

**EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO – Código Civil artículo 1609 – Alcance – Aplicable a los contratos estatales – Ley 80 de 1993 artículo 13 – Alcance – Mecanismo de defensa – Contratos bilaterales – Obligaciones recíprocas – Buena fe contractual – Acreditación de supuestos – Incumplimiento actual, relevante y jurídicamente imputable a la otra parte – Relación de causalidad directa entre incumplimiento e imposibilidad de cumplimiento – Quien alega no se encuentre en situación de incumplimiento grave**

[...] La excepción de contrato no cumplido se encuentra consagrada en el artículo 1609 del Código Civil y resulta aplicable a los contratos estatales en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de Ley 80 de 1993, aunque, en virtud del interés público que informa a esta clase de negocios jurídicos, con una perspectiva más exigente y restrictiva respecto de la que opera en el campo del derecho común, en tanto para que pueda invocarse como justificación de la inejecución de una obligación contractual, debe acreditarse que el incumplimiento de la entidad pública puso razonablemente al contratista que se allanó a cumplir en imposibilidad de hacerlo.

Se ha destacado que la excepción de contrato no cumplido constituye un mecanismo de defensa propio de los contratos bilaterales que permite a una de las partes abstenerse legítimamente de cumplir sus obligaciones mientras la otra no haya cumplido las suyas o no se allane a hacerlo en la forma y tiempo debidos. El fundamento de esta figura radica en la interdependencia de las obligaciones recíprocas y en la buena fe, al determinar que quien pretende exigir el cumplimiento del otro debe, a su vez, haber satisfecho sus deberes o estar en la posición real y seria de hacerlo, de manera que este medio exceptivo solo procede cuando se acreditan los siguientes supuestos: (i) un incumplimiento actual, relevante y jurídicamente imputable a la otra parte; (ii) una relación de causalidad directa entre ese incumplimiento y la imposibilidad o inexigibilidad del cumplimiento propio; y (iii) que quien la alega no se encuentre, a su turno, en una situación de incumplimiento grave que desdibuje la buena fe contractual. Dadas estas condiciones, no es procedente invocar esa figura del derecho como un mecanismo para suspender indefinidamente las obligaciones asumidas por una de las partes del contrato o para desconocer el acuerdo de voluntades, sino que se trata de una herramienta estricta de equilibrio, cuyo ejercicio debe ser proporcionado y coherente con la naturaleza y el momento de las prestaciones afectadas.

**EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO – Relación de causalidad entre el incumplimiento del demandante y resistencia del demandado – No puede oficiarse sobre irregularidades históricas – Incumplimientos actuales – Exigibilidad de la prestación – Superación de fallas al suscribir modificaciones contractuales – Redefinición de plazos contractuales y condiciones de ejecución**

Esta Subsección ha destacado que la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido exige verificar una relación de causalidad directa y actual entre el incumplimiento del demandante y la resistencia del demandado, por lo cual no puede edificarse sobre irregularidades pretéritas o históricas, sino que exige la demostración de incumplimientos actuales, concurrentes y de tal gravedad que hagan objetivamente inexigible la prestación propia en el momento en que esta debe ejecutarse.

En el mismo sentido, ha señalado que la excepción no puede ser invocada por quien, con pleno conocimiento de esas faltas pretéritas, las ha tenido por superadas al suscribir modificaciones contractuales posteriores que redefinen los plazos, alcances y condiciones de ejecución, generando en la contraparte la legítima expectativa de que tales hechos no volverán a ser alegados como obstáculo para el cumplimiento de la prestación bajo las nuevas condiciones pactadas; de manera que salvo que se alegue y acredite la existencia de un vicio del consentimiento, o que los incumplimientos anteriores no fueron efectivamente superados por las renegociaciones y que, pese a la diligencia exigible, no era razonable conocer su subsistencia al momento de suscribir las modificaciones, las faltas anteriores de la contraparte no pueden servir de excusa para dejar de cumplir cuando se ha aceptado continuar la ejecución bajo otros términos, reconociendo que esas nuevas condiciones resultan suficientes para garantizar la prestación correspondiente.

**RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO – Alcance – Ley 80 de 1993 artículo 27 – Ley 80 de 1993 artículos 3 y 5 – Particulares son colaboradores de la administración – Acreditación del cumplimiento de obligaciones por parte del contratista**

[...] la Sala estima pertinente advertir que la figura del restablecimiento del equilibrio económico del contrato y la de excepción de contrato no cumplido son diferentes y su ocurrencia conduce igualmente a conclusiones diversas.

El restablecimiento del equilibrio económico del contrato está instituido en la Ley 80 de 1993 como un mecanismo dirigido a garantizar el cumplimiento del contrato de cara a la satisfacción de la necesidad pública que se pretende satisfacer a través de su celebración. Se concreta en el derecho —no exclusivo— del contratista a que se mantenga la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar. Su justificación se encuentra principalmente en la necesidad de garantizar la continuidad del servicio público —en sentido lato— y los intereses generales que están en juego en la contratación estatal, de suerte que, si el cumplimiento de las obligaciones del contratista se torna más oneroso o difícil, no se paralice su prestación.

La Ley 80 de 1993 trae una serie de imposiciones que se entienden integradas al régimen jurídico de los contratos que se celebran bajo su égida —que, en virtud del principio de buena fe, obligan a quienes lo celebren— dirigidas a garantizar su cumplimiento. Se trata de obligaciones de la naturaleza del contrato, puesto que, aun cuando las partes no las pacten expresamente se entienden incorporadas al contrato. El artículo 27 de dicho estatuto dispone a título de obligación y no meramente dispositivo que en el desarrollo del contrato se debe mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, de manera que, si tal equivalencia se altera por causas no imputables al afectado, las partes deben adoptar en el menor tiempo las medidas necesarias para su restablecimiento.

Sobre la base de las mencionadas normas y teniendo en cuenta que en los términos de los artículos 3 y 5 (numeral 2) de esa misma Ley los particulares son colaboradores de la administración en la consecución de los fines de la contratación estatal, esta Corporación ha señalado que para reclamar un reconocimiento económico con base en el rompimiento del equilibrio económico del contrato es imprescindible que el contratista, pese a la mayor onerosidad que una determinada circunstancia pueda generar respecto de la ejecución de sus obligaciones, las hubiere cumplido, en tanto la razón de ser de la

incorporación de tal figura en el derecho público está determinada por la necesidad de satisfacer el interés general insito en el contrato estatal; de ahí que tal restablecimiento puede darse, incluso, de manera posterior a la ejecución del contrato.

Comoquiera que al clausulado de los contratos regidos por el derecho público se integran las obligaciones acabadas de mencionar, su inobservancia da derecho a la parte afectada a reclamar judicialmente el cumplimiento de esa obligación, esto es, a que se restablezca el equilibrio económico del contrato, para lo cual quien reclame tendrá que acreditar no solo que el sinalagma se alteró o que las causas de ello no le son imputables, sino que, pese a la mayor onerosidad, se cumplieron las obligaciones pactadas.

En cambio, como se mencionó previamente en esta providencia, la excepción de contrato no cumplido es un mecanismo de defensa propio de los contratos bilaterales que habilita legítimamente a una de las partes a abstenerse de ejecutar sus obligaciones mientras la otra no haya cumplido las suyas o no se allane a hacerlo en la forma y tiempo debidos, siempre que el incumplimiento de aquella sea actual, relevante y tenga una relación directa con la ejecución de las prestaciones a cargo de la otra y constituya, por tanto, la causa eficiente que la imposibilite a desarrollarlas.

Hechas las anteriores precisiones, resulta razonable concluir que si como consecuencia del incumplimiento de la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato durante su ejecución, la otra parte de la relación comercial queda absolutamente imposibilitada para cumplir las suyas, podrá alegar en su favor la excepción de contrato no cumplido, pero no podrá reclamar que se restablezca el sinalagma contractual, puesto que no se cumplen los presupuestos para ello, específicamente que, pese a su mayor onerosidad, se hubiese cumplido el objeto pactado.

**PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD – Alcance – Daño indemnizable – Frustración de posibilidad real de expectativa – Concreción de derecho subjetivo – Elementos de la pérdida de oportunidad – Existencia de una posibilidad cierta de obtener ganancia – Incertidumbre causal**

[...] la pérdida de oportunidad como daño jurídicamente indemnizable alude a aquellos eventos en los que una persona está en una posición apta para obtener un provecho o impedir una pérdida, pero que con ocasión de un acto u omisión de un tercero la consolidación de dicha posibilidad se frustra de manera definitiva. No parte entonces de la existencia de un derecho subjetivo que se ve afectado por una conducta antijurídica, sino de la frustración de una posibilidad real o legítima expectativa de concretar un derecho subjetivo o de impedir la ocurrencia de un menoscabo o pérdida.

[...] para que proceda la indemnización de perjuicios por pérdida de oportunidad es presupuesto indispensable que se acrediten los elementos nucleares de esta figura: por una parte, la existencia cierta de una posibilidad real de obtener una ganancia o de impedir una pérdida y, por la otra, la incertidumbre causal que se deriva del desconocimiento sobre qué habría ocurrido con esa posibilidad en caso de que la conducta u omisión antijurídica de un tercero no hubiera frustrado definitivamente la trayectoria normal de los eventos. En otras palabras, lo que se debe acreditar es que antes de la ocurrencia del hecho generador del daño, se estaba en una posición potencialmente apta para producir un resultado beneficioso para ella, pero que se truncó por causa atribuible a la administración. Como lo ha señalado esta Corporación, las posibilidades vagas o la mera eventualidad de un provecho no resultan jurídicamente

relevantes como asunto indemnizable, pues para que el daño sea resarcido, además de antijurídico, debe ser personal, cierto y directo.



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., veinte (20) de abril de dos mil veintiséis (2026)

**Radicación:** 540012331000 200700176 01 (71.599)  
540012331000 200800269  
540012331000 200800300  
540012331000 200900029  
540012331000 200900325 (acumulados)  
**Demandantes:** Consorcio Plan Maestro Ocaña  
Distripal S.A., Construcol Ltda. y Manuel Guillermo Gil  
Quintero (integrantes del consorcio)  
Suramericana de Seguros S.A.  
**Demandado:** Municipio de Ocaña  
**Medio de control:** Controversias contractuales  
**Referencia:** Sentencia de segunda instancia

Temas: EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO - Su configuración exige la demostración de un incumplimiento actual, relevante y jurídicamente imputable a la otra parte, así como una relación de causalidad directa entre aquél y la imposibilidad o inexigibilidad del cumplimiento propio / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – su reconocimiento exige que, pese a la mayor onerosidad, el contratista hubiese cumplido sus obligaciones / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD – se debe acreditar la frustración de una probabilidad real de obtener un beneficio imputable al demandado. La equidad opera cuando, acreditado lo anterior, no existen elementos para determinar con certeza el monto de la indemnización.

Surtido el trámite de ley, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado resuelve los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 16 de febrero de 2023.

La controversia versa acerca de la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad de un contrato y se adoptó unilateralmente su liquidación, así como los incumplimientos que se atribuyen a la entidad pública contratante como causa que impidió al contratista cumplir sus obligaciones.

I. **SENTENCIA IMPUGNADA**

1. Corresponde a la antes indicada, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander resolvió<sup>1</sup>:

**PRIMERO: DECLÁRASE** la nulidad de la Resolución No. 377 del 12 de junio de 2007 ‘por la cual se declara la caducidad del Contrato No. 055 de 2005’, proferida por el MUNICIPIO DE OCAÑA, y de la Resolución No. 503 del 6 de agosto de 2007 ‘Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 377 de fecha 12 de junio de 2007’.

**SEGUNDO: DECLÁRASE** la nulidad de la Resolución No. 680 del 4 de diciembre de 2007 ‘Por la cual se liquida unilateralmente el Contrato No. 055 de 2005’ y de la Resolución No. 0128 del 25 de abril de 2008 ‘Por la cual se resuelve recursos de reposición interpuestos contra la Resolución número 680 de fecha diciembre 4 de 2007’.

<sup>1</sup> El numeral tercero corresponde al texto que fue corregido de oficio por el Tribunal a través de auto del 11 de mayo de 2023 (fls. 1053 a 1056, c. ppal).

**TERCERO:** Como consecuencia de la anterior nulidad **CONDÉNASE** al Municipio de Ocaña, a pagar a favor del **CONSORCIO PLAN MAESTRO OCAÑA** el lucro cesante que se desprende de la pérdida de oportunidad, que de acuerdo con lo dispuesto en la parte considerativa de la providencia corresponde a **CIENTO SIETE MILLONES CUARENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON SEIS CENTAVOS (\$107.047.292,6)** por cada uno de los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, dicho valor deberá ser actualizado para cada año teniendo como base la suma inicial y el IPC de cada uno de los años señalados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Las sumas así liquidadas serán indexadas a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.

**CUARTO:** Teniendo en cuenta que del resultado final de la liquidación realizada en esta instancia judicial, conforme consta en la parte motiva de la presente providencia, se genera un saldo a favor del Municipio de Ocaña por la suma de **CIENTO DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$119.979.532)**, correspondiente al monto del anticipo que no fue amortizado, **DISPONER** que dicha suma sea actualizada a la fecha de ejecutoria de la presente providencia y descontada del valor que se ordena reconocer por concepto de pérdida de oportunidad a favor del **CONSORCIO PLAN MAESTRO OCAÑA**.

**QUINTO:** **NIUEGESE** (sic) las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente providencia, remítase en **CONSULTA** al Consejo de Estado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 C.C.A. modificado por la Ley 446/98.

## Pretensiones

2. El 27 de junio de 2007<sup>2</sup>, el consorcio Plan Maestro Ocaña (en adelante, el consorcio o el contratista) presentó demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en contra del municipio de Ocaña (en adelante el municipio o el demandado), con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas<sup>3</sup>:

3. (i) Se declare que el municipio incumplió las obligaciones que asumió en el contrato 055 del 18 de noviembre de 2005 que celebró con el consorcio, así como las correspondientes a los otrosíes 1, 2 y 3, por no pagar oportunamente el anticipo pactado y los valores correspondientes a las actas parciales de obra, por no reconocer y pagar obras adicionales y sobrecostos, por obligar al contratista a permanecer mayor tiempo en obra y por no restablecer el equilibrio económico del contrato.

4. (ii) Se declare la alteración del equilibrio económico del contrato 055 de 2005 por causas imputables al municipio y a otros factores.

5. (iii) Se revise y corrija la liquidación del contrato con la inclusión del reajuste de precios y el restablecimiento del equilibrio económico.

6. (iv) Se declare la nulidad de la Resolución 377 del 12 de junio de 2007, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato 055 de 2005, así como de su confirmatoria, la Resolución 503 del 6 de agosto de 2007.

<sup>2</sup> Proceso radicado bajo el número 540012331000200700176, fl. 43, c. 1

<sup>3</sup> Se incluyen las pretensiones adicionadas el 26 de julio de 2007 (fl. 93, c. 1) y admitidas a través de auto del 27 de noviembre de 2008 (fl. 47, c. 1.2), correspondientes a las relacionadas en los ordinales ii a vi de este acápite.

7. (v) Consecuencialmente, se condene al municipio a pagar al consorcio por concepto de perjuicios materiales, los siguiente valores: a) \$188.353.892, correspondiente a *costos labores*<sup>4</sup> que asumió desde el perfeccionamiento del contrato y hasta la consignación del anticipo, b) \$113.688.987,62, por *mayores cantidades de obra*<sup>5</sup>; c) \$309.302.314,08, por concepto del AIU dejado de percibir por no poder finalizar la ejecución del contrato; d) \$48.092.226,06, correspondientes al restablecimiento del equilibrio económico debido a la mora en la entrega del anticipo, lo que generó la pérdida del poder adquisitivo del dinero, más actualización e intereses moratorios; e) \$66.618.910,89, por el anticipo que el municipio no entregó; f) \$285.063.329,89, por concepto de actas de obra ejecutada y reajustes, más indexación; g) \$28.032.154, por retención de garantías realizada sobre el valor de las actas 1 y 2, más actualización e intereses de mora; h) \$246.844,226, correspondiente a costos por mayor permanencia en obra<sup>6</sup>; i) \$73.912.778,50, por la compra de materiales destinados a la obra, más actualización y lucro cesante por el pago que de ellos hizo el contratista, calculado desde el pago hasta la ejecutoria de la sentencia; j) \$30.357.506, correspondiente a costos labores que asumió el consorcio durante la suspensión de la obra. Por concepto de perjuicios morales pidió que se reconozca el valor en gramos oro que se acostumbre cuando el daño se infringe por causa y con ocasión del contrato.

8. (vi) Se actualice la condena, se reconozcan intereses corrientes durante los seis meses siguientes a la fecha de la sentencia y, en adelante, intereses moratorios.

9. El 28 de enero de 2008<sup>7</sup>, Suramericana de Seguros S.A.<sup>8</sup> (en adelante, la aseguradora) presentó demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en contra del municipio, con el objeto de que se declare la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato 055 de 2005 y, además, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

10. (i) Se liquide judicialmente el contrato;

11. (ii) Se declare que la aseguradora no está obligada a pagar al municipio el monto de la indemnización correspondiente al amparo de cumplimiento;

12. (iii) Se ordene al municipio pagar al contratista los perjuicios morales que le causó con la expedición de las resoluciones demandadas, así como los perjuicios materiales derivados de la inhabilidad por cinco años para contratar con el Estado, que esos valores sean compensados frente a los que se pretenden hacer exigibles a la aseguradora;

13. (iv) Se reconozca a favor del contratista la cantidad que corresponda al restablecimiento del equilibrio económico del contrato según dictamen pericial por

---

<sup>4</sup> Se refirió a suministros, compra de materiales, mano de obra, administración y logística y alquiler de equipos.

<sup>5</sup> En un cuadro titulado *ÍTEMS NUEVOS Y ACTIVIDADES POR PAGAR*, señala los ítems que corresponden a este concepto: encamado en tubería en grava, acarreo de material > 40mts, acarreo en concreto, relleno con material seleccionado de excavación, reposición pavimento rígido, manejo y desvío del río, reposición pavimento flexible, concreto de elevación para zarpa muro, concreto para zarpa muro H<1.4 mts y concreto para zarpa muro H>1.4 mts.

<sup>6</sup> Se refirió a costos de mano de obra y administración.

<sup>7</sup> Proceso radicado bajo el número 540012331000200800029, fls. 20, c. 3 y 559, c. 3.1.

<sup>8</sup> En calidad de cesionaria de los activos, pasivos, contratos y derechos litigiosos de la Compañía Agrícola de Seguros S.A. Condición acreditada con la Resolución No. 810 del 4 de junio de 2007 de la Superintendencia Financiera de Colombia (fls. 22 a 28, c. 3)

*stand by*, sobrecostos de equipo, personal, administración y utilidad dejada de percibir;

14. (v) Se condene en costas al demandado.

15. El 9 de noviembre de 2009<sup>9</sup>, el consorcio y sus integrantes presentaron demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en contra del municipio con el objeto de que se hicieran las mismas declaraciones y condenas planteadas en la demanda presentada el 27 de junio de 2007 y, adicionalmente, para que se reconociera a los consorciados la indemnización por la pérdida de oportunidad derivada de la declaratoria de caducidad del contrato. Señaló que por este concepto se debía reconocer a cada uno de ellos los siguientes valores, resultantes de lo producido y las utilidades generadas en promedio en su trabajo durante los cinco años de la inhabilidad: Distripal S.A., \$424.830.000; Construcol Ltda., \$1.713.413.979; y Manuel Guillermo Gil Quintero, \$380.823.087.

16. El 12 de junio de 2008<sup>10</sup>, el consorcio y sus integrantes presentaron demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en contra del municipio, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

17. (i) Se declare la nulidad de la Resolución 680 del 4 de diciembre de 2007, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato 055 de 2005, así como de su confirmatoria, la Resolución 128 del 25 de abril de 2008.

18. (ii) Se condene al municipio a pagar a los demandantes los perjuicios materiales por los mismos conceptos y valores referenciados en el ordinal v) del recuento de la demanda presentada el 27 de junio de 2007, salvo los mencionados en los literales c) e i); así mismo, solicitó el reconocimiento de las mismas sumas pedidas en la demanda del 9 de noviembre de 2009 para cada uno de los consorciados por concepto de pérdida de oportunidad.

19. El 22 de junio de 2008<sup>11</sup>, la aseguradora<sup>12</sup> presentó demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en contra del municipio, con el objeto de que se declare la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato 055 de 2005 y, además, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

20. (i) Se declare que la aseguradora no está obligada a pagar al municipio: a) el monto de \$109.426.367,20, por concepto de indemnización correspondiente al amparo de anticipo; b) \$162.690.592,50, por concepto de tributos departamentales y municipales; y c) \$232.696.991 por concepto de cláusula penal.

21. (ii) Se condene al municipio a pagar a la aseguradora los perjuicios materiales causados con la expedición de las resoluciones por medio de las cuales se adoptó la liquidación unilateral del contrato, según la estimación que haga el Tribunal, teniendo en cuenta que la compañía está obligada a constituir reservas cuantiosas por el valor exigido por el demandado, con afectación a su balance;

<sup>9</sup> Proceso radicado bajo el número 540012331000200900325, fls. 1 a 3, c.5.

<sup>10</sup> Proceso radicado bajo el número 540012331000200800269, fl. 3, c.2.

<sup>11</sup> Proceso radicado bajo el número 540012331000200800300, fl. 29, c.4.

<sup>12</sup> En calidad de cesionaria de los activos, pasivos, contratos y derechos litigiosos de la Compañía Agrícola de Seguros S.A. Condición acreditada con la Resolución No. 810 del 4 de junio de 2007 de la Superintendencia Financiera de Colombia (fls. 3 a 9, c. 4)



22. (iii) Se condene en costas al demandado.

## Hechos

23. En las tres demandas relacionadas con las pretensiones de nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad del contrato, se plantearon los hechos que la Sala se permite sintetizar a continuación:

24. En desarrollo de un convenio interadministrativo celebrado entre el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Territorial (en adelante, el Ministerio o MAVDT), el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (en adelante, el Fondo o FONADE) y el municipio de Ocaña, el último de los mencionados celebró con el consorcio el contrato 055 del 18 de noviembre de 2005, cuyo objeto consistió en *el suministro de tubería y accesorios y la ejecución de las obras civiles e instalación de tubería emisario final para la construcción de la II etapa del interceptor de aguas negras del río Tejo*, por un valor de \$2.236.969.910.

25. A través de la póliza de cumplimiento 2506000767201 se aseguró el contrato en relación con los riesgos cubiertos en los amparos de anticipo, cumplimiento, salarios y prestaciones sociales y estabilidad de la obra.

