fundamentaron en los informes de interventoría, en múltiples requerimientos previos y en la persistencia de numerosas no conformidades y deterioros prematuros que impidieron el recibo definitivo de las obras.

26. La interventoría cumplió sus funciones de vigilancia, seguimiento y control y, requirió reiteradamente al contratista para corregir las deficiencias. No hay prueba que permita atribuirle el incumplimiento o los perjuicios alegados.

27. Rechazó la existencia de un desequilibrio económico del contrato. Argumentó que los mayores costos alegados obedecieron a la propia propuesta económica del contratista, pues este presentó precios artificialmente bajos y asumió los riesgos derivados de su oferta. Las intervenciones posteriores se fundamentaron en la necesidad de subsanar las no conformidades detectadas. Alegó que el dictamen pericial allegado por el Consorcio JHG no reúne los requisitos del artículo 226 del CGP.

28. Formuló las excepciones de: i) cumplimiento de funciones contractuales por parte de la interventoría, ii) cumplimiento del Contrato 1092 de 2016 por parte del IDU, iii) legalidad de los actos administrativos demandados, e iv) imposibilidad de pagar ítems y obra ejecutada.

[6] Índice 08 Samai, el IDU contestó la demanda. Índice 15 Samai, el IDU contestó la reforma de la demanda.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

29. **El Consorcio Intervial Urbano**[7] no contestó[8].

La sentencia de primera instancia[9]

30. El Tribunal negó las pretensiones de la demanda. Consideró que no se vulneró el debido proceso, pues la actuación administrativa respetó las garantías previstas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Aunque la citación inicial se refirió erróneamente a la imposición de una multa, de su contenido se desprendía que la actuación estaba encaminada a declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, circunstancia que fue aclarada desde la primera audiencia.

31. El dictamen técnico aportado por el consorcio se analizó en las resoluciones demandadas y se concluyó que no tenía los requisitos para desvirtuar el incumplimiento. El informe de interventoría no constituyó una nueva prueba, sino el resultado del seguimiento del plan de contingencia que propuso el propio contratista. El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no contempla una etapa autónoma de alegaciones finales.

32. No se acreditó la falsa motivación. La declaratoria de incumplimiento no se sustentó en la obligación de ejecutar obras de rehabilitación estructural o diagnósticos de las vías, sino en contractuales concretos, consistentes en intervenciones que no cumplían las especificaciones técnicas, patologías prematuras en las obras, uso de mezclas asfálticas en condiciones inadecuadas y falta de entrega de la documentación necesaria para el recibo final de las obras.

33. El contrato imponía al contratista la responsabilidad de inspeccionar previamente los corredores viales, definir el tipo de intervención y advertir oportunamente la existencia de daños estructurales.

34. Durante el procedimiento administrativo, el contratista admitió la ejecución de actividades bajo amenaza de lluvia, la colocación de mezclas a temperaturas inferiores a las exigidas, la entrega extemporánea de memorias de cálculo y el incumplimiento parcial del plan de contingencia.

35. No procedía declarar el incumplimiento contractual del IDU, porque el Consorcio JHG no demostró haber atendido previamente sus obligaciones. Por el contrario, se acreditó que fue este quien las incumplió. Tampoco se probó que la entidad hubiera actuado irregularmente al ejercer la potestad sancionatoria y hacer efectiva la cláusula penal.

36. No se probó la ruptura del equilibrio económico. El contrato, el anexo técnico y el pliego de condiciones establecían que las cantidades de obra eran aproximadas y que el IDU podía modificar los segmentos objeto de intervención sin alterar el valor contractual. También imponían al contratista la obligación de estructurar su oferta con base en sus propios estudios técnicos e incluir los costos directos e indirectos,

[7] Integrado por IAR Proyectos S.A.S. y Bateman Ingeniería S.A.
[8] Índice 28 Samai. Expediente primera instancia. Auto del 29 de agosto de 2022.
[9] El 15 de febrero de 2023, se adelantó la audiencia inicial y el 27 de marzo de 2023, la audiencia de pruebas.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co) No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

como los trabajos nocturnos, el transporte, los laboratorios, la maquinaria y los demás riesgos propios de la ejecución contractual. Por tanto, el Tribunal consideró que las variaciones en las cantidades ejecutadas constituían riesgos previsibles asumidos por el contratista.

37. El demandante tampoco demostró técnicamente la existencia de sobrecostos extraordinarios ni la procedencia del reconocimiento de las intervenciones e ítems cuyo pago reclama. Las pruebas no acreditaron una alteración imprevisible de la ecuación económica del contrato ni permitieron desvirtuar que las obras no recibidas incumplían las especificaciones técnicas exigidas**.** Por tanto, no hay lugar al reconocimiento económico solicitado.

El recurso de apelación

38. La parte demandante apeló y solicitó revocar la sentencia por indebida valoración probatoria y errónea calificación jurídica de los hechos al negar la nulidad de las Resoluciones 1744 y 3067 de 2019. Sostuvo que el Tribunal separó indebidamente los daños estructurales, el diagnóstico y la rehabilitación de la sanción, pese a su relación con el objeto contractual y las patologías observadas. El contrato comprendía mantenimiento rutinario y periódico, no diagnóstico ni rehabilitación estructural; los segmentos se definían mediante recorridos e inspecciones visuales y no mediante estudios especializados. Por ello, no podía exigirse al contratista identificar punto por punto fallas estructurales ni garantizar una durabilidad absoluta de las intervenciones. Añadió que el IDU acogió la posición de la interventoría sin efectuar una valoración técnica autónoma de las explicaciones y pruebas aportadas por el Consorcio.

39. Alegó que los ensayos de laboratorio, registros fotográficos, análisis adicionales y el concepto de Carlos Iván Gutiérrez acreditaban la calidad de los materiales y procesos constructivos, incluso respecto de intervenciones ejecutadas a bajas temperaturas que permanecían sanas. Algunas zonas volvieron a deteriorarse después de ser reparadas, lo que, a su juicio, confirmaba la existencia de fallas estructurales. Reclamó un análisis individual de los trabajos en los siguientes puntos AK27-69, AC17-F31B, AC17-F23A, AC44-F37D, AC53-142A, K19-117A, K19-118A, 4K7-246F, AK27-F44 y AK27-F38; afirmó daños estructurales en AC17-F30, AK10-F40, AK10-F43 y AK10-F42; y señaló que AK30-212, 4K7-137B, 4K7-149A y 4K7-165 fueron reparadas y recibidas. También indicó que varias intervenciones permanecieron funcionales más de un año y que la comunicación JHG-1092-070-2018 contenía información posterior no valorada, por lo que los actos se habrían sustentado en datos incompletos o desactualizados.

40. Controvirtió la distribución de responsabilidades, pues los recorridos eran conjuntos, la interventoría participaba en la identificación y aprobación de las soluciones y el IDU determinaba finalmente el alcance de las actividades. La interventoría suscribió actas parciales sin formular objeciones específicas en campo frente a numerosos procesos y posteriormente clasificó $345.866.136 como “fallas estructurales” y $219.843.940 como “intervenciones no reparadas”, sin explicar el nexo entre cada conducta y la obligación supuestamente infringida. También rechazó obras que, según el consorcio, cumplían las especificaciones o permanecían en buen estado, sin identificar el defecto concreto de materiales o procedimiento. De allí derivó que no podía atribuirse exclusivamente al contratista

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

la totalidad de las consecuencias técnicas y solicitó, además, declarar el incumplimiento del contrato de interventoría.

41. Frente al equilibrio económico, cuestionó que cualquier variación estuviera comprendida en el riesgo contractual por el carácter aproximado de las cantidades del Anexo 8. Señaló que el ítem 3.012 de parcheo pasó de 51 m³ previstos a 6.289 m³ ejecutados, variación que calculó en 12.333 %, que el fresado disminuyó aproximadamente 67,77 % y que, en otro aparte, la variación general fue estimada en 1.800 %. Según el recurso, la reducción de fresados y el aumento de intervenciones puntuales modificaron sustancialmente la estructura de costos y evidenciaron falta de planeación o una modificación unilateral desproporcionada. Esa alteración incrementó los costos de laboratorios, transportes y trabajo nocturno: $130.680.619 por laboratorios, $169.272.449 por transportes y $1.368.593.313 por nocturnidad, derivados de una ejecución materialmente distinta de la prevista.

42. En cuanto al procedimiento sancionatorio, sostuvo que la base fáctica y económica cambió durante el trámite sin trazabilidad ni contradicción suficientes. Mencionó no conformidades iniciales por $1.390.241.155, una sanción aproximada de $417.072.374, un balance de $918.779.578, intervenciones por fallas estructurales de $345.866.136, intervenciones no reparadas por $219.843.940 y obras no recibidas por especificaciones por $282.602.193. Afirmó que algunas de ellas habían sido reparadas, recibidas o demostradas posteriormente como sanas y que nueve actas parciales acreditaban $9.643.119.632 de obra ejecutada y $382.275.926 por ajustes. También cuestionó la imputación relacionada con la memoria técnica final y los documentos de liquidación del anticipo, porque, a su juicio, integraron los cargos y debían examinarse dentro del seguimiento del incumplimiento atribuido.

43. Alegó violación del debido proceso porque el IDU trató como simple documento el concepto de Carlos Iván Gutiérrez, presentado como peritaje, sin decretarlo ni rechazarlo motivadamente y sin permitir subsanar sus requisitos o acudir a otra prueba técnica. También censuró que el último informe de interventoría hubiera sido utilizado como fundamento de la decisión sin traslado formal, pues su conocimiento previo durante la ejecución no sustituía la contradicción en la actuación sancionatoria. Sostuvo que, concluido el período probatorio, debía concederse el término de diez días para alegar previsto en el artículo 48 del CPACA, dado que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento especial, pero no integral. Añadió que el cambio entre la consecuencia inicialmente anunciada y la posterior ejecución de la cláusula penal exigía una nueva oportunidad de defensa

44. El recurrente sostuvo, además, que el IDU invirtió la carga de la prueba y desconoció la presunción de inocencia al exigir al Consorcio demostrar, mediante diagnósticos no contratados, que los daños no le eran imputables, cuando correspondía a la entidad acreditar técnicamente la falla, su nexo causal y la obligación incumplida. Afirmó que la declaratoria de incumplimiento y la cláusula penal requerían examinar tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad y no limitarse a contrastar las conductas con cláusulas contractuales. Añadió que esta constituía una estimación anticipada de perjuicios, pero no acredita por sí sola su existencia, pues un incumplimiento no produce necesariamente un daño. Por ello, consideró

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co) No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

que el IDU también incumplió el contrato al ejercer indebidamente la facultad sancionatoria y hacer efectiva la pena sin que concurrieran sus presupuestos.

45. Solicitó revocar la sentencia, declarar la nulidad de las Resoluciones 1744 y 3067 de 2019, restituir $132.110.325 por la sanción, reconocer $440.367.732[10] por obras ejecutadas y no recibidas, y $1.000.000.000 por ítems ejecutados y recibidos, además de los mayores costos, actualización e intereses reclamados. También pidió declarar el incumplimiento del contrato de interventoría y que la póliza de estabilidad se circunscribiera a la calidad de los materiales y procesos constructivos. Subsidiariamente, pretendió que se declarara el incumplimiento del IDU por el ejercicio indebido de la facultad sancionatoria. Finalmente, solicitó revocar la condena en costas porque cuestionó su causación frente al IDU y porque la interventoría no ejerció siquiera la contestación de la demanda, circunstancias que, a su juicio, impedían tener por demostradas las agencias reconocidas.

Trámite relevante en segunda instancia

46. En auto del 28 de octubre de 2024, se admitió el recurso de apelación[11]. Las partes guardaron silencio. El Ministerio Público no conceptuó.

CONSIDERACIONES

47. La Sala resolverá la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia porque no se configura causal de nulidad que invalide lo actuado. Revisado el proceso, existe jurisdicción[12] y competencia[13].

---

[10] En el recurso de apelación la parte demandante reiteró la cifra de $440.367.732. Como se explicó en la nota a pie de página 3, la reforma de la demanda presenta una discrepancia entre letras y números, por ello la Sala tomó como valor el expresado en letras que corresponde a $400.367.732. La apelación no constituye una oportunidad procesal para reformar la demanda ni para modificar sus pretensiones. Conforme a los artículos 173 y 306 del CPACA y 320 y 328 del CGP, aplicables estos últimos por remisión normativa. Admitir una pretensión en apelación vulneraría el principio de congruencia, el derecho de contradicción y el debido proceso de la parte demandada. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, sentencia del 26 de noviembre de 2020, Rad. 19001-23-33-000-2013-00302-01(24326): *"(…) la competencia del juez de segunda instancia se restringe a los aspectos formulados en la apelación; pero los cargos de apelación deben ser consonantes con lo decidido y razonado por el a quo".*

[11] Índice 03 Samai. Expediente segunda instancia.

[12] Según el numeral 2 del artículo 104 del CPACA la Jurisdicción Contencioso Administrativa conocerá de los siguientes procesos: *"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."* y el artículo 141 ibidem *"Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas".*

[13] El Consejo de Estado es competente. La demanda se presentó el 9 de febrero de 2021, razón por la cual las modificaciones introducidas por la Ley 2080 de 2021 a las reglas de competencia no resultan aplicables a este proceso, de conformidad con el régimen de transición previsto en su artículo 86. De acuerdo con los artículos 150 y 152.5 de la Ley 1437 de 2011, se trata de la apelación de una sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A en un proceso de doble instancia debido a la cuantía. La reforma de la demanda formuló tres pretensiones condenatorias determinadas en dinero: $132.110.325 por la restitución de la cláusula penal, $400.367.732 por las obras ejecutadas y no recibidas y $1.000.000.000 por los ítems ejecutados y no reconocidos, con una estimación global de la cuantía en $1.572.478.057. En consecuencia, conforme al artículo 157 del CPACA, la cuantía se determina por la pretensión de mayor valor, esto es, $1.000.000.000, y no por la suma de las pretensiones acumuladas, para la fecha de la demanda el monto exigido para que el Tribunal conociera en primera instancia era de $454.263.000.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co) · No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

También se agotó el trámite de conciliación prejudicial[14]. No se configuró la caducidad[15] y está probada la legitimación en la causa por activa y por pasiva, que se examina frente a cada pretensión[16].

Objeto del recurso

48. El apelante cuestionó la sentencia porque, a su juicio, el Tribunal interpretó erróneamente el contenido obligacional del Contrato de Obra n.º 1092 de 2016 y valoró indebidamente las pruebas. Controvirtió la imputación de patologías que atribuyó a fallas estructurales; la valoración de los ensayos de laboratorio, registros y el concepto de Carlos Iván Gutiérrez; la participación de la interventoría y del IDU en la definición de las intervenciones; el rechazo de obras que consideró técnicamente conformes; la variación de cantidades y costos derivados de laboratorios, transportes y trabajo nocturno; y la trazabilidad de la base fáctica y económica utilizada para declarar el incumplimiento. Asimismo, sostuvo que la declaratoria de incumplimiento exigía examinar la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta, y que la cláusula penal no podía hacerse efectiva sin acreditar un perjuicio.

49. También alegó la vulneración del debido proceso por el tratamiento dado al concepto técnico de CIG Ingenieros, la falta de traslado del último informe de interventoría, la ausencia de un término para alegar de conclusión y la modificación de la consecuencia inicialmente anunciada en la actuación sancionatoria. En el mismo marco, cuestionó la inversión de la carga probatoria y el desconocimiento de la presunción de inocencia.

---

[14] Se agotó ante la Procuraduría, en atención al numeral 1 del artículo 161 del CPACA y la Ley 640 de 2001. Los demandantes presentaron solicitud de conciliación el 19 de noviembre de 2019 y el acta de no conciliación se expidió el 19 de febrero de 2020.

[15] El Contrato de Obra n.º 1092 de 2016 terminó el 8 de diciembre de 2017 y se liquidó bilateralmente en Acta n.º 19 del 2 de julio de 2020, liquidación oportuna. Conforme a la cláusula trigésima segunda del contrato, el plazo de cuatro meses para la liquidación bilateral venció el 8 de abril de 2018 y el de dos meses para la unilateral, el 8 de junio de 2018. A partir de entonces corrió el término de dos años del inciso final del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, que vencía el 8 de junio de 2020. Ese término se suspendió conforme al artículo 6 del Decreto Legislativo 491 de 2020, el IDU suspendió los términos de las actuaciones y trámites administrativos relacionados con las liquidaciones contractuales desde el 24 de marzo de 2020, mediante la Resolución 2779 del 23 de marzo de 2020. La suspensión fue prorrogada por las Resoluciones 2824 del 8 de abril y 2853 del 26 de abril de 2020, artículo 7, esta última modificada por las Resoluciones 2896 y 3370 de 2020. Los términos se reanudaron a partir del 1.º de junio de 2020, conforme al artículo 4 de la Resolución 3434 del 29 de mayo de 2020. Como al iniciar la suspensión restaban 77 días, el término se extendió hasta el 16 de agosto de 2020, de modo que el acta se suscribió dentro del plazo legal. Por tanto, conforme al ítem iii), literal j), numeral 2 del artículo 164 del CPACA, la caducidad se cuenta desde el día siguiente a la suscripción del acta. La demanda se presentó el 9 de febrero de 2021, el medio de control se ejerció oportunamente. En todo caso, la demanda también resulta oportuna si se considera autónomamente la pretensión de nulidad de las Resoluciones 1744 y 3067 de 2019, pues la decisión definitiva fue expedida el 5 de julio de 2019, la solicitud de conciliación prejudicial se presentó el 19 de noviembre siguiente y el trámite concluyó el 19 de febrero de 2020, antes de la presentación de la demanda.