26. El contrato fue objeto de tres otrosíes, por medio de los cuales se acordó que: (i) el pago del 10% se haría una vez suscrita el acta de liquidación<sup>13</sup>; (ii) FONADE debía cancelar la suma de \$2.240.545.910 y el municipio la suma de \$86.424.000; (iii) cada uno haría los pagos previa aprobación de las actas de obra por parte del interventor, el cual sería designado por el Fondo<sup>14</sup>; (iv) el municipio debía resolver las discrepancias que se presentaran entre el contratista y el interventor en un plazo de cinco días calendario; (v) el giro de los recursos provenientes del convenio interadministrativo lo haría el FONADE directamente al contratista, previa aprobación del municipio y visto bueno del interventor. El municipio sería responsable ante al contratista cuando por sus incumplimientos el Ministerio se abstuviera de efectuar desembolsos; (vi) se eliminó el parágrafo primero de la cláusula novena, que señalaba que el cumplimiento de las obligaciones no estaba supeditado a la entrega del anticipo, así como (vii) el parágrafo tercero de la cláusula décimo primera que establecía que el demandado no indemnizaría los perjuicios causados al contratista por eventos de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados<sup>15</sup>.

27. El plazo del contrato se pactó en 9 meses y se sujetó a la suscripción del acta de inicio, hecho que tuvo lugar aproximadamente tres meses después de celebrado el negocio jurídico. Las partes acordaron una suspensión el 9 de noviembre de 2006 por un término de 67 días, en consideración a la solicitud del contratista de modificar la tubería en concreto por P.V.C, así como una prórroga convenida el 16 de enero de 2007 por un plazo de 5 meses.

28. El municipio se comprometió a entregar un anticipo equivalente al 30% del valor del contrato dentro de los 30 días calendario siguientes a su suscripción; no obstante, debido a diferencias entre el FONADE y el demandado en relación con el clausulado del contrato 055, los recursos se desembolsaron parcialmente 7 meses después, en la proporción que asumió ese Fondo en el marco del convenio

<sup>13</sup> Otrosí: (i)

<sup>14</sup> Otrosí 2: (ii) y (iii)

<sup>15</sup> Otrosí 3: (iv) a (vii).

interadministrativo. El municipio no entregó la porción que le correspondía. El consorcio inició la ejecución de las obras con recursos propios.

29. El demandado adjuntó al contrato recorridos y planos topográficos que estaban desactualizados, ya que eran de 1994. Esto provocó que durante la ejecución fuera necesario modificar varios trayectos porque se habían construido nuevas edificaciones; asimismo, fue necesario rediseñar trazados y nuevas estructuras de contención que no estaban previstos en los planos iniciales. A junio de 2007, el contratista aún estaba a la espera de que el MAVDT aprobara la nueva alternativa para remplazar un tramo de la obra y de que el municipio entregara los diseños faltantes y los empalmes de los diferentes muros de contención<sup>16</sup>.

30. El demandado no entregó planos correspondientes a tuberías de aguas limpias, lo que ocasionó su rompimiento y reparación a cargo del contratista, sin que estos costos fueran reembolsados por el municipio.

31. Las circunstancias descritas causaron un desequilibrio económico, ya que fue necesario suspender y extender el plazo originalmente fijado para que finalizara en junio de 2007. Por ello, la mano de obra y los materiales que se presupuestó adquirir con el anticipo y a precios del año 2005 tuvieron que cubrirse considerando el aumento del IPC de 2007. Esto hizo imposible que el contratista pudiera cumplir el objeto del contrato en el plazo acordado. La extensión del plazo se realizó sin revisar los precios, ni ajustar los valores, ni restablecer el equilibrio previsto al inicio.

32. El contratista solicitó que se restableciera el equilibrio económico alterado. Como el municipio guardó silencio, se configuró el silencio administrativo positivo en relación con esta petición.

33. Dado que se estipuló que el contratista no podía ejecutar actividades no previstas sin que fueran previamente aprobadas por las partes, so pena de que no pudiera hacer ninguna reclamación para su reconocimiento, el consorcio se vio forzado a paralizar los trabajos ante la omisión del municipio de acordar los precios de los nuevos ítems necesarios para continuar con la ejecución del objeto convenido y de ítems no contemplados que fueron desarrollados por la misma razón, pese a las múltiples solicitudes que se le presentaron en ese sentido.

34. Las modificaciones en los trazados del trayecto generaron nuevos ítems que no fueron reconocidos ni pagados por el municipio desde marzo de 2006, tampoco pagó las actas parciales de obra<sup>17</sup>, lo que dio lugar a que el 14 de mayo de 2007<sup>18</sup> el consorcio paralizara los trabajos hasta que el demandado resolviera de manera definitiva el trazado a seguir, el reconocimiento y pago de ítems nuevos, el pago de las actas parciales y el restablecimiento del equilibrio económico, en tanto estas situaciones lo habían puesto en imposibilidad de cumplir sus obligaciones.

35. A través de Resolución 377 del 12 de junio de 2007 el municipio declaró la caducidad del contrato, hizo efectiva la cláusula penal pactada, afectó la póliza

---

<sup>16</sup> Se señaló que en junio de 2006 la interventoría aceptó la modificación de los diseños porque: a) era peligroso seguir la línea trazada inicialmente porque se encontraron excavaciones a profundidades de hasta seis metros; b) se encontraron tuberías de redes de acueducto, alcantarillado y comunicaciones; c) el reducido ancho de las calles dificultaba las labores.

<sup>17</sup> Se indicó que el consorcio presentó 6 actas parciales de obra, que el municipio no pagó ninguna y que FONADE pagó, en el porcentaje correspondiente, 4 de ellas.

<sup>18</sup> Señaló que a esta fecha se adeudaban las actas parciales 5, por un valor de \$143.675.908,79 y 6, por un valor de \$141.387.421,03.

2506000767201 en el amparo de cumplimiento y ordenó la liquidación del negocio jurídico. Como fundamento, expresó que el contratista incumplió la obligación de realizar pagos tributarios municipales y departamentales, desatendió el cronograma de obra, las especificaciones del contrato y de impacto urbano y, abandonó la obra. Esta decisión que fue impugnada por el consorcio, fue confirmada por la entidad a través de la Resolución 503 del 6 de agosto de 2007.

36. En las dos demandas en las que se pretendió la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se liquidó unilateralmente el contrato se reiteraron los supuestos fácticos ya expresados y, además, se hizo alusión a su expedición.

37. Se precisa, además, que en el acápite de hechos de la demanda del consorcio se incluyeron una serie de razones que refutan los fundamentos de las resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato y de las que lo liquidaron unilateralmente; por tanto, a estos aspectos se hará alusión en el acápite referido al concepto de violación.

### **Normas violadas y concepto de violación**

38. (i) En relación con las resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato, el consorcio expresó<sup>19</sup> que están viciados de nulidad por falsa motivación, porque:

39. El contratista no incumplió la obligación de pagar los impuestos derivados de la celebración del contrato. En todo caso, un incumplimiento de esta naturaleza no afectaba de manera grave la ejecución del objeto pactado, por tanto, no podía sustentar la declaratoria de caducidad.

40. El incumplimiento al cronograma de obra era imputable al municipio porque: (a) no resolvió de manera rápida y eficaz las solicitudes de aprobación de obras e ítems nuevos; (b) la mora en el desembolso del anticipo fue atribuible al demandado; (c) no entregó el porcentaje del anticipo que le correspondía; (iv) no reconoció la alteración del equilibrio económico del contrato; (v) no reajustó los precios; (vi) no pagó las actas de obra; e, (vii) incluyó cláusulas lesivas para el consorcio no contempladas en la fase de selección<sup>20</sup>.

41. El contratista no abandonó la obra; la paralizó debido a la imposibilidad de continuar con su ejecución ante la indecisión del municipio de aprobar y definir los valores de los ítems adicionales requeridos.

42. El consorcio no incumplió las especificaciones técnicas ni de impacto urbano. La interventoría recibió 6 actas parciales de obra sin observaciones. La administración se basó en hechos ocurridos con posterioridad a la paralización de la obra imputables al municipio por no haber resuelto la situación en reunión del 23 de mayo de 2007.

---

<sup>19</sup> Alegó que se vulneraron los artículos 4 (numerales 3, 8 y 9), 5 (numerales 1 y 3), 14 (numeral 1), 23, 24 (numeral 5, literales b, d y e), 25 (numerales 4, 5, 8, 12, 13 y 16), 26 (numeral 3), 27, 50 y 53 de la Ley 80 de 1993; los artículos 1603, 1608 y 1609 del Código Civil; y los artículos 870 y 871 del Código de Comercio. Añadió que sustentaba la demanda en los artículos 29 y 90 constitucionales y 2, 3 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

<sup>20</sup> Estos aspectos se encuentran dispersos en varios apartes de la demanda; sin embargo, es claro que con base en ellos el consorcio invocó a su favor y en contra de los fundamentos en los que se sustentó la declaratoria de caducidad la excepción de contrato no cumplido.

43. Asimismo, tales actos administrativos están viciados de nulidad porque se vulneró el debido proceso del contratista, en la medida que la decisión solo se basó en dos oficios y se negó el mérito probatorio de otros documentos por haberse entregado en copia simple, a pesar de que en poder del municipio estaban los originales con constancias de recibido.

44. Añadió que las resoluciones se expidieron sin competencia temporal. La Resolución 377 se expidió el 12 de junio de 2007, pero se notificó el día 27 siguiente. El contrato terminó por vencimiento del plazo el 15 de junio de 2007.

45. En el acápite del concepto de violación de su demanda<sup>21</sup>, la aseguradora manifestó que el incumplimiento era imputable al municipio, por las mismas razones expresadas por el contratista y, asimismo, que las resoluciones se expidieron sin competencia temporal. Adicionalmente, arguyó que se aplicó una doble penalización porque además de hacer efectiva la cláusula penal pactada también se hizo efectiva la póliza en el amparo de cumplimiento que cubre ese mismo concepto.

46. En lo que concierne a las resoluciones por medio de las cuales se adoptó unilateralmente la liquidación del contrato, el consorcio señaló que están viciadas de nulidad porque:

47. (i) Con su expedición se desconoció la ley dado que: a) al realizar la liquidación no se tuvieron en cuenta los reconocimientos que debieron hacerse por concepto de alteración del equilibrio económico del contrato; b) se cobró al contratista la cláusula penal, a pesar de que los incumplimientos no le eran atribuibles; c) por vía ejecutiva la administración cobró el monto de la cláusula penal a la aseguradora, por tanto, no podía también exigir su pago al contratista; d) el contratista estaba a la espera de que se discutieran y concertaran las observaciones que presentó al proyecto de acta de liquidación propuesto por el municipio; sin embargo, en lugar de eso, el demandado adoptó la decisión de manera unilateral;

48. (ii) Se expidieron con falsa motivación<sup>22</sup> debido a las mismas razones expresadas en contra del acto administrativo de caducidad y, además, porque: a) no se visitó el sitio de las obras debido a que un ingeniero que explicó las especificaciones técnicas lo impidió, a pesar de que ello habría sido suficiente para evidenciar la imposibilidad de ejecutar el proyecto en los términos planteados<sup>23</sup>; b) el contrato se pactó a precios unitarios sin fórmula de reajuste, pero para ser ejecutado dentro del plazo y las condiciones inicialmente contempladas; c) el texto del párrafo segundo de la cláusula sexta del contrato mencionado en el acto administrativo se modificó a través del otrosí 3; d) se adoptó la liquidación unilateral sin tener en cuenta las *mayores cantidades de obra* ejecutada, la retención realizada por el Fondo en el acta parcial de obra 2, las inversiones que realizó el consorcio antes de que se entregara el anticipo de cara a su amortización, los materiales que

---

<sup>21</sup> Invocó como normas vulneradas los siguientes artículos: 6, 29, 121, 209 y 230 constitucionales; 24, núm. 5, lit. b, d y e; 25, núm. 4, 5, 8 y 12; 26, núm. 3 de la Ley 80 de 1993; 1592 a 1594 y 1609 del Código Civil; 84 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

<sup>22</sup> En este acápite de la demanda se transcribieron providencias judiciales relativas a la obligación de adelantar la etapa de liquidación bilateral, antes de adoptar el cruce de cuentas de manera unilateral y se destacó que a ellos debía procederse sobre todo en los eventos en los que el contratista ha solicitado que se hagan ajustes, revisiones y reconocimientos; asimismo, se transcribieron otras providencias relativas al alcance y finalidad del balance final de cuentas de los contratos estatales y a la revisión de precios y concluyó que, en virtud del principio de equidad, el contratista no está obligado a asumir de manera exclusiva los riesgos del contrato.

<sup>23</sup> Debido a construcciones levantadas con posterioridad a la elaboración de los planos y a la estrechura de los trazados que impedían la instalación de tubería en concreto y la utilización de maquinaria pesada.

adquirió ni los gastos de administración y de legalización del contrato; e) en la liquidación se incluyeron unos tributos de orden departamental y municipal sobre valores que el contratante no desembolsó.

49. La aseguradora señaló que las resoluciones de liquidación del contrato están viciadas de nulidad por las mismas razones mencionadas en las demandas en las que pretendió la nulidad de los actos administrativos que declararon la caducidad y, además, porque:

50. (i) vulneraron normas superiores porque no era procedente aplicar sobre el valor del anticipo entregado por FONADE los porcentajes correspondientes a estampillas<sup>24</sup>.

51. (ii) la aseguradora no está obligada a pagar con cargo a la póliza el valor de tributos municipales y departamentales porque no se encuentran cubiertos por el amparo de cumplimiento.

52. (iii) En el balance final de cuentas no se consideraron las siguientes sumas que debían reconocerse al contratista: a) la retención efectuada por FONADE en el acta de obra 2; b) el valor de *mayores cantidades de obra* ejecutadas; c) sobrecostos por mayor permanencia en obra derivada de la entrega tardía de planos, mora en el desembolso del anticipo e intereses moratorios por el pago tardío de las actas parciales de obra.

53. (iv) No era procedente hacer efectivo el valor total de la cláusula penal porque el municipio aceptó las obras ejecutadas por el contratista, por tanto, debía aplicar lo dispuesto en el art. 1596 del Código Civil.

## Contestación

54. El municipio contestó todas las demandas para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones. Como fundamento expresó, en suma, que:

55. La razón por la que se demoró el desembolso del anticipo fue imputable al contratista, en tanto no cumplió de manera oportuna con los requisitos que se exigieron para que procediera la entrega de esos recursos<sup>25</sup>. En todo caso, las obras se iniciaron antes del desembolso de ese dinero en virtud de lo estipulado en el párrafo primero de la cláusula novena del contrato.

56. La minuta del contrato que se publicó en el proceso de selección correspondió a un texto suministrado por FONADE, al que solamente se le modificó lo necesario para adecuarlo a las condiciones propias del proyecto. Salvo lo correspondiente a las modificaciones contenidas en los otrosíes 2 y 3, el Fondo no efectuó reparos de orden técnico o jurídico.

---

<sup>24</sup> Se refirió a las estampillas: pro - desarrollo Hospital Erasmo Meoz, previsión social, pro – cultura municipal patrimonio artístico y cultural de Ocaña y pro – ancianos. Dijo que el desembolso del anticipo no constituye un pago, además de que esos tributos solo aplican respecto de pagos realizados por el municipio. Añadió que, incluso si se admitiera que el descuento era procedente, la entidad no podía aplicarlo sobre el valor total de las actas parciales de obra porque ya lo había calculado sobre el monto del anticipo, además de que el consorcio no prestó su consentimiento para que la entidad realizara compensaciones con saldos a su favor.

<sup>25</sup> Se refirió al registro presupuestal, aprobación de garantías y del programa de obra; sin embargo, no especificó cuál de ellos se incumplió.

57. El otrosí 3 se suscribió el 5 de julio de 2006 y permitió que se realizara el desembolso del anticipo, en tanto se acordó que el giro de los recursos provenientes del convenio interadministrativo lo haría directamente el Fondo al contratista, previo visto bueno del interventor y aprobación del municipio y, asimismo, se pactó que la entidad territorial respondería ante el consorcio en caso de que por su incumplimiento el Ministerio se abstuviera de efectuar cualquier desembolso. Como el anticipo se consignó el día 27 siguiente, el demandado no incurrió en incumplimiento.
58. El municipio no desembolsó el porcentaje del anticipo que le correspondía porque el consorcio estaba en mora de pagar tributos de orden municipal y departamental derivados del contrato. Con todo, de cara a su valor total y al monto del anticipo que entregó FONADE, la cifra que debía desembolsar el demandado era irrisoria, por lo cual ese hecho no justificaba que se suspendieran las obras.
59. El incumplimiento fue atribuible al contratista por: 1. daños causados a terceros, 2. incumplimiento del cronograma y 3. paralización unilateral de los trabajos.
60. El contrato se extendió por 5 meses porque el 4 de diciembre de 2006 el demandante solicitó reemplazar la tubería de concreto por PVC, considerando las dificultades de construcción encontradas y la mayor facilidad de instalación del nuevo material. El consorcio presentó un cronograma actualizado que contemplaba la implementación de nuevos frentes de trabajo para cumplir el objeto en el tiempo adicional proyectado y señaló que mantendría los precios de la tubería de PVC indicados en esa propuesta y que asumiría los costos adicionales por cambios en el mercado. No manifestó ningún reparo ni condicionamiento por diseños, términos del contrato o pagos de anticipo o actas pendientes. El 12 de enero el Ministerio avaló la propuesta y el día 16 siguiente se suscribió la prórroga.
61. No es procedente el reconocimiento de mayores costos de obras y obras adicionales porque al presentar su propuesta el consorcio manifestó expresamente que conocía detalladamente el terreno, sus características, accesos, entorno socioeconómico, condiciones climatológicas, geotécnicas y geológicas; además, tuvo la oportunidad para solicitar aclaraciones, objeciones y preguntas.
62. La razón por la que no se accedió a suspender el contrato por lluvias se debió a que era un aspecto que el contratista debió tomar en cuenta en la programación de las obras por ser previsible.
63. Al expedir las resoluciones por medio de las cuales se adoptó la liquidación unilateral del contrato no se vulneró el debido proceso. Las pruebas se negaron porque no era necesarias para decidir, en atención a que ya obraran suficientes en el expediente.
64. El municipio citó en reiteradas oportunidades al consorcio para intentar realizar el balance de cuentas de manera concertada; sin embargo, no fue posible llegar a un acuerdo, por lo cual adoptó la liquidación de manera unilateral.

## Alegatos en primera instancia

65. Surtido el periodo probatorio<sup>26</sup>, en el término para alegar de conclusión<sup>27</sup>, todos los demandantes y el demandado intervinieron para insistir en sus argumentos<sup>28</sup>. El Ministerio Público no intervino.

## Fundamentos de la sentencia impugnada

66. Como fundamento de su decisión el Tribunal expuso los siguientes argumentos:

67. (i) Las resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato se expidieron sin competencia temporal y con vulneración del debido proceso. Lo primero porque, si bien la Resolución 377 se emitió el 12 de junio de 2007, su notificación se realizó el 27 del mismo mes, cuando ya había finalizado el contrato por vencimiento del plazo pactado, el cual concluyó el 18 de junio de 2007. Lo segundo, debido a que antes de que se expidieran los referidos actos administrativos el municipio no presentó un requerimiento formal al contratista sobre su incumplimiento. Las comunicaciones que en ese sentido hizo la interventoría no suplen la deficiencia porque el deber de adelantar el trámite administrativo y de adoptar la decisión final corresponde a la entidad pública contratante, además de que en la reunión del 23 de mayo de 2007 no se informó al consorcio que la entidad iniciaría un procedimiento con miras a declarar la caducidad del contrato.

68. (ii) Las resoluciones por medio de las cuales se adoptó unilateralmente la liquidación del contrato son nulas por estar fundadas en los actos administrativos a través de los cuales se declaró su caducidad<sup>29</sup>.

69. (iii) En cuanto a las pretensiones consecuenciales:

70. a) Expresó que como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos demandados la aseguradora no está obligada a pagar al municipio la suma de \$109.426.367,20 con cargo al amparo de anticipo<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Proceso 2007-00176, se decretaron las siguientes pruebas: (i) las documentales aportadas con la demanda, su adición y la contestación; (ii) se libraron los oficios pedidos por ambas partes; (iii) los testimonios pedidos por las dos partes; (iv) dos dictámenes periciales; (v) se ordenó trasladar un dictamen pericial practicado en el proceso 2008-00300. Se negaron las demás pruebas (auto del 21 de octubre de 2014, fls. 627 a 630, c. 1.2). Proceso 2008-00269, se decretaron las siguientes pruebas: (i) las documentales aportadas con la demanda y la contestación; (ii) se libraron los oficios pedidos por el demandado; (iii) un dictamen pericial. Se negaron las demás pruebas (auto del 5 de octubre de 2012, fl. 397, c. 2.1). Proceso 2008-00029, se decretaron las siguientes pruebas: (i) las documentales aportadas con la demanda y la contestación; (ii) se libraron los oficios pedidos por ambas partes; (iii) el testimonio pedido por el demandado; (iv) se decretó un dictamen pericial. Se negaron las demás pruebas. (auto del 30 de octubre de 2009, fl. 809, c. 3.1). Proceso 2008-00300, se decretaron las siguientes pruebas: (i) las documentales aportadas con la demanda y la contestación; (ii) se libraron los oficios pedidos por ambas partes; (iii) se decretó un dictamen pericial. Se negaron las demás pruebas (auto del 3 de agosto de 2009, fl. 328, c. 4.1). Proceso 2009-00325, se decretaron las siguientes pruebas: i) las documentales aportadas con la demanda y la contestación; (ii) se libraron los oficios pedidos por ambas partes; (iii) un testimonio pedido por la demandante; (iv) un dictamen pericial; (v) se ordenó trasladar en copia auténtica el expediente 2007-00176. Se negaron las demás pruebas (auto del 4 de febrero de 2011, fl. 263, c. 4.1).

<sup>27</sup> A través de auto del 12 de mayo de 2016, se acumularon al proceso 2007-00176, los procesos 2008 - 00269, 2008-00300 y 2009-00325. (fl. 890, c. 1.2). A través de 12 de mayo de 2016, se acumuló también el proceso 2008-00029 (fl. 898, c. 1.3). Mediante proveído del 1 de marzo de 2017, se corrió traslado para alegar de conclusión.

<sup>28</sup> Las intervenciones se encuentran en el cuaderno 6.

<sup>29</sup> Como fundamento, se remitió a la sentencia proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera el 12 de julio de 2012, Exp. 15024.