[16] Las partes se encuentran legitimadas en la causa por activa y por pasiva. Los demandantes participaron en calidad de contratistas del Contrato de Obra n.º 1092 de 2016 y controvirtieron los actos administrativos mediante los cuales el IDU declaró su incumplimiento parcial e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria. Por su parte, el IDU compareció como entidad contratante y autora de los actos demandados. El Consorcio Intervial Urbano está legitimado en la causa por pasiva, porque ejerció la interventoría del Contrato de Obra n.º 1092 de 2016 y la demanda le atribuyó el incumplimiento de las obligaciones de seguimiento y control asumidas en el Contrato de Interventoría n.º 581 de 2017. En cuanto al Consorcio Intervial Urbano, los Contratos de Interventoría n.º 581 de 2017 y de Obra n.º 1092 de 2016 son negocios jurídicos autónomos, aunque funcionalmente vinculados. Esa relación explica que las actuaciones del interventor deban examinarse conjuntamente con la ejecución de la obra, pero no comporta la confusión de ambos vínculos ni convierte al Consorcio JHG en parte o acreedor del Contrato 581. El CIU fue vinculado como demandado porque la demanda le atribuyó el incumplimiento del Contrato de Interventoría n.º 581 de 2017, lo que explica su legitimación de hecho. La legitimación material exige, en cambio, que el demandante sea titular de la relación sustancial invocada, y el Contrato 581 vincula exclusivamente al IDU y al CIU. Por ello, respecto de esa pretensión, el Consorcio JHG carece de legitimación material en la causa por activa.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

50. Además, solicitó definir la procedencia del reconocimiento de las obras ejecutadas y no recibidas, los ítems y mayores costos reclamados, así como las pretensiones subsidiarias relativas al incumplimiento del IDU y de la interventoría, el alcance de la póliza de estabilidad y la condena en costas.

Problemas jurídicos

51. Determinar si el Tribunal acertó al concluir que el procedimiento administrativo que culminó con las Resoluciones 1744 y 3067 de 2019 garantizó los derechos de defensa y contradicción del Consorcio JHG, en particular, respecto de: i) el tratamiento probatorio del concepto técnico de Carlos Iván Gutiérrez; ii) la falta de traslado autónomo del último informe de interventoría; iii) la oportunidad para presentar alegaciones; iv) la consecuencia contractual anunciada; y v) la distribución de la carga de la prueba.

52. Establecer si el Tribunal interpretó correctamente el contenido obligacional del Contrato 1092 de 2016 y valoró adecuadamente las pruebas técnicas al concluir que no se desvirtuó la motivación de los actos demandados respecto de las intervenciones rechazadas por deterioro prematuro, fallas estructurales, temperatura, lluvia y demás no conformidades. Para el efecto, se determinará la incidencia de los ensayos de laboratorio, del dictamen pericial y de las actuaciones del IDU y de la interventoría en la definición, seguimiento y recibo de las obras.

53. Definir si el Tribunal acertó al negar las reclamaciones económicas de los demandantes relacionadas con: i) la variación de las cantidades y de la forma de ejecución del contrato; ii) los mayores costos por laboratorios, transporte y trabajo nocturno; iii) las obras ejecutadas y no recibidas; y iv) los ítems ejecutados cuyo pago fue rechazado. Asimismo, establecer las consecuencias de esa decisión respecto del restablecimiento económico solicitado, la cláusula penal, los incumplimientos atribuidos al IDU y a la interventoría, el alcance de la póliza de estabilidad y la condena en costas.

Tesis

54. La Sala confirmará la sentencia apelada. El Contrato de Obra n.º 1092 de 2016 no impuso al Consorcio JHG una obligación general de diagnosticar estructuralmente los corredores, reconstruir integralmente el pavimento o sanear sistemáticamente sus capas inferiores. Sin embargo, el contratista debía determinar técnicamente las intervenciones que proponía y garantizar que las actividades ejecutadas, los materiales y los procedimientos constructivos cumplieran las especificaciones técnicas y las condiciones de calidad y estabilidad exigibles.

55. Las Resoluciones 1744 y 3067 de 2019 no sustentaron el incumplimiento en la omisión de ejecutar una rehabilitación estructural general de las vías, sino en la persistencia de intervenciones no recibidas, deterioros prematuros, incumplimientos de especificaciones técnicas, reparaciones pendientes y demás no conformidades advertidas durante la ejecución y después de la terminación del plazo contractual.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

56. La prueba técnica aportada por los demandantes debe valorarse respecto de los incumplimientos concretos que permanecieron como fundamento de la decisión administrativa, teniendo en cuenta la causa atribuida a cada grupo de intervenciones y su incidencia en la declaración de incumplimiento parcial. Bajo ese entendimiento, no se acreditó que el procedimiento administrativo hubiera desconocido las garantías de defensa y contradicción ni que los fundamentos determinantes de los actos demandados fueran contrarios a la realidad. Tampoco se demostró un incumplimiento contractual imputable al IDU ni que las actuaciones de la interventoría hubieran interferido en el cumplimiento de las obligaciones del contratista. Además, el Consorcio JHG carece de legitimación material para solicitar la declaratoria de incumplimiento del Contrato n.º 581 de 2017.

57. Tampoco se acreditó una alteración extraordinaria de la ecuación económica que justifique el restablecimiento solicitado, ni procede restituir los $132.110.325 correspondientes a la cláusula penal porque no prosperaron los cargos de nulidad formulados contra los actos que la hicieron efectiva.

58. No prosperan las restantes reclamaciones económicas. El valor solicitado por las obras ejecutadas y no recibidas se relaciona sustancialmente con las intervenciones que permanecieron rechazadas después de la depuración administrativa, sin que se desvirtuaran las razones técnicas de su rechazo. En cuanto a los ítems o precios unitarios no previstos, el contratista acreditó que presentó solicitudes de reconocimiento, pero no su aprobación contractual ni la correspondencia entre los conceptos, las prestaciones ejecutadas y el monto pretendido.

59. Para resolver los anteriores problemas, la Sala examinará inicialmente el alcance y contenido obligacional del Contrato de Obra n.º 1092 de 2016 y la distribución de responsabilidades entre el IDU, el Consorcio JHG y la interventoría, como marco necesario para decidir los reparos formulados. A partir de esa delimitación analizará la regularidad del procedimiento administrativo, la motivación e imputabilidad de los incumplimientos, la responsabilidad atribuida a la entidad y a la interventoría, el equilibrio económico del contrato y las reclamaciones económicas formuladas por el contratista.

El alcance y contenido obligacional del contrato de obra n.º 1092 de 2016

60. El Contrato n.º 1092 de 2016 es un contrato estatal de obra celebrado por el IDU, cuyo objeto consistió en ejecutar, mediante brigadas de reacción vial, actividades de conservación de la malla vial arterial no troncal de Bogotá. El negocio se estructuró bajo un sistema de precios unitarios, de manera que la remuneración dependía de las cantidades efectivamente ejecutadas y recibidas conforme a los precios pactados, y con un monto agotable que delimitaba los recursos disponibles para su ejecución. Su alcance técnico correspondía a actividades de conservación y mantenimiento vial sobre los corredores priorizados por la entidad y no comprendía, como obligación general del contratista, el diagnóstico estructural, la reconstrucción integral del pavimento ni el saneamiento sistemático de sus capas inferiores[17].

[17] Índice 1 Samai. Expediente primera instancia *"25_Reparto y Radicación_017 - Contrato1092-2016.pdf(.PDF) NroActua 1".*

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

61. El proyecto de pliego de condiciones y el definitivo desarrollaron el citado objeto, bajo un esquema de conservación y mantenimiento vial, en el que las cantidades de obra no se encontraban determinadas definitivamente desde su etapa precontractual. Por ello, la intervención de cada segmento se estableció durante la ejecución, a partir de: i) la inspección visual, ii) un inventario georreferenciado, iii) los recursos disponibles y iv) las prioridades definidas por el IDU[18].

62. El 25 de octubre de 2016, se adelantó la audiencia de revisión y distribución definitiva de riesgos. En esa actuación, ante una observación relacionada con eventuales trámites frente a empresas de servicios públicos, el IDU explicó que el tipo de intervención correspondía a tapar huecos y que, por tanto, no estimaba necesarias esas gestiones. Esta manifestación resulta concordante con la ausencia de una obligación general de rehabilitación estructural de los corredores viales, sin que, por sí sola, determine el alcance de las actividades específicas a cargo del contratista[19].

63. En Adenda n.° 1 del 31 de octubre de 2016[20], el IDU modificó, entre otros aspectos, los requisitos de experiencia de los proponentes, exigió que las obras civiles aportadas demostraran intervención en la estructura del pavimento. Sin embargo, este requisito de experiencia no incorporó al objeto contractual una obligación general de diagnóstico o rehabilitación estructural de los corredores, cuyo alcance debía establecerse a partir de las obligaciones previstas en los documentos que integraron el contrato. También modificó el análisis de precios unitarios del sello de fisuras y la matriz de riesgos.

64. En Resolución n.° 010872 del 13 de diciembre de 2016, el IDU adjudicó el grupo 1, Zona Oriental al Consorcio JHG, integrado por Hace Ingenieros S.A.S., José Sydney Martínez Aguilar y Germán Antonio Ballestas Berdejo, por un valor estimado de $11.611.881.074 y un plazo de 10 meses[21].

65. El Contrato de Obra n.º 1092 de 2016 inició su ejecución el 9 de febrero de 2017 y estuvo sometido a la interventoría del Consorcio Intervial Urbano mediante el Contrato n.º 581 de 2017[22].

66. En el citado contrato de obra se pactó que el contratista y la interventoría debían efectuar recorridos conjuntos para actualizar un inventario visual y georreferenciado de daños. Con fundamento en esa información, los presupuestos correspondientes y la priorización de los corredores, el IDU determinaba el alcance real de las intervenciones y los recursos que debían asignarse a cada frente. Los recorridos no fueron concebidos como estudios, diseños o diagnósticos

---

[18]Índice 1 Samai. Expediente primera instancia. “16_Reparto y Radicación_008 - PliegodeCondiciones.pdf(.PDF) NroActua 1” y “15_Reparto y Radicación_007 - ProyectoPliegosCondiciones.pdf(.PDF) NroActua 1”.

[19] Índice 1 Samai. Expediente primera instancia. “13_Reparto y Radicación_005 - AudienciaDistribucionRiesgos.pdf(.PDF) NroActua 1”.

[20] Índice 1 Samai. Expediente primera instancia. “11_Reparto y Radicación_003 - Adenda1.pdf(.PDF) NroActua 1”.

[21] Índice 1 Samai. Expediente primera, “17_Reparto y Radicación_009 - Resolucio´nAdjudicacio´n.pdf(.PDF) NroActua 1.

[22]Índice 8 Samai. Expediente de primera instancia “40_RECIBEMEMORIALES_ANEXOS_PRUEBASTOMO2(.PDF) NroActua 8”.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

estructurales, sino como instrumentos para identificar daños, áreas y espesores de intervención.

67. Según el Acta n.º 14 de recibo final de obra del 23 de septiembre de 2019, el contratista ejecutó, entre otras actividades, excavación manual, transporte y disposición final de escombros, base granular, fresado de pavimento asfáltico, riego de liga, mezcla asfáltica en caliente, parcheo en pavimento flexible (ítem 3.012, por 6.289,89 m³), sello de grietas y de fisuras y suministro e instalación de geocompuesto. También desarrolló las actividades de gestión ambiental, seguridad y salud en el trabajo, gestión social y manejo de tránsito asociadas al contrato. El valor total ejecutado registrado en esa acta ascendió a $11.242.223.861. Posteriormente, en el Acta n.º 19 de liquidación, el valor final del contrato se fijó en $11.247.881.951, con un saldo a favor del contratista de $1.222.486.393 y recursos liberados por $363.999.123[23].

68. El plazo contractual terminó el 8 de diciembre de 2017. En el acta de terminación se consignaron varias no conformidades advertidas por la interventoría y se señaló que ciertas intervenciones debían ser reparadas o corregidas antes del recibo definitivo. También se estableció que las actividades pendientes identificadas en las comunicaciones de la interventoría debían atenderse antes del 8 de enero de 2018 y que su falta de corrección podía dar lugar al ejercicio de las facultades sancionatorias previstas en el contrato.

69. Después de la terminación surgieron diferencias acerca del alcance de las reparaciones y de la causa de los deterioros observados. El contratista sostuvo que algunas patologías provenían de condiciones estructurales preexistentes, lluvias, bajas temperaturas o deficiencias de las capas inferiores que no hacían parte de su obligación contractual. La interventoría y el IDU, por su parte, consideraron que el contratista debía definir técnicamente el nivel de intervención de los segmentos priorizados y garantizar que las obras que decidiera ejecutar cumplieran las especificaciones técnicas, fueran estables y funcionaran adecuadamente.

70. Durante 2018 continuaron las verificaciones, requerimientos y reparaciones. En el oficio INTV-IDU549-781-2018 del 26 de noviembre de 2018, la interventoría indicó que las actividades de parcheo y bacheo habían sido ejecutadas conforme a las especificaciones técnicas, que el IDU no había suministrado diseños de pavimento ni estudios de suelos para conocer las capas inferiores y que el contrato no comprendía investigaciones geotécnicas ni una reconstrucción estructural generalizada. También señaló que los recorridos conjuntos correspondían a inspecciones visuales y no a estudios y diseños.

71. El 15 de enero de 2019, la interventoría informó que, a pesar del plan de contingencia adelantado entre agosto y diciembre de 2018, todavía persistían intervenciones no recibidas. Después de revisar individualmente los sectores cuestionados, estableció que de obras por $918.779.578 habían sido aceptadas intervenciones por $353.069.502 y permanecían sin recibirse obras por

[23] Índice 8 Samai. Expediente de primera instancia "39_RECIBEMEMORIALES_ANEXOS_PRUEBASTOMO3(.PDF) NroActua". Acta n.º 14 de Recibo Final de Obra del 23 de septiembre de 2019, numeral 3, "Obra ejecutada", páginas 2 y 3. Acta n.º 19 de Liquidación, numeral 3.2.4, "Balance general", página 4.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

$565.710.076, de las cuales $345.866.136 correspondían a sectores que el contratista atribuía a fallas estructurales y $219.843.940 a intervenciones no reparadas.

72. Finalmente, el recibo de las obras no comprendió indistintamente todas las intervenciones ejecutadas. Durante la actuación administrativa se verificó el estado de aquellas que habían sido objeto de observación y se distinguieron las reparadas, revisadas favorablemente, aceptadas mediante reportes de laboratorio y aquellas relacionadas con lluvia y temperatura, de las que permanecieron rechazadas. Después de las aclaraciones formuladas por el contratista, la Resolución 1744 consolidó un valor de $918.779.578, integrado por $478.411.828 en labores recibidas y $440.367.750 en rechazadas[24].

La distribución de las responsabilidades entre el IDU, Consorcio JHG y la interventoría

73. La distribución de obligaciones evidencia que la contratación no se estructuró sobre una definición anticipada y exhaustiva de todas las obras que debían ejecutarse. El IDU, como entidad contratante, conservó la facultad de priorizar los corredores, suministrar el orden inicial de intervención, excluir o incorporar segmentos y, con fundamento en el inventario georreferenciado y los presupuestos preparados por el contratista, determinar el alcance efectivo de las obras y la distribución de los recursos disponibles. La entidad debía, además, reconocer y pagar las cantidades efectivamente ejecutadas y recibidas a satisfacción, bajo el sistema de precios unitarios y monto agotable.

74. En cuanto al alcance material, el IDU no entregaba diseños específicos para cada segmento ni una definición previa del nivel exacto de intervención. El contrato partía de una priorización inicial de los corredores, pero correspondía al contratista precisar el tipo de intervención mediante inspección visual y con apoyo en sus especialistas. Al mismo tiempo, los documentos contractuales señalaron que los recorridos y el inventario georreferenciado no constituían un diagnóstico, estudios o diseños estructurales[25].

75. El Consorcio JHG tenía a su cargo la actualización del inventario georreferenciado de daños mediante recorridos conjuntos con la interventoría, elaborar los presupuestos correspondientes y presentar los cronogramas de intervención. Asimismo, debía clasificar los daños, indicar el tipo de intervención propuesta, identificar las áreas y espesores que debían intervenirse y suministrar la información necesaria para que el IDU distribuyera los recursos y definiera los frentes de trabajo.

---

[24] Índice 8 Samai. Expediente primera instancia, Resolución 1744 del 6 de mayo de 2019. Después de las aclaraciones formuladas por el contratista, la decisión consolidó obras por $918.779.578: $199.723.085 correspondientes a intervenciones reparadas, $108.226.040 a intervenciones revisadas, $262.669.819 a "no reparado – daño estructural", $37.249.380 a intervenciones aceptadas mediante reportes de laboratorio, $133.213.323 a intervenciones asociadas con lluvia y temperatura y $177.697.931 a "intervenciones sin definir". De ese total, $478.411.828 fueron recibidos y $440.367.750 permanecieron rechazados.