<sup>30</sup> La aseguradora solicitó que se aclarara la sentencia para que en la parte resolutive se indicara expresamente que como consecuencia de la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato no estaba obligada a pagar la cláusula penal y que como consecuencia de la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato no está obligada a pagar la indemnización correspondiente al amparo de anticipo (fl. 1043, c. ppal). A través de auto del 11 de mayo de 2023 se negó la solicitud con fundamento en que no la providencia no contiene conceptos o frases confusos,

71. b) Pérdida de oportunidad. Concluyó que al haber operado la inhabilidad el daño se configuró porque se acreditó en el proceso que el consorcio contaba con una amplia trayectoria en contratación estatal durante los años previos a la celebración del contrato 055 de 2005<sup>31</sup>. No obstante, señaló que como no se demostró la cuantía del perjuicio<sup>32</sup>, el reconocimiento debía hacerse en un porcentaje equivalente al 10% del valor efectivamente ejecutado (\$1.070.472.926), lo que equivale a \$107.047.292,6 por cada año que estuvo vigente la sanción. Accedió a actualizar este valor, pero negó el reconocimiento de intereses moratorios.

72. c) En cuanto a otros perjuicios reclamados por el consorcio, el Tribunal argumentó que como las dos partes incurrieron en incumplimiento de sus obligaciones ninguna podía reclamar a la otra la reparación de los daños. Dijo que la razón por la que el anticipo no se desembolsó dentro de los 30 días siguientes a la fecha de suscripción del contrato —18 de noviembre de 2005— se debió a que solo hasta el 17 de febrero de 2006 el consorcio entregó el programa de inversión, cuya aprobación por parte del interventor era uno de los requisitos para que esos recursos le fueran entregados.

73. Indicó que, aun cuando la demora en la consignación del anticipo fue responsabilidad del municipio y éste tampoco desembolsó el porcentaje que le correspondía ni pagó las actas parciales de obra, estos hechos no justifican los incumplimientos del consorcio, en tanto aceptó suscribir el contrato sin presentar objeciones al parágrafo primero de la cláusula novena que establecía que sus obligaciones no dependían del desembolso del anticipo, estipulación que estuvo vigente hasta el 5 de julio de 2006.

74. Adujo que, según los informes de la interventoría, no todos los frentes de trabajo que presentaron retrasos en su ejecución dependían de la entrega de nuevos planos. En varios casos, el desfase en el cronograma se atribuyó a la insuficiente asignación de personal y maquinaria para cumplir con el programa de obra, por lo que no se justificó la paralización de las actividades por parte del consorcio.

75. Señaló que dado que el municipio también incurrió en incumplimiento, no podía hacer efectiva la cláusula penal pactada.

76. d) Reconocimiento de prestaciones ejecutadas. Se negó porque los dictámenes periciales en los que se sustentó la petición no dan cuenta de las bases de sus conclusiones, además de que incluyeron ítems no reclamados y obras adicionales no pactadas en el contrato, por lo cual no era procedente su reconocimiento. Asimismo, se negó el pago de tubería, materiales, hierro figurado porque no se probó que se hubiesen incorporado a la obra, además de que, a partir

---

puesto que la nulidad abarcó la totalidad de los actos administrativos, incluidos los aspectos que vinculaban a la aseguradora (fls. 1053 a 1056, c. ppal).

<sup>31</sup> Indicó que el objeto social de Construcol Ltda. prevé el desarrollo de actividades de arquitectura e ingeniería en general para ser contratadas con el Estado o con particulares y que, de conformidad con el RUP, previo a la celebración del contrato 055, esa sociedad participó en la construcción de varias obras públicas. Señaló que el objeto de Distripal S.A. contempla la ejecución de contratos de diseño, construcción, interventoría y urbanización con entidades oficiales o privadas. En relación con Manuel Guillermo Gil Quintero destacó que es ingeniero civil y que en el RUP su actividad económica se clasifica como constructor. Añadió que, de conformidad con el pliego de condiciones que antecedió la celebración del contrato 055, los participantes debían acreditar experiencia general y específica en celebración de contratos de obra civil con el Estado, por lo cual, al haber sido adjudicatarios, los consorciados demostraron su amplia trayectoria como contratistas en esta materia con entidades públicas.

<sup>32</sup> Advirtió que ninguno de los dictámenes periciales tenía por objeto determinar el monto de este perjuicio.



de los escritos de demanda, el Tribunal interpretó que los bienes se encontraban en el almacén del consorcio.

77. e) Descuentos efectuados por concepto de estampillas. Concluyó que la obligación de pago de las estampillas municipales se generaba en el momento de efectuar el abono de las cuentas que impactaran los rubros de funcionamiento o inversión del municipio, y la departamental al realizar los pagos derivados del contrato. Dado que los pagos percibidos por el consorcio provinieron de recursos de la Nación que no ingresaron al presupuesto del demandado, no correspondía aplicar este descuento.

78. f) Retenciones aplicadas a las actas parciales 1 y 2 como garantía. El Tribunal concluyó que se debían restituir esos recursos al consorcio por tratarse de un aspecto independiente de su incumplimiento.

79. Con base en las anteriores conclusiones y teniendo en cuenta los porcentajes de las actas de obra ejecutadas y no pagadas por el municipio, así como el porcentaje del anticipo que no se invirtió, el Tribunal procedió a liquidar judicialmente el contrato con un saldo a favor del demandado de \$119.979.532, y dispuso que este valor debía ser actualizado a la fecha de ejecutoria de la sentencia y descontado del valor que ordenó reconocer al consorcio por concepto de pérdida de oportunidad.

## **II. LOS RECURSOS DE APELACIÓN**

80. El municipio presentó recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia impugnada y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de las demandas acumuladas. Como fundamento expresó:

81. (i) Las resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato no están viciadas de nulidad por falta de competencia temporal, toda vez que, pese al vencimiento del plazo inicial, el contrato continuaba en ejecución.

82. (ii) El municipio garantizó el debido proceso del consorcio porque lo citó en reiteradas oportunidades para adelantar el trámite de la liquidación de manera bilateral.

83. (iii) Transcribió el acápite de la contestación a las demandas denominado *excepción de fondo inexistencia de incumplimiento por parte del municipio de Ocaña*.

84. El consorcio solicitó que se revoque la sentencia en los siguientes aspectos y, en su lugar, se acceda a estas pretensiones:

85. (i) Se reconozca la totalidad de los perjuicios materiales reclamados por concepto de: (a) costos laborales desde que se suscribió el contrato y hasta que se recibió parcialmente el anticipo, (b) *mayores cantidades* de obra, (c) saldo insoluto de actas parciales de obra, (d) remanente del anticipo no desembolsado; (e) costos de mano de obra y administración por mayor permanencia en obra; (f) mayores costos laborales durante suspensiones de obra; (g) restablecimiento del equilibrio económico del contrato; y, (h) adquisición de materiales, tubería y hierro figurado.

86. Indicó que en el fallo se estableció que el contratista no podía justificar los retrasos ni los sobrecostos de las obras hasta el 5 de julio de 2006 en la falta de desembolso del anticipo, dado que aceptó suscribir el contrato incluyendo el párrafo primero de la cláusula novena, pero que también se señaló que esto no eximía al municipio de cumplir con la obligación de desembolsar el anticipo ni con el pago del porcentaje correspondiente de las actas de obra, ni justificaba que FONADE demorara el desembolso de ese rubro por causas imputables al demandado. Dijo que como estas circunstancias impidieron al consorcio cumplir sus obligaciones, debió prosperar la excepción de contrato no cumplido. Aseveró que el hecho de que ambas partes se encontraran en mora, no las eximía de cumplir sus obligaciones, sino únicamente de pagar intereses de mora.

87. Adujo que se deben reconocer las prestaciones ejecutadas por el contratista no reconocidas ni pagadas por el municipio, la adquisición de materiales, tubería y hierro figurado y gastos administrativos por mayor permanencia en obra, dado que el municipio no decidió de forma oportuna las solicitudes del consorcio, lo que generó estancamiento y paralización de la obra, además de que el daño se produjo porque, en virtud de su supremacía, el municipio *construyó o impuso* la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio por fuera del marco del contrato o con prescindencia del mismo.

88. Afirmó que los perjuicios se probaron con sustento en los dictámenes periciales que no fueron objetados.

89. Respecto de la adquisición de materiales, tubería y hierro figurado aseveró que están en manos del municipio, por lo que no reconocer su importe constituye un enriquecimiento sin justa causa.

90. Dijo que la sentencia incurrió en contradicción porque reconoció un saldo a favor del municipio sin tener en cuenta los perjuicios causados al consorcio y sin considerar que el demandado no desembolsó el anticipo ni pagó el porcentaje de las actas de obra que le correspondía.

91. (ii) Se reconozca la cifra establecida en los dictámenes periciales por concepto de la pérdida de oportunidad derivada de la declaratoria de caducidad del contrato. La sentencia reconoció un porcentaje del 10% del valor del contrato, en lugar de acceder a los valores probados con los dictámenes periciales que no fueron objetados, que están sustentados y con los que se allegaron los diferentes contratos que ejecutó cada consorciado en diferentes frentes de trabajo en cada año.

92. (iii) Se adicione la sentencia en lo relativo a la devolución de la suma descontada por concepto de estampillas municipales y departamentales.

### Trámite en segunda instancia

93. A través del auto del 22 de agosto de 2023<sup>33</sup>, el Tribunal concedió el recurso de apelación, esta Corporación lo admitió mediante proveído del 13 de agosto de 2024<sup>34</sup>. Mediante proveído del 28 de octubre de 2025<sup>35</sup> se corrió traslado a las

<sup>33</sup> Fl. 1065, c. ppal.

<sup>34</sup> Índice 3, SAMAI, C.E.

<sup>35</sup> A través de auto del 18 de diciembre de 2024 se devolvió el expediente al Tribunal para que adelantara el trámite de reconstrucción, el cual culminó a través de auto de auto del 17 de octubre de 2025. El expediente físico se remitió nuevamente a esta Corporación el 2 de diciembre de 2025 e ingresó al despacho para fallo el día 9 siguiente (fls. 1083 y 1242, c. ppal e índices 62 y 63, SAMAI, C.E.)

partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto. Las partes intervinieron para insistir en sus argumentos<sup>36</sup>. El Ministerio Público no se pronunció.

### III. CONSIDERACIONES

#### Cuestiones previas

94. De conformidad con lo establecido en el artículo 212 del CCA, en concordancia con lo previsto en el artículo 350 del CPC, quien pretenda impugnar una decisión judicial debe cumplir con la carga de sustentar su recurso a través del señalamiento de razones que debatan el acierto de la decisión. Corresponde al apelante confrontar los argumentos del juez de primera instancia con reflexiones que se opongan a sus conclusiones para que, sobre esos planteamientos, sea el *ad quem* el que determine la corrección de la decisión que se impugna, de manera que la carga de la sustentación no se cumple con la manifestación de expresiones genéricas y vagas que no confronten la determinación judicial<sup>37</sup>, ni con la mera reiteración de los aspectos que se hubieren planteado en la primera instancia, pues aunque la ley no exige que la sustentación sea extensa, sí obliga a que los fundamentos que se expresen develen los motivos que conducen al recurrente a considerar que lo decidido en primera instancia resulta desacertado de cara al ordenamiento jurídico, más allá de la consideración subjetiva de oposición que subyace cuando la decisión no se aviene a sus intereses.

95. De manera que, las razones que debe contener el recurso de apelación constituyen el insumo que el recurrente está en la carga de ofrecer al juez de la segunda instancia para que aborde el análisis de corrección de la decisión que se impugne, pues al operador judicial no le está dado construir los motivos de disenso; si lo hiciera, vulneraría el principio de imparcialidad<sup>38</sup> y el derecho al debido proceso de la contraparte<sup>39</sup>.

96. Al revisar el escrito de impugnación presentado por el municipio, la Sala concluye que el demandado no cumplió con la carga de sustentación porque: (i) hizo afirmaciones genéricas que no confrontan las razones de la decisión de la sentencia impugnada; (ii) expresó un argumento que no está asociado al fundamento del fallo y, por tanto, no rebate su corrección; y (iii) transcribió la contestación de las demandas, lo que tampoco refuta el acierto de la decisión.

97. El Tribunal declaró la nulidad de las Resoluciones 377 y 506 de 2007, con fundamento en dos razones. Una de ellas consistió en que antes de su expedición el municipio no realizó formalmente una imputación de incumplimiento al demandado, por lo cual se vulneró su derecho al debido proceso. En el recurso de apelación, el demandado señaló que se hicieron varias citaciones al consorcio para

---

<sup>36</sup> Índices 58, 59 y 61, SAMAI C.E.

<sup>37</sup> "(...) no puede darse por sustentada una apelación, ni por ende cumplida la condición que subordina la admisibilidad de este recurso, cuando el impugnante se limita simplemente a calificar la providencia recurrida de ilegal, injurídica o irregular; tampoco cuando emplea expresiones abstractas tales como, 'sí hay prueba de los hechos' u otras semejantes, puesto que aquellos calificativos y estas expresiones, justamente por su vaguedad e imprecisión no expresan, pero ni siquiera implícitamente, las razones o motivos de la inconformidad del apelante con las deducciones lógico-jurídicas a que llegó el Juez en s proveído impugnado". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto de 30 de agosto de 1984, Gaceta Judicial No. 2415. M.P. Humberto Murcia Ballén.

<sup>38</sup> "Cuyo fundamento constitucional se encuentra en el artículo 13 Superior, impone al juez la obligación de dar un trato igual a las personas que acuden a la administración de justicia". Corte Constitucional, sentencia C-450 de 2015.

<sup>39</sup> Artículo 29 Constitucional.

que participara del trámite de liquidación, lo que demostraba que se respetó ese derecho. Esta manifestación no tiene entidad para refutar las conclusiones del *a quo* respecto de la validez de las referidas resoluciones porque no se refieren al procedimiento administrativo que culminó con la declaratoria de caducidad sino a uno posterior, el que liquidó el contrato.

98. Frente a la otra razón en la que el *a quo* fundó la declaratoria de nulidad de esos actos administrativos, el consorcio tampoco cumplió con la carga de sustentación. En la sentencia se concluyó que la notificación de la Resolución 377 de 2007 se hizo después de que el plazo del contrato 055 feneciera, por lo cual ésta y su confirmatoria estaban viciadas de nulidad por falta de competencia temporal. Señaló que seguía la línea jurisprudencial establecida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 12 de julio de 2012<sup>40</sup>.

99. Para determinar el momento en el que finalizó el contrato, expresó que estaba acreditado en el proceso que el plazo para su ejecución se pactó en un término de 9 meses contados a partir del acta de inicio, la cual se suscribió el 13 de febrero de 2006, que ese plazo se suspendió entre el 9 de noviembre de 2006 y el 15 de enero de 2007 y luego se adicionó en 5 meses que se computaron a partir del 18 de enero de 2007 y que vencieron el 18 de junio de ese mismo año y, por tanto, ese mismo día el negocio jurídico feneció. Señaló que para el momento en el que se notificó la Resolución 377 —27 de junio siguiente— ya había expirado el término en el que municipio estaba habilitado para adoptarla.

100. En su impugnación el demandado se limitó a señalar que respetaba el argumento del Tribunal, pero que no lo compartía porque *en ese entonces año 2005 a 2007, era procedente la declaratoria de caducidad del contrato sin limitarse en el plazo final del mismo, dado que el contrato estaba en ejecución pese a haberse superado el periodo inicial, razón por la cual el Municipio no se acoge a la sentencia de unificación citada como argumento jurisprudencial del a quo*. Estas manifestaciones no satisfacen la carga mínima de sustentación, en la medida que no comportan un verdadero ejercicio de contradicción respecto de los fundamentos de la providencia impugnada.

101. El municipio afirma de manera general y abstracta que la declaratoria de caducidad fue oportuna porque entre los años 2005 a 2007 el contrato continuaba en ejecución, pese a que había vencido su plazo inicial. Este dicho no confronta el análisis de los supuestos fácticos que sirvieron de base a la decisión, en la medida que las pruebas obrantes en el plenario conducían a considerar que después del vencimiento del plazo inicialmente pactado, el término de ejecución se amplió por acuerdo de las partes y feneció en junio de 2007. En la impugnación ni siquiera se mencionó que después de esta fecha el contrato hubiese continuado ejecutándose, lo cual, en todo caso, no es concordante con los hechos porque lo que está acreditado y no ha sido controvertido por las partes es que desde mayo de 2007 las obras se paralizaron y que el 12 de junio la propia entidad decidió declarar su caducidad<sup>41</sup>.

102. Asimismo, el solo hecho de que en la apelación se hubiese manifestado que el recurrente se apartaba de la sentencia a la que acudió el Tribunal para soportar su decisión no comporta un reproche al fundamento jurídico del fallo. No se presentó

---

<sup>40</sup> Exp. 15024.

<sup>41</sup> Lo que se discutió fueron las causas que condujeron a esta paralización.

ningún argumento que lo refutara, ni se identificaron diferencias fácticas y de derecho que concluyeran en su inaplicabilidad al caso<sup>42</sup>.

103. Por último, el municipio transcribió literalmente el texto de varias de las contestaciones a las demandas, sin plantear argumentos adicionales que confronten los fundamentos del fallo impugnado, lo cual tampoco permite tener por sustentado el recurso, puesto que ello implicaría desconocer que el propósito del recurso no consiste en estudiar el asunto en su forma primigenia, como si nunca hubiera sido analizado, sino en dar paso a una instancia procesal diferente encaminada a revisar la decisión cuestionada de cara a los motivos de censura que sean expuestos por el apelante.

104. La Sala encuentra igualmente que el consorcio no cumplió con la carga de sustentación de la impugnación en relación con las decisiones del Tribunal de no reconocer los valores reclamados por concepto de *mayores cantidades de obra*.

105. Es pertinente precisar que el reconocimiento que el consorcio solicitó a título de *mayores cantidades de obra* en realidad corresponde a obras adicionales que aseveró que fueron ejecutadas, pero no pagadas por el demandado. Si bien en las pretensiones de las demandas manifestó que se reclamaba el reconocimiento de \$113.688.987,62 bajo ese título, lo cierto es que al revisar el cuadro que se incluyó para señalar cuáles eran los conceptos de los que se derivaba ese valor, los relacionó como *ITEMS NUEVOS Y ACTIVIDADES POR PAGAR*, a lo que se agrega que en la *causa petendi* no se alegó que el municipio hubiere dejado de pagar mayores cantidades de ítems pactados, sino que dejó de pagar actividades que no fueron estipuladas desde el inicio del contrato.

106. En relación con esas actividades adicionales, en el recurso se solicitó que se accediera a su reconocimiento porque se debía declarar probada a favor del consorcio la excepción de contrato no cumplido. Este argumento no refuta la decisión del Tribunal en relación con este asunto porque la negativa a acceder a esa pretensión no se basó en la negativa a declarar probada esa excepción.

107. En la sentencia de primera instancia se indicó expresamente que el incumplimiento mutuo de las partes respecto de las obligaciones asumidas en el marco del contrato 055 de 2007 no conducía a negar el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas y no reconocidas, entre ellas, las que se solicitaron a título de *mayores cantidades de obra*. La razón por la que el Tribunal no accedió a su reconocimiento consistió en que no se probó que se las hubiese dejado de pagar, en la medida que las pruebas periciales que dictaminaron sobre ello no se soportaron debidamente, dado que los expertos no indicaron cuáles fueron las bases de sus conclusiones, sino que se remitieron a una comunicación del consorcio transcrita en el acta de liquidación unilateral, sin indicar qué documentos contables o contractuales les sirvieron para determinar las cantidades reclamadas, además de que incluyeron ítems cuyo reconocimiento no se pretendió en las demandas y un nuevo rubro que nunca fue pactado por las partes, por lo cual, en los términos estipulados por ellas, no era posible reconocerlo.

---

<sup>42</sup> La sentencia que se invocó en el fallo de primera instancia, se declaró la nulidad de un acto administrativo proferido en 1994, por medio del cual se declaró la caducidad de un contrato por haberse expedido después de vencido el plazo de ejecución pactado.

108. En el recurso también se afirmó, de manera general y abstracta, que en las diferentes *demandas* se probó la existencia de la obligación del municipio de pagar las *mayores cantidades de obra* y que los dictámenes periciales también las acreditaron. Estas afirmaciones, carentes de desarrollo y sustento, no permiten confrontar la corrección de los argumentos que expresó el Tribunal para descartar el mérito demostrativo de las pruebas periciales, en la medida que no se indicó por qué, en contra de lo concluido por él, los peritos sí explicaron las bases de sus conclusiones. Tampoco se confrontó las conclusiones del *a quo* en cuanto a que se incluyeron ítems no pedidos y uno que nunca fue acordado por las partes.

109. Se añadió en el recurso de apelación que la razón por la que se debía acceder al reconocimiento de ese rubro consistía en que el municipio *construyó o impuso* al contratista la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio por fuera del marco del contrato o con prescindencia de él. Además de que este argumento no rebate lo concluido por el Tribunal en punto a la falta de prueba de la existencia de los ítems que conforman la pretensión, se trata un supuesto fáctico que no fue planteado en ninguna de las demandas, lo que impide que sea valorado en esta instancia, en la medida que comporta una modificación de la *causa petendi*, por lo que abordarlo supondría desconocer el derecho de contradicción y defensa de la parte demandada, dado que no tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto en sede de primera instancia.

110. En ese contexto, como no se presentaron argumentos que refuten la razón de la decisión de primera instancia en lo que corresponde a la declaración de nulidad de las Resoluciones 377 y 506 de 2007 y, asimismo, respecto de los reconocimientos reclamados por el consorcio por concepto de *mayores cantidades de obra*, frente a estos puntos se impone mantener la decisión de primera instancia, puesto que se carece de elementos de juicio para analizar el acierto o no de la decisión del *a quo*.

111. La Sala tampoco se pronunciará respecto de la nulidad de las Resoluciones 680 del 4 de diciembre de 2007, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato 055 de 2005, y su confirmatoria, la Resolución 128 del 25 de abril de 2008, pues ningún reparo se presentó en su contra. Igualmente, no se pronunciará en relación con el tema correspondiente a los tributos municipales y departamentales ni respecto de las pretensiones de la aseguradora, en la medida que no se impugnaron las decisiones adoptadas por el *a quo* sobre esas materias. Se precisa que en lo que concierne al tema de los tributos departamentales y municipales lo que se solicitó fue que se adicionara el fallo, petición que se resolverá.

112. Adicionalmente, resulta pertinente precisar que el consorcio no refuta que cumplió tardíamente la obligación de entregar el programa de inversión del anticipo y que esta fue una de las causas que impidió que ese rubro se desembolsara en tiempo y tampoco que aceptó suscribir el contrato con inclusión del parágrafo de la cláusula novena que señalaba que el cumplimiento de sus obligaciones no estaba supeditado a la entrega de ese dinero, por lo cual hasta el 5 de julio de 2006 cuando esta estipulación se eliminó, no podía justificar sus inobservancias en estos dos aspectos. Lo que discute es que, en todo caso, el municipio no atendió de manera oportuna las solicitudes que se le presentaron y que una vez superadas las dos circunstancias mencionadas, no cumplió sus deberes contractuales, aspectos que le impidieron atender las suyas, por lo cual sus pretensiones debían prosperar. En consecuencia, en relación con estos derroteros versará la decisión de segunda instancia.

## El objeto de la apelación

113. Precisado lo anterior, el primer aspecto que debe desatar la Sala consiste en determinar si se deben reconocer a favor del consorcio los perjuicios a los que aludió en el recurso de apelación<sup>43</sup>, porque, a pesar de que entregó el programa de inversión del anticipo —aun cuando hubiese sido de manera tardía— y se eliminó el párrafo de la cláusula noventa del contrato, el municipio no cumplió sus obligaciones y con ello le impidió acatar las suyas.

114. En segundo lugar, definirá si se debía reconocer al contratista el valor de \$73.912.778,50 por concepto del suministro de tubería y hierro figurado porque estos elementos están en manos del municipio

115. El tercer punto del que se ocupará la Sala consiste en establecer si por concepto de pérdida de oportunidad se debía reconocer a los integrantes del consorcio el valor establecido en los dictámenes periciales porque no fueron objetados y porque se anexaron los contratos que celebraron los consorciados.

116. Como cuarto asunto a resolver, la Sala determinará si la sentencia recurrida reconoció un saldo a favor del municipio, sin considerar los perjuicios causados al consorcio y sin tener en cuenta que el demandado no desembolsó el porcentaje del anticipo ni el de las actas parciales de obra que le correspondía.

117. Por último, la Sala se pronunciará en relación con la solicitud de adición de la sentencia de primera instancia.

## Análisis del caso

118. Dado que los argumentos del consorcio en relación con el primer punto del objeto de la apelación se basan en la denominada excepción de contrato no cumplido, para resolverlos la Sala estima pertinente referirse a esta figura del derecho.

119. La excepción de contrato no cumplido se encuentra consagrada en el artículo 1609 del Código Civil y resulta aplicable a los contratos estatales en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de Ley 80 de 1993, aunque, en virtud del interés público que informa a esta clase de negocios jurídicos, con una perspectiva más exigente y restrictiva respecto de la que opera en el campo del derecho común, en tanto para que pueda invocarse como justificación de la inejecución de una obligación contractual, debe acreditarse que el incumplimiento de la entidad pública puso razonablemente al contratista que se allanó a cumplir en imposibilidad de hacerlo.

120. Se ha destacado<sup>44</sup> que la excepción de contrato no cumplido constituye un mecanismo de defensa propio de los contratos bilaterales que permite a una de las partes abstenerse legítimamente de cumplir sus obligaciones mientras la otra no haya cumplido las suyas o no se allane a hacerlo en la forma y tiempo debidos. El fundamento de esta figura radica en la interdependencia de las obligaciones recíprocas y en la buena fe, al determinar que quien pretende exigir el cumplimiento del otro debe, a su vez, haber satisfecho sus deberes o estar en la posición real y seria de hacerlo, de manera que este medio exceptivo solo procede cuando se

---

<sup>43</sup> Salvo los relacionados en las demandas a título de *mayores cantidades de obra*.

<sup>44</sup> Sent. 72407 (párr. 53), feb. 138/2026. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.

acreditan los siguientes supuestos: (i) un incumplimiento actual, relevante y jurídicamente imputable a la otra parte; (ii) una relación de causalidad directa entre ese incumplimiento y la imposibilidad o inexigibilidad del cumplimiento propio; y (iii) que quien la alega no se encuentre, a su turno, en una situación de incumplimiento grave que desdibuje la buena fe contractual. Dadas estas condiciones, no es procedente invocar esa figura del derecho como un mecanismo para suspender indefinidamente las obligaciones asumidas por una de las partes del contrato o para desconocer el acuerdo de voluntades, sino que se trata de una herramienta estricta de equilibrio, cuyo ejercicio debe ser proporcionado y coherente con la naturaleza y el momento de las prestaciones afectadas.

121. En el caso que ahora se examina, está acreditado que durante todo el término de ejecución del contrato 055 de 2005 la interventoría hizo varios requerimientos al consorcio por el reducido avance de las obras estipuladas, con fundamento en que no contaba con el personal, los frentes de trabajo ni con el equipo requerido para cumplir con la programación establecida. Según los informes que la interventoría rindió, esas fueron las causas del permanente retraso de las obras. El consorcio alega que esto se debió a que el municipio no adelantó en tiempo los trámites pertinentes para que el FONADE desembolsara el anticipo en el porcentaje que le correspondía, no entregó los recursos que por ese mismo concepto estaban a su cargo, no pagó la porción de las actas parciales de obra que le correspondía, ni atendió de manera oportuna las peticiones que le hizo el contratista.

122. Para analizar lo que alega el contratista, resulta pertinente revisar el contexto en el que se celebró y desarrolló el contrato.

123. El 2 de diciembre de 2004, el MAVDT<sup>45</sup>, el FONADE<sup>46</sup> y el municipio celebraron el convenio de apoyo financiero 2043814 para la construcción de la segunda etapa del interceptor de aguas negras del río Tejo. Entre otras cosas: (i) el Ministerio se obligó a aportar a través del Fondo la suma de \$2.456.000.000<sup>47</sup>; (ii) el municipio<sup>48</sup> el monto de \$86.424.000, a realizar el proceso de selección y a celebrar contrato para ejecutar el proyecto según los esquemas y modelos definidos por las otras dos entidades públicas<sup>49</sup>, a obtener concepto de viabilidad del Ministerio en caso de modificaciones técnicas que implicaran la reprogramación total o parcial de las actividades o cantidades de obra aprobadas para dar viabilidad al proyecto. (iii) FONADE<sup>50</sup> se comprometió a suscribir el contrato de interventoría para supervisar el contrato a través del cual se debía desarrollar el proyecto<sup>51</sup>, a coordinar la labor de la interventoría, a realizar los pagos derivados del convenio de apoyo financiero directamente a los contratistas, previa aprobación del municipio y visto bueno del interventor<sup>52</sup>. Las partes acordaron que el Ministerio, a través de FONADE, podía abstenerse de efectuar cualquier desembolso en caso de que el municipio incumpliera cualquiera de las obligaciones pactadas<sup>53</sup>.

---

<sup>45</sup> Fls. 356 a 365, c.p. 2.

<sup>46</sup> Estas dos entidades vinculadas previamente a través del convenio marco 27 del 22 de octubre de 2004 (fl. 357, cp. 2).

<sup>47</sup> Cláusula segunda.

<sup>48</sup> Cláusula tercera.

<sup>49</sup> Se estipuló que el municipio debía remitir a la interventoría los documentos de la fase precontractual y contractual y en caso de que ésta presentara observaciones, el Ministerio podía abstenerse de financiar el proyecto hasta que fueran subsanados (cláusula 3.5).

<sup>50</sup> Cláusula cuarta.

<sup>51</sup> Cláusula décima.

<sup>52</sup> Cláusula séptima, párrafo primero.

<sup>53</sup> Cláusula séptima, párrafo tercero.



124. En cumplimiento de lo estipulado en ese convenio interadministrativo, el municipio desarrolló la licitación pública 3 de 2005 para contratar el *suministro de tubería accesorios y ejecución de las obras civiles de instalación de la tubería emisario final para la construcción de la segunda etapa del interceptor de aguas negras del río Tejo*<sup>54</sup>. En las condiciones técnicas se estableció que el objeto debía ser ejecutado de conformidad con los estudios, diseños y planos del proyecto, de acuerdo con las especificaciones técnicas generales y particulares<sup>55</sup> y se dispuso que se citaría a una visita obligatoria al sitio de la obra<sup>56</sup>.

125. En el pliego de condiciones se *recomendó* un anticipo del 30% del valor del contrato, se estableció que era responsabilidad del contratista contar con el personal y equipos necesarios para iniciar las labores y que en la obra debían estar presentes el director, el ingeniero residente, auxiliares de ingeniería y todo el personal requerido, incluyendo trabajadores sociales<sup>57</sup>. En punto a obras adicionales, se consignó que<sup>58</sup>:

*cuando por algún motivo se vaya a ejecutar actividad no prevista en el contrato, previamente de común acuerdo entre LA ALCALDÍA, LA INTERVENTORIA y el CONTRATISTA, se convendrán los precios, la forma de pago y las especificaciones correspondientes a través de una modificación del contrato. Por ningún motivo se ejecutarán trabajos sin haber sido previamente aprobados entre las partes. En todo caso, si el CONTRATISTA ejecuta trabajos sin antes acordar el precio respectivo, serán a riesgo propio y por esta razón no podrá hacer alguna reclamación posterior.*

126. El 18 de noviembre de 2005<sup>59</sup>, el municipio y el consorcio celebraron el contrato 55 para desarrollar el objeto señalado en el pliego de condiciones de la licitación pública que lo precedió, por un valor de \$2.326.969.910. El plazo se pactó en 9 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, hecho que tuvo lugar el 13 de febrero de 2006<sup>60</sup>. El expediente muestra que durante su ejecución y hasta antes de que el consorcio presentara una propuesta para que se cambiara la tubería de cemento por PVC —con el objeto de superar las dificultades que se habían presentado hasta ese entonces y de recuperar los tiempos perdidos— se presentaron las siguientes circunstancias:

127. **En cuanto al anticipo pactado:** a) hubo demora en el desembolso del porcentaje que debía ser consignado directamente por FONADE al contratista (\$672.163.773)<sup>61</sup>. Las partes acordaron que una vez celebrado el contrato, cumplidos los requisitos de ejecución y aprobado el programa de inversión del anticipo, dentro de los 30 días calendario siguientes, se entregaría al contratista el 30% del valor del contrato por ese concepto<sup>62</sup>. Según analizó el Tribunal y no fue refutado en esta instancia, la demora en el desembolso de esos recursos se debió, de una parte, a la tardanza del consorcio en entregar el programa de inversión y, de

<sup>54</sup> Fl. 62, c.p. 8.

<sup>55</sup> Fl. 51, c.p. 8.

<sup>56</sup> Fl. 23, c.p. 8.

<sup>57</sup> Fl. 52 y 53, c.p. 8.

<sup>58</sup> Fl. 54, c.p. 8.

<sup>59</sup> Fls. 344 a 355, c.p. 2.

<sup>60</sup> Fl. 337, c.p. 2.

<sup>61</sup> A través de otrosí 2, las partes acordaron incorporar un párrafo a la cláusula cuarta del contrato, para señalar que el valor sería cubierto de la siguiente forma: \$2.240.545.910 por FONADE y \$86.424.000 por el municipio. Se incorporó el párrafo tercero a la cláusula sexta para precisar que FONADE efectuaría el desembolso de \$672.163.773, a título de anticipo (fls. 368 a 370, c.p. 2). A través de otrosí 3, se precisó que respecto de los recursos provenientes del convenio de apoyo financiero 2043814 de 2004, el giro lo haría FONADE directamente al contratista, previa aprobación del municipio y visto bueno del interventor. Adicionalmente, se eliminó el párrafo primero de la cláusula novena que disponía que el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones del contratista no estaba supeditado al giro del anticipo (fls. 371 y 372, c.p. 2).

<sup>62</sup> Cláusula sexta del contrato.

otra, a retrasos del municipio para atender los requerimientos que FONADE hizo para hacer el desembolso del porcentaje que le correspondía. Finalmente, después de que el 5 de julio de 2006 las partes del contrato 055 suscribieran el otrosí 3, el día 25 siguiente el Fondo hizo la consignación<sup>63</sup>. b) el municipio no consignó el porcentaje que a él correspondía (\$25.927.200).

128. **En cuanto a los planos y diseños del proyecto.** Las pruebas que obran en el expediente dan cuenta de que los que fueron entregados por el municipio eran inconsistentes con lo que se encontró en el sitio de las obras, en tanto fueron elaborados en 1994<sup>64</sup>, por lo que para el año 2006 cuando se inició la ejecución del contrato se encontró, entre otras cosas, que sobre el trazado había construcciones no contempladas en esos documentos y que las cotas no eran coincidentes con las allí plasmadas. Esto dio lugar a que el contratista, en compañía de la interventoría, realizara levantamientos topográficos y que el 7 de abril de 2006, previa tratativas sobre este tema, propusiera que se rediseñaran los siguientes tramos del proyecto<sup>65</sup>:

129. Zonas entre los pozos 36 a 33 (zona de río detrás del cementerio), debido a construcciones encontradas sobre el alineamiento presentado en los planos, además de diferencias de niveles en la estructura a realizar en una parte de ese tramo que podía provocar represamientos del agua del río en época de lluvias. Se planteó la necesidad de realizar obras de contención para soportar y proteger el colector a realizar en otro tramo.

130. Zona entre pozos 70 y 73 y 73 a 936 (zona de avenida Francisco Fernández Contreras), debido a las dificultades de intervenir esa vía nacional, la geología del sector presentaba material de roca en todo el trazado lo que dificultaba los trabajos de excavación y generaba costos significativos para esa actividad, interceptación del trazado del colector con tres sumideros de agua lluvia, necesidad de reubicar estratégicamente el pozo 936 en tanto serviría para hacer otras conexiones.

131. Zona entre pozos 27 y 21 (zona de río detrás del barrio Urbanización Central), debido a la presencia del río durante todo el trayecto, la inconsistencia entre las memorias y planos y lo encontrado en terreno imponía la necesidad de rediseñar la estructura del viaducto y las obras de contención propuestas.

132. Zona entre pozos 16 y 6 (zona ubicada entre los barrios La Costa y Villa Nueva), debido a las grandes alturas de excavación que oscilaban entre los 5 y 6 metros, lo estrecho de las calles, la variedad de redes existentes (acueducto, alcantarillado y telefónicas), la presencia de viviendas en mal estado. Propuso analizar la posibilidad de variar el trazado por uno que generara menores riesgos e inconvenientes y que pudiera beneficiar a zonas no previstas dentro del proyecto.

133. De conformidad con el informe 1 de interventoría que comprendió el periodo transcurrido entre el 13 de febrero y el 31 de julio de 2002<sup>66</sup>, hubo necesidad de rediseñar los 3 pasos de viaductos por parte del municipio, por obstaculizar el paso del río y quitarle capacidad hidráulica, corriendo el riesgo de que las estructuras planteadas se desestabilizaran con la acción del agua.

<sup>63</sup> Así lo señaló la interventoría en comunicación que obra de folios 883 a 888 del c. 3.1 y es concordante con la información reseñada por el contratista en comunicación obrante de folios 632 a 634, c.p. 7.

<sup>64</sup> Además de otras pruebas que dan cuenta de ello, así lo mencionó expresamente el municipio en oficio del 26 de diciembre de 2012 (índice 105, archivo 39, págs. 311 a 289, SAMAI T.A)

<sup>65</sup> Comunicación del 7 de abril de 2006, fls. 698 (reverso) y 699, c.p. 14.

<sup>66</sup> Fls. 1084 a 1189, c.p. 115.

134. El expediente da cuenta de que hasta el 30 de junio de 2006 se informó acerca de la decisión del municipio de adelantar los diseños que serían realizados por él<sup>67</sup>; que el 11 de julio, el contratista insistió en la necesidad de que se aprobaran los nuevos diseños<sup>68</sup> —se infiere que se refería a los de las zonas entre los pozos 16 y 6<sup>69</sup>— y manifestó que la indefinición sobre este aspecto afectaba el suministro de la tubería, la cual no había sido entregada debido a los posibles cambios que se podían presentar<sup>70</sup>; que en varias oportunidades el contratista señaló la demora en la entrega de los diseños, aspecto que también fue requerido por la interventoría al municipio<sup>71</sup>; así mismo, las pruebas muestran que para agosto de 2006, algunos de los diseños ya se habían entregado, por lo cual se solicitó al municipio que lo formalizara<sup>72</sup>.

135. **En cuanto a la definición de precios de nuevos ítems.** Las modificaciones que se hicieron al proyecto en atención a la inconsistencia de los planos y diseños con lo encontrado en el sitio de la obra dieron lugar a que surgieran nuevos ítems. Se encuentra acreditado que hubo demoras en su aprobación, debido a que la interventoría consideró que los precios propuestos por el contratista eran muy elevados en relación con el mercado en el que se desarrollaban las obras<sup>73</sup>. El 30 de abril de 2006, el contratista solicitó aprobación de ítems de las actividades de localización y replanteo, excavación manual bajo agua en material común y excavación manual en roca<sup>74</sup>. Después de varias comunicaciones cruzadas entre las partes<sup>75</sup>, el 7 de julio de 2006 la interventoría y el contratista suscribieron el acta de aprobación de ítems y fijación de precios<sup>76</sup>. El 31 de agosto de 2006, el consorcio solicitó estudio de aprobación para actividades de solado en concreto (incluye grava de río), explanación y conformación de río con máquina y rejilla metálica para sumidero<sup>77</sup>. En relación con estos ítems, también se encuentra que en varias oportunidades la interventoría observó que los costos eran mayores a los precios del mercado<sup>78</sup>. Hasta septiembre de 2006 no se había llegado a acuerdo al respecto.

136. **En cuanto a falta de entrega de materiales.** El 11 de mayo de 2006, el contratista manifestó a la interventoría dificultades en la consecución de los anillos de caucho para instalar la tubería en concreto. Dijo que se había hecho el pedido, pero que se demoraba 20 días hábiles<sup>79</sup>. La interventoría respondió que esos materiales los había solicitado apenas el 30 de abril<sup>80</sup>. El consorcio también expresó dificultades en la consecución del material triturado por los problemas que

<sup>67</sup> Así se consignó en acta de reunión de esa fecha (fl. 172, c.p.12)

<sup>68</sup> Debido a que en reunión del 6 de julio la interventoría manifestó que no estaba de acuerdo con los rediseños porque existía viabilidad del proyecto como fue contratado y que las modificaciones debían ser viabilizadas por FONADE y el Ministerio, según lo estipulado en el convenio de apoyo financiero (fls. 66 a 68, cp. 11)

<sup>69</sup> Porque las causas en las que fundó su petición están relacionadas con las que se manifestaron en la comunicación del 7 de abril de 2006 en relación con este tramo.

<sup>70</sup> Fls. 61 y 62, c.p. 11. En comunicación del 26 de julio de 2006, la interventoría manifestó que en reunión del 6 de julio el municipio había informado que ya había contratado los rediseños de los pasos especiales y que se estaban realizando y que se tenía conocimiento de que no afectarían el trazado, por lo que no se modificaban las cantidades de tubería que el contratista debía suministrar; asimismo, señaló que la falta de estos diseños no impedía avanzar en las obras al 60% restante del proyecto (fls. 66 a 68, c.p. 11)

<sup>71</sup> De ello dan cuenta, entre otros, los siguientes documentos:

<sup>72</sup> En actas de reuniones de 11 y 18 de agosto se solicitó que se formalizara la entrega de los diseños que se había realizado de manera parcial por parte del municipio (fls. 174 y 175, c.p. 12)

<sup>73</sup> Entre otras, para el periodo al que se refiere este párrafo, esta observación se dejó consignada en comunicaciones que obran los siguientes folios: 37 a 39, cp 11, 543, cp. 7. A este mismo aspecto se refirió la interventoría en el informe 1.

<sup>74</sup> Fl. 29, c.p. 11.

<sup>75</sup> Fls. 37 a 39, cp 11; 687, cp. 14; 50 y 51, cp. 11; 373 y 374; 237 a 39, cp 11; 678 y 679, cp. 14; 678 y 679, cp. 14;

<sup>76</sup> Fl. 373 y 374, c.p. 2.

<sup>77</sup> Fls. 57, c.p. 11.

<sup>78</sup> 74 y 75m, c.p. 11; 594 y 595, c.p. 7; 529, c.p. 14; 625, cp. 7.

<sup>79</sup> Fls. 535, c.p. 7.

<sup>80</sup> Fl. 52 a 55, c.p. 11. Posteriormente, el contratista reiteró que debido al incumplimiento del proveedor en la entrega de estos implementos se había afectado el rendimiento de los trabajos (fls. 47 a 49, c.p. 11)

presentaba la única planta trituradora de la región, lo que implicó que las actividades de soldado de concreto se paralizaran con un efecto dominó para las demás<sup>81</sup>. La interventoría manifestó que, si bien la escasez del material triturado interfirió en aproximadamente 20 días, lo cierto era que durante este periodo se podían realizar otras actividades, pero el contratista no las adelantó, añadió que la propuesta de cambio de este material por grava lavada no podía aceptarse por ser más costosa y de menor calidad<sup>82</sup>.

137. **En cuanto a la época invernal y derrumbes.** En varias oportunidades el contratista manifestó que debido a las lluvias que se estaban presentando se generaron derrumbes en varias zonas, se afectaba el material y se dificultaba el desarrollo de los trabajos. La posición de la interventoría frente a estos aspectos fue que los derrumbes se habrían originado porque el contratista dejaba excavaciones abiertas sin entibar, que los entibados realizados no estaban bien ejecutados, que para su construcción se había utilizado madera de mala calidad, que se los había retirado antes de tiempo y que se los había cargado con peso que no debían soportar<sup>83</sup>.

138. **En cuanto a rotura de redes.** El contratista manifestó a la interventoría que, dado que no había información suficiente respecto del trazado de redes domiciliarias existentes, se habían presentado varios daños que tuvo que reparar y asumir con sus propios recursos. La interventoría señaló que esos daños se debían a falta de cuidado en la ejecución de las obras<sup>84</sup>.

139. **En cuanto a la falta de pago de actas parciales de obra en la proporción correspondiente al municipio.** El acta parcial de obra 1 corresponde al periodo comprendido entre el 13 de febrero y el 31 de julio de 2006, cuando se suscribió<sup>85</sup>. De conformidad con la información obrante en el plenario, el primer cierre se había programado para el 30 de abril de 2006, dado que a ese momento solo había un avance del 2% de la obra, se acordó hacerlo el 30 de mayo; no obstante, a 28 de junio de ese año el contratista no había presentado la información<sup>86</sup>. La factura de venta 005 emitida por el consorcio a nombre del municipio correspondiente a esta acta se expidió el 10 de octubre de ese año<sup>87</sup> y la 010 a nombre del Fondo, el 10 de noviembre siguiente<sup>88</sup>. El municipio no hizo el pago, FONADE lo hizo el 11 de diciembre de 2006<sup>89</sup>. Hasta septiembre de 2006 no se habían presentado más actas.