[25] Índice 8 Samai. Expediente de primera instancia "40_RECIBEMEMORIALES_ANEXOS_PRUEBASTOMO2(.PDF) NroActua 8".

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

76. Antes del inicio material de las obras, el contratista estaba obligado a acreditar el personal mínimo, obtener la aprobación de las hojas de vida, presentar el desglose del AIU y entregar, entre otros documentos, los análisis de precios unitarios, el plan de inversión y manejo del anticipo, el plan anual de caja, el plan de gestión social, el inventario georreferenciado, los presupuestos iniciales, el plan de manejo de tráfico, la disponibilidad de maquinaria y equipos, el inventario de redes y el cronograma detallado.

77. Durante la ejecución le correspondía disponer de los recursos técnicos, humanos, financieros y materiales suficientes para atender simultáneamente los distintos frentes de trabajo, coordinar las actuaciones con empresas de servicios públicos y demás entidades cuando fuera necesario, cumplir los planes ambientales, sociales, de seguridad y manejo de tránsito y atender las situaciones de emergencia comprendidas dentro del contrato.

78. El contratista tenía que garantizar que las actividades efectivamente ejecutadas, sus procesos constructivos y los materiales empleados cumplieran las especificaciones técnicas contractuales. Para ello, le correspondía realizar ensayos de laboratorio, verificar mezclas asfálticas, agregados y demás materiales, controlar los procedimientos constructivos, aportar certificados de calidad y adoptar las medidas correctivas derivadas de los resultados obtenidos.

79. Igualmente elaborar presupuestos, análisis de precios unitarios, especificaciones particulares y memorias de cantidades; tramitar las actas mensuales de obra, reportar las metas físicas ejecutadas y justificar los ítems y precios no previstos. Al finalizar, debía entregar bitácoras, memorias técnicas, resultados de laboratorio, planos récord, registros fotográficos e información suficiente para efectuar el recibo y liquidación del contrato.

80. El contrato se ejecutaba a precios unitarios y monto agotable. El contratista tenía derecho al pago de las cantidades efectivamente ejecutadas y recibidas a satisfacción. La facturación mensual podía alcanzar el 90% de la obra ejecutada, mientras el porcentaje restante dependía del cumplimiento de las obligaciones contractuales y de la liquidación. También se pactó un anticipo del 20%, manejado a través de una fiducia y de acuerdo con un plan detallado de inversión.

81. La delimitación de estas obligaciones resulta determinante para la controversia. Los documentos contractuales no contienen una cláusula que impusiera al contratista, de manera general, reconstruir integralmente el pavimento o sanear sistemáticamente la base, subbase o subrasante de cada punto intervenido. Asimismo, los recorridos conjuntos fueron previstos como inspecciones visuales y no como estudios o diseños estructurales. Distinto es que, una vez escogida y ejecutada una determinada actividad contractual, el contratista estuviera obligado a cumplir plenamente las especificaciones técnicas aplicables y responder por la calidad de esa intervención.

82. De lo anterior tampoco se sigue que la sola aparición posterior de una patología permita imputar automáticamente un incumplimiento al contratista. Si el deterioro podía provenir tanto de una deficiencia de ejecución como de una condición estructural preexistente ajena al objeto contractual, correspondía

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

establecer, a partir del conjunto probatorio, el fundamento concreto de cada incumplimiento declarado por la administración. Por ello, la controversia no se resuelve solo porque el contratista debía responder por la calidad de sus intervenciones, sino que exige verificar si las no conformidades que sustentaron los actos acusados podían serle jurídicamente imputadas.

83. La ejecución del Contrato de Obra n.º 1092 de 2016 estuvo sometida a la interventoría del Consorcio Intervial Urbano, mediante el Contrato n.º 581 de 2017. Ello comprendía el seguimiento técnico, administrativo y contractual de las obras y la verificación del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Consorcio JHG.

84. Dentro del modelo de ejecución, a CIU le correspondía participar conjuntamente con el contratista en los recorridos de los corredores asignados, revisar el inventario georreferenciado de daños, verificar los presupuestos preparados para las intervenciones y controlar que las actividades propuestas correspondieran a las necesidades identificadas y a las prioridades definidas por el IDU. Además, tenía a su cargo la revisión y aprobación de los documentos exigidos previamente al inicio material de las obras, entre ellos hojas de vida, cronogramas, análisis de precios, planes de manejo y demás instrumentos de ejecución.

85. Durante la ejecución le correspondía ejercer control técnico sobre los procedimientos constructivos y los materiales, verificar los ensayos de laboratorio y demás controles de calidad, efectuar observaciones sobre las obras ejecutadas, exigir las correcciones necesarias y determinar cuáles actividades podían ser recibidas y pagadas. La documentación demuestra que las no conformidades detectadas fueron comunicadas mediante informes diarios, oficios y comités semanales, en los que la interventoría requirió el cumplimiento de las especificaciones IDU ET-2011[26].

86. En consecuencia, el recibo de las obras estaba condicionado a que la interventoría verificara su conformidad con las especificaciones técnicas. Cuando identificaba una obra que no reunía tal requisito debía formular el requerimiento, efectuar seguimiento a la reparación y únicamente certificar su recibo cuando comprobara que los defectos habían sido subsanados. Esta función incidía directamente en el pago, dado que bajo la modalidad de precios unitarios solamente podían reconocerse las cantidades ejecutadas y recibidas a satisfacción.

87. La interventoría debía informar al IDU acerca de los incumplimientos que advirtiera y aportar los elementos técnicos necesarios para que la entidad decidiera si procedía ejercer las facultades sancionatorias. Con ese fin, elaboró el informe del 15 de enero de 2019, en el que examinó individualmente las obras cuestionadas, discriminó aquellas que habían sido reparadas o posteriormente recibidas de las que permanecían rechazadas y cuantificó el valor económico de estas últimas.

88. Los documentos propios del Contrato de Obra n.º 1092 de 2016[27], muestran que su alcance correspondía a actividades de conservación y mantenimiento vial y

[26] Índice 8 Samai. Expediente de primera instancia "39_RECIBEMEMORIALES_ANEXOS_PRUEBASTOMO3(.PDF) NroActua".
[27] Índice 1 Samai expediente de primera instancia "25_Reparto y Radicación_017 - Contrato1092-2016.pdf(.PDF) NroActua 1", 16_Reparto y Radicación_008 - PliegodeCondiciones.pdf(.PDF) NroActua 1".

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

que los recorridos conjuntos se desarrollaban mediante inspección visual y mediciones básicas para determinar las áreas y espesores de intervención. Tales documentos no impusieron al contratista una obligación general de elaborar diseños estructurales o estudios de suelos de los corredores. Esta delimitación debe confrontarse con los requerimientos posteriores de la interventoría para establecer si las reparaciones exigidas tenían por objeto corregir defectos de las actividades efectivamente ejecutadas por el Consorcio o, por el contrario, suponían intervenir condiciones estructurales ajenas al contenido obligacional del contrato.

89. La participación de la interventoría en la definición, seguimiento y recibo de esas actividades no exonera al contratista de los defectos atribuibles a sus materiales o procedimientos constructivos, pero tampoco es irrelevante para determinar la causa de los deterioros. Sus actuaciones permiten establecer si las labores se definieron conjuntamente, si la no conformidad era detectable durante la ejecución, si fue advertida oportunamente y si el deterioro podía relacionarse con una condición estructural ajena al contrato.

90. En este proceso no corresponde declarar originariamente el incumplimiento del Consorcio JHG, pues esa determinación fue adoptada por el IDU mediante las Resoluciones 1744 y 3067 de 2019, actos que se presumen legales y el demandante no controvirtió bajo el argumento de que debía afectarse el amparo de estabilidad y calidad de la obra, en lugar del amparo de cumplimiento con cargo al cual se hizo efectiva la cláusula penal. En consecuencia, incumbía a la parte demandante desvirtuar los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión acusada. En particular, frente al cargo de falsa motivación, debía demostrar que las razones técnicas con las cuales la Administración atribuyó al contratista las no conformidades que permanecieron en la decisión definitiva no correspondían a la realidad o habían sido desvirtuadas por las pruebas aportadas, entre ellas, las relacionadas con el alegado origen estructural de los deterioros y con el alcance de las obligaciones asumidas en el Contrato de Obra n.º 1092 de 2016.

Las actuaciones de la interventoría y la pretensión de declarar el incumplimiento contractual atribuido al CIU

91. El Consorcio JHG al no ser parte del Contrato de Interventoría n.º 581 de 2017, carece de legitimación material para pedir que se declare su incumplimiento, pretensión que corresponde al IDU como contratante. Ello no impide examinar las actuaciones u omisiones de la interventoría como hechos atribuibles al IDU, si se demuestra que interfirieron en el cumplimiento del contratista.

92. En el caso concreto, las actuaciones documentadas de la interventoría no evidencian la omisión de seguimiento y control que le atribuyó el apelante. En el Acta n.º 13 de terminación se dejó constancia de que, mediante los oficios BIL-351-1937 del 20 de septiembre de 2017 y BIL-449-1937 del 12 de diciembre siguiente, el CIU comunicó al Consorcio JHG las no conformidades advertidas y le requirió corregirlas como condición para el recibo final. Asimismo, se indicó que tales observaciones fueron registradas en los formatos diarios y discutidas en los comités semanales de obra. Con posterioridad, la interventoría verificó las reparaciones, distinguió las intervenciones aceptadas de aquellas que permanecieron rechazadas y consolidó los resultados en el informe de seguimiento al plan de contingencia.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

93. El Acta n.° 14 de recibo final[28] corroboró esa gestión, pues la interventoría certificó el cumplimiento de las especificaciones IDU-ET-2011 respecto de las obras recibidas y excluyó aquellas que continuaban cuestionadas. Por su parte, el informe de enero de 2019 no conservó inalterado el conjunto de intervenciones inicialmente observadas, sino que incorporó las reparaciones y verificaciones efectuadas durante el plan de contingencia y distinguió las obras aceptadas de las que permanecían pendientes de recibo. Estos documentos dan cuenta de una actividad material de seguimiento, verificación y depuración, sin perjuicio del examen separado que corresponde efectuar sobre la causa técnica atribuida a cada intervención que permaneció rechazada.

94. La circunstancia de que hubiera intervenido en la revisión y aprobación de las intervenciones tampoco trasladó a la interventoría la responsabilidad por los materiales empleados ni por los procedimientos constructivos ejecutados por el Consorcio JHG. El apelante no acreditó una omisión concreta de CIU que hubiera sido determinante de las patologías o de los perjuicios reclamados, ni que las actuaciones de la interventoría hubieran interferido en el cumplimiento de las obligaciones del contratista. Por tanto, este reparo no desvirtúa la sentencia apelada.

El procedimiento administrativo de declaratoria de incumplimiento y efectividad de la cláusula penal pecuniaria

95. Mediante la *Resolución* n.° 1744 de 2019, el IDU declaró el incumplimiento del Contrato 1092 de 2016 e hizo efectiva la consecuencia económica correspondiente. La documentación muestra que la motivación se apoyó esencialmente en que persistían actividades que no cumplían las especificaciones técnicas, presentaban deterioros prematuros o no habían sido reparadas, circunstancia que, a juicio de la entidad, impedía considerar satisfechas integralmente las obligaciones del contratista[29].

---

[28] Índice 1 de Samai. Expediente primera instancia. El acta n°. 14 de recibo final de obra, da cuenta que la interventoría dejó consignadas sus observaciones sobre el estado de las obras ejecutadas, los requerimientos efectuados al contratista y las condiciones que debían verificarse para su recibo. Lo que acredita que el CIU intervino materialmente en la revisión técnica y en la determinación de las actividades susceptibles de recibo. El Informe de interventoría del 15 de enero de 2019, elaborado con ocasión del seguimiento al plan de contingencia desarrollado entre agosto y diciembre de 2018, documento en el que la interventoría revisó individualmente las intervenciones cuestionadas y estableció que, de un universo de obras por $918.779.578, habían sido aceptadas intervenciones por $353.069.502 y permanecían pendientes de recibo obras por $565.710.076, discriminadas en $345.866.136 correspondientes a sectores que el contratista atribuía a fallas estructurales y $219.843.940 relativos a intervenciones no reparadas. Este informe acredita, además, que la interventoría no mantuvo inalteradas las observaciones inicialmente formuladas, sino que efectuó verificaciones posteriores y depuró las intervenciones conforme avanzaron las reparaciones y revisiones.

[29] Índice 1 Samai. Expediente de primera instancia. Informe de interventoría del 15 de enero de 2019, elaborado en desarrollo del seguimiento al plan de contingencia ejecutado entre agosto y diciembre de 2018. La interventoría examinó el estado de las intervenciones cuestionadas y, de los $918.779.578, reportó como aceptadas obras por $353.069.502 y como pendientes de recibo $565.710.076. Este último valor $345.866.136 por intervenciones cuyos deterioros el contratista atribuía a fallas estructurales y $219.843.940 relativos a intervenciones que permanecían sin reparar. Esta cuantificación no fue definitiva, pues las reparaciones y verificaciones continuaron durante la actuación. Índice 8 de Samai. Resolución 1744 del 6 de mayo de 2019, al decidir la actuación, el IDU incorporó los resultados de las verificaciones posteriores y efectuó una nueva depuración del mismo universo de $918.779.578: clasificó $199.723.085 como intervenciones reparadas, $108.226.040 como revisadas, $262.669.819 como “no reparado – daño estructural”, $37.249.380 como aceptadas mediante reportes de laboratorio, $133.213.323 como relacionadas con lluvia y temperatura y $177.697.931 como “intervenciones sin definir”. De ese total, tuvo por recibidas intervenciones por $478.411.828

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

96. El Consorcio JHG y la aseguradora interpusieron recurso de reposición. Entre otros argumentos, sostuvieron que el acta de terminación acreditaba la ejecución del contrato, que las controversias eran de carácter técnico, que algunos daños provenían de fallas estructurales no comprendidas en el objeto contractual y que el IDU no había suministrado información sobre las capas inferiores de los pavimentos que permitiera exigir reparaciones estructurales.

97. Mediante la Resolución n.º 3067 del 5 de julio de 2019, el IDU confirmó la decisión. La entidad sostuvo que el acta de terminación demostraba solo la finalización del plazo, mas no el cumplimiento integral, pues el propio documento había dejado actividades pendientes y reparaciones por verificar antes del recibo definitivo. Igualmente consideró que las comunicaciones de la interventoría no reflejaban simples diferencias interpretativas, sino requerimientos derivados de obras que incumplían las especificaciones o habían presentado deterioros prematuros.

-Las garantías de defensa y contradicción en la actuación administrativa

98. La garantía de contradicción en este procedimiento exige que el contratista conozca los elementos que sustentan la imputación y disponga de una oportunidad efectiva para controvertirlos. Esta Subsección consideró relevante, para establecer la observancia del debido proceso, que aquel haya conocido los informes de interventoría que sirvieron de fundamento a los incumplimientos atribuidos y hubiera podido ejercer frente a ellos su derecho de defensa[30].

99. El apelante afirmó que se vulneró el debido proceso porque el IDU trató como documento el informe de CIG Ingenieros, presentado como peritaje, sin decretarlo ni rechazarlo motivadamente y sin permitirle subsanar sus requisitos o acudir a otra prueba técnica. El reparo no prospera. En la audiencia del 17 de julio de 2018, el contratista aportó el "CIG Ingenieros, informe técnico de revisión de elementos de calidad para eventual justificación de recibo", de abril de 2018, y pidió tenerlo como peritaje. En esa misma diligencia, la entidad decidió decretarlo como prueba documental y no pericial, porque no reunía los requisitos del artículo 226 del CGP. Hubo, entonces, una decisión expresa y motivada sobre el medio de prueba, adoptada y conocida en audiencia. El documento se incorporó en su integridad y la entidad se pronunció sobre su contenido en las dos resoluciones. La actuación se prolongó hasta mayo de 2019, de modo que el contratista tuvo oportunidad de completar los requisitos de la experticia o de solicitar otra prueba técnica, y no lo

---

y mantuvo rechazadas por $440.367.750, valor que correspondió a las obras que permanecieron cuestionadas al adoptarse la decisión.

[30] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, Sentencia del 5 de febrero de 2024, Rad. 250002336000-2017-01383-01 (62986) y C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez, sentencia del 19 de mayo de 2025, Rad. 52001233300020160025201 (70.884) *"(...) bastaba con que se le permitiera (…) conocer la actuación y controvertir los fundamentos de la actuación con fundamento en la cual se declaró el incumplimiento y se exigió el pago de los perjuicios causados. Estos propósitos que, al margen de no ser obligatoria, eran pasibles de ser materializados a través de una audiencia en la que se pusiera de presente la situación, sus eventuales consecuencias, se diera la oportunidad de rendir descargos, de solicitar pruebas y de recurrir la determinación adoptada"*.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

hizo. Por el contrario, en la audiencia del 9 de agosto de 2018 manifestó que no solicitaría aclaraciones ni complementaciones de la prueba por informe[31].