140. Con fundamento en lo acontecido en relación con el desembolso del anticipo, la variación de los diseños y la temporada de lluvias, el contratista solicitó la suspensión de los trabajos<sup>90</sup>; no obstante, la interventoría no conceptuó favorablemente<sup>91</sup>.

141. En el informe de interventoría 1, se consignaron las anteriores circunstancias y otras más; asimismo, se anotó que la obra presentaba un gran atraso porque solo se había avanzado en un 19%, cuando para ese momento debía haberse ejecutado

---

<sup>81</sup> Fls. 42 y 43, c.p. 11;

<sup>82</sup> Fls. 52 a 55, c.p. 11 y 891, c. 3.1

<sup>83</sup> Fls. 891, c. 3.1;

<sup>84</sup> Fls. 50 y 51; 61 a y 62. c.p. 11.

<sup>85</sup> Fls. 66 a 70, c. 3.

<sup>86</sup> Fls. 542, c.p. 7; 46 a 49, 52 a 55 c.p. 11.

<sup>87</sup> Fls. 421, c. 4.1. No tiene nota de recibido por parte del municipio.

<sup>88</sup> Fl. 97, c.p. 3

<sup>89</sup> Fl. 131, c.p. 3.

<sup>90</sup> Fls. 530 a 534 c.p. 7

<sup>91</sup> Fl. 381, c. 5.1

aproximadamente el 52% de los trabajos. La interventoría consideró que, *en parte*, el retraso se debía a la poca disponibilidad y retardo en la llegada de los materiales, el poco personal<sup>92</sup>, los pocos frentes de trabajo y la falta de equipo necesario para el buen desarrollo de la obra.

142. Ocurredas todas las circunstancias que hasta ahora se han descrito, el 26 de septiembre de 2006<sup>93</sup> el contratista presentó ante el municipio una propuesta para que se cambiara la tubería en concreto por tubería PVC. Explicó los beneficios técnicos que representaba esta variación y afirmó que adoptarla beneficiaría a la comunidad y al proyecto, en la medida que permitiría *ahorrar tiempos preciosos que se han perdido por todos los inconvenientes ya conocidos*. Específicamente, se refirió a las dificultades presentadas en torno a la existencia de construcciones en el trazado que no estaban señaladas en los planos por ser posteriores a su elaboración, calles angostas y grandes profundidades, presencia de redes de acueducto, alcantarillado y teléfono y, en general, a la *infinidad de problemas* que hasta ese momento se habían presentado.

143. El 29 de septiembre de 2006<sup>94</sup>, el contratista presentó la propuesta económica y la documentación para estudio y análisis del cambio de tubería. El 13 de octubre, la interventoría informó al FONADE acerca de la propuesta y dio su concepto<sup>95</sup>. El 7 de noviembre<sup>96</sup>, el Fondo mencionó que el consorcio contempló 5 meses para la ejecución de las obras, con 4 sectores de trabajo<sup>97</sup>, conceptuó que la propuesta era favorable, siempre y cuando el contratista garantizara el suministro del triturado o gravilla de lava cernido de río con las densidades especificadas y no se generaran nuevos precios relacionados con la instalación de esa tubería. Advirtió que se debían respetar los anchos de zanja establecidos en el cálculo para efectos del pago, independientemente de su profundidad y anunció que el Ministerio debía aprobar la modificación.

144. El 9 de noviembre de 2006<sup>98</sup>, las partes acordaron suspender el contrato por un término de 67 días para que se definiera acerca del cambio de tubería propuesto. Estipularon que la suspensión no modificaba las condiciones de plazo, precio y ajustes del contrato. El día 11 siguiente<sup>99</sup>, el Fondo señaló que como requisito indispensable para evaluar la propuesta se requería contar con el estudio detallado para la cimentación de los colectores en PVC, así como con el recálculo de cantidades de obra y presupuesto.

145. El 4 de diciembre<sup>100</sup>, el consorcio presentó las siguientes aclaraciones al proyecto: (i) la propuesta es acorde con los planos y diseños entregados al contratista por el municipio; (ii) la tubería a modificar es la comprendida entre los pozos 32 al 1 (indicó la longitud y diámetro). Las demás zonas no serán objeto de variación (avenida Francisco Fernández Contreras); (iii) el inicio del programa está

<sup>92</sup> Se consignó que el personal había ido disminuyendo y que a ese momento solo se contaba con 2 maestros, 2 oficiales y con 25 obreros, personal insuficiente para una obra de esta magnitud.

<sup>93</sup> Fls. 592 y 593, c.p. 7.

<sup>94</sup> Fls. 626, c.p. 14.

<sup>95</sup> Fls. 7 y 77, c.p. 11.

<sup>96</sup> Fls. 87 a 90, c.p. 11.

<sup>97</sup> Sector 1 Pozo 33 a 36 – Viaducto Villa Luz – santa Eudocia, 2.5 meses adicionales para su ejecución.

Sector 2 – Pozo 33 a 17 Santa Eudocia – La Favorita. 3.5 meses de ejecución (requiere mínimo 4 frentes de trabajo)

Sector 3 Pozo 17 al 1 La Favorita – Calderon de la Barca, 3.5 meses de ejecución, pero inicia desde el mes 2 de la adición, entonces 5 meses (requiere mínimo 3 frentes de trabajo).

Sector 4 Avenida Francisco Fernández de Contreras, 4.5 meses adicionales.

<sup>98</sup> Fl. 378 y 379, c.p. 2.

<sup>99</sup> Fl. 531, c. 5.1.

<sup>100</sup> Fls. 592 y 593, c.p. 14.

condicionado a la aprobación de la propuesta y a la legalización de la documentación necesaria; (iv) la propuesta no varía las cantidades y los precios contratados; (v) para el recibo y pago de las cantidades de obra, el metro lineal y de instalación de la tubería en concreto es equivalente al metro lineal de tubería e instalación de PVC; (vi) los anchos de zanja para excavaciones no varían de forma significativa, por lo cual no hay incremento de cantidades; (vii) el contratista se comprometió a ejecutar los trabajos en el tiempo establecido en el cronograma presentado y a implementar nuevos frentes de trabajo con el personal necesario para tal fin, a mantener los precios de la tubería PVC y asumió los costos adicionales que en ese material se presentaran por variaciones del mercado.

146. Una vez entregados los documentos requeridos por FONADE<sup>101</sup>, éste los remitió al Ministerio, entidad que el 12 de enero de 2007<sup>102</sup> avaló la modificación de la tubería bajo la condición de que el contratista garantizara que no se generarían nuevas ni mayores cantidades de obra que incrementaran los costos o que las cantidades estuvieran incorporadas dentro del presupuesto analizado. El 15 de enero<sup>103</sup> las partes suscribieron el acta de reinicio y el día siguiente<sup>104</sup> la prórroga por el término de 5 meses contados a partir del vencimiento del plazo inicialmente pactado. Se señaló que los demás términos del contrato permanecerían iguales.

147. A partir de los hechos reconstruidos hasta este punto, la Sala encuentra que a pesar de que la propuesta del contratista de cambiar la tubería en concreto por PVC no comprometía la totalidad de los sectores de la obra, lo cierto es que con ella se procuró -entre otras cosas- recuperar el tiempo que se había perdido en la ejecución del contrato por efecto de todas las circunstancias previas que se habían presentado, para lo cual se amplió en 5 meses el plazo para desarrollar en su totalidad el objeto pactado; paralelamente el consorcio se comprometió a implementar nuevos frentes de trabajo con el personal necesario para lograr ese propósito. En estas condiciones, resulta inaceptable que el demandante pretenda continuar excusando los incumplimientos en los que incurrió con posterioridad a esas renegociaciones, con base en las circunstancias que se buscaron remediar con ellas.

148. Esta Subsección<sup>105</sup> ha destacado que la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido exige verificar una relación de causalidad directa y actual entre el incumplimiento del demandante y la resistencia del demandado, por lo cual no puede edificarse sobre irregularidades pretéritas o históricas, sino que exige la demostración de incumplimientos actuales, concurrentes y de tal gravedad que hagan objetivamente inexigible la prestación propia en el momento en que esta debe ejecutarse.

149. En el mismo sentido, ha señalado que la excepción no puede ser invocada por quien, con pleno conocimiento de esas faltas pretéritas, las ha tenido por superadas al suscribir modificaciones contractuales posteriores que redefinen los plazos, alcances y condiciones de ejecución, generando en la contraparte la legítima expectativa de que tales hechos no volverán a ser alegados como obstáculo para el cumplimiento de la prestación bajo las nuevas condiciones pactadas; de manera que salvo que se alegue y acredite la existencia de un vicio del consentimiento, o

---

<sup>101</sup> Fls. 664 y 665, c.p y 7715 y 719 c.p. 14.

<sup>102</sup> Fls. 552, c.p. 13

<sup>103</sup> Fls. 380 y 381, c.p. 2.

<sup>104</sup> Fls. 382 y 383, cp. 2.

<sup>105</sup> Sent. 72407 (párr. 53), feb. 138/2026. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.

que los incumplimientos anteriores no fueron efectivamente superados por las renegociaciones y que, pese a la diligencia exigible, no era razonable conocer su subsistencia al momento de suscribir las modificaciones, las faltas anteriores de la contraparte no pueden servir de excusa para dejar de cumplir cuando se ha aceptado continuar la ejecución bajo otros términos, reconociendo que esas nuevas condiciones resultan suficientes para garantizar la prestación correspondiente<sup>106</sup>.

150. Precisa la Sala que durante el periodo que transcurrió entre el momento en el que se presentó la propuesta de cambio de tubería en concreto por tubería PVC y la fecha en que esa modificación se aprobó y aquella la en la que se amplió el plazo de ejecución del contrato se siguieron presentado varias de las dificultades antes mencionadas<sup>107</sup>. Sin desconocer que algunas de esas situaciones podrían constituir incumplimientos atribuibles al demandado, lo cierto es que no pueden justificar las inobservancias en las que el contratista incurrió con posterioridad a esos acuerdos. Ello obedece a que precisamente las negociaciones realizadas por las partes tuvieron por objetivo superar esos inconvenientes mediante la redefinición de condiciones técnicas y temporales que permitieran la ejecución del contrato en el nuevo contexto acordado.

151. Se añade que, aun cuando entre la fecha en la que el contratista presentó su propuesta —26 de septiembre de 2006— y aquella en la que se suscribió la prórroga que se derivó de ella —16 de enero de 2007— transcurrieron aproximadamente 3 meses, lo cierto es que, de una parte, durante 67 días de ese tiempo el contrato estuvo suspendido por acuerdo de las partes y, de otra, al momento de acordar la ampliación del plazo el consorcio no hizo ninguna manifestación en cuanto a que las circunstancias técnicas, de suministro de materiales, de diseños, de flujo financiero, temporales o de cualquier otra índole que tuvo en cuenta para hacerla hubiesen variado en ese periodo. En cambio, se avino a suscribir la ampliación del plazo en el término que fue propuesto por él.

152. Establecido lo anterior, la Sala pasa a analizar si, tras el acuerdo de prórroga, los incumplimientos del contratista se debieron a posteriores incumplimientos del municipio.

153. A través de comunicación del 13 de mayo de 2007, radicada ante el municipio al día siguiente<sup>108</sup>, el consorcio informó que *a partir del 14 de mayo se SUSPENDERÁ LA EJECUCIÓN DE LAS LABORES DEL CONTRATO*. Como fundamento, expresó que el demandado había incurrido en varias desatenciones que le causaron detrimento patrimonial, dado que no había resuelto favorablemente varias de sus peticiones conduciéndolo a la *necesidad* de adoptar esa determinación hasta tanto se resolvieran de manera definitiva todos los inconvenientes presentados por *culpa y negligencia de la administración y hasta tanto los entes de control (...) evalúen el perjuicio causado por la alcaldía*.

154. Señaló que las causas que condujeron al contrato a ese escenario fueron las siguientes: (i) el anticipo, por desembolso parcial tardío y falta de entrega del resto de los recursos; (ii) incumplimiento de pago de actas parciales de obra. Se refirió a

---

<sup>106</sup> Ídem.

<sup>107</sup> El expediente muestra que durante este periodo: el municipio no desembolsó del porcentaje de anticipo correspondiente, tampoco pagó el valor del acta 1 que estaba a su cargo, hizo entrega de diseños pero de manera parcial, continuaron las dificultades con el suministro de materiales, la aprobación de nuevos ítems, las afectaciones por lluvias, los derrumbes, la rotura de tuberías, igualmente, la interventoría se siguió negando a suspender el plazo del contrato por estos aspectos.

<sup>108</sup> Fls. 422 y 423, c.p. 13.

la falta de pago de los porcentajes correspondientes al municipio y a su supuesta negligencia para suscribirlas de manera oportuna para que fueran pagadas por FONADE; iii) trazado topográfico y diseño definitivo. Dijo que las inconsistencias en relación con esta materia incrementaron los costos del contrato, aspecto que no había sido reconocido por la administración; iv) creación de nuevos ítems e *inflexibilidad* de la interventoría sobre su valor y respecto del suministro oportuno de material; y (v) restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Señaló que presentó una petición el 1.º de marzo de 2006 que no se contestó y que dio lugar a que se configurara el silencio administrativo positivo.

155. Por las razones que pasan a exponerse, la Sala no encuentra que el contratista se hubiese allanado a cumplir, pero que las inobservancias que atribuye al municipio le hubieren impedido de manera absoluta ejecutar sus labores, al punto de verse compelido a paralizar unilateralmente su ejecución.

156. Varias de las comunicaciones emitidas por la interventoría, así como los informes 2 a 5 elaborados por ella, dan cuenta de que, a pesar de que en las negociaciones que hicieron las partes para remediar los atrasos de la obra el contratista se comprometió a abrir nuevos frentes de trabajo y a mantener el personal necesario para cumplir el contrato en el tiempo propuesto, esto no ocurrió, a lo que se añade que tampoco contaba con la maquinaria necesaria para desarrollar las actividades.

157. El expediente muestra que después de que inició a computarse el plazo adicional del contrato, en reiteradas ocasiones la interventoría requirió al contratista por la insuficiencia de personal, frentes de obra y equipos para adelantar los trabajos en el tiempo convenido. De ello dan cuenta, entre otros documentos, el acta de comité de trabajo y el acta de seguimiento del 2 de marzo de 2007<sup>109</sup>, la comunicación del día 21 de ese mismo mes, en la que la interventoría manifestó su preocupación porque desde comienzo de esa semana la mayoría del personal había suspendido las labores<sup>110</sup>, así como la del día 28 siguiente en la que se mencionó que el personal se había disminuido a la mitad<sup>111</sup>.

158. De estos aspectos se dejó constancia en los informes de interventoría 3 a 5. En el informe 3<sup>112</sup> —periodo: 1 de noviembre de 2006 a 31 de enero de 2007— se consignó que el personal y la maquinaria eran insuficientes, igual que los frentes de trabajo. En el 4<sup>113</sup> —periodo: 1 de febrero y el 21 de marzo de 2007— se señaló que hubo parálisis de la obra por la renuncia del personal en general (obreros, maestros, tecnólogos e ingeniero residente) y que solo se contaba con 1 ingeniero residente de medio tiempo. En el 5<sup>114</sup> —periodo: 22 de marzo a 21 de abril de 2007— se insistió en la falta de personal, de frentes de trabajo y de maquinaria suficientes para desarrollarlos, y se anotó que el director de la obra no se hacía presente y que después de la renuncia del personal no había sido fácil retomar la obra que venía atrasada desde finales del mes de marzo.

159. En todos estos informes la interventoría consignó que el retraso de las obras se debía, en parte, a la poca disponibilidad de personal, al retardo en la llegada de los materiales, los pocos frentes de trabajo y de equipo necesario para el buen

---

<sup>109</sup> Fls. 135 a 142, c.p. 4.

<sup>110</sup> Fls. 1321 a 1375, c.p. 16

<sup>111</sup> Fls. fl. 695, c.p. 7

<sup>112</sup> Fls. 1259 a 1319, c.p. 16

<sup>113</sup> Fls. 1321 a 1375, c.p. 16

<sup>114</sup> Fls. 1377 a 1421, c.p. 16



desarrollo de las labores. A partir del material probatorio obrante en el plenario no es posible concluir que estos aspectos se encuentren su origen, de manera actual y directa, en los incumplimientos que se atribuyen al municipio:

160. **En cuanto a la falta de desembolso de la porción del anticipo correspondiente al municipio.** Está acreditado que durante esta fase del contrato el demandando no cumplió con este compromiso. Sin embargo, este hecho no permite concluir de manera automática que dicha omisión hubiese impedido razonablemente al contratista contar con el personal y la maquinaria requeridos para la ejecución de los trabajos en el tiempo reprogramado, especialmente, si se tiene en cuenta que para ese momento ya se había efectuado el desembolso del 96.3% del anticipo que le correspondía consignar a FONADE (\$672.163.773)<sup>115</sup> —así como el porcentaje del valor del acta de obra 1 correspondiente al Fondo<sup>116</sup>— y que no obran pruebas en el expediente que permitan establecer que el saldo restante a cargo del municipio —equivalente al 3,7 % (\$25.927.200)—, pese a su reducida cuantía frente a los recursos ya entregados, hubiese tenido la entidad suficiente para colocar al contratista en imposibilidad de cumplir, aun en el evento de haberse allanado a hacerlo.

161. No se desconoce que el anticipo está concebido como un mecanismo de apalancamiento financiero del contrato; sin embargo, esto no conduce indefectiblemente a colegir que la no entrega de una porción reducida de esos recursos impida al contratista cumplir sus obligaciones. Una conclusión en tal sentido exige la acreditación, a partir de la contabilidad del contrato o de otros medios de prueba idóneos, de que la no entrega del saldo pendiente —equivalente a \$25.927.200— tuvo incidencia directa y determinante en la imposibilidad del consorcio de atender las obligaciones relativas a la provisión de personal y maquinaria. No obstante, en el expediente no obra elemento demostrativo alguno que conduzca con certeza a ese resultado.

162. Las pruebas documentales dan cuenta del transcurrir de la ejecución del contrato, no de su contabilidad; las testimoniales hacen alusión, principalmente, a la incompatibilidad de los diseños con el sitio de las obras y las circunstancias que de ello se derivaron; ninguno de los 5 dictámenes periciales permite establecer cómo la falta de desembolso de \$25.927.200 correspondientes al anticipo a cargo del municipio impidió al contratista cumplir sus obligaciones:

163. En los procesos radicados bajo los números 540012331000200700176<sup>117</sup>, 540012331000200800269<sup>118</sup> y 540012331000200900325<sup>119</sup> se solicitó que se decretaran y practicaran unos dictámenes periciales, entre otras cosas, con el objeto de establecer la alteración del equilibrio económico del contrato como consecuencia de la *mora en el pago del anticipo*. Dado que una cosa es la alteración del sinalagma contractual y otra la excepción de contrato no cumplido, lo dicho sobre ese primer aspecto por los expertos no conduce a establecer la configuración del segundo.

164. En el proceso 540012331000200800300<sup>120</sup>, entre otras cosas, la prueba pericial tuvo por objeto determinar *de qué forma el retraso en 5 meses del pago del valor del anticipo, incidió en la ejecución del contrato*. La temporalidad indicada para

<sup>115</sup> Desembolso hecho el 25 de julio de 2006.

<sup>116</sup> Pago realizado el 11 de diciembre de 2006.

<sup>117</sup> Fls. 849 a 861, c. 1.2

<sup>118</sup> Fl. 496, c. 2.1

<sup>119</sup> Fls. 455 c. 5.1 y 545, c. 5.1

<sup>120</sup> Fl. 28, c. 4.

la práctica de la prueba quedó subsumida en lo resuelto por el Tribunal y no discutido en esta instancia en cuanto a que hasta el 5 de julio 2006<sup>121</sup> el contratista no podía excusar sus incumplimientos en la falta de desembolso del anticipo, a lo que se añade que la mora a la que se refiere ocurrió y se superó antes de que se suscribiera la prórroga con la que se buscaron subsanar todas las afectaciones de tiempo sufridas hasta ese momento.

165. En el proceso 540012331000200800029<sup>122</sup>, se solicitó decretar un dictamen pericial en el que, entre otras cosas, se determinara cuáles fueron las causas que ocasionaron la paralización del contrato y si éstas fueron imputables al municipio. Al pronunciarse sobre estas cuestiones, el perito afirmó que tales causas obedecieron *al incremento en los costos del contrato tales como el material suministrado y mano de obra, como consecuencia de la mora en la entrega del anticipo ...*” y aseveró que el retraso en el pago del anticipo *por 5 meses* influyó en *el cronograma de actividades que se tenía trazado para cumplir con el mismo tiempo estipulado, induciendo en costos financieros que se incrementan al no poder cumplir con el suministro de bienes y servicios de una manera normal lo que lleva a entorpecer el normal desarrollo del contrato y su terminación en el tiempo estipulado*. Al respecto:

166. La Sala precisa que la imputabilidad de la responsabilidad es un aspecto de derecho que corresponde determinar al juez. El dictamen pericial está encaminado a que un experto en la materia lo ilustre sobre hechos que requieran conocimientos técnicos, científicos o artísticos especiales, para que aquél proceda a aplicar el derecho correspondiente.

167. La prueba pericial a la que acaba de hacerse referencia no ofrece elementos que permitan al juez concluir que la falta de desembolso del porcentaje del anticipo correspondiente al municipio hubiere puesto al contratista en imposibilidad de cumplir sus obligaciones porque: a) el perito que lo rindió es un ingeniero civil, por lo cual, si bien podía dictaminar sobre aspectos técnicos del contrato, no tenía las calidades para hacerlo respecto de asuntos económicos, contables o financieros del negocio jurídico. En todo caso, b) la prueba no se refiere al aspecto tratado en este acápite, sino al retraso en el desembolso del anticipo por 5 meses; y c) el perito se limitó a hacer una serie de aseveraciones sin explicar el origen de su dicho.

168. **En cuanto a la falta de pago de las actas parciales de obra en los porcentajes correspondientes al municipio.** Consta en el proceso que el municipio no pagó el porcentaje que a él correspondía; sin embargo, tampoco respecto de este asunto obra prueba en el expediente que permita establecer que esta desatención hubiese impedido al contratista cumplir sus obligaciones. FONADE pagó al contratista el porcentaje correspondiente al 96,29% de cada acta parcial de obra, al municipio correspondía saldar el excedente, esto es, el 3.71%<sup>123</sup>:

---

<sup>121</sup> Cuando se suscribió el otrosí 3, por medio del cual se suprimió el parágrafo 1. ° de la cláusula novena que establecía que el cumplimiento de las obligaciones del consorcio no estaba supeditado a la entrega de esos recursos.

<sup>122</sup> Fls. 970 a 988, c. 3.

<sup>123</sup> No se incluye el acta de obra parcial 5, por cuanto fue presentada para revisión final el 1 de mayo de 2007 (13 días antes de que el contratista se retirara de la obra) y no ha sido pagada (fl. 451, c.p. 13)

| Acta parcial de obra | Valor total      | Monto a cargo de FONADE | Monto a cargo del municipio | Total pagado por FONADE         |
|----------------------|------------------|-------------------------|-----------------------------|---------------------------------|
| 1 <sup>124</sup>     | \$125.119.263,59 | \$120.472.315,99        | \$4.646.947,60              | \$108.425.083,99 <sup>125</sup> |
| 2 <sup>126</sup>     | \$166.015.042,00 | \$159.849.220,00        | \$6.165.822,00              | \$142.864.298 <sup>127</sup>    |
| 3 <sup>128</sup>     | \$266.677.629,51 | \$256.773.183,66        | \$9.904.445,60              | \$256.773.183,66 <sup>129</sup> |
| 4 <sup>130</sup>     | \$252.750.824,41 | \$243.363.621,94        | \$9.387.202,27              | \$243.363.621,94 <sup>131</sup> |
| TOTAL                | \$810.562.759,51 | \$780.458.341,59        | \$30.104.417,47             | \$751.426.187,59                |

169. Las pruebas que obran en el expediente no permiten determinar que la falta de pago por parte del municipio del monto total de \$30.104.417,47 hubiese puesto al consorcio en imposibilidad de disponer del personal y la maquinaria necesarios para ejecutar las obras en los tiempos propuestos, pues tampoco en relación con este aspecto se encuentra en el expediente una prueba destinada a acreditar este aspecto.

170. Se precisa que en el proceso 540012331000200800029 se pidió que, a través de la prueba pericial, se determinara el valor de las actas parciales pagadas por FONADE y el valor que dejó de cancelar el municipio, datos que, además de que obran en el expediente, tampoco conducen a concluir por sí solos que hubieren derivado en la imposibilidad del contratista de cumplir sus obligaciones.

171. En el proceso 540012331000200800300 se solicitó que se decretara y practicara una prueba pericial, entre otras cosas, para establecer, de conformidad con el convenio de apoyo financiera, el porcentaje del precio del contrato que debía ser pagado por FONADE y el que debía ser asumido por el municipio, así como el daño emergente y el lucro cesante derivados del incumplimiento del municipio en el pago de las actas parciales de obra, no se solicitó que se estableciera si esta desatención puso al consorcio en imposibilidad de cumplir sus compromisos.

172. En los dictámenes periciales solicitados y practicados en los demás procesos no se hizo alusión a este aspecto.

173. **En cuanto a la demora del municipio para adelantar los trámites para el pago de las actas parciales de obra por parte de FONADE.** Las pruebas que reposan en el proceso no permiten establecer que el municipio se hubiere tardado de manera injustificada en aprobar las actas de obra para que FONADE procediera al pago en el porcentaje que le correspondía. Lo que está acreditado es que, al menos, en el caso de las actas parciales 1 a 3 fue el contratista el que se demoró en presentarlas al demandado, puesto que lo hizo por fuera de los 5 días establecidos en la cláusula quinta del contrato, por lo cual fue requerido en varias oportunidades por la interventoría<sup>132</sup>. En el siguiente cuadro se muestran las fechas de cierre de cada acta y las de presentación para su aprobación.

<sup>124</sup> Fls. 98 a 102, c. 3.  
<sup>125</sup> La factura se emitió por valor de \$72.283.390, en consideración a que se hizo la amortización del anticipo por la suma de \$36.141.695 y se descontó \$12.047.232, por concepto de retención en garantía (fl. 97, c. 3).  
<sup>126</sup> Fls. 104 a 107, c. 3.  
<sup>127</sup> La factura se emitió por valor de \$95.909.582, en consideración a que se hizo la amortización del anticipo por la suma de \$47.964.766 y se descontó \$16.984,22 por concepto de retención en garantía (fl. 103, c. 3).  
<sup>128</sup> Fls. 109 a 112, c. 3.  
<sup>129</sup> La factura se emitió por valor de \$179.741.228,56, saldo resultante después de restar el monto de \$77.031.955,10 por concepto de amortización del anticipo (fl. 108, c. 3).  
<sup>130</sup> Fls. 114 a 118, c. 3.  
<sup>131</sup> La factura se emitió por valor de \$170.354.535,36, saldo resultante después de restar el monto de \$73.009.086,58 por concepto de amortización del anticipo (fl. 108, c. 3).  
<sup>132</sup> Así se dejó consignado en los informes de interventoría 1 y 2.

174. Además, al tomar en consideración que las partes estipularon un plazo de 30 días calendario para el pago —para lo cual era necesario presentar la respectiva factura de venta<sup>133</sup>— no es posible establecer que los desembolsos realizados por el Fondo hubiesen superado ese término, pues, salvo en el caso de la factura correspondiente al acta 1, se desconoce la fecha exacta de la radicación de cada uno de estos documentos e incluso varias de esas facturas no tienen fecha de expedición:

| Acta <sup>134</sup> | Fecha de corte | Fecha de presentación ante municipio o interventoría | Fecha de desembolso realizado por FONADE <sup>135</sup> |
|---------------------|----------------|------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------|
| 1 <sup>136</sup>    | 31/07/2006     | 19/10/2006                                           | 11/12/2006                                              |
| 2                   | 31/10/2006     | 28/12/2006 <sup>137</sup>                            | 12/02/2007                                              |
| 3                   | 31/01/2007     | 5/03/2007 <sup>138</sup>                             | 4/04/2007                                               |
| 4                   | 21/03/2007     | 23/03/2007                                           | 30/04/2007                                              |

175. Respecto del acta parcial de obra 1, resulta pertinente mencionar que la factura que se expidió a nombre de FONADE data del 10 de noviembre de 2006 y se radicó ante esa entidad el día 27 siguiente, por lo cual entre esa fecha y la del desembolso de los recursos no se observa que hubieren transcurrido un término superior al de 30 días pactado por las partes. Con todo, resulta pertinente mencionar que todas aquellas circunstancias que tuvieron que ver con el pago de esa acta y que eventualmente pudieron haber afectado la ejecución del contrato, se remediaron con la renegociación que las partes hicieron en enero de 2007 al ampliar el plazo del contrato, puesto que para ese momento esas circunstancias ya habían ocurrido y, además, el pago ya se había realizado.

176. En lo que concierne al acta de obra 2, el contratista la presentó ante el municipio 2 meses aproximadamente después de la fecha de cierre; en el caso de la 3, un mes después y el Fondo la pagó en menos de 30 días contados desde esta fecha.

177. El acta parcial de pago 5 tiene fecha de corte del 21 de abril de 2007, se presentó ante la interventoría para su estudio y aprobación el 2 de mayo de ese mismo año y para realizar el cobro el consorcio expidió la factura de venta 0033 el 4 de junio siguiente<sup>139</sup>. No obra constancia en el proceso de que el Fondo la hubiere pagado. Este aspecto tampoco conduce a declarar probada la excepción de contrato no cumplido a favor del contratista porque la factura para el cobro se expidió aproximadamente un mes después de que el contratista resolvió unilateralmente paralizar la totalidad de los trabajos —14 de mayo de 2007<sup>140</sup>—. En todo caso, no tiene constancia de cuándo fue radicada ante el FONADE.

178. En lo que concierne al acta de obra 6, consta en el proceso que el 21 de junio de 2007, esto es, más de un mes después de que el contratista paralizara unilateralmente los trabajos, la interventoría le solicitó hacer la entrega de tal

<sup>133</sup> Art. 615, Estatuto Tributario.  
<sup>134</sup> Fls. 629, c.p. 7, 551, c.p. 13, 688, c.p. 7, 533, c.p. 13 respectivamente.  
<sup>135</sup> Fls. 131 a 134, c.p. 3.  
<sup>136</sup> La factura tiene fecha de emisión del 10 de noviembre de 2006 y tiene fecha de recibido del día 27 siguiente (fl. 97, c.p. 3).  
<sup>137</sup> Presentación al municipio.  
<sup>138</sup> Presentación al municipio.  
<sup>139</sup> Fls. 451, cp. 13 y 119 a 125, c.p. 3.  
<sup>140</sup> En comunicación del 13 de mayo de 2007, el consorcio manifestó que a partir del día siguiente suspendería las labores del contrato, dado que el municipio había incurrido en varios incumplimientos que le habían causado un grave detrimento (fls. 421 a 422, c.p. 14), lo que en efecto ocurrió y condujo a la entidad a declarar la caducidad del contrato.

documento para que se reportaran los trabajos que se habían desarrollado entre el 22 de abril y el 14 de mayo de 2007; por tanto, el hecho de que no se hubiese pagado el valor de esta acta tampoco justifica los incumplimientos del consorcio<sup>141</sup>.

179. **En cuanto a los mayores costos derivados de la modificación de los trazados y diseño.** En la demanda se refirió a estos aspectos como *mayores cantidades de obra* y reclamó su reconocimiento por un valor de \$113.688.987,62, por *mayores cantidades de obra*<sup>142</sup>. En la sentencia de primera instancia el Tribunal concluyó que no se acreditaron esos mayores costos. Como se anticipó, este aspecto no fue sustentado en la apelación, por tanto, la Sala no se pronunciará al respecto.

180. **En cuanto a la indefinición de los precios de los nuevos ítems de obra.** Se encuentra acreditado que durante la prórroga del contrato las partes mantuvieron diferencias en relación con este aspecto<sup>143</sup>, específicamente, sobre el precio de los ítems que se relacionan en el siguiente cuadro, en el que también se mencionan las razones por las que la interventoría no aceptó los precios propuestos por el consorcio:

| No. | Ítem                                                                                    | Justificación de la interventoría                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1   | Suministro e instalación de tubería de 27" para viaducto Primero de Mayo <sup>144</sup> | Estimó que el precio ofrecido era demasiado alto. Como fundamento se refirió a la cotización del suministro de la tubería y de los rendimientos de los trabajos. Propuso al contratista un valor menor al señalado por él, quien no lo aceptó. Posteriormente <sup>145</sup> , la interventoría presentó un análisis unitario de acuerdo con la revisión de costo del municipio incluyendo IVA, equipos, transporte y rendimientos <sup>146</sup> .                                                   |
| 2   | Sello de emulsión asfáltica <sup>147</sup>                                              | Estimó que el precio era demasiado alto teniendo en cuenta que la actividad se realizada manualmente. Hizo una comparación con el valor unitario que el INVIAS paga en la región haciendo este trabajo con maquinaria. Posteriormente, la interventoría presentó un análisis unitario de acuerdo con la revisión de costo del municipio incluyendo IVA, equipos, transporte y rendimientos <sup>148</sup> .                                                                                           |
| 3   | Grava de río para cimentación de tubería <sup>149</sup>                                 | Señaló que el precio ofertado por este material no podía ser superior al del triturado. Explicó que en la propuesta de cambio de tubería a PVC para el suministro e instalación de triturado, el contratista estableció un precio de \$69.450, siendo el valor unitario del triturado de \$40.000, por lo que, si bien se aceptó cambiar ese material por grava de río, éste no podía tener un costo mayor a aquél dado que las condiciones de elaboración y calidad eran inferiores <sup>150</sup> . |
| 4   | Acarreo material de excavación <sup>151</sup>                                           | Señaló que las especificaciones técnicas eran claras en cuanto a que en los precios unitarios de rellenos con material proveniente de                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |

<sup>141</sup> Fl. 391, cp. 13.  
<sup>142</sup> En un cuadro titulado *ÍTEMES NUEVOS Y ACTIVIDADES POR PAGAR*, señala los ítems que corresponden a este concepto: encamado en tubería en grava, acarreo de material > 40mts, acarreo en concreto, relleno con material seleccionado de excavación, reposición pavimento rígido, manejo y desvío del río, reposición pavimento flexible, concreto de elevación para zarpa muro, concreto para zarpa muro H<1.4 mts y concreto para zarpa muro H>1.4 mts.  
<sup>143</sup> Durante el término de negociaciones que condujeron a la modificación de la tubería de concreto por PVC y a la prórroga del contrato, las partes discutieron acerca de los precios de los siguientes ítems: suministro e instalación de arobase en ferro concreto, filtro simple en piedra – no incluye geotextil NT-1600, excavación en roca utilizando compresor, suministro, colocación y retiro de entibado para profundidades mayores a 5 mts y explanación y conformación del río con maquinaria; sin embargo, llegaron a acuerdo el 26 de enero de 2007, esto es, 4 días después de suscrita la prórroga, por lo cual no se incluye en el análisis (fls. 78 c.p. 11, 375 y 376, c.p. 2, 670, c.p. 7 y 883 a 888. c. 3.1)  
<sup>144</sup> Fl. 506, c.p. 13.  
<sup>145</sup> Fls. 373, cp. 13, 703, c.p. 7.  
<sup>146</sup> Reverso fl. 884, c.3.1  
<sup>147</sup> Ídem.  
<sup>148</sup> Fls. 373, cp. 13, 703, c.p. 7.  
<sup>149</sup> Fl. 450, c.p. 13  
<sup>150</sup> fls. 709 y 710, c.p. 7  
<sup>151</sup> Ídem

|   |                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|---|------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|   |                                    | excavación se debían incluir los costos de acarreo desde el sitio de excavación hasta el de apilamiento y desde éste al de utilización <sup>152</sup>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| 5 | Manejo de aguas <sup>153</sup>     | Indicó que existe un ítem llamado manejo de aguas que se creó, precisamente, para desviar el agua del río con sacos, que se reconocieron para corregir el cauce del río es bajo agua. Añadió que ese ítem se estableció en un precio de \$2.574/m y que el contratista solicitaba un valor de \$170.354/m, el cual consideró excesivamente alto teniendo en cuenta que el equipo propuesto era una motobomba con un costo de \$147.000/m. Aseveró que el precio propuesto era ilógico y carecía de soporte técnico <sup>154</sup> |
| 6 | Acarreo de concreto <sup>155</sup> | Expresó que solo se podía considerar para ciertas actividades con distancia específica porque dentro del precio del concreto se contempló el transporte. Señaló que los rendimientos eran demasiado bajos para trabajo por cuadrilla y que el contratista había propuesto para vigas, columnas y zapatas un precio de \$214.293/m3 y pretendía que el costo del acarreo fuera de 93.503/m3, es decir, equivalente al 43.6%. <sup>156</sup>                                                                                        |

181. El consorcio se opuso a aceptar los precios que propuso la interventoría; en general, por estimar que eran demasiado bajos y afectarían gravemente su economía<sup>157</sup>.

182. En reunión del 23 de mayo de 2007, las partes concluyeron que no era necesario fijar el precio de la tubería de 27” para el viaducto Primero de Mayo porque esa obra no se realizaría, ni el sello de emulsión asfáltica porque se había considerado utilizarlo por facilidad del contratista en la instalación manual de la tubería, pero que se continuaría con asfalto como inicialmente se había previsto; acordaron el precio de la grava de río en \$65.000m/3, no lo concertaron respecto de los demás ítems<sup>158</sup>.

183. Lo descrito pone en evidencia que la razón por la que durante la fase de la prórroga no se fijó el precio para algunos ítems nuevos no se debió a una omisión deliberada del municipio para hacerlo. La negativa a aceptar los propuestos por el contratista estuvo debidamente justificada y las razones en las que se basó no fueron desacreditadas en este juicio, pues ninguna de las pruebas estuvo dirigida a rebatirlas. Las documentales dan cuenta de la insistencia del consorcio en que se aceptaran los precios que propuso, so pena de no continuar ejecutando las obras, lo que finalmente sucedió, pero sin desacreditar lo expresado por la interventoría. Las testimoniales ni las periciales se refieren a este puntual aspecto.

184. Así las cosas, si bien en el pliego de condiciones se estableció que para ejecutar ítems no previstos en el contrato debía preceder el acuerdo de las partes, porque de lo contrario el contratista no podría reclamar su reconocimiento, lo cierto es que en las condiciones anotadas, la falta de consenso sobre este aspecto no tiene la virtualidad suficiente para justificar sus incumplimientos. En todo caso, en el proceso no se acreditó específicamente en cuáles actividades tuvo impacto este aspecto y tampoco si su afectación impidió ejecutar todos los trabajos contratados que quedaron inconclusos<sup>159</sup>.

185. Se añade a lo anterior que no se observa una relación directa entre la falta de definición del precio de esos ítems y la insuficiencia de personal, frentes de

<sup>152</sup> Fls. 709 y 710, c.p. 7 y 885, c. 3.1.

<sup>153</sup> Ídem

<sup>154</sup> Fls. 709 y 710, c.p. 7 y 85 c. 3.1.

<sup>155</sup> Ídem.

<sup>156</sup> Ídem.

<sup>157</sup> Fl. 434, c. 5.1

<sup>158</sup> Fl. 886, c. 3.1.

<sup>159</sup> Relacionado en documentos que obran de folios 879 a 882 y 887 a 888, c. 3.1

trabajo y maquinaria en la obra, la cual tampoco fue explicada en las demandas ni corroborada probatoriamente, puesto que ninguno de los medios demostrativos que obran en el plenario la establece; de manera que esa desatención del contratista que afectó determinante el avance de los trabajos no puede entenderse justificado en este aspecto.

186. **Falta de entrega de diseños.** El proceso da cuenta de que durante el periodo de prórroga del contrato el municipio no entregó la totalidad de los diseños<sup>160</sup>. No obstante, no es posible establecer una relación de causalidad directa entre ese incumplimiento y la desatención por parte del contratista de la obligación de contar con el personal y la maquinaria suficientes para desarrollar los trabajos, especialmente si se tiene en cuenta que no está demostrado que este aspecto hubiere afectado todos los frentes de trabajo<sup>161</sup>; de manera que no es posible justificar que en aquellos sitios en los que sí se podían desarrollar actividades el contratista no dispusiera del personal y los elementos suficientes para adelantarlas.

187. **Demora en la entrega de materiales.** Las pruebas que obran en el proceso dan cuenta de que durante la prórroga del contrato se presentaron dificultades con la entrega de la tubería PVC y del material triturado. Tampoco es posible establecer una relación directa entre estas dificultades y la insuficiencia de personal y maquinaria necesarios para ejecutar la obra, a lo que se añade que estos aspectos no se debieron a circunstancias imputables al municipio, lo cual impiden declarar probada la excepción de contrato no cumplido como causa justificativa de los incumplimientos del consorcio en esta fase del contrato.

188. Con todo, en lo que se refiere a la tubería PVC cabe mencionar que el contratista manifestó que la demora en la entrega se debía a problemas asociados con los proveedores de ese material. En comité del 17 de febrero de 2007, propuso que se recibiera la tubería, aun cuando no se hubiese instalado, dado que en el pliego de condiciones se discriminó este ítem de manera separada, propuesta que la interventoría rechazó porque en ese documento se condicionó el recibido a su instalación<sup>162</sup>. El 1 de marzo de 2007, el municipio dio viabilidad a la propuesta del contratista bajo la condición de que los elementos estuvieran disponibles en las bodegas del consorcio, para lo cual los inspectores debían hacer la verificación<sup>163</sup>. El 21 de marzo, la interventoría llamó la atención sobre el hecho de que en el viaducto Urbanización Central, en donde los trabajos habían sido intermitentes por

<sup>160</sup> Consta en el proceso que el 4 de diciembre de 2006, el municipio formalizó la entrega de planos y memorias de los sectores Villa Luz, Urbanización Central y Primero de Mayo, los cuales habían sido parcialmente entregados en fechas anteriores (fl. 594, cp. 14); el 15 de enero el contratista se pronunció, aceptó el trazado entre el PZ18 a PZ1 (sector Molino), no lo hizo respecto del trazado PZ26 Y PAZ22 por los riesgos que representaba, por lo cual pidió que se retomara el trazado inicial (fl. 559, cp. 13). El 29 de enero, por instrucción previa de la interventoría, solicitó que se hicieran los estudios, diseños y modificaciones de ese sector (fl. 673, c.p. 7). En los informes de interventoría 4 y 5 (el último que se rindió, con fecha de cierre de 21 de abril de 2007) se anotó que el municipio no había entregado diseños del dissipador de La Modelo, la estructura del punto crítico de Primero de Mayo y estructura de contención de Pz17 como protección a la tubería en el sector de La Costa, entrada al río. En comunicaciones del 2 y del 4 de mayo de 2007, el contratista manifestó que el aún no se había autorizado el pozo 1-18 y que hace fecha no contaba con datos técnicos de trazado -922 mts- y que tampoco se había definido los precios de 5 ítems nuevos, lo que justificaba paralizar las obras. Señaló que, si a 7 de mayo no se definían estos aspectos, así procedería (fls. 451 y 452, c.p. 13, 708, c.p. 7). De conformidad con comunicación del 27 de mayo de 2007 emitida por la interventoría, el cuarto sector del proyecto no se había iniciado porque aún estaba pendiente por parte del Ministerio la aprobación de la variación del trazado (fl. 887, c. 3.1).

<sup>161</sup> Lo que se deduce de la información que obra en el plenario es que, el tema de diseños afectó el 40% de las obras proyectadas (así se deduce de la comunicación del contratista del 22 de junio de 2006, fls. 47 a 49, c.p. 11, y de la respuesta ofrecida por la interventoría el día 28 siguiente, fls. 55 a 55, c.p. 11), y que durante la prórroga, salvo el sector 4 que se afectó totalmente, los demás se podía ejecutar, con excepción de algunos tramos. En comunicación del 7 de marzo de 2007, el contratista manifestó que estaba interviniendo los sectores que no presentaban inconvenientes.

<sup>162</sup> Índice 105, archivo 39, pág. 182, SAMAI T.A.

<sup>163</sup> Fl. 516, cp. 13

falta de personal y maquinaria, había excavaciones abiertas desde el 9 de enero y, aun cuando había tubería disponible en bodega, el contratista no la había instalado<sup>164</sup>.

189. El 28 de febrero de 2007, el consorcio solicitó que se suspendiera el contrato por las dificultades que se estaban presentando con el suministro de la tubería PVC, petición que reiteró en comité de obra del 2 de marzo siguiente, en el que la interventoría y el representante del municipio le manifestaron que no era conveniente suspender el contrato en ese momento, pero que ese aspecto podía dar lugar a una prórroga, si por ese motivo no se lograba ejecutar el contrato en el término pactado<sup>165</sup>. No obra prueba que dé cuenta que el contratista hubiese hecho uso de esta opción; en su lugar, el 14 de mayo de 2007 decidió paralizar unilateralmente los trabajos.