100. Tampoco se acreditó que el IDU hubiera delegado en la interventoría la valoración de ese documento. El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 estructura el procedimiento a partir del informe de interventoría, de modo que la entidad puede apoyarse en los conceptos técnicos del interventor, siempre que la decisión sea suya y esté motivada. En las Resoluciones 1744 y 3067, el IDU confrontó el informe de CIG Ingenieros con el oficio BIL-514-1937 y concluyó que no aportaba elementos para desvirtuar la exigencia de las especificaciones IDU ET-2011. Que la entidad coincidiera con la interventoría no significa que hubiera renunciado a su competencia. En todo caso, la irregularidad alegada carecería de trascendencia: en este proceso, la experticia fue sometida a contradicción plena y valorada por la Sala, y no desvirtuó las imputaciones que permanecieron como fundamento de los actos.

101. No obra prueba de que el último informe de interventoría se trasladó autónomamente al Consorcio JHG ni de que este conoció íntegramente su contenido antes de la expedición de la Resolución 1744 de 2019. Sin embargo, esa circunstancia no acredita, por sí sola, la vulneración del derecho de contradicción alegada.

102. Las no conformidades relacionadas con daños prematuros, calidad de las obras y reparaciones pendientes habían sido comunicadas previamente al contratista, quien se pronunció sobre ellas, presentó un plan para su corrección y participó en las verificaciones posteriores; además, durante ese seguimiento se produjeron comunicaciones sobre el estado de las intervenciones, algunas remitidas con copia al Consorcio.

103. El informe cuestionado consolidó el resultado de esas actuaciones y permitió establecer cuáles obras habían sido reparadas o verificadas y cuáles permanecían sin recibo, sin incorporar una no conformidad, una obligación incumplida o un fundamento técnico distinto de aquellos que habían sido objeto de contradicción durante la actuación[32]. Esta garantía produjo efectos concretos: entre el informe del 15 de enero y el oficio BIL-555-1937, el valor de las obras revisadas y recibidas aumentó de $16.678.592 a $108.226.040, mientras que el de las obras rechazadas disminuyó de $565.710.076 a $440.367.750[33]. En consecuencia, aunque no se acreditó el traslado autónomo de aquel documento, tampoco se demostró que su incorporación hubiera privado al contratista de controvertir alguno de los fundamentos determinantes de la declaratoria de incumplimiento; por ello, la irregularidad alegada no tuvo incidencia material en sus derechos de defensa y contradicción.

104. Finalmente, aunque el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no prevé una etapa autónoma de alegaciones finales, ello no releva a la administración de garantizar materialmente los derechos de defensa y contradicción. En este caso, el contratista

---

31 índice 1 Samai, expediente primera instancia, Resolución 1744 de 2019.
32 Índice 8 Samai. Expediente de primera instancia Resolución 1744 del 6 de mayo de 2019, pp. 6-11 y Resolución 3067 del 5 de julio de 2019, pp. 18-21.
33 Índice 60 Samai, expediente de primera instancia, documento OneDrive “Proceso sanción obra”, “oficio contratista”, “oficios interventoría”, oficios BIL-553-1937 del 15 de enero de 2019, "Intervenciones revisadas en campo": $16.678.592; total no recibido: $565.710.076 y BIL-555-1937 del 5 de febrero de 2019, balance corregido: revisadas $108.226.040; rechazadas $440.367.750.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

conoció los cargos, presentó descargos, aportó elementos técnicos, controvirtió las imputaciones y posteriormente interpuso recurso de reposición. Por ello, la ausencia de un término adicional para alegar no produjo una afectación sustancial del debido proceso y este reparo no prospera.

105. Tampoco prospera el reparo según el cual la diferencia entre la consecuencia inicialmente anunciada y la finalmente aplicada exigía una nueva oportunidad de defensa. El literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 exige que la citación indique detalladamente los hechos que sustentan la actuación, acompañe el informe de interventoría, señale las normas o cláusulas presuntamente infringidas y precise las consecuencias que podrían derivarse para el contratista. La citación del 22 de junio de 2018 satisfizo esa finalidad, pues se apoyó en el informe técnico de presunto incumplimiento elaborado por la interventoría y en sus anexos, identificó los hechos, las cláusulas y las normas que se estimaban desconocidas, y anunció como posible consecuencia la efectividad de la cláusula penal pecuniaria prevista en la cláusula vigésima cuarta del contrato, con eventual cobro con cargo a la garantía única de cumplimiento, tasada inicialmente en $417.072.347, equivalente al 30 % de $1.390.241.155[34].

106. Esa consecuencia no era ajena al contratista, el Acta n.º 13 de terminación, suscrita por su representante el 12 de diciembre de 2017, dejó constancia de que las no conformidades no subsanadas al 8 de enero de 2018 servirían de soporte para que el IDU iniciara las actuaciones orientadas al reconocimiento y pago de las sanciones previstas en la cláusula vigésima cuarta. Si bien el apartado final de la citación aludió al inicio de un procedimiento “tendiente a la imposición de multa”, esa imprecisión fue advertida por el contratista en la primera audiencia del 17 de julio de 2018, tanto oralmente como en sus descargos escritos, y sirvió de fundamento para solicitar la desestimación del trámite. La entidad la aclaró en la misma diligencia, al precisar que la actuación se refería a la cláusula penal de la cláusula vigésima cuarta y no a una multa de carácter conminatorio[35]. Además, el apoderado del Consorcio confirmó que había recibido la citación y conocía las circunstancias allí expuestas. En esas condiciones, la aclaración efectuada durante la audiencia no incorporó una consecuencia nueva ni privó al contratista de ejercer su defensa, como también lo concluyó el Tribunal.

107. La imprecisión en la denominación de la consecuencia no afectó el ejercicio del derecho de defensa. En efecto, la audiencia, fijada inicialmente para el 4 de julio de 2018, fue reprogramada para el 17 de julio del mismo año, a solicitud del contratista; posteriormente, se negó una segunda petición de aplazamiento. La diligencia continuó en varias sesiones hasta el 16 de mayo de 2019, fecha en la que el contratista y el garante sustentaron los recursos de reposición. En su impugnación, el primero controvirtió de manera específica la tasación y la proporcionalidad de la cláusula penal, bajo el argumento de que se configuraba una

[34] Índice 60 Samai, expediente de primera instancia, documento OneDrive “Proceso sanción obra”, citación DTGC 20184350593371 del 22 de junio de 2018; informe técnico de citación con valor total de obras sin recibir de $1.390.241.155, según consta en el oficio BIL-553-1937. El 30 % de esa suma $417.072.346,5, que redondeado a $417.072.347, coincide con la tasación inicial.
[35] Índice 60 Samai, expediente de primera instancia, documento OneDrive “Proceso sanción obra”, Acta n.º 1 de la audiencia del 17 de julio de 2018: el apoderado del contratista planteó que la sanción aludida era la cláusula penal, pero que la tasación correspondía a una multa; tras un receso, la entidad aclaró, con base en el artículo 41 del CPACA, que el capítulo 3 de la citación remite a la cláusula vigésima cuarta, cláusula penal, y que la multa no era viable.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

«doble sanción», planteamiento que fue resuelto por la entidad. De este modo, el contratista conoció la consecuencia aplicable y tuvo la oportunidad de controvertirla. Además, la medida impuesta no resultó más gravosa que la anunciada, pues la cláusula penal, identificada desde la citación, se hizo efectiva por $132.110.325, suma equivalente al 30% de los $440.367.750 que permanecieron rechazados después de la depuración e inferior a los $417.072.347 tasados inicialmente[36]. En consecuencia, la referida imprecisión no modificó la imputación fáctica ni contractual, no impidió al contratista conocer las consecuencias que podían derivarse de la actuación y careció de incidencia material en su derecho de defensa.

108. Respecto a la aplicación del artículo 48 del CPACA este dispone que, una vez vencido el período probatorio, debe concederse al investigado un término de diez días para presentar alegatos de conclusión. A su vez, el artículo 47 ibidem establece que los procedimientos administrativos sancionatorios regulados por leyes especiales se rigen, de manera preferente, por sus disposiciones y que las normas del Código se aplican supletoriamente en los aspectos no previstos. Por tanto, la aplicación supletoria del artículo 48 exige verificar la existencia de un vacío normativo y la compatibilidad de esa etapa con la estructura del procedimiento especial. En consecuencia, la sola ausencia de una fase denominada “alegatos de conclusión” no impone su incorporación, pues debe establecerse si la regulación especial garantiza de manera integral las oportunidades de defensa, contradicción y pronunciamiento sobre las pruebas practicadas.

109. En materia de incumplimiento contractual, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo especial, de carácter oral y concentrado en audiencia. En esa actuación, el contratista y su garante pueden conocer los cargos, presentar descargos, aportar y controvertir pruebas, rendir las explicaciones pertinentes e interponer el recurso de reposición contra la decisión. De ahí que la falta de un traslado escrito y autónomo de diez días para presentar alegatos de conclusión no constituya, por sí sola, una vulneración del debido proceso. La suficiencia de las garantías debe valorarse a partir de las oportunidades efectivas de defensa y contradicción previstas en el procedimiento especial. Esta conclusión concuerda con el criterio de la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación, que, al examinar la legalidad de una actuación adelantada con fundamento en el citado artículo 86, valoró las oportunidades para conocer los cargos, controvertir las pruebas y ejercer el recurso de reposición, sin exigir una etapa adicional de alegaciones finales[37].

-La motivación de las Resoluciones 1744 y 3067 de 2019 y la imputabilidad de los incumplimientos técnicos y la garantía al debido proceso administrativo

110. Respecto de la ausencia de estudios o diseños estructurales, el IDU estimó que esta circunstancia no relevaba al contratista de sus responsabilidades. Señaló que, conforme al Anexo Técnico, correspondía a este inspeccionar los corredores, determinar el nivel de intervención con fundamento en el criterio de sus especialistas

[36] Índice 1 Samai, expediente primera instancia, “18_Reparto y Radicación_010 - Resoluciones 1744 y 3067 de 2019.pdf(.PDF) NroActua 1” y “27_Reparto y Radicación_019 - 1092-2016 ACTA LIQUIDACION V. FINAL firmada SGI.pdf(.PDF) NroActua 1” Resolución 1744 de 2019 y en el Acta 19 de Liquidación del Contrato 1092 de 2016 del 2 de julio de 2020.
37 Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia del 3 de julio de 2020, Rad. 73001-23-33-000-2015-00322-01(65198).

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

y garantizar la calidad y adecuado funcionamiento de las actividades que ejecutara. También sostuvo que debía efectuar todos los ensayos y controles necesarios para asegurar el cumplimiento de las especificaciones contractuales.

111. El IDU tampoco aceptó que las actas de obra y los informes mensuales acreditaran el cumplimiento definitivo, pues consideró que dichos documentos demostraban únicamente recibos parciales y no impedían formular observaciones posteriores respecto de intervenciones que hubieran presentado no conformidades o deterioros. En consecuencia, estimó que los argumentos del contratista y de la aseguradora no desvirtuaban la imputación y mantuvo la declaración de incumplimiento.

112. El fundamento de los actos sancionatorios debe distinguirse del problema relativo al alcance objetivo del contrato. Una cosa es determinar si el contratista estaba obligado originalmente a realizar una rehabilitación estructural profunda de un segmento y otra establecer si, respecto de las actividades que efectivamente decidió y aceptó ejecutar, incumplió las especificaciones técnicas aplicables o dejó de corregir defectos atribuibles a su propia ejecución. Esa distinción resulta necesaria para examinar la legalidad de las Resoluciones 1744 y 3067 de 2019.

113. Para valorar la motivación, se debe distinguir el informe técnico elaborado por CIG Ingenieros en abril de 2018, de la prueba pericial practicada en el proceso judicial. El primero fue presentado por el Consorcio JHG durante la ejecución contractual para controvertir los requerimientos de reparación formulados por la interventoría y posteriormente fue solicitado como prueba dentro del procedimiento administrativo. Aunque el contratista lo denominó peritaje, el IDU dispuso su incorporación y valoración como prueba documental. En consecuencia, la Sala examinará su contenido como un documento técnico que hizo parte de los antecedentes de las resoluciones demandadas, conjuntamente con los demás elementos que fueron valorados por la entidad, entre ellos el oficio BIL-514-1937 del 22 de mayo de 2018, mediante el cual la interventoría controvirtió técnicamente sus conclusiones[38].

114. Para establecer si el informe técnico de CIG Ingenieros, valorado como prueba documental dentro de la actuación administrativa, desvirtuó los fundamentos de los actos demandados, no es adecuado examinar conjuntamente todas las patologías advertidas durante la ejecución. La actuación administrativa evidencia que las no conformidades fueron objeto de verificación y depuración sucesiva, a medida que el contratista efectuó reparaciones y la interventoría recibió aquellas que consideró conformes.

115. Por ello, la Sala examinará separadamente las intervenciones según la causa de la observación técnica y determinará si los elementos probatorios aportados

[38] Índice 1 Samai. Expediente primera instancia. En la audiencia del 17 de julio de 2018, el Consorcio JHG solicitó como prueba el documento elaborado por CIG Ingenieros denominado “Informe técnico de revisión de elementos de calidad para eventual justificación de recibo”, de abril de 2018, al que denominó “peritaje”. El IDU dispuso su incorporación como prueba documental y no como prueba pericial y confrontó su contenido con el oficio BIL-514-1937 del 22 de mayo de 2018, radicado IDU 20185260497932, mediante el cual la interventoría controvirtió técnicamente sus conclusiones. El Acta n.º 19 de liquidación también registra que dicho informe había sido presentado a la interventoría durante la ejecución contractual con el propósito de controvertir los requerimientos de reparación relacionados con daños prematuros y con el cumplimiento de las especificaciones técnicas.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

desvirtuaron los incumplimientos que finalmente permanecieron como fundamento de la decisión administrativa.

116. A) Intervenciones con defectos constructivos reconocidos y posteriormente reparados. El informe técnico de CIG Ingenieros aportado durante la actuación administrativa identificó problemas relacionados con aspectos constructivos que fueron reconocidos y corregidos por el contratista. La reparación posterior no elimina, por sí sola, la existencia de la no conformidad inicialmente advertida, pero debía ser considerada para establecer cuáles incumplimientos subsistían al momento de adoptar la decisión definitiva y, por tanto, podían incidir en la consecuencia económica impuesta.

117. B) Intervenciones que el contratista atribuyó a deficiencias estructurales. Deben examinarse por separado aquellas cuya patología el Consorcio JHG atribuyó a deficiencias preexistentes de las capas inferiores del pavimento. Frente a estas, la sola aparición del deterioro no permitía inferir una ejecución defectuosa, pues, como se explicó, el contrato no imponía al contratista una obligación general de diagnóstico geotécnico ni de rehabilitación estructural. Sin embargo, esa delimitación contractual tampoco demuestra, por sí misma, que cada deterioro tuviera efectivamente origen estructural. En consecuencia, debe establecerse si las pruebas permiten atribuir las patologías discutidas a condiciones estructurales ajenas a las obligaciones del contratista o si subsisten elementos técnicos suficientes para imputarlas a las actividades efectivamente ejecutadas por este.

118. C) Intervenciones objetadas por bajas temperaturas o amenazas de lluvia. Respecto de estas, el informe técnico de CIG Ingenieros aportado en la actuación administrativa examinó los resultados de densidad y calidad de los materiales y concluyó que las condiciones verificadas satisfacían las especificaciones relacionadas con compactación y durabilidad. En relación con las áreas afectadas por lluvia o amenaza de lluvia, descartó problemas de compactación y señaló que las inspecciones realizadas no evidenciaron daños por humedad o segregación que justificaran su reemplazo. Estas conclusiones constituyen prueba favorable al contratista respecto de las intervenciones efectivamente examinadas por el experto y, por tanto, deben ser confrontadas específicamente con los registros de ejecución y las observaciones formuladas por la interventoría, sin extenderlas automáticamente a otras intervenciones o incumplimientos no comprendidos en el estudio.

La valoración de la prueba técnica y del dictamen pericial

119. Para valorar los dictámenes la Corporación señaló unos criterios relevantes, entre ellos, (i) la falta de experiencia previa del experto en la elaboración de dictámenes no basta para privar de eficacia probatoria a la experticia; (ii) una relación profesional previa entre el perito y una de las partes tampoco determina, por sí sola, su exclusión, aunque justifica una valoración más rigurosa; (iii) la eficacia del dictamen depende especialmente de su fundamentación, objetividad, metodología y correspondencia con la prueba; y (iv) sus conclusiones deben estar

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

respaldadas por elementos verificables y no limitarse a reproducir afirmaciones o documentos provenientes unilateralmente de la parte que lo aporta[39].

120. A juicio de la Sala, el perito cuenta con experiencia e idoneidad técnica, pues se acreditaron sus condiciones profesionales como ingeniero civil con posgrado en geotecnia, una extensa trayectoria profesional y antecedentes en la elaboración de experticias relacionadas con fallas de pavimento. No se probó que hubiera rendido previamente dictámenes para las partes o sus apoderados. Aunque el informe técnico que sirve de fundamento a la experticia fue elaborado originalmente a solicitud del Consorcio JHG, esa circunstancia no determina su exclusión, pero sí exige valorar con especial rigor la autonomía, fundamentación y respaldo de sus conclusiones[40].