190. En lo que concierne a la escasez del material triturado, se encuentra acreditado que la interventoría aceptó la propuesta de cambiarlo por grava seleccionada, en tanto el proveedor de la tubería PVC manifestó que era adecuada, se precisó que este cambio se autorizó solo para algunas actividades como encamado y atraque de tuberías<sup>166</sup>. Aunque se aceptó esa modificación, las partes no pudieron ponerse de acuerdo en el precio de ese nuevo material, por las razones que quedaron expresadas previamente en esta providencia.

191. En estas condiciones, no es posible concluir que el contratista se hubiese allanado a cumplir sus obligaciones, pero que no las pudo ejecutar por causas imputables al demandado relacionadas con la demora en la entrega de los materiales.

192. **Demora por parte del municipio en definición de solicitudes del contratista.** Consta en el proceso que durante la prórroga del contrato la interventoría solicitó en varias oportunidades al municipio que designara a una persona que pudiera tomar decisiones con respecto al desarrollo del objeto pactado<sup>167</sup>. Sin embargo, como ocurre con los eventos anteriores, lo que no está acreditado es que esta hubiese sido la causa directa y eficiente que impidió al contratista cumplir con sus obligaciones de disponer del personal y la maquinaria necesarios para ejecutar los trabajos. No se observa a primera vista una relación directa entre esos aspectos.

193. **Restablecimiento del equilibrio económico del contrato.** El consorcio alega que dado que el municipio no procedió a restablecer el equilibrio económico del contrato que se habría visto alterado porque, debido a las dificultades presentadas, tuvo que asumir los costos a un precio diferente del que consideró al elaborar su propuesta, este incumplimiento lo puso en imposibilidad de acatar sus obligaciones; a la vez, solicitó que en sede judicial se restableciera el sinalagma contractual.

194. Para resolver sobre este aspecto, la Sala estima pertinente advertir que la figura del restablecimiento del equilibrio económico del contrato y la de excepción

---

<sup>164</sup> Fls. 888 y 889, c. 3.1.

<sup>165</sup> Fls. 518 y 519, cp. 13

<sup>166</sup> Fls. 679, c.p. 7 y 518 y 519, c.p. 13

<sup>167</sup> Así se consignó en el informe de interventoría 4. En el informe 5 se señaló que se había designado al secretario de infraestructura para tomar decisiones



de contrato no cumplido son diferentes y su ocurrencia conduce igualmente a conclusiones diversas.

<sup>195.</sup> El restablecimiento del equilibrio económico del contrato está instituido en la Ley 80 de 1993<sup>168</sup> como un mecanismo dirigido a garantizar el cumplimiento del contrato de cara a la satisfacción de la necesidad pública que se pretende satisfacer a través de su celebración. Se concreta en el derecho —no exclusivo— del contratista a que se mantenga la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar. Su justificación se encuentra principalmente en la necesidad de garantizar la continuidad del servicio público —en sentido lato— y los intereses generales que están en juego en la contratación estatal, de suerte que si el cumplimiento de las obligaciones del contratista se torna más oneroso o difícil, no se paralice su prestación<sup>169</sup>.

<sup>196.</sup> La Ley 80 de 1993 trae una serie de imposiciones que se entienden integradas al régimen jurídico de los contratos que se celebran bajo su égida —que, en virtud del principio de buena fe, obligan a quienes lo celebren<sup>170</sup>— dirigidas a garantizar su cumplimiento. Se trata de obligaciones de la naturaleza del contrato, puesto que, aun cuando las partes no las pacten expresamente se entienden incorporadas al contrato<sup>171</sup>. El artículo 27 de dicho estatuto dispone a título de obligación y no meramente dispositivo que en el desarrollo del contrato se debe mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, de manera que si tal equivalencia se altera por causas no imputables al afectado, las partes deben adoptar en el menor tiempo las medidas necesarias para su restablecimiento<sup>172</sup>.

<sup>197.</sup> Sobre la base de las mencionadas normas y teniendo en cuenta que en los términos de los artículos 3 y 5 (numeral 2) de esa misma Ley los particulares son colaboradores de la administración en la consecución de los fines de la contratación estatal, esta Corporación ha señalado que para reclamar un reconocimiento económico con base en el rompimiento del equilibrio económico del contrato es imprescindible que el contratista, pese a la mayor onerosidad que una determinada circunstancia pueda generar respecto de la ejecución de sus obligaciones, las

<sup>168</sup> Ley 80 de 1993, artículos 4.3, 4.8, 5.1, 27 y 28.

<sup>169</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 5 de marzo de 2021. M.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ. Exp. 39.249. Consideración 3.3.6., reiterada por la misma Subsección en sentencia del 30 de agosto de 2022, Exp. 58485, M.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ (párrafos 16 a 20).

<sup>170</sup> Código Civil: “ARTÍCULO 1603. <EJECUCIÓN DE BUENA FE>. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”. // Código de Comercio: “ARTÍCULO 871. <PRINCIPIO DE BUENA FE>. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

<sup>171</sup> Código Civil, art. 1501: <COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS>. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

<sup>172</sup> El artículo 27 de dicho estatuto dispone a título de obligación y no meramente dispositivo, que en el desarrollo del contrato se debe mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, y que si tal equivalencia se altera por causas no imputables al afectado, las partes deben adoptar en el menor tiempo las medidas necesarias para su restablecimiento; los numerales 3 y 8 del artículo 4 —sobre derechos y deberes de las entidades contratantes— señalan que para la consecución de los fines de la contratación, las entidades contratantes deben solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato y deben adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, financieras y económicas existentes al momento de proponer o contratar, según el caso; y el numeral 1 del artículo 5º *ibidem* —sobre derechos y deberes de los contratistas— establece que los contratistas tienen derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

hubiere cumplido, en tanto la razón de ser de la incorporación de tal figura en el derecho público está determinada por la necesidad de satisfacer el interés general ínsito en el contrato estatal<sup>173</sup>; de ahí que tal restablecimiento puede darse, incluso, de manera posterior a la ejecución del contrato.

198. Comoquiera que al clausulado de los contratos regidos por el derecho público se integran las obligaciones acabadas de mencionar, su inobservancia da derecho a la parte afectada a reclamar judicialmente el cumplimiento de esa obligación, esto es, a que se restablezca el equilibrio económico del contrato, para lo cual quien reclame tendrá que acreditar no solo que el sinalagma se alteró o que las causas de ello no le son imputables, sino que, pese a la mayor onerosidad, se cumplieron las obligaciones pactadas.

199. En cambio, como se mencionó previamente en esta providencia, la excepción de contrato no cumplido es un mecanismo de defensa propio de los contratos bilaterales que habilita legítimamente a una de las partes a abstenerse de ejecutar sus obligaciones mientras la otra no haya cumplido las suyas o no se allane a hacerlo en la forma y tiempo debidos, siempre que el incumplimiento de aquella sea actual, relevante y tenga una relación directa con la ejecución de las prestaciones a cargo de la otra y constituya, por tanto, la causa eficiente que la imposibilite a desarrollarlas.

200. Hechas las anteriores precisiones, resulta razonable concluir que si como consecuencia del incumplimiento de la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato durante su ejecución, la otra parte de la relación negocial queda absolutamente imposibilitada para cumplir las suyas, podrá alegar en su favor la excepción de contrato no cumplido, pero no podrá reclamar que se restablezca el sinalagma contractual, puesto que no se cumplen los presupuestos para ello, específicamente que, pese a su mayor onerosidad, se hubiese cumplido el objeto pactado.

201. Así las cosas, como está acreditado que el objeto del contrato 055 de 2005 no se completó y que el 14 de mayo el consorcio retiró el personal y los equipos de la obra<sup>174</sup>, no resulta procedente acceder a la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico formulada.

202. Ahora, la Sala no encuentra que el consorcio hubiese estado en condiciones aptas para reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato y, por contera, que el municipio hubiese incurrido en incumplimiento de sus obligaciones al no haber procedido a recomponerlo y, en consecuencia, que esto pueda tomarse como justificación de la inobservancia de las obligaciones del demandante durante la fase de la prórroga convenida.

---

<sup>173</sup> “...es indispensable que el cocontratante particular, a pesar del trastorno producido, no haya suspendido por sí la ejecución del contrato. Si la imprevisión busca una ayuda al cocontratante para que éste no interrumpa el cumplimiento de sus obligaciones, y si aquél debe actuar como un colaborador de la administración pública, este requisito es de importancia trascendental, pues da razón a ese apoyo económico. La imprevisión, en consecuencia, impone la obligación de continuar con la ejecución del contrato, para abrir en favor del cocontratante particular el derecho a una indemnización.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del veintiséis (26) de febrero de dos mil cuatro (2004), Exp. No. 14.043. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

“En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato... porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del (10) de noviembre de dos mil cinco (2005). Exp. No. 14392. C.P. Alier E. Hernández E. En el mismo sentido, sentencia del 30 de agosto de 2022, proferida por la Subsección A de esa misma Sección, Exp. 58485, M.P. José Roberto Sáchica Méndez (párrafos 16 a 20).

<sup>174</sup> Fl. 888, c. 3.1.

203. Se empieza por precisar que, aun cuando el consorcio hubiese presentado una solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato ante el municipio y éste hubiese omitido pronunciarse al respecto, lo cierto es esto no habría conducido a que se configurara un acto administrativo ficto positivo, por cuanto, como en reciente oportunidad lo precisó la Sala<sup>175</sup>, si bien el contratista tiene derecho a que se recomponga el sinalagma contractual cuando se ha alterado por causas que no le son imputables, la ley no exige que para ello se trámite de un procedimiento orientado a la producción de un acto administrativo en el que deba ser resuelta tal solicitud, puesto que tampoco determina que la administración esté llamada a definir esa cuestión a través del ejercicio de prerrogativas públicas de poder. En estas condiciones, se descarta que se hubiese configurado un acto administrativo cuyos efectos vincularan a la administración y que ésta los hubiere inobservado. Con todo, se añade que esta figura no opera para crear un derecho a favor del contratista, sino que está llamada a acreditar la preexistencia de un derecho<sup>176</sup>.

204. De otra parte, está probado que el proceso de selección que precedió a la celebración del contrato se surtió con base en diseños y planos que fueron realizados aproximadamente 10 años atrás<sup>177</sup>, lo que ocasionó serias dificultades en su ejecución, debido a que en esos documentos no se contemplaron las condiciones reales del lugar de las obras para el momento de su desarrollo. En varios tramos se encontraron edificaciones sobre la línea de los trazados en los que se había contemplado instalar las tuberías, además de que las cotas no eran coincidentes con las encontradas. Esta es la causa que a juicio del contratista habría alterado el equilibrio económico del contrato.

205. El artículo 5. ° de la Ley 80 de 1993 señala que para que proceda el restablecimiento del equilibrio económico del contrato la causas que lo generan, además de imprevistas, no deben ser imputables al contratista, condiciones que no se encuentran cumplidas en este caso, en la medida que lo que muestra el expediente es que la inconsistencia de los diseños y de los planos con el lugar de las obras se podía conocer fácilmente desde la fase de selección, pero el consorcio no actuó de manera diligente en esa etapa, ni cumplió con su deber de colaboración con el Estado, de manera que no le está dado ahora valerse de su propia culpa para sacar provecho en su favor.

206. El contratista ha alegado que durante la fase de selección no conoció que los estudios y diseños eran del año 1994 y que, además, no visitó el sitio de las obras porque un funcionario de la entidad se lo habría impedido. Esto no es coincidente con la información que reposa en el expediente. Según se consignó en acta del 5 de octubre de 2005<sup>178</sup>, suscrita, entre otros, por un representante que el consorcio designó para asistir a la visita que se había programado en la etapa precontractual —y que luego fungió como ingeniero residente— en esa oportunidad *de común acuerdo se omitió la visita in situ al lugar del proyecto y se aceptaron las especificaciones y observaciones dadas por el Ing. PABLO EMILIO QUINTERO*.

207. A pesar de lo anterior, al presentar su propuesta el consorcio declaró que conocía *detalladamente el terreno y por información de las autoridades*

<sup>175</sup> C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 71.456 (párr. 96), nov. 25/2025. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.

<sup>176</sup> C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 56854 (párr. 34, V), jun. 2/2023. M.P. José Roberto Sáchica Méndez. Citada en 71.456.

<sup>177</sup> Además de otras pruebas que dan cuenta de ello, así lo mencionó expresamente el municipio en oficio del 26 de diciembre de 2012 (índice 105, archivo 39, págs. 311 a 289, SAMAI T.A)

<sup>178</sup> Fls. 149 a 151, cp. 10

*competentes, los sitios en los que debo desarrollar el objeto a contratar, sus características, accesos, entorno socio económico, condiciones climatológicas, geotécnicas y geológicas y que he tenido en cuenta este conocimiento para la elaboración de la propuesta y en consecuencia asumo los efectos de esta declaración*<sup>179</sup>.

208. El ingeniero Jairzhino Amaya Motta, que en nombre del consorcio asistió a la reunión del 5 de octubre de 2005, rindió testimonio en el curso de los procesos y en su relato manifestó que al verificar en campo la veracidad de los datos presentados en los diseños se observó que no se ajustaban a la realidad<sup>180</sup>. Las declaraciones de los demás testigos son coincidentes con su versión de los hechos<sup>181</sup>. Se destaca el testimonio rendido por William Lizcabno Parra<sup>182</sup> quien dijo tener conocimiento de lo sucedido por haberse desempeñado como topógrafo e inspector de obra y quien manifestó que al inicio de la obra hizo un recorrido con el ingeniero Jairzhino Amaya en el que pudieron percatarse de las inconsistencias entre los planos y el terreno.

209. Estas declaraciones dan cuenta de que, aun si en realidad se hubiese desconocido la fecha de elaboración de los diseños y planos, lo cierto es que hubiese bastado con la visita al sitio de la obra para constatar que no representaban las condiciones del lugar en el que se iban a desarrollar los trabajos, tal y como expresamente se manifestó en la demanda del contratista en la que se pretendió la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se adoptó unilateralmente el contrato<sup>183</sup>, lo que, en los términos de los arts. 195 y 197 del C.P.C., constituye una confesión.

210. En consecuencia, tampoco por este aspecto es posible concluir que los incumplimientos del contratista hubiesen estado determinados por incumplimientos del municipio.

211. Adicionalmente, la Sala encuentra que el contratista fue requerido por la interventoría por otra serie de incumplimientos. Específicamente, por no presentar la reprogramación de las obras después de suscrita la prórroga y por continuar con el problema de los entibados que, a juicio de esa interventoría, era la causa de los derrumbes<sup>184</sup>, aspecto que tampoco fue desvirtuado en este proceso.

---

<sup>179</sup> Fls. 2 a 5, c. p. 10

<sup>180</sup> Fls. 283 a 286, c. 5.1.

<sup>181</sup> Fl. 287 a 290, 291 a 293, c. 5.1; 687 a 688, 690 y 691, c. 1.2

<sup>182</sup> Fls. 294 a 296, c. 5.1

<sup>183</sup> Se añade que no se acreditó la alteración del equilibrio económico del contrato. En los procesos 540012331000200700176, 540012331000200800269 y 5400123310002009325 se decretaron y practicaron dictámenes periciales orientados a determinar dicha ruptura; sin embargo, en el primero y en el tercero las pericias fueron rendidas por ingenieros civiles, profesionales idóneos para evaluar aspectos técnicos del desarrollo contractual pero no para valorar su balance económico y contable. Dado que la finalidad de la prueba pericial es instruir al juez sobre cuestiones que requieren conocimientos especializados, la carencia de idoneidad de impide dotar de credibilidad su dicho.

En el tercer proceso se dictó un nuevo dictamen pericial sobre el mismo objeto, igualmente suscrito por una contadora pública, como ocurrió en el segundo proceso. Tales pericias resultan igualmente insuficientes para acreditar la ruptura del sinalagma contractual alegada por el consorcio, pues los expertos se limitaron a tomar las cifras aportadas por los demandantes sin someterlas a análisis técnico alguno ni justificar, desde su competencia especializada, la idoneidad o pertinencia de tales partidas frente a la ejecución real del contrato. Además, omitieron examinar las condiciones consideradas al formular la oferta y al celebrar el contrato y no verificaron si tales condiciones fueron efectivamente alteradas en grado que condujera al contratista a una situación de pérdida. La mera actualización del precio contractual, sin confrontarla con los costos efectivos realmente incurridos, resulta insuficiente para demostrar la alteración de la economía del negocio jurídico; la prueba debe fundarse en bases ciertas que acrediten los gastos reales y la correlativa afectación patrimonial que provoque la lesión del equilibrio contractual.

<sup>184</sup> Además de varias comunicaciones en ese sentido, el asunto también se dejó consignado en los informes de interventoría 3 a 5.

212. Así las cosas, en lo que concierne a la alegada excepción de contrato no cumplido no prospera la apelación, puesto que no se acreditó que los incumplimientos en los que incurrió el municipio hubiesen sido la causa eficiente de aquellos en los incurrió el contratista en la fase de prórroga del contrato, aspecto que condujo al Tribunal a negar varias de las pretensiones indemnizatorias de la demanda, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, de los cuales se deriva que, para reclamar la indemnización de perjuicios por incumplimiento, la parte que los reclama debe haber cumplido sus obligaciones o haberse allanado a hacerlo.

213. Procede ahora la Sala a pronunciarse en relación con el segundo punto identificado en el objeto de la apelación, relativo al reconocimiento de la suma de \$73.912.778,50 por concepto de suministro de tubería y hierro figurado que el demandante afirma que estaba en poder del municipio y que por eso debe pagarlo.

214. Se mencionó previamente que el 1.º de marzo de 2007 el municipio dio viabilidad a la propuesta del contratista de que se recibieran los suministros de tubería, aun cuando no se hubiesen instalado, bajo la condición de que los elementos estuvieran disponibles en las bodegas del consorcio, para lo cual los inspectores debían hacer la verificación<sup>185</sup>. No obra prueba en el expediente que indique que estos materiales estuvieran en poder del demandado y tampoco de que cumplieran las condiciones técnicas exigidas en los pliegos de condiciones, por lo cual se confirma la decisión del Tribunal de no acceder a esta pretensión.

215. En lo que respecta a la indemnización solicitada por la pérdida de oportunidad para celebrar contratos con el Estado durante los cinco años posteriores a la declaratoria de caducidad del contrato 055 de 2005, el consorcio cuestionó la decisión de primera instancia por no adoptar el monto determinado en los dictámenes periciales y por no tener en cuenta todos los contratos que habían celebrado los consorciados y que se habrían allegado con esas pruebas, para, en su lugar, acudir a un criterio de equidad.

216. El Tribunal argumentó que no era posible establecer el monto de esta indemnización con base en las pruebas periciales obrantes en el plenario porque ninguna de ellas hizo alusión a la valoración y cálculo de este perjuicio y adicionó que las cuentas que se hicieron en las demandas del consorcio no están soportadas en ninguna otro elemento demostrativo que obre en el plenario, por lo cual, con base en lo señalado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 12 de julio de 2012 (Exp. 15024), procedió a hacer el reconocimiento con fundamento en criterios de equidad, siguiendo las pautas establecidas en esa providencia.

217. En la apelación se arguyó que los dictámenes periciales no fueron objetados, que estaban sustentados y que con ellos se aportaron los contratos que probaban que los consorciados desarrollaban muchos frentes de trabajo por año, por lo que la liquidación debía hacerse en consonancia con esas pruebas.

218. La Sala constata, como lo hizo el Tribunal, que en las pruebas periciales en las que se solicitó dictaminar sobre este tema los expertos no se pronunciaron al respecto, por lo cual, al margen de que se hubieren o no objetado, no sirven como insumo para establecer ni la existencia ni la cuantía de este perjuicio. Solamente en

---

<sup>185</sup> Fl. 516, cp. 13

los procesos 540012331000200800269 y 540012331000200900325 se solicitó que a través de dictamen pericial se dictaminara sobre la pérdida de oportunidad que habrían sufrido los consorciados como consecuencia de la inhabilidad derivada de la declaratoria de caducidad del contrato. Sin embargo, al rendir sus dictámenes, ninguno de los peritos se refirió a esta materia<sup>186</sup>.

219. En el expediente administrativo contentivo de la documentación que presentó el consorcio para participar en el proceso de selección que precedió a la celebración del contrato 55 de 2005 reposan dos contratos estatales<sup>187</sup> que fueron celebrados por Construcol Ltda. durante los 5 años anteriores a la ejecutoria de las resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad del aquel negocio jurídico —10 de agosto de 2007—; asimismo, reposa un contrato de obra que fue celebrado por Distripal S.A. en ese mismo periodo<sup>188</sup>. En relación con Mauricio Guillermo Gil Quintero no se encuentra prueba de que en ese tiempo hubiese celebrado contratos con el Estado.

220. No obstante, aun si se consideraran los referidos contratos estatales para realizar la liquidación del monto a indemnizar por pérdida de oportunidad y esta evaluación arrojara un mejor resultado para los demandantes que el obtenido en la sentencia recurrida, la Sala no podría acceder a este reconocimiento, por cuanto al analizar el caso lo que concluye es que no se comprobó la existencia un daño personal, cierto y directo, como condición *sine quanon* para el resarcimiento del perjuicio; pese a ello, no revocará la decisión de primera instancia, toda vez que, si bien el municipio presentó formalmente un recurso de apelación, lo cierto es que no lo sustentó, lo que conduce a concluir que, en este caso, sustancialmente el consorcio fue apelante único y, por tanto, para decidir la apelación debe estarse a la limitación de la *no reformatio in pejus* establecida en el art. 357 del C.P.C. Las razones que conducen a estas conclusiones se expresan a continuación:

221. Se empieza por mencionar que, según lo señalado por la Sala Plena de la Sección Tercera en sentencia del 12 de julio de 2012<sup>189</sup>, la declaratoria de caducidad viciada de nulidad conlleva una pérdida de oportunidad, un daño jurídicamente relevante que se deriva directamente de la inhabilidad prevista en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, la cual impide al afectado contratar con las entidades estatales y obtener un provecho económico por ello<sup>190</sup>.

222. En esta misma providencia, la Sala expresó que si se encuentra probado el perjuicio, pero no su cuantía, se debe acudir a criterios de equidad para establecer el monto de la indemnización, pues no proferir una condena en estos casos resultaría inequitativo e injusto; al mismo tiempo advirtió que la equidad no debe

---

<sup>186</sup> El dictamen correspondiente al proceso 540012331000200800269 obra a partir del folio 496 y 521 del c. 2.1. Los dictámenes correspondientes al proceso 540012331000200900325 obran a partir de los folios 455 y 545 del c. 5.1.

<sup>187</sup> Contrato de obra 2031936, celebrado el 22 de julio de 2003 entre Fonade y el consorcio Torcoroma, del cual hizo parte Construcol con una participación del 55% (fls. 322 a 343 y 335, c.p. 2) y contrato de obra 1398 del 24 de septiembre de 2004, celebrado entre el municipio de Cúcuta y la Unión Temporal Alcantarillado Toledo Plata, de la cual hizo parte Construcol con una participación del 80% (fls. 231 a 246, c.p. 10).