121. En cuanto a su fundamentación y metodología, el dictamen no se limitó a reproducir la posición del contratista. El experto examinó las observaciones formuladas sobre las obras, realizó visitas a los sitios intervenidos y consideró resultados de ensayos de calidad y densidad, las especificaciones técnicas del IDU y bibliografía especializada. Sobre esa base agrupó las controversias técnicas en tres categorías: patologías o deterioros prematuros, intervenciones cuestionadas por baja temperatura y áreas objetadas por lluvia o amenaza de lluvia. El alcance demostrativo de sus conclusiones debe establecerse separadamente respecto de cada una de esas categorías, pues los elementos utilizados para sustentarlas no fueron los mismos.

122. Conforme a esos criterios, el dictamen debe confrontarse con los ensayos de laboratorio, los registros de ejecución, las actas y los informes de interventoría relacionados con las obras cuestionadas.

123. El dictamen agrupó las observaciones en tres categorías: patologías y defectos constructivos, condiciones de baja temperatura y áreas cuestionadas por lluvia. Respecto del primer grupo, identificó defectos constructivos que el contratista reconoció y corrigió y señaló que algunas patologías podían relacionarse con condiciones de infraestructura que habrían requerido intervenciones profundas, sin resolver su imputabilidad contractual. Frente a las observaciones por temperatura y lluvia, confrontó los ensayos y verificaciones efectuados y concluyó que, en las áreas examinadas, no existían razones técnicas suficientes para negar su aceptación.

124. Para la Sala, esas conclusiones tienen mérito demostrativo respecto de las condiciones técnicas y de las intervenciones efectivamente examinadas por el experto. En particular, constituyen un elemento relevante frente a las obras objetadas por temperatura y lluvia, pues confrontó los resultados de densidad y calidad de los materiales y formuló conclusiones específicas acerca de su incidencia

---

[39] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, Sentencia del 6 de diciembre de 2024, Rda. 81001-23-39-000-2018-00035-02 (68858).

[40] Índice 9 Samai. Expediente de primera instancia. El dictamen señaló como calidades del perito tener más de 46 años de experiencia profesional como ingeniero civil, formación de posgrado en Geotecnia en Imperial College de Londres y experiencia previa en experticias relacionadas, entre otros asuntos, con fallas de pavimentos de la Autopista Norte, avenida Caracas, Eje Ambiental y aeropuerto José María Córdova. Asimismo, declaró no haber sido designado en otros procesos por las partes o sus apoderados ni haber rendido dictámenes para ellos.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

sobre la compactación y durabilidad. Asimismo, identificó algunas patologías que podían estar asociadas con condiciones de la infraestructura que habrían requerido intervenciones profundas y las diferenció de problemas constructivos que el contratista reconoció y corrigió. Su alcance demostrativo debe circunscribirse a los segmentos y condiciones efectivamente estudiados.

125. Lo anterior no significa que las conclusiones del experto puedan extenderse indistintamente a todas las intervenciones rechazadas. El dictamen reconoció problemas constructivos posteriormente corregidos y, respecto de las patologías asociadas a condiciones de infraestructura, precisó que la controversia contractual sobre la responsabilidad por intervenciones profundas excedía el alcance del concepto. Del mismo modo, sus conclusiones sobre temperatura y lluvia se sustentaron en las verificaciones realizadas respecto de las áreas examinadas. En consecuencia, la experticia debe confrontarse con las especificaciones técnicas aplicables, los ensayos de laboratorio, las actas, los registros de ejecución y los informes de interventoría correspondientes a cada categoría de intervenciones, sin que las apreciaciones del experto acerca del alcance jurídico de las obligaciones sustituyan la interpretación que comparte el juez.

126. La actuación administrativa permite establecer que las no conformidades que dieron origen al procedimiento no permanecieron inalteradas hasta la expedición de las Resoluciones 1744 y 3067 de 2019. Inicialmente se consideraron obras no recibidas por $1.390.241.155 y se calculó sobre ellas el 30% previsto en la cláusula penal, equivalente a $417.072.347. Posteriormente, como resultado del plan de contingencia, las reparaciones y las verificaciones adelantadas hasta enero de 2019, la interventoría redujo provisionalmente las obras pendientes a $565.710.076, suma integrada entonces por $345.866.136 correspondientes a sectores que el contratista atribuía a fallas estructurales y $219.843.940 relativos a intervenciones no reparadas. Esta cuantificación tampoco fue definitiva. Después de nuevas aclaraciones, reparaciones y verificaciones se consolidó un universo de $918.779.578, dentro del cual fueron recibidas intervenciones por $478.411.828 y permanecieron rechazadas obras por $440.367.750. Por tanto, las cifras de $345.866.136 y $219.843.940 correspondieron a una clasificación intermedia y fueron objeto de una nueva depuración antes de adoptar la decisión definitiva.

127. Para el análisis judicial, las categorías intermedias solo sirven para reconstruir la evolución de la actuación. La imputación definitiva se examinará respecto de los dos grupos que integraron los $440.367.750 finalmente rechazados: $262.669.819 clasificados como “no reparado – daño estructural” y $177.697.931 correspondientes a “intervenciones sin definir”.

128. Las denominaciones empleadas durante la actuación administrativa, entre ellas, “no reparado – daño estructural” e “intervenciones sin definir”, corresponden a categorías utilizadas por el IDU y la interventoría durante la sucesiva depuración de las obras observadas y no constituyen, por sí mismas, una calificación sobre la causa o la imputabilidad de las patologías.

129. Por ello, que una intervención permaneciera sin reparar o no hubiera sido recibida definitivamente no demuestra autónomamente el incumplimiento del contratista. Era necesario establecer que existía una no conformidad respecto de

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

una obligación contractual exigible, que los elementos técnicos permitían relacionarla con las actividades efectivamente ejecutada por el Consorcio y que dicha observación subsistía al momento de adoptar la decisión definitiva.

130. Bajo ese criterio, la Sala examinará los dos grupos que integraron los $440.367.750 definitivamente rechazados a partir de la correspondencia entre: i) la obligación contractual exigible; ii) la no conformidad advertida; iii) los elementos técnicos que sustentaron su atribución; iv) las explicaciones y pruebas aportadas por el contratista; v) las reparaciones o verificaciones posteriores; y vi) el estado definitivo de la intervención. Esta metodología impide derivar el incumplimiento de la sola existencia de una patología, de la falta de reparación o del no recibo de la obra.

131. En cuanto a los $262.669.819 agrupados administrativamente como “no reparado – daño estructural”, esa denominación recogía la controversia acerca del origen de los deterioros y no significaba que la Administración hubiera establecido que el contratista debía rehabilitar estructuralmente los corredores. El Consorcio sostuvo que las patologías provenían de deficiencias preexistentes de las capas inferiores y que su corrección exigía actividades ajenas al objeto contractual. Por ello, la falta de reparación de esas intervenciones no podía constituir, por sí misma, la infracción contractual.

132. La imputación de los $262.669.819 no se sustentó únicamente en que el Consorcio dejó de reparar las intervenciones o en que no demostró su alegado origen estructural. La interventoría había vinculado previamente las observaciones con las actividades efectivamente ejecutadas y con obligaciones contractuales concretas de calidad y procedimiento constructivo. En la comunicación BIL-514-1937 del 22 de mayo de 2018 sostuvo que las actividades cuestionadas habían sido ejecutadas mediante procesos constructivos inadecuados y relacionó esa conclusión con la obligación de cumplir las normas y especificaciones técnicas vigentes, efectuar los correctivos solicitados y ejecutar las obras conforme a las especificaciones de construcción del IDU[41].

133. Además, al resolver el recurso de reposición, la Resolución 3067 de 2019 examinó intervenciones individualizadas y registró como motivos de rechazo la persistencia de deterioros prematuros concretos, entre ellos, fisuras y dilatación de la mezcla, incluso en casos en los que el contratista aportó ensayos de laboratorio, pues estos no correspondían al motivo técnico del rechazo[42].

---

[41] Índice 8 Samai. Expediente de primera instancia. En el oficio BIL-514-1937 del 22 de mayo de 2018, radicado IDU 20185260497932, la interventoría consideró que las actividades cuestionadas habían sido ejecutadas mediante procesos constructivos inadecuados y mantuvo, por esa razón, su posición de no recibo. Al reconstruir ese requerimiento, el Acta n.º 19 de liquidación lo relacionó, entre otras disposiciones, con la cláusula décima quinta del Contrato de Obra n.º 1092 de 2016, que exigía ejecutar las obras conforme a las normas y especificaciones técnicas vigentes y efectuar los correctivos solicitados por la interventoría o el IDU, y con el Anexo Técnico Separable, según el cual los procedimientos escogidos por el contratista debían cumplir las especificaciones técnicas de construcción del IDU.

[42] Índice 8 Samai. Expediente primera instancia. En la Resolución 3067 de 2019 los cuadros relativos al análisis individual de las intervenciones registraron, entre otros, los sectores AK27-69, intervenido el 26 de mayo de 2017 por $610.857, y AC17-F31B, intervenido el 16 de agosto de 2017 por $5.162.092, ambos rechazados por presentar deterioro prematuro y fisuras; igualmente, respecto de AC17-F23A, AC44-F37D, AC53-142A y K19-117A, se consignó como motivo de rechazo el deterioro prematuro y la mezcla dilatada. En varios de esos casos el contratista aportó reportes o ensayos de laboratorio, pero la interventoría precisó que ese no era el motivo de rechazo.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

134. El Acta n.º 19 de liquidación identificó por $262.669.819 las obras que presentaban daños prematuros, que no podían ser recibidas ni pagadas y que el Consorcio no reparó por atribuirlas a falla estructural[43]. En esas condiciones, la permanencia de este grupo en la imputación tuvo como antecedente no conformidades técnicas previamente identificadas y vinculadas con la ejecución, cuya causa estructural fue controvertida posteriormente por el contratista.

135. Las Resoluciones 1744 y 3067 de 2019 se presumen legales. Correspondía a los demandantes desvirtuar, respecto de cada intervención que permaneció rechazada, los fundamentos técnicos con los cuales el IDU atribuyó al contratista las no conformidades. El dictamen aporta elementos con ese fin, pues señala que, en los sectores relacionados en su Tabla 1 (AC26S-F707 a F709, AK27-F37 a F45 y AC63-FA1 a FA4), algunas patologías podían estar asociadas con condiciones de la infraestructura existente que habrían requerido intervenciones profundas. Es necesario precisar el alcance de esa conclusión. Si se hubiera acreditado que el deterioro de alguna de esas obras obedeció a una condición estructural ajena a la actividad contratada y a las decisiones técnicas del contratista, la imputación sería ilegal en esa parte, con incidencia en la cuantía de la cláusula penal y en el pago de la obra.

136. Esa hipótesis no se demostró. El dictamen no estableció la causa de cada intervención. Explicó que en ese grupo coexistían defectos constructivos, reconocidos y corregidos por el contratista, y patologías que podían atribuirse a la infraestructura, pero no precisó a cuál de las dos categorías correspondía cada sector, no les asignó valor y advirtió que la imputabilidad contractual excedía su alcance (párrafos 123 a 125). Una conclusión formulada en términos de posibilidad y sin individualización no permite tener por probado, para una obra determinada, que su deterioro fue ajeno a la ejecución.

137. Además, aun si el origen estructural se hubiera establecido para alguno de esos sectores, ello no bastaría para excluir la imputación. En los sectores del dictamen cuya patología se documentó en la actuación, como AC63-FA1, AC63-FA2, AK27-F39, AK27-F44, AC26S-22 y AC26S-22A, la interventoría registró piel de cocodrilo conforme a la Resolución 1744 de 2019. Las propias reglas técnicas del contratista preveían esa situación. En el documento “Enfoque, alcance y metodología”, versión 4, que el Consorcio presentó a la interventoría el 10 de mayo de 2017, describió la piel de cocodrilo como fisuración interconectada asociada a la repetición de cargas, a suelos blandos o a bajos espesores del pavimento, y dispuso dos reglas: cuando el área por reparar estuviera rodeada de piel de cocodrilo, esta debía repararse monolíticamente con el hueco, para evitar un daño prematuro de la zona recién reparada; y, antes de extender la mezcla, debía revisarse la integridad de la capa de soporte. A su vez, cuando el contratista advirtió que un sector requería rehabilitación, solicitó y obtuvo su exclusión, como ocurrió con la Avenida de La

[43] Índice 8 Samai. Expediente primera instancia. La Acta no. 19 de liquidación del Contrato de Obra no. 1092 de 2016, dejó constancia de que las intervenciones que presentaban daños prematuros y que el contratista no reparó por atribuirlas a falla estructural ascendían a $262.669.819. Asimismo, se reiteró que el concepto técnico aportado por el Consorcio había sido controvertido por la interventoría mediante la comunicación BIL-514-1937 y que subsistían requerimientos asociados con daños prematuros y con el cumplimiento de las especificaciones técnicas en los procesos constructivos.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

Hortúa entre carreras 7 y 9[44]. Así, la condición del pavimento era identificable mediante la inspección visual a cargo del contratista, y el contrato le ofrecía un cauce para no intervenir por mantenimiento los sectores que la presentaban. Al decidir intervenirlos sin aplicar su propia metodología ni pedir su exclusión, asumió la responsabilidad por el resultado, conforme al literal f) del numeral 1.3 del Anexo Técnico Separable. Por tanto, el dictamen no desvirtúa la motivación de los actos respecto de los $262.669.819, y no hay lugar a una nulidad parcial ni a la reducción de la cláusula penal por esta causa.

138. La Sala examinará, además, la correspondencia entre los ensayos invocados por el apelante y la causa específica del rechazo de las intervenciones individualizadas. Respecto de AK27-69, ejecutada el 26 de mayo de 2017 por $610.857, y AC17-F31B, del 16 de agosto siguiente por $5.162.092, la interventoría registró deterioro prematuro y fisuras. En AC17-F23A, AC44-F37D, AC53-142A y K19-117A consignó deterioro prematuro y dilatación de la mezcla. Aunque en algunos casos el contratista aportó reportes o ensayos de laboratorio, la interventoría precisó que el parámetro evaluado no correspondía a la causa por la cual la intervención permanecía rechazada.

139. El mismo análisis procede respecto de K19-118A y 4K7-246F, expresamente cuestionadas en la apelación. La primera fue intervenida el 21 de marzo de 2017 por $1.371.919 y la segunda el 27 de septiembre de 2017 por $692.684. En ambos casos el Consorcio remitió, mediante el oficio JHG-1092-064A-2018, ensayos de laboratorio que reportaban cumplimiento. Sin embargo, la interventoría mantuvo K19-118A como no recibida por deterioro prematuro y mezcla dilatada, y 4K7-246F por deterioro prematuro y fisuras. En consecuencia, el resultado favorable de los ensayos solo desvirtúa la motivación si existe correspondencia entre el parámetro examinado y la causa concreta del rechazo; de lo contrario, acredita la conformidad del aspecto ensayado, pero no excluye por sí mismo la patología observada.

140. Así, un resultado satisfactorio de densidad, granulometría, contenido de asfalto u otro parámetro constituye prueba relevante respecto de la condición examinada, pero no desvirtúa, por sí solo, una patología distinta. Para ese efecto, debía acreditarse la correspondencia entre la muestra, la intervención y la causa técnica del rechazo, así como que el parámetro verificado permitía descartar que las fisuras, la dilatación de la mezcla o el deterioro prematuro fueran atribuibles al proceso constructivo.

141. En AK27-69, ejecutada el 26 de mayo de 2017 por $610.857, el Consorcio informó que la intervención fue reparada el 14 de noviembre de 2018. La información valorada en la actuación administrativa incorporó expresamente esa afirmación y, al confrontarla con la verificación de la interventoría, mantuvo la obra como no recibida por presentar deterioro prematuro y fisuras. En consecuencia, no se acreditó que la decisión hubiera desconocido la reparación alegada o se hubiera apoyado exclusivamente en el estado anterior de la intervención. La afirmación del contratista acerca de su reparación tampoco demuestra, por sí sola, que las fisuras hubieran desaparecido o que la corrección hubiera sido técnicamente aceptada. Por

44 Oficio JHG1092-249-2017 del 10 de mayo de 2017, «Enfoque, alcance y metodología de los trabajos objeto del Contrato 1092 de 2016», versión 4, metodología, numerales 1.d, 2.d y 4; oficios JHG1092-347-2017 del 21 de junio de 2017 y JHG1092-357-2017 del 23 de junio de 2017; Acta n.º 19 de liquidación, numeral 6.2, comentarios de la interventoría a las salvedades 1 y 2.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

ello, este elemento no desvirtúa la motivación de los actos demandados respecto de AK27-69.

142. Los tres sectores estructurales restantes, AK10-F40, F42 y F43, por valor de $91.748.386, corresponden a intervenciones que el contratista decidió no reparar, por considerar que su deterioro obedecía a daños estructurales[45]. En efecto, el 29 de noviembre de 2018 los relacionó entre los tramos con problemas estructurales y que no serán reparados y, en su informe de enero de 2019, registró su estado actual como ”daño estructural”. Por la misma razón, la interventoría los incluyó en el acápite de intervenciones por fallas estructurales de su informe del 15 de enero de 2019 y los mantuvo en el oficio BIL-555-1937 dentro de la categoría de intervenciones no reparadas por daño estructural según el contratista, por $262.669.819, aunque aclaró que no avalaba ese concepto. Para demostrar que el deterioro no era imputable a los materiales ni al proceso constructivo, el apelante aportó fichas de auscultación mediante extracción de panelas, elaboradas el 19 de octubre de 2018, en las que se indicó que las fisuras atravesaban la totalidad de la capa asfáltica y de la capa granular y que la falla obedecía a la fatiga de las capas inferiores.

143. Las Resoluciones 1744 y 3067 no analizaron individualmente esas fichas y el oficio BIL-555-1937 tampoco se refirió a ellas, corresponde a la Sala valorarlas en esta providencia. Sin embargo, tales elementos no desvirtúan las razones del rechazo. Cada ficha consta de una página con fotografías y una conclusión general, pero no precisa la metodología empleada ni la relación entre el punto auscultado y el parche ejecutado; además, se trata de un ejercicio realizado por el propio contratista, ajeno al contrato y practicado más de un año después de las intervenciones. A su vez, los informes de laboratorio de la mezcla asfáltica aportados con el memorial de pruebas del 23 de junio de 2022 identifican cada muestra por fecha y sitio, no por hueco, y evalúan parámetros de la mezcla, mas no el origen estructural del deterioro. Ninguna muestra corresponde al lugar de estas intervenciones, carrera 10 con calle 37 Sur, y las tomadas en las fechas de ejecución, 30 de junio y 4 de julio de 2017, aparecen únicamente como procedentes de la “Planta de asfaltos Doble A Ingeniería”, sin indicación del sitio[46]. Si bien el contrato no exigía diagnosticar la estructura del pavimento, el contratista debía determinar el tipo de intervención y responder por su calidad, y no demostró que el deterioro prematuro de la mezcla nueva, advertido pocos meses después, fuera ajeno a esas decisiones.

144. En consecuencia, respecto de estos sectores no se desvirtuaron las razones técnicas del rechazo. De otra parte, los cuatro sectores restantes, AK30-212, 4K7-149A, 4K7-137B y 4K7-165, por valor de $5.668.599, integran la categoría de

---

[45] Índice 60 Samai, expediente primera instancia, documento OneDrive “Proceso sanción obra”, “Oficios interventoría”, Oficio BIL-555-1937 del 5 de febrero de 2019, numeral 4 "Intervenciones no reparadas por daño estructural (según contratista)"AK10-F40 ($22.324.300) + AK10-F42 ($38.221.912) + AK10-F43 ($31.202.174) = $91.748.386”.

[46] Índice 24 Samai, expediente de primera instancia, “68_RECIBEMEMORIALES_PRUEBASRE_PRUEBASREFORMATOMO(.pdf) NroActua 24”. La muestra del 4 de julio de 2017 ("Muestra No. 2") y la del 30 de junio ("Muestra tomada el 28/21 de junio") están rotuladas únicamente "Planta Doble A Ingeniería", sin dirección de obra. La muestra más cercana en ubicación a los sectores 4K7 "Calle 127 entre Carrera 7 - Carrera 9", tiene fecha de ensayo 2017-06-13/16, distinta de las fechas de intervención, 26 a 28 de septiembre de 2017.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

intervenciones “sin definir” del mismo oficio[47]. Su rechazo obedeció a que fueron instalados bajo lluvia, AK30-212, o a una temperatura de compactación inferior al rango de diseño, los tres sectores 4K7, y no a la existencia de patologías visibles. La bitácora del propio contratista, correspondiente a la noche del 22 al 23 de junio de 2017, registró lluvias intermitentes durante toda la jornada y señaló que el parche del hueco n.º 212 no fue aceptado como ejecutado, porque la segunda capa se compactó bajo lluvia. El buen estado posterior no subsana el incumplimiento de las condiciones de instalación que dio lugar al rechazo. Además, el apelante no acreditó la reparación ni el recibo de estos sectores, y las muestras de laboratorio examinadas no corresponden a sus lugares ni a sus fechas de intervención.

145. El mismo tratamiento corresponde a AC17-F30, que el apelante también identificó como daño estructural. El 23 de junio de 2017, antes de intervenir el corredor de la Calle 17 entre carreras 50 y 68D, al que pertenece este sector, el propio Consorcio JHG advirtió a la interventoría, mediante el oficio JHG1092-357-2017, que dicho corredor presentaba "deterioro total de la estructura granular e incluso la subrasante" y propuso realizar primero ensayos de deflectometría, CBR y caracterización de la estructura granular existente para determinar si era procedente la reparación por mantenimiento o si, por el contrario, correspondía excluir el sector por requerir rehabilitación, ajena al alcance del contrato. Ese mismo oficio precisó que el consorcio no estaba dispuesto a ejecutar los trabajos bajo la condición de exclusión de la póliza de estabilidad de obra. Esa advertencia previa, contemporánea a la intervención, es consistente con la conclusión de que el deterioro de AC17-F30 obedeció a una condición estructural preexistente del corredor y no exclusivamente a la calidad de los materiales o del proceso constructivo empleado por el contratista; sin embargo, tal circunstancia no traslada a la interventoría o al IDU la responsabilidad por la ejecución, pues, advertida la condición, correspondía al contratista abstenerse de intervenir bajo la modalidad de mantenimiento o dejar constancia expresa de las reservas técnicas antes de ejecutar, sin que baste la sola comunicación previa para acreditar que el resultado final cumplió las especificaciones exigibles[48].

146. Establecido que, después de las reparaciones, verificaciones y contradicción ejercida durante la actuación, subsistió un incumplimiento parcial imputable al contratista, corresponde examinar la procedencia de la cláusula penal pecuniaria. La Resolución 1744 de 2019 consideró que esta consecuencia contractual podía hacerse efectiva frente al incumplimiento acreditado de las obligaciones asumidas y, al determinar su alcance, aplicó un criterio de proporcionalidad. Por ello, la penalidad no se calculó sobre el valor total del Contrato de Obra n.º 1092 de 2016, sino sobre el valor de las prestaciones respecto de las cuales la Administración consideró subsistente el incumplimiento.

147. En cuanto a la presunción de inocencia y a las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, la Sala precisa que la declaratoria de incumplimiento y la efectividad de la cláusula penal constituyen manifestaciones de las potestades contractuales de la Administración. Si bien su ejercicio está sujeto a las garantías

[47] Índice 60 Samai, expediente de primera instancia, documento OneDrive “Proceso sanción obra”, “oficio contratista”, “oficios interventoría”, oficio BIL-555-1937, numeral 7 "Intervenciones sin definir": AK30-212 ($1.160.128) + 4K7-149A ($2.952.197) + 4K7-137B ($1.282.744) + 4K7-165 ($273.530) = $5.668.599.

[48] Índice 60 de Samai, expediente de primera instancia, OneDrive, proceso sancionatorio, oficios contratista, oficio JHG1092-357-2017.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

del debido proceso, examinadas previamente, ello no comporta la aplicación automática de las categorías propias del derecho penal. En materia contractual, el supuesto de incumplimiento está determinado por las obligaciones pactadas, en particular, por la cláusula décima quinta, las obligaciones generales y las correspondientes al componente técnico, así como por el Anexo Técnico[49].

148. Tampoco se advierte una inversión ilegítima de la carga de la prueba, pues la entidad identificó la obligación incumplida, la no conformidad y los elementos técnicos que sustentaban la relación entre ambas; por tanto, correspondía al demandante desvirtuar la motivación de los actos acusados. Además, no se le exigió la elaboración de diagnósticos ajenos al objeto contractual, dado que se reconoció que el contrato no los imponía y se examinaron individualmente las intervenciones cuestionadas. Finalmente, la cláusula penal constituye una estimación anticipada de los perjuicios convenida por las partes, de modo que su exigibilidad no está supeditada a la acreditación del daño. En este caso, la Resolución 1744 declaró la existencia de perjuicios por el mismo valor de la cláusula penal y ordenó hacerla efectiva. Asimismo, su aplicación fue proporcional, pues se calculó sobre las prestaciones cuyo incumplimiento subsistía, por valor de $440.367.750, y no sobre el valor total del contrato[50].

149. El Consorcio JHG sí invocó una circunstancia que, a su juicio, excluía su responsabilidad por algunas intervenciones realizadas bajo lluvia. En respuesta al oficio BIL-190-1937, mediante comunicado JHG1092-262-2017 del 20 de mayo de 2017, sostuvo que la colocación y compactación de la mezcla se realizaba en momentos en que no se evidenciaban lluvias y que empleaba secado con espuma para la colocación; que suspendía las actividades cuando la interventoría lo solicitaba o cuando el clima no se prestaba; pero que, en ocasiones no controlables por el contratista, se presentaban lluvias esporádicas después de iniciados los trabajos, lo que lo obligaba a ampliar los horarios para no dejar "cajas abiertas", conforme lo exigían las especificaciones técnicas aplicables al contrato de obra. Esa explicación no constituye una causal eximente de responsabilidad frente a las especificaciones técnicas invocadas en la actuación sancionatoria: el riesgo de que sobreviniera lluvia durante una intervención ya iniciada era previsible dentro de la ejecución ordinaria de una obra vial y no relevó al contratista del deber de suspender o proteger la mezcla en curso conforme a los protocolos que el propio IDU le requirió reiteradamente observar, según consta en los comunicados BIL-190-1937, BIL-351-1937 y BIL-459-1937. Por tanto, la circunstancia alegada no desvirtúa la imputación ni excluye la imputación de los deterioros examinados en esta providencia[51].

---

[49] Índice 1 Samai, expediente primera instancia, "14_Reparto y Radicación_006 - AnexoTe´cnicoSeparable.pdf(.PDF) NroActua 1", Anexo Técnico, 3.1 ACTIVIDADES DEL CONTRATISTA PREVIAS A LA FIRMA DEL ACTA DE INICIO DE OBRA, 3.2 ACTIVIDADES DEL CONTRATISTA PREVIAS AL INICIO DE OBRA, 3.3 ACTIVIDADES DEL CONTRATISTA DURANTE LA EJECUCIÓN DE OBRA y "25_Reparto y Radicación_017 - Contrato1092-2016.pdf(.PDF) NroActua 1" La cláusula décima quinta del Contrato de Obra 1092-2016 es, en efecto, la cláusula de obligaciones generales y para la ejecución del contrato, componente técnico, tal como se cita literalmente en los oficios BIL-514-1937 del 22 de mayo de 2018 y BIL-486-1937 del 5 de marzo de 2018.

[50] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de junio de 2010, Exp. 16.367, sentencia de 13 de noviembre de 2008, Exp. 17.009, y sentencia de 28 de noviembre de 2019, Exp. 36.600, las potestades contractuales de declaratoria de incumplimiento y efectividad de la cláusula penal están sometidas al debido proceso, pero no a la transposición automática de las categorías penales. La conducta y la consecuencia deben estar previamente previstas en la ley o en el contrato; y, probado el incumplimiento imputable, la cláusula penal opera como tasación anticipada y definitiva de perjuicios, sin que sea necesario acreditar su existencia o cuantía, salvo que se reclamen perjuicios superiores o se solicite la reducción judicial de la pena.

[51] Índice 60 de Samai, expediente de primera instancia, OneDrive, proceso sancionatorio, oficios contratista, oficio JHG1092-262-2017, oficios interventoría, BIL-190-1937, BIL-351-1937 y BIL-459-1937.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

150. Ese criterio se mantuvo durante toda la actuación. En una primera valoración se tomaron $1.390.241.155 en obras no recibidas y se calculó sobre esa suma el 30%, equivalente a $417.072.347; posteriormente, las reparaciones y verificaciones redujeron y modificaron sucesivamente la base de cálculo. Una vez concluida la depuración, permanecieron rechazadas únicamente intervenciones por $440.367.750. En consecuencia, el 30% se aplicó sobre esta última suma y produjo una cuantificación de la cláusula penal de $132.110.325. De esta manera, la consecuencia económica guardó correspondencia con el incumplimiento parcial definitivamente establecido y no con la totalidad del valor contractual ni con las observaciones que habían sido superadas durante el procedimiento. La demanda no cuestionó la legalidad de los actos con el argumento de que la cláusula penal debía afectar el amparo de estabilidad y calidad de la obra, y no el de cumplimiento. Los actos declararon el siniestro de incumplimiento y ordenaron el cobro con cargo al amparo de cumplimiento de la garantía única. La aseguradora pagó $132.110.325 el 19 de diciembre de 2019 por la afectación de ese amparo.

151. La cláusula penal estaba cubierta por el amparo de cumplimiento de la garantía única. Los documentos contractuales establecieron que dicho amparo cubría las obligaciones surgidas del contrato, incluido el pago de multas y de la cláusula penal pecuniaria, por una cuantía equivalente al 30% del valor total del contrato y con vigencia hasta su liquidación[52]. La actuación administrativa identificó para el Contrato de Obra n.º 1092 de 2016 la póliza de cumplimiento expedida por Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. (Confianza)[53].

152. El apelante solicitó que la póliza de estabilidad se circunscribiera a la calidad de los materiales y procesos constructivos. Los actos demandados hicieron efectiva la cláusula penal con cargo al amparo de cumplimiento de la garantía única. La Resolución 1744 de 2019 declaró el siniestro de incumplimiento amparado por ese componente y ordenó el cobro con cargo a él. Pero no afectaron el amparo de estabilidad y calidad de la obra, cuya vigencia empezó con el Acta de Recibo Final del 23 de septiembre de 2019[54]. El amparo del 30% del valor de las obras de mantenimiento por $3.483.564.322, con vigencia de dos años desde el Acta de Recibo Final del 23 de septiembre de 2019 a 23 de septiembre de 2021[55], estuvo sujeto a una actuación de seguimiento distinta. El 20 de noviembre de 2020, el IDU requirió al contratista, a la interventoría y a la aseguradora una visita conjunta por trece daños que, según su visita de seguimiento, afectarían la estabilidad o la

[52] Índice 8 Samai. Expediente primera instancia. El IDU en la Licitación Pública IDU-LP-SGI-006-2016, pliego de condiciones, numeral 8.1, "Garantía única de cumplimiento". El amparo comprendía las obligaciones derivadas del contrato, incluido el pago de multas y de la cláusula penal pecuniaria, por una cuantía equivalente al 30 % del valor total y con vigencia hasta su liquidación.
[53] Índice 8 Samai. Expediente primera instancia. En la citación al procedimiento administrativo sancionatorio del Contrato de Obra no. 1092 de 2016. Se identificó la póliza de cumplimiento no. 31GU121188 expedida por Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. (Confianza). En el Acta no. 19 de liquidación del Contrato de Obra no. 1092 de 2016 se consignó que el comprobante no. 598 del 19 de diciembre de 2019 registró el pago efectuado por Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. (Confianza) por $132.110.325.
[54] Índice 1 Samai, expediente primera instancia, "25_Reparto y Radicación_017 - Contrato1092-2016.pdf(.PDF) NroActua 1" Cláusula Vigésima Segunda, numeral 4, del Contrato de Obra 1092-2016: "ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA: Su cuantía será equivalente al treinta por ciento (30%) del valor total de las Obras de Mantenimiento y tendrá una vigencia de dos (2) años contados a partir del acta de recibo final de la obra".
[55] Índice 1 Samai, expediente primera instancia, "27_Reparto y Radicación_019 - 1092-2016 ACTA LIQUIDACION V. FINAL firmada SGI.pdf(.PDF) NroActua 1" Acta 19 de Liquidación del Contrato 1092 de 2016, sección 3.3.1 "Garantías": Confianza, Estabilidad y Calidad de la Obra, Póliza 32 GU121188, vigencia 23/09/2019 a 23/09/2021, valor asegurado $3.483.564.322.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

calidad de las obras[56]. La visita se reprogramó y se practicó el 29 de enero de 2021[57].

153. El 1 de marzo de 2021, el consorcio presentó descargos, en los que sostuvo que el amparo se limita a la calidad de los materiales y los procedimientos constructivos y que no existe nexo causal, y el 19 de abril de 2021, respondió un nuevo requerimiento del IDU del 19 de marzo de 2021[58]. En esa respuesta sostuvo que, de los trece daños, cuatro corresponden a CIV que no intervino, siete a huecos reparados que no coinciden con los reportados y dos a fresados que sí coinciden, y aportó ensayos de laboratorio de estos últimos[59]. El IDU contaba con los planos récord y la base geográfica del contrato, aprobados en 2018. La Contraloría de Bogotá, en su auditoría de desempeño de diciembre de 2019, rechazó la tesis del IDU de que la cobertura había vencido por haberse ejecutado las obras más de dos años antes del recibo final, y precisó que los dos años corren desde el Acta de Recibo Final[60]. El 30 de septiembre de 2021, el IDU cerró internamente el seguimiento a este amparo, dejando constancia de que no se imputaron daños al contratista ni se inició actuación legal alguna contra este[61]. Por tanto, este reparo tampoco prospera.

154. Como no se acreditaron los cargos de nulidad formulados contra las Resoluciones 1744 y 3067 de 2019, tampoco procede el restablecimiento del derecho solicitado como consecuencia de su anulación. En efecto, la pretensión de devolución de los $132.110.325 correspondientes a la cláusula penal fue formulada como consecuencia de la invalidez de esas decisiones; por tanto, al mantenerse su legalidad, no existe fundamento para ordenar la restitución reclamada.

El incumplimiento contractual atribuido al IDU, las reclamaciones económicas y el equilibrio económico del contrato

155. La Sala negará la pretensión subsidiaria dirigida a que se declare el incumplimiento contractual del IDU, tanto por el supuesto ejercicio indebido de la

---

[56] Índice 9 Samai, expediente primera instancia, "47_RECIBEMEMORIALES_REFORMADE_PRUEBASREFORMADEL(.ZIP) NroActua 9" Oficio IDU DTAI 20203750931601 del 20 de noviembre de 2020 que relaciona los trece daños identificados por CIV, ubicación y tipo de fisura.

[57] Índice 9 Samai, expediente primera instancia, "47_RECIBEMEMORIALES_REFORMADE_PRUEBASREFORMADEL(.ZIP) NroActua 9" Oficios IDU DTAI 20203751048471 del 14 de diciembre de 2020 y 20213750049611 del 13 de enero de 2021, que reprograman sucesivamente la visita conjunta hasta el 29 de enero de 2021.

[58] Índice 9 Samai, expediente primera instancia, "47_RECIBEMEMORIALES_REFORMADE_PRUEBASREFORMADEL(.ZIP) NroActua 9", Descargos del 1 de marzo de 2021, que invocan la Cláusula Vigésima Segunda, numeral 4, y el numeral 7 de los Estudios Previos; requerimiento IDU DTAI del 19 de marzo de 2021, radicado 20213750469191.

[59] Índice 9 Samai, expediente primera instancia, "47_RECIBEMEMORIALES_REFORMADE_PRUEBASREFORMADEL(.ZIP) NroActua 9" Respuesta del 19 de abril de 2021, daños 1, 10, 12 y 13, CIV no intervenidos por el Consorcio JHG; daños 2, 3, 4, 5, 6, 8 y 9, huecos que no coinciden en ubicación, forma o extensión; daños 7 y 11, fresados que sí coinciden, con ensayos de laboratorio anexos.

[60] Índice 9 Samai, expediente primera instancia, "47_RECIBEMEMORIALES_REFORMADE_PRUEBASREFORMADEL(.ZIP) NroActua 9", Auditoría de Desempeño PAD 2019, Código 75, hallazgo 3.3.1.5.2: la Contraloría transcribe y rechaza expresamente el argumento del IDU sobre vencimiento del amparo, concluyendo que "la garantía, estabilidad y calidad de obra, es de dos años a partir del acta de recibo final de obra".

[61] Índice 15 Samai, primera instancia, "53_RECIBEMEMORIALES_REFORMA_PRUEBASREFORMADEMA(.PDF) NroActua 15", Memorando IDU DTAI 20213750316103 del 30 de septiembre de 2021: "el amparo de estabilidad del contrato 1092 de 2016, venció el día 23 de septiembre de 2021, no presenta daños imputables al ejecutor de las obras y no cuenta con procesos legales en curso relacionados con este amparo".

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

facultad sancionatoria mediante la expedición de las Resoluciones 1744 y 3067 de 2019 como por el alegado desconocimiento del deber de planeación. En cuanto al primer aspecto, la declaratoria de incumplimiento y la efectividad de la cláusula penal corresponden al ejercicio de una potestad legal de la entidad contratante, prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y sujeta al procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Por ello, los cuestionamientos formulados contra esas decisiones deben resolverse en el juicio de legalidad de los actos administrativos y no mediante el examen del cumplimiento de las prestaciones contractuales a cargo de la entidad. Además, como no se acreditaron los cargos de nulidad propuestos contra las resoluciones, tampoco puede concluirse que el IDU ejerció indebidamente esa potestad. Así, la expedición de los actos controvertidos no configura, por sí sola, un incumplimiento contractual de la entidad.

156. Respecto del deber de planeación, el pliego de condiciones y el contrato establecieron que las cantidades eran aproximadas, que el alcance de las intervenciones se definiría durante la ejecución y que los precios ofertados se aplicarían a las mayores cantidades. En consecuencia, la variación de estas no demuestra, por sí misma, una falla de planeación imputable al IDU. El hallazgo de la Contraloría de Bogotá sobre deficiencias de planeación se refiere a la firma tardía del acta de inicio y no a la información técnica del proceso[62]. A ello se agrega que la modificación n°. 1 del contrato, suscrita el 5 de abril de 2017, reconoció en su análisis técnico que en los documentos de los procesos de selección “no se cuenta con diagnósticos previos y/o estudios y diseños que determinen el alcance de las intervenciones a ejecutar” y que, por esa razón, “tanto las actividades como las cantidades asociadas a estas, son estimativas”. Esto confirma que el carácter estimativo de las cantidades fue conocido y aceptado por ambas partes desde el inicio, y no obedeció a una deficiencia de planeación oculta. Por tanto, la pretensión subsidiaria no está llamada a prosperar. Esta conclusión no se sustenta únicamente en la desestimación de los cargos de nulidad, sino también en la distinta naturaleza jurídica de las potestades ejercidas por la Administración y de las obligaciones contractuales, así como en la falta de prueba de una falla de planeación imputable a la entidad.

157. El Contrato 1092 de 2016 fue celebrado a precios unitarios y monto agotable. En esa modalidad, las cantidades previstas para cada actividad no constituían cantidades fijas, pues el pliego señaló expresamente que las consignadas en el Anexo 8 eran aproximadas, servían para evaluar y comparar las ofertas y que las cantidades reales serían las que resultaran durante la ejecución. También se estableció que los precios ofertados serían aplicables a las mayores cantidades que llegaran a presentarse[63]. Por ello, la sola variación porcentual de los ítems, aun cuando respecto de algunos de ellos hubiera alcanzado el 1.800 % alegado por el apelante, no demuestra por sí misma la ruptura de la ecuación contractual. Era

62 Índice 9 Samai, expediente primera instancia, “47_RECIBEMEMORIALES_REFORMADE_PRUEBASREFORMADEL(.ZIP) NroActua 9”, Auditoría de Desempeño PAD 2019, Código 75, hallazgo 3.3.1.5.1: "deficiencias de planeación, al firmar el acta de inicio cuarenta y nueve días después de suscribir el contrato 1092 de 2016"; el hallazgo no se refiere a la suficiencia de la información técnica del proceso.

63 Índice 60 Samai, expediente primera instancia, “125_CONSTANCIASECRETARIAL_CONSTANCIA(.pdf) NroActua 60” link OneDrive, “ENSAYOS_DE_LABORATORIO” comprobantes de egreso y facturas de EIE Echeverry Ingeniería y Ensayos S.A.S. por ensayos de densidad y calidad de materiales, 2017 y “ENSAYOS_LABORATORIO_CJHG” contiene los informes técnicos de esos ensayos y no los soportes de su pago.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

necesario establecer si esa modificación produjo costos adicionales no remunerados mediante los precios unitarios pactados y una afectación extraordinaria de la economía del negocio.

158. La documentación aportada acredita que el Consorcio incurrió durante la ejecución en erogaciones relacionadas, entre otros conceptos, con alquiler y adquisición de equipos, transporte de materiales, traslado de baños, movilización de maquinaria y otros servicios logísticos. También está probado que durante la ejecución formuló reclamaciones por el incremento de las actividades de parcheo y sostuvo que este exigió mayores recursos de personal, administración, transporte, señalización, maquinaria y equipos[64]. Esos elementos permiten tener por demostrada la existencia material de determinados gastos y que el contratista manifestó oportunamente su inconformidad, pero no permiten establecer, por sí solos, que tales erogaciones correspondieran al mayor costo derivado exclusivamente del aumento de las cantidades de obra.

159. En efecto, para demostrar la ruptura de la ecuación era necesario diferenciar los costos ordinarios que el contratista debía asumir con cargo a los precios unitarios de aquellos que, como consecuencia de la variación alegada, excedieron la estructura económica de su oferta. Los documentos aportados no contienen una comparación entre las cantidades y costos previstos al formularla y los efectivamente soportados durante la ejecución, ni permiten establecer qué parte de los pagos por equipos, transporte, personal o logística correspondió a las cantidades originalmente estimadas y cuál surgió exclusivamente del incremento posterior. Tampoco se reconstruyó el efecto de esos supuestos mayores costos frente a los ingresos obtenidos por el pago de las cantidades efectivamente ejecutadas a los precios unitarios convenidos. Por tanto, la prueba acredita gastos de ejecución, pero no la afectación patrimonial neta y extraordinaria que exige el restablecimiento del equilibrio económico.

160. Respecto de los mayores costos por laboratorios ($130.680.619), el numeral 3.3.2 "Control de Calidad" del Anexo Técnico Separable[65] asignó al contratista la certificación y el cumplimiento de las especificaciones técnicas de los insumos mediante las respectivas verificaciones técnicas y ensayos de laboratorio, bajo advertencia de que su omisión sería causal de sanción contractual y de no recibo de la obra; en consecuencia, esos costos debían quedar incluidos en los precios

---

[64] Índice 60 Samai, expediente primera instancia, “125_CONSTANCIASECRETARIAL_CONSTANCIA(.pdf) NroActua 60” link OneDrive “ALQUILER_DE_EQUIPO” , “AMTEL_-ALQUILER_DE_VIBRO", “COMPRA_DE_EQUIPOS” «FERREEQUIPOS” transporte de equipos y compra de discos, marzo a diciembre de 2017), “CAMABAJAS” transporte de maquinaria en camabaja, marzo a agosto de 2017), “LUIS_ANCELMO_RODRIGUEZ” y “LUIS_ANCELMO_RODRIGUEZ-2” transporte de equipos y material, julio de 2017 a febrero de 2018, “OMAR_PRIETO” alquiler de camión hasta octubre de 2018, “RECICLADOS” disposición final y reciclaje de residuos, 2017 a abril de 2018, “TRANSPORTE_DE_BANOS” transporte de baños portátiles, desde abril de 2017, “TRANSPORTE_DE_MATERIALES” transporte de equipos y materiales, julio a noviembre de 2017, “TRANSPORTE_HECTOR_LINARES” transporte de equipos, mayo de 2017 a octubre de 2018); y “TRANSPORTES” transporte de señalización, cortadora, baños y luminarias a los frentes de parcheo, abril a noviembre de 2017.

[65]. Índice 1 Samai, expediente primera instancia, “14_Reparto y Radicación_006 - AnexoTe´cnicoSeparable.pdf(.PDF) NroActua 1”. Índice 60 Samai, expediente primera instancia, “125_CONSTANCIASECRETARIAL_CONSTANCIA(.pdf) NroActua 60” link OneDrive, “ENSAYOS_DE_LABORATORIO” comprobantes de egreso y facturas de EIE Echeverry Ingeniería y Ensayos S.A.S. por ensayos de densidad y calidad de materiales, 2017 y “ENSAYOS_LABORATORIO_CJHG” contiene los informes técnicos de esos ensayos y no los soportes de su pago.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co) No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

unitarios ofertados. Los soportes aportados acreditan erogaciones por ensayos de laboratorio, pero no permiten establecer qué parte correspondió a ensayos exigidos por la variación de cantidades ni cuál no fue remunerada por los precios unitarios ya pactados. La prueba demuestra el gasto, pero no la afectación neta y extraordinaria que exige el restablecimiento.

161. Respecto de los mayores costos por transporte por valor de $169.272.449, los soportes aportados de comprobantes de egreso por concepto de señalización, materiales y baños acreditan erogaciones reales por concepto de movilización de equipos, materiales y elementos del PMT. Sin embargo, esos mismos conceptos fueron los que el consorcio sometió como ítems no previstos mediante la comunicación JHG1092-343-2017. Los comprobantes acreditan el gasto, pero no permiten establecer qué parte correspondía a la ejecución ordinaria ya remunerada en el A.I.U. y cuál excedió esa remuneración como consecuencia exclusiva de la variación de cantidades, de modo que tampoco en este punto se demuestra la afectación neta y extraordinaria que exige el restablecimiento

-Respecto de la jornada nocturna

162. La ejecución nocturna tampoco constituye, por sí misma, una circunstancia sobreviniente. Los documentos precontractuales advertían que la Secretaría Distrital de Movilidad determinaría los horarios, que las actividades podían ejecutarse en jornada diurna o nocturna y que, por tratarse de intervenciones sobre la malla vial arterial, gran parte de los trabajos se realizaría durante la noche. El Anexo Técnico dispuso expresamente que esa circunstancia debía ser considerada en la propuesta y en los precios unitarios, sin que procedieran reclamaciones posteriores por ese hecho. Asimismo, los análisis de precios debían comprender mano de obra, equipos, materiales, condiciones de acceso y la eventual ejecución nocturna.

163. Los soportes económicos aportados por el Consorcio[66] muestran que durante la ejecución efectuó pagos por alquiler y adquisición de equipos y por diferentes actividades de transporte y logística; además, JHG manifestó que el trabajo nocturno incrementó los costos de mano de obra, movilización de maquinaria, señalización, baños y elementos de los componentes ambiental y de seguridad. Estas reclamaciones también fueron formuladas durante la ejecución mediante, entre otras, las comunicaciones JHG1092-230-2017 y JHG1092-343-2017. Sin embargo, la existencia de esas erogaciones no demuestra que fueran sobrecostos respecto de la estructura económica ofertada, pues varios de esos conceptos estaban expresamente comprendidos entre los factores que el proponente debía considerar al formular los precios.

164. Para obtener el restablecimiento correspondía, entonces, demostrar qué costo adicional produjo específicamente la ejecución nocturna frente al costo que ya había sido incorporado al precio unitario y en qué medida esa diferencia alteró extraordinariamente la economía del contrato. Los comprobantes de egreso y facturas acreditan pagos efectivamente realizados, pero no contienen esa

66. Índice 60 Samai, expediente primera instancia, “125_CONSTANCIASECRETARIAL_CONSTANCIA(.pdf) NroActua 60” link OneDrive: Oficios JHG1092-167-2017 del 12 de abril de 2017, JHG1092-230-2017 del 5 de mayo de 2017 y JHG1092-391-2017 del 2 de agosto de 2017.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

comparación ni permiten determinar qué parte de cada desembolso correspondió exclusivamente a la nocturnidad, qué parte estaba incluida en el precio ofertado y cuál fue el monto adicional que permaneció sin remuneración. De este modo, la prueba demuestra la existencia de gastos de ejecución, pero no la ruptura de la ecuación económica ni la cuantía de un restablecimiento atribuible al horario nocturno.

165. En cuanto al valor puntual de $1.368.593.313 alegado por concepto de trabajo nocturno, esa cifra no se reconstruye en los soportes aportados: los comprobantes de egreso y facturas allegados acreditan pagos por mano de obra, equipos y logística, pero ninguno de ellos individualiza el sobrecosto atribuible específicamente a la nocturnidad frente al costo diurno ya considerado en el precio unitario ofertado, ni permite verificar la sumatoria que arroja esa cifra global. Sin esa comparación, la sola manifestación de un valor total no acredita, por sí misma, la afectación extraordinaria de la ecuación contractual que exige el restablecimiento reclamado.

-El punto del 1800 %

166. La Sala no desconoce la magnitud de la variación porcentual alegada. Sin embargo, en un contrato a precios unitarios el porcentaje de aumento de una actividad debe analizarse conjuntamente con su incidencia económica efectiva. Una variación del 1800% puede revelar una modificación relevante en la composición de las actividades ejecutadas, pero no equivale automáticamente a una pérdida para el contratista cuando las unidades adicionales fueron remuneradas al precio unitario convenido. Para que esa circunstancia produjera el restablecimiento reclamado era necesario demostrar que el incremento alteró los rendimientos, costos fijos, logística o demás componentes económicos considerados al estructurar el precio hasta un punto no absorbido por este. Los documentos aportados acreditan diversas erogaciones relacionadas con equipos y transporte, pero no establecen esa relación cuantitativa entre el aumento del ítem, el costo unitario originalmente calculado, el costo real resultante y la pérdida finalmente soportada.

167. Así ocurre, por ejemplo, con el ítem 3.012 de parcheo, que el apelante señaló como el más representativo de la variación alegada: según el recurso, pasó de 51 m³ previstos a 6.289 m³ ejecutados, una variación del 12.333 %, cifra que atribuyó a una prueba documental aportada por el propio IDU. Sin embargo, esa base de cálculo no es la misma que el demandante empleó en etapas anteriores del proceso: en la demanda, la cantidad contractual del ítem 3.012 se presentó agregada con el ítem 3.010, para un volumen conjunto de 93,28 m³, y la cantidad estimada del ítem 3.001 de fresado se fijó en 16.993 m³, cifras distintas de los 51 m³ y los 10.893 m³ que invocó posteriormente en la apelación para calcular el 12.333 % y el 67,77 %. Esa variación en la propia base de cálculo del apelante, entre una etapa procesal y otra, resta certeza a la magnitud de la desviación alegada y, en todo caso, no suple la carga de demostrar que el incremento del ítem 3.012 alteró los rendimientos, los costos fijos o la logística considerados al estructurar ese precio unitario, hasta un punto no absorbido por él, ni que la reducción del fresado, por sí sola, hubiera generado una pérdida no compensada por la remuneración pactada para las demás actividades reclamado.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

168. En cuanto a las obras ejecutadas y no recibidas, el Anexo Técnico estableció que el recibo de las obras debía efectuarse conjuntamente con la interventoría y contempló como soportes, entre otros, el libro de bitácora, las visitas de obra, las actas mensuales de recibo parcial, las memorias técnicas, los resultados de los ensayos de laboratorio y el registro fotográfico. Asimismo, dentro del control presupuestal se previeron actas mensuales de recibo parcial debidamente aprobadas. En consecuencia, la ejecución material de una actividad no generaba, por sí sola, el derecho a su pago, pues era necesario acreditar su conformidad con las especificaciones contractuales y su recibo. Por tanto, no se acreditó la ruptura de la ecuación económica del contrato ni procede el restablecimiento solicitado.

169. La demanda solicitó condenar al IDU al pago de $400.367.732 por las obras que, según el Consorcio, habían sido ejecutadas pero la interventoría y la entidad se negaron a recibir. Esa suma difiere de los $440.367.750[67] que, después de las reparaciones, revisiones, ensayos y verificaciones efectuadas durante la actuación administrativa, permanecieron registrados como obras no recibidas y constituyeron la base definitiva para cuantificar la cláusula penal.

170. Como quedó establecido al examinar los actos demandados, esos $440.367.750 estaban integrados únicamente por dos grupos: $262.669.819 correspondientes a intervenciones clasificadas como “no reparado – daño estructural” y $177.697.931 correspondientes a “intervenciones sin definir”. No comprendían las obras reparadas, las revisadas favorablemente, aquellas aceptadas con fundamento en reportes de laboratorio ni las intervenciones cuestionadas por lluvia y temperatura, porque estas últimas fueron recibidas y excluidas de la base económica definitiva.

171. La diferencia entre los $400.367.732 reclamados en la demanda y los $440.367.750 que permanecieron rechazados en la actuación administrativa impide concluir, a partir de la sola proximidad de las cifras, que ambos valores comprenden el mismo conjunto de intervenciones. El segundo monto está integrado por $262.669.819 clasificados como “no reparado – daño estructural” y $177.697.931 correspondientes a “intervenciones sin definir”. En cambio, la composición del valor reclamado judicialmente debe establecerse mediante la individualización de las obras cuyo pago pretende la parte actora.

172. En consecuencia, la decisión sobre esta pretensión no se sustentará en la identidad aritmética de ambas sumas, sino en la prueba relativa a cada intervención reclamada: su ejecución, la causa específica por la cual no fue recibida y la aptitud de los elementos técnicos aportados para desvirtuarla. Solo las obras respecto de las cuales se acredite esa correspondencia pueden ser consideradas para resolver el reconocimiento económico solicitado.

[67] Conforme a la Resolución 1744 del 6 de mayo de 2019, apartado relativo a la revisión de las aclaraciones formuladas por el contratista y al balance definitivo de las intervenciones. El cuadro consolidado clasificó $199.723.085 como intervenciones reparadas, $108.226.040 como intervenciones revisadas, $37.249.380 como aceptadas con reporte de laboratorio y $133.213.323 como asociadas con lluvia y temperatura, para un total recibido de $478.411.828. Permanecieron rechazados $262.669.819 bajo la categoría “no reparado – daño estructural” y $177.697.931 como “intervenciones sin definir”, para un total de $440.367.750.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

173. Por ello, el concepto técnico favorable al contratista respecto de determinadas intervenciones por lluvia y temperatura no sustenta el reconocimiento de la suma reclamada, pues esas intervenciones no permanecieron dentro del valor de las obras rechazadas. Lo mismo ocurrió con aquellas reparadas, revisadas o aceptadas a partir de los ensayos de laboratorio. Las conclusiones técnicas favorables al Consorcio fueron incorporadas a la depuración y beneficiaron al contratista mediante la exclusión de esas obras de la base definitiva.

174. Respecto de los $262.669.819 clasificados como “no reparado – daño estructural”, el dictamen aportó elementos técnicos favorables al Consorcio en relación con las intervenciones examinadas. En la Tabla 1 del informe, denominada “Áreas objetadas por patologías tempranas”, el experto individualizó AC26S-F707, AC26S-F709 y AC26S-F708, asociadas con fisuras y fragmentación de la carpeta asfáltica; AK27-F37, AK27-F38, AK27-F39, AK27-F40, AK27-F41, AK27-F42, AK27-F42A, AK27-F44 y AK27-F45; y AC63-FA1, AC63-FA2, AC63-FA3 y AC63-FA4, relacionadas con la presencia de piel de cocodrilo. A partir de la revisión técnica, distinguió los problemas constructivos que, según indicó, fueron reconocidos y reparados por el contratista, de las patologías que podían atribuirse a condiciones de la infraestructura existente y habrían requerido una intervención profunda, con reemplazo y saneo de las capas inferiores.

175. Esta conclusión tiene mérito probatorio para controvertir la imputabilidad de las patologías en los sectores estudiados, pero no permite inferir que la totalidad de los $262.669.819 correspondiera a deterioros originados en fallas de infraestructura. El dictamen no precisó cuáles de las intervenciones individualizadas en la Tabla 1 pertenecían al grupo de problemas constructivos reparados y cuáles obedecían a condiciones de las capas inferiores. Tampoco asignó un valor económico a cada intervención ni estableció correspondencia entre las áreas examinadas y la totalidad de las obras comprendidas en aquella suma. Por tanto, sus conclusiones deben valorarse respecto de cada sector que pueda vincularse con los demás elementos del expediente, sin extenderlas al conjunto de las intervenciones clasificadas administrativamente como “no reparado – daño estructural”.

176. En cuanto a AK27-F38, la experticia la individualizó en la Tabla 1 de “Áreas objetadas por patologías tempranas”, con fecha 26 de mayo de 2017, sobre la AK 27, y la incluyó entre las intervenciones que presentaban piel de cocodrilo. Durante la actuación administrativa, el contratista aportó, mediante el oficio JHG-1092-064A-2018, reportes de laboratorio que calificó como conformes. Sin embargo, la interventoría mantuvo la obra como no recibida por $7.658.074, porque, aunque había sido aceptada inicialmente, en el recorrido final evidenció deterioro prematuro. La coincidencia entre la patología examinada por el experto y el deterioro advertido por la interventoría hace pertinente la experticia para analizar la causa del daño, pero no permite concluir, sin otro elemento que acredite la relación causal, que este obedeciera necesariamente a una falla estructural y no a la ejecución.

177. La misma consideración se aplica a AK27-F44. El dictamen la identificó como una intervención ejecutada el 25 de mayo de 2017 sobre la AK 27, con presencia de piel de cocodrilo. Por su parte, la interventoría registró un valor de $1.959.054 y señaló que, aunque la obra fue recibida en la fecha de intervención, en el recorrido final presentó deterioro prematuro y piel de cocodrilo, por lo cual permaneció sin

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

reparar y sin recibo definitivo. Existe, entonces, correspondencia entre la patología registrada durante la actuación administrativa y la categoría técnica examinada en la experticia. No obstante, el perito indicó que en el grupo de patologías tempranas coexistían defectos constructivos corregidos y afectaciones asociadas con condiciones de la infraestructura, pero no precisó cuál de esas causas correspondía a AK27-F44. En consecuencia, el dictamen es relevante para controvertir la imputación, pero no basta, por sí solo, para desvirtuar la motivación de los actos demandados respecto de ese sector.

178. Respecto de los $177.697.931 correspondientes a las denominadas "intervenciones sin definir", la procedencia del pago no dependía de que el Consorcio acreditara su recibo a satisfacción, pues la controversia recae precisamente sobre la justificación de la negativa del IDU a recibirlas. La Resolución 3067 de 2019 examinó cada intervención y mantuvo el rechazo de aquellas en las que subsistían no conformidades concretas, entre ellas, deterioro prematuro, fisuras y dilatación de la mezcla. En algunos casos, el contratista aportó ensayos de laboratorio. Sin embargo, estos acreditaban condiciones distintas de las que motivaron el rechazo y, por ello, no desvirtuaban la no conformidad identificada. A su vez, las conclusiones favorables del dictamen sobre determinadas áreas cuestionadas por lluvia, temperatura o condiciones de infraestructura tienen mérito respecto de las intervenciones examinadas, pero no pueden extenderse a las restantes obras de este grupo ni controvierten, para cada una de ellas, la causa técnica específica por la cual permanecieron rechazadas.

179. En consecuencia, la Sala no puede derivar la improcedencia de los $400.367.732 únicamente de que la actuación administrativa hubiera mantenido rechazadas obras por $440.367.750. El reconocimiento debe definirse respecto de las intervenciones individualizadas por la parte actora y de la prueba correspondiente a su ejecución, causa de no recibo y estado definitivo. Las intervenciones reparadas, verificadas favorablemente o excluidas durante la depuración no pueden integrar una condena; respecto de aquellas que permanecieron rechazadas, el pago solo sería procedente si la prueba desvirtuara la causa concreta del no recibo. Como respecto de las obras individualmente examinadas no se acreditó esa circunstancia en los términos expuestos, no prospera el reconocimiento económico solicitado.

180. Distinta es la reclamación relacionada con los ítems o precios unitarios no previstos. El Anexo Técnico contempló su revisión y aprobación dentro del control presupuestal y dispuso que debían someterse a la interventoría, según las particularidades de la obra. De esta manera, tratándose de prestaciones no comprendidas en los precios inicialmente pactados, correspondía acreditar no solo su ejecución, sino también que se hubiera surtido el procedimiento contractual necesario para establecer el respectivo ítem y su precio[68].

181. Frente a estos está probado que el Consorcio formuló solicitudes durante la ejecución. Frente al incremento de las actividades de parcheo presentó, mediante

[68] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez Bogotá, sentencia del 4 de abril de 2025, Rad. 76001-23-33-000-2016-00265-02 (72.101): *"Esta Subsección ha considerado que la procedencia del reconocimiento dinerario por mayores cantidades de obra se supedita a que éstas hayan sido autorizadas por el ente estatal (quien, a ese efecto, puede actuar por conducto del interventor), y su materialización debe estar demostrada*".

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

los oficios JHG1092-167-2017, JHG1092-230-2017 y JHG1092-261-2017, un análisis unitario para el parcheo en pavimento flexible para acciones de movilidad. Este comprendía corte, demolición, cargue, transporte y disposición final de escombros, imprimación, suministro, extensión y compactación de mezcla asfáltica y consideró su realización en horario nocturno. La demanda afirmó que el incremento de esa actividad y las condiciones de ejecución justificaban incorporar un ítem no previsto.

182. Asimismo, mediante la comunicación JHG1092-343-2017, el Consorcio presentó para estudio y aprobación precios unitarios no previstos relacionados con actividades de transporte. Estos comprendían la movilización de equipos desde la obra hasta los sitios autorizados conforme al PMT, incluidos cargue, descargue y carros escolta; el transporte de baños hasta los frentes de trabajo; y el traslado de señalización desde el sitio de acopio, con sus respectivos recorridos de ida y regreso.

183. Hay correspondencia material entre los conceptos reclamados judicialmente y aquellos cuyo reconocimiento fue solicitado durante la ejecución: parcheo y trabajo nocturno, por una parte, y determinadas actividades de transporte, por otra. El propio IDU reconoció la existencia de esas solicitudes al contestar la demanda; su oposición no consistió en negar que hubieran sido presentadas, sino en sostener que los costos correspondientes a horarios, equipos, mano de obra, materiales, transporte y acceso a los sitios debieron incorporarse desde la elaboración de la propuesta económica.

184. Que los análisis presentados por el Consorcio no hubieran sido aprobados no basta para negar el reconocimiento solicitado, pues corresponde establecer si las actividades reclamadas constituían prestaciones distintas de aquellas remuneradas mediante los precios pactados. En cuanto al parcheo, los documentos contractuales previeron expresamente su ejecución en horario nocturno y dispusieron que esa condición, junto con los costos de equipos, materiales, mano de obra y acceso a los sitios de trabajo, debía considerarse al estructurar los precios unitarios. Por ello, el incremento de las cantidades ejecutadas y su realización en ese horario no convertían, por sí solos, una actividad prevista contractualmente en un ítem no previsto, sin perjuicio de la incidencia que esas circunstancias pudieran tener en las mayores cantidades de obra o en la ecuación económica del contrato.

185. Respecto de la movilización y traslado de equipos, baños y señalización, el Anexo Técnico dispuso que la estructuración de un precio unitario no previsto exigía, entre otros presupuestos, que no existiera una actividad similar en los precios del proceso licitatorio o en la base de precios del IDU. Aunque el Consorcio presentó análisis específicos para esos conceptos, las pruebas no permiten establecer que correspondieran a prestaciones cualitativamente distintas de las actividades y costos comprendidos en la estructura económica del contrato, ni permiten determinar las cantidades y valores que sustentarían el reconocimiento pretendido. El dictamen técnico, por su parte, se concentró en las condiciones de calidad y recibo de las intervenciones y no aporta elementos suficientes para establecer que esos conceptos constituyeran ítems nuevos susceptibles de remuneración independiente.

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

186. En consecuencia, las solicitudes que el Consorcio JHG denominó "ítems o precios unitarios no previstos" deben examinarse por su contenido material y no por la denominación empleada. En particular, los nuevos análisis de precios presentados para el parcheo y su ejecución nocturna pretendían obtener una remuneración adicional por los mayores costos que, según el contratista, generaron el incremento de las cantidades ejecutadas y las condiciones de realización de actividades previstas en el contrato. Por esa sola circunstancia, tales solicitudes no correspondían a prestaciones nuevas susceptibles de remuneración independiente, sino a reclamaciones cuya procedencia exigía acreditar una alteración de la ecuación económica del contrato. Como se explicó en los párrafos 156 a 165, las pruebas aportadas no permitieron establecer que las variaciones alegadas hubieran ocasionado costos extraordinarios no cubiertos por los precios unitarios pactados ni demostraron su incidencia económica neta. La sola presentación de nuevos análisis de precios no subsanaba esa insuficiencia probatoria, no transformaba las mayores cantidades ejecutadas en ítems no previstos ni demostraba una obligación de pago. Para obtener la condena, el Consorcio debía acreditar cuáles actividades adicionales ejecutó efectivamente, sus cantidades, el recibo por parte de la entidad, el precio aplicable y el vínculo entre esos valores y la suma reclamada. La afirmación de que tales actividades eran necesarias para ejecutar el contrato no sustituye esa demostración, en especial cuando se pretende el reconocimiento de prestaciones distintas de las remuneradas mediante los precios unitarios inicialmente pactados[69]. En cuanto a las actividades de transporte y logística, tampoco se acreditó que constituyeran prestaciones cualitativamente diferentes de las comprendidas en la estructura económica contractual. Por estas razones, y no exclusivamente por la falta de aprobación de los precios solicitados, se negará el reconocimiento económico pretendido.

187. Aunque está acreditado que el Consorcio solicitó durante la ejecución el reconocimiento de precios unitarios no previstos relacionados con parcheo, trabajo nocturno y determinadas actividades de transporte, no demostró que tales solicitudes hubieran sido aprobadas contractualmente ni que los conceptos ejecutados y recibidos correspondieran, en las cantidades y precios reclamados, al monto global pretendido en la demanda. Por tanto, tampoco procede la condena solicitada por este concepto.

188. Tampoco prospera la solicitud de revocar la condena en agencias en derecho impuesta en primera instancia. El Tribunal negó las pretensiones y, con fundamento en el artículo 188 del CPACA, los numerales 1 y 8 del artículo 365 del CGP y el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, tuvo en cuenta su causación y la intervención efectiva del IDU durante todo el trámite de primera instancia, pese a que el Consorcio Intervial Urbano no contestó, sí presentó alegatos de conclusión por ello ambos intervinieron activamente en primera instancia. Como los reparos formulados contra la decisión de fondo no prosperaron y el recurrente no desvirtuó específicamente los presupuestos utilizados para imponer esa condena, se confirmará la condena impuesta en primera instancia.

---

69 Ibidem: *"(...) la gestión que emprende la interventoría también radica en la revisión de las labores ejecutadas por el contratista; de manera que -en este proceso- la suscripción por su parte del acta de recibo, sin respaldo en lo previamente acontecido, no es suficiente para hacer oponible al contratante el reconocimiento de mayores valores26. Tal como se evidencia en el caso concreto en el que el documento referido se aportó sin anexos, ni documentos que permitan constatar la ejecución de su contenido, por lo que debían ser acreditadas con los soportes necesarios".*

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

Condena en costas

189. El artículo 365, numeral 1 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas "*a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación*" y el numeral 8 de ese mismo artículo la condiciona a "... *cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*".

190. No se causaron costas en segunda instancia. Aunque el recurso de apelación no prosperó, la entidad demandada no intervino en esta instancia para la defensa de sus intereses; por ello, no hay lugar a condena por agencias en derecho.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 4 de julio de 2024, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

TERCERO: DEVOLVER, por Secretaría, el expediente al tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ZORANNY CASTILLO OTÁLORA

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

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

Documento público tomado de la relatoría oficial (samai.consejodeestado.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com