<sup>188</sup> Contrato de obra 1398 del 24 de septiembre de 2004, celebrado entre el municipio de Cúcuta y la Unión Temporal Alcantarillado Toledo Plata, de la cual hizo parte Distripal con una participación del 20% (fl. 231 a 246 c.p. 10)

<sup>189</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 12 de julio de 2012. Exp. 15.024. C.P Danilo Rojas Betancourth.

<sup>190</sup> Ley 80 de 1993, art. 8 (versión previa a la reforma de la Ley 1150 de 2007): “1º Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...) c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad (...) as inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad”.

confundirse con arbitrariedad, por lo cual debe contarse con elementos objetivos que permitan determinar la existencia real del perjuicio y la cuantía de la condena.

223. Con posterioridad a este fallo, pero en línea con lo señalado en cuanto a que la equidad no es sinónimo de arbitrariedad, se ha ido precisando que la imposición de la inhabilidad —cuya legalidad se desdibuja por la anulación de la decisión de caducar el contrato— no es una fuente automática de reconocimiento de daños a título de pérdida de oportunidad, sino que el contratista debe acreditar que antes de la expedición de ese acto tenía una chance real de celebrar contratos con entidades estatales<sup>191</sup>.

224. Esta precisión se funda en que la pérdida de oportunidad como daño jurídicamente indemnizable<sup>192</sup> alude a aquellos eventos en los que una persona está en una posición apta para obtener un provecho o impedir una pérdida, pero que con ocasión de un acto u omisión de un tercero la consolidación de dicha posibilidad se frustra de manera definitiva. No parte entonces de la existencia de un derecho subjetivo que se ve afectado por una conducta antijurídica, sino de la frustración de una posibilidad real o legítima expectativa de concretar un derecho subjetivo o de impedir la ocurrencia de un menoscabo o pérdida.

225. En línea con ello, se ha dicho que para que proceda la indemnización de perjuicios por pérdida de oportunidad es presupuesto indispensable que se acrediten los elementos nucleares de esta figura: por una parte, la existencia cierta de una posibilidad real de obtener una ganancia o de impedir una pérdida<sup>193</sup> y, por la otra, la incertidumbre causal que se deriva del desconocimiento sobre qué habría ocurrido con esa posibilidad en caso de que la conducta u omisión antijurídica de un tercero no hubiera frustrado definitivamente la trayectoria normal de los eventos<sup>194</sup>. En otras palabras, lo que se debe acreditar es que antes de la ocurrencia del hecho generador del daño, se estaba en una posición potencialmente apta para producir un resultado beneficioso para ella, pero que se truncó por causa atribuible a la administración<sup>195</sup>. Como lo ha señalado esta Corporación, las posibilidades vagas o la mera eventualidad de un provecho no resultan jurídicamente relevantes como asunto indemnizable<sup>196</sup>, pues para que el daño sea resarcido, además de antijurídico, debe ser personal, cierto y directo.

226. En virtud de lo anterior, resulta diáfano concluir que el criterio de equidad no está llamado a operar en este escenario como mecanismo para suplir la carga de

---

<sup>191</sup> Subsección A, sentencia del 11 de octubre de 2021, Exp. 53.479, M.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ

<sup>192</sup> Se precisa que, en materia de responsabilidad precontractual, la pérdida de oportunidad no constituye un daño autónomo, sino un criterio de indemnización. Este criterio no es trasladable a la responsabilidad contractual, en la que la pérdida de oportunidad sí requiere acreditación de la posibilidad real de celebrar contratos con entidades estatales, según lo indicado por esta Subsección. Ello porque, mientras en la esfera precontractual el daño se configura con la vulneración de las reglas del proceso de selección, en los casos de caducidad el daño no se presume y debe demostrarse que la inhabilidad frustró de manera definitiva una expectativa real y probable. Al respecto, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 7 de noviembre de 2025, Exp. 70.890. M.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ.

<sup>193</sup> “La desaparición de la probabilidad de un evento favorable, siempre y cuando esta oportunidad aparezca suficientemente seria. Cuando la pérdida de una oportunidad es establecida, constituye un perjuicio indemnizable. Pero este se limita a dicha pérdida; sólo la pérdida de la oportunidad será compensada, y no la totalidad del beneficio que la víctima habría obtenido en caso de que hubiese ocurrido el evento cuya realización ha sido impedida por culpa del deudor”. LE TORNEAU, Philippe, La responsabilidad Civil Profesional, Legis, Bogotá, 2006, p. 85.

<sup>194</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de octubre de 2021, Exp. 53.479, C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ.

<sup>195</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010. Exp. 18.593, C.P. Mauricio Fajardo GÓMEZ

<sup>196</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 30 de enero de 2013, C.P.: Mauricio Fajardo GÓMEZ. Exp.: 23.769. Reiterada por esta misma Subsección en la Sentencia del 8 de febrero de 2017, C.P.: Hernán Andrade Rincón. Exp.: 41.073.

demostración de estos presupuestos, sino cuando, demostrada fehacientemente su ocurrencia, no es posible tasar con certeza el monto de la indemnización.

227. Ahora, el reconocimiento de la pérdida de oportunidad derivada de la declaratoria de caducidad como daño jurídicamente indemnizable no depende de que el sujeto sobre el cual recayó la sanción acredite o no haber sido contratista habitual del Estado, sino de que demuestre que, en verdad, al momento de la declaratoria de caducidad, estaba en una posición potencialmente apta para hacerlo. No se desconoce que haber sido contratista habitual del Estado puede contribuir a establecer la existencia de una posibilidad real frustrada para celebrar esa clase de negocios jurídicos; sin embargo, esta sola condición no permite acreditar que para ese entonces se tenía la capacidad técnica, operativa y financiera suficientes para contratar con entidades públicas<sup>197</sup>.

228. Del mismo modo, es posible que un sujeto que únicamente acredite haber celebrado con el Estado el contrato caducado, demuestre que estaba en una posición potencialmente apta para continuar haciéndolo, porque, por ejemplo, tenía capacidad técnica, financiera y operativa suficientes, aunado a que el campo de su actividad productiva sea de frecuente contratación de las entidades públicas o porque hubiese estado participando en un procedimiento de selección para vincularse contractualmente con una de ellas.

229. Adicionalmente, la Sala estima necesario precisar que, dado que el daño debe ser cierto, personal y directo, cuando la caducidad se declara respecto de un contrato celebrado por una figura asociativa como el consorcio, su existencia debe valorarse frente a cada uno de sus integrantes. Ello, por cuanto dicha modalidad de asociación no da lugar a la constitución de una persona jurídica distinta, de modo que la inhabilidad recae individualmente sobre sus miembros. En consecuencia, corresponde a cada uno acreditar que antes de la declaratoria de caducidad se encontraba en una situación potencialmente apta para contratar con el Estado, la cual resultó frustrada por la decisión administrativa. Por lo mismo, la indemnización debe reconocerse a cada sujeto conforme a las condiciones particulares que demuestre, y no en cabeza del consorcio, como lo hizo el Tribunal.

230. Hechas las anteriores precisiones, se procede a analizar la pretensión de indemnización que por pérdida de oportunidad derivada de la declaratoria de caducidad del contrato 055 de 2005 presentó cada uno de los integrantes del consorcio.

231. Está acreditado en el proceso que, dentro del interregno de los 5 años anteriores a la fecha en que quedaron ejecutoriadas las resoluciones mediante las cuales se declaró la caducidad del contrato 055 de 2005 —10 de agosto de 2007— Construcol Cía. Ltda. celebró dos contratos estatales de condiciones similares, uno en el año 2003 y otro en el 2004. No obstante, no se encuentra demostrado que para ese mismo momento, cuando comenzó a operar en su contra la inhabilidad derivada de dicha decisión administrativa, la sociedad contara efectivamente con la capacidad técnica, operativa y financiera necesarias para continuar desarrollando ese tipo de actividades contractuales.

---

<sup>197</sup> Al respecto: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de julio de 2023, Exp. 59942, C.P. José Roberto Sáchica Méndez.



232. El anterior es un aspecto determinante para establecer la existencia de la frustración de una probabilidad que supere el campo de las meras expectativas que pueda tener un sujeto para contratar con el Estado y, por tanto, para poder comprobar si se trata de un daño jurídicamente indemnizable. Recuérdese que la contratación estatal constituye un instrumento al servicio de la satisfacción de necesidades públicas, razón por la cual se encuentra permeada, en todas sus etapas, por la prevalencia del interés general. De allí se deriva el deber de las entidades estatales de seleccionar a sus contratistas con sujeción a criterios objetivos, privilegiando al proponente que ofrezca las mejores condiciones para la adecuada ejecución del objeto contractual, bajo parámetros de economía, celeridad, eficacia y transparencia. Es por esto que la sola acreditación de experiencias contractuales previas con el Estado no resulta suficiente para inferir, de manera automática, la subsistencia de condiciones de idoneidad en un momento posterior y, por tanto, la existencia cierta de un daño jurídicamente indemnizable por la frustración de la posibilidad real de celebrar esta clase de negocios jurídicos.

233. Como ya se mencionó, en las pruebas periciales en las que se solicitó dictaminar sobre este tema los expertos no se pronunciaron al respecto, por lo cual, al margen de que se hubieren o no objetado, no sirven como insumo para establecer ni la existencia ni la cuantía de este perjuicio; el Registro Único de Proponentes que obra en el expediente tampoco es útil para estos propósitos, en tanto data del año 2005, mientras que la inhabilidad surgió en el año 2007, a lo que se añade que lo que muestra el expediente sobre los incumplimientos del consorcio durante la ejecución del contrato 055 de 2005, crea un serio manto de duda que impide tener certeza sobre las capacidades operativas, técnicas y financieras de los integrantes del consorcio para el año 2007, pues sus inobservancias más reincidentes tuvieron que ver con la falta de personal y maquinaria para desarrollar el objeto pactado, sin que tales falencias pudieran ser justificadas por aquellas en las que incurrió el municipio.

234. Lo expuesto se predica igualmente respecto de los demás integrantes del consorcio: Distripal S.A. —que acreditó la celebración de un contrato estatal dentro de los cinco (5) años anteriores a la declaratoria de caducidad, en el año 2004— y Manuel Guillermo Gil Quintero —quien no demostró la celebración de contrato estatal alguno en dicho interregno— pues en relación con ellos se presentan las mismas deficiencias probatorias advertidas en relación con Construcol Cía. Ltda.

235. Igualmente, debido a los incumplimientos en que incurrieron en el marco del contrato 055, también frente a ellos subsiste una duda razonable acerca de si se encontraban, para ese momento, en condiciones reales de idoneidad para continuar contratando con el Estado, particularmente en lo que atañe a sus capacidades financieras, técnicas y operativas.

236. En ese contexto, la Sala estima que no era posible acceder al reconocimiento de una indemnización por pérdida de oportunidad, habida cuenta de que no se acreditó de manera suficiente la existencia de una posibilidad real, seria y concreta de acceder a nuevos contratos estatales en el periodo de inhabilidad. No obstante, dado que, por las razones antes expresadas, en este caso sustancialmente se está ante un apelante único, no revocará la decisión de primera instancia.

237. Sin perjuicio de lo anterior, se precisará que el reconocimiento que por concepto de pérdida de oportunidad hizo el Tribunal no corresponde al consorcio

como figura asociativa, sino a cada uno de sus integrantes de manera individual; por tanto, y en atención a que la determinación del monto de este perjuicio se hizo en primera instancia en un porcentaje correspondiente al 10% —\$107.047.292,6— del valor efectivamente ejecutado en el contrato 055 —\$1.070.472.926— por cada año que duró la inhabilidad, se aclarará que ese valor debe repartirse entre cada uno de ellos, según la proporción correspondiente a su participación en la figura asociativa<sup>198</sup>, así:

238. Distripal S.A. 50%: \$53.523.646, por cada año que permaneció vigente la inhabilidad.

239. Construcol Cía. Ltda. 45%: \$48.171.281, por cada año que permaneció vigente la inhabilidad.

240. Manuel Guillermo Gil Quintero 5%: \$5.352.464,6, por cada año que permaneció vigente la inhabilidad.

241. Se procede a actualizar el valor del monto reconocido por cada año a cada uno de los consorciados. Para el efecto, se aplicará la siguiente fórmula: *Valor actualizado = [Valor determinado en la sentencia \* (IPC final abril de 2026 / IPC inicial, será el correspondiente al de la finalización de cada año que duró la inhabilidad<sup>199</sup>)]*.

| Año                 | Distripal     | Construcol    | Manuel Guillermo Gil Quintero |
|---------------------|---------------|---------------|-------------------------------|
| 2008 <sup>200</sup> | \$121.404.842 | \$109.264.358 | \$12.140.484                  |
| 2009 <sup>201</sup> | \$117.729.517 | \$105.956.565 | \$11.772.951                  |
| 2010 <sup>202</sup> | \$115.068.507 | \$103.561.656 | \$11.506.850                  |
| 2011 <sup>203</sup> | \$111.420.626 | \$100.278.563 | \$11.142.062                  |
| 2012 <sup>204</sup> | \$108.066.397 | \$97.259.757  | \$10.806.639                  |

242. Se aborda ahora el cuarto punto identificado en el objeto de la apelación, consistente en determinar si la sentencia recurrida reconoció un saldo a favor del municipio, sin considerar los perjuicios causados al consorcio y sin tener en cuenta que el demandado no desembolsó el porcentaje del anticipo ni pagó las actas parciales de obra que le correspondía. Este cargo no prospera, por las siguientes razones:

243. (i) Las pretensiones indemnizatorias que no fueron incluidas en el balance final de cuentas corresponden a aquellas cuyo reconocimiento fue negado por el Tribunal, decisión que será confirmada en esta instancia, al no encontrarse mérito en los argumentos expuestos por el consorcio en su apelación. Sin perjuicio de ello, es pertinente hacer las siguientes precisiones:

<sup>198</sup> FIs. 63 y 64, c.p. 10  
<sup>199</sup> Se adopta la conclusión del Tribunal en cuanto a que los actos administrativos que declararon la caducidad del contrato quedaron ejecutoriados y adquirieron firmeza el 10 de agosto de 2007, en tanto este no fue un aspecto discutido por las partes.  
<sup>200</sup> \$107.047.292,6 \* IPC final: 156,94, marzo 2026 / IPC inicial: 69,19, agosto de 2008. Sobre el resultado se aplica el porcentaje de participación de cada integrante del consorcio.  
<sup>201</sup> \$107.047.292,6 \* IPC final: 156,94, marzo 2026 / IPC inicial: 71,35, agosto de 2009. Sobre el resultado se aplica el porcentaje de participación de cada integrante del consorcio.  
<sup>202</sup> \$107.047.292,6 \* IPC final: 156,94, marzo 2026 / IPC inicial: 73,00, agosto de 2010. Sobre el resultado se aplica el porcentaje de participación de cada integrante del consorcio.  
<sup>203</sup> \$107.047.292,6 \* IPC final: 156,94, marzo 2026 / IPC inicial: 75,39, agosto de 2011. Sobre el resultado se aplica el porcentaje de participación de cada integrante del consorcio.  
<sup>204</sup> \$107.047.292,6 \* IPC final: 156,94, marzo 2026 / IPC inicial: 77,73, agosto de 2012. Sobre el resultado se aplica el porcentaje de participación de cada integrante del consorcio.

244. Costos laborales en los que incurrió el contratista hasta antes del desembolso del anticipo —5 de julio de 2006—. El Tribunal negó su reconocimiento porque no prosperó la excepción de contrato no cumplido, la cual tampoco se encontró acreditada en esta instancia. En todo caso, no procede su reconocimiento porque no se acreditó que no queden saldados con el pago del acta parcial de obra 1, que cubrió el periodo comprendido entre el 13 de febrero y el 31 de julio de 2006<sup>205</sup>.

245. Mayores cantidades de obra. El Tribunal concluyó que no se acreditaron, este aspecto no fue sustentado en la apelación, por lo cual decisión se mantiene.

246. Porcentaje del anticipo no desembolsado por el municipio. El Tribunal negó su reconocimiento porque el monto que sí fue entregado no se ejecutó. La Sala añade que no había lugar a incluir en la liquidación del contrato ese valor como saldo a favor del consorcio porque la finalidad de los recursos que se estipula entregar a título de anticipo consiste en servir de medio para la financiación del contrato, por lo que deben ser invertidos exclusivamente en su ejecución; de manera que, una vez finalizado el vínculo jurídico, no hay razón que justifique entregarlos al contratista.

247. Mano de obra y administración por mayor permanencia (prórroga del contrato). El Tribunal negó su reconocimiento porque no se encontró acreditada la excepción de contrato no cumplido. La Sala advierte que esta indemnización se solicitó más como un sobre costo que como una causa justificativa del incumplimiento del consorcio; no obstante, no hay lugar a su reconocimiento porque lo que muestra el expediente es que esta prórroga fue necesaria para intentar remediar las dificultades técnicas y temporales que se presentaron por la deficiencia de los planos y diseños, aspecto que, como se vio previamente, no solo es imputable a la administración, sino también al contratista por no haber obrado con la debida diligencia en la fase de selección. En todo caso, lo que se discutió en la apelación fue se debía acceder a esta pretensión porque sí se había configurado la mentada excepción, sin hacer ninguna otra mención al respecto.

248. Costos laborales causados durante el periodo de suspensión. El *a quo* los negó porque no se acreditó la excepción de contrato no cumplido. También se observa que esta reclamación se presentó como un sobre costo, más que como una causa justificativa del incumplimiento; sin embargo, tampoco procede su reconocimiento porque al suscribir la suspensión del contrato las partes pactaron expresamente que ese acuerdo no modificaba las condiciones del contrato en cuanto a plazo, precios y ajustes<sup>206</sup>. En virtud del principio de normatividad de los contratos<sup>207</sup>, ni las partes ni el juez pueden desconocer los efectos vinculantes de esta estipulación.

249. Suministro de tubería y hierro figurado que el demandante afirma que estaba en poder del municipio. Por las razones expresadas en esta providencia no se reconoce.

250. Restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Por las razones expresadas en esta providencia no se reconoce.

---

<sup>205</sup> Fls. 98 a 102, c.p. 3

<sup>206</sup> Fls. 378 y 379, c.p. 2

<sup>207</sup> Código Civil, art. 1602.

251. Perjuicios morales. Aunque no lo mencionó expresamente, la Sala entiende que el Tribunal los negó porque no prosperó la excepción de contrato no cumplido, decisión que se confirma en esta instancia.

252. (ii) No había lugar a incluir en la liquidación del contrato como saldo a favor del consorcio la suma correspondiente al porcentaje del anticipo que no desembolsó el municipio, por lo acabado de expresar en esta providencia.

253. (iii) En el balance final de cuentas se incluyó el reconocimiento del porcentaje correspondiente a las actas parciales 1 a 4 no pagado por el municipio, así como el valor de las actas 5 y 6 que no fue cancelado al contratista ni por el Fondo ni por el demandado.

254. La Sala no accederá a adicionar la sentencia de primera instancia en lo concerniente a la devolución de \$162.690.592,50 correspondientes al descuento que realizó el municipio por concepto de tributos municipales y departamentales en los actos administrativos por medio de los cuales se adoptó unilateralmente la liquidación del contrato, por las siguientes razones:

255. (i) No se observa que se haya dejado de resolver cualquiera de los extremos de la litis<sup>208</sup>. En ninguna de las demandas se formuló esta pretensión. El asunto se debatió como fundamento de nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se adoptó la liquidación del contrato y, por tanto, quedó resuelto al haberse declarado su nulidad.

256. (ii) Para hacer el balance final de cuentas, el Tribunal se pronunció frente a ese aspecto y concluyó que no era procedente imponer ese saldo al contratista, por tanto, no lo tuvo en cuenta en la liquidación que realizó.

257. (iii) En todo caso, no obra prueba en el expediente de que el consorcio hubiese realizado el pago cuya devolución reclama en sede de segunda instancia.

258. Como consecuencia de todo lo expuesto, la Sala modificará el fallo recurrido para precisar que el valor de la condena por pérdida de oportunidad se reconoce a cada uno de los consorciados, para actualizar ese monto, así como para actualizar el saldo a favor del municipio resultante de la liquidación del contrato que realizó el Tribunal.

259. Se procede a actualizar el valor del saldo que a favor del municipio resultó al realizar la liquidación judicial del contrato. Para el efecto, se aplicará la siguiente fórmula: *Valor actualizado = [Valor determinado en la sentencia \* (IPC final marzo de 2026 / IPC inicial febrero de 2008<sup>209</sup>)]*. Esta operación arroja un valor actualizado de \$283.151.695,52, que se explica así: *[Valor actualizado] = [\$119.979.532 \* (156,94 IPC final / 66,50 – IPC inicial)]*.

---

<sup>208</sup> De conformidad con lo dispuesto en el artículo 311 del C.P.C., el juez de la segunda instancia debe adicionar la sentencia de primera cuando se hubiese omitido la resolución de cualquiera de los extremos de la litis o de cualquier otro aspecto que debiera ser objeto de pronunciamiento por mandato de la ley, siempre que la parte afectada hubiere apelado.

<sup>209</sup> Se toma la fecha en que debió liquidarse el contrato, dado que las resoluciones que adoptaron la decisión se anularon en este juicio. Para ello, se adopta la conclusión del Tribunal en cuanto a que los actos administrativos que declararon la caducidad del contrato quedaron ejecutoriados y adquirieron firmeza el 10 de agosto de 2007, en tanto este no fue un aspecto discutido por las partes. Tomando en consideración esa fecha, se tiene que el plazo para adoptar la liquidación habría vencido el 12 de febrero de 2008.

**Costas**

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

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 16 de febrero de 2023, la cual quedará así:

- 1. DECLÁRASE** la nulidad de la Resolución 377 del 12 de junio de 2007, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato 055 de 2005, así como de su confirmatoria, la Resolución 503 del 6 de agosto de 2007.
- 2. DECLÁRASE** la nulidad de la Resolución 680 del 4 de diciembre de 2007, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato 055 de 2005, así como de su confirmatoria, la Resolución 128 del 25 de abril de 2008.
- 3.** Como consecuencia de la anterior nulidad **CONDÉNASE** al municipio de Ocaña, a pagar a favor los consorciados, las siguientes sumas de dinero por concepto de pérdida de oportunidad:

| Año  | Distripal     | Construcol    | Manuel Guillermo Gil Quintero |
|------|---------------|---------------|-------------------------------|
| 2008 | \$121.404.842 | \$109.264.358 | \$12.140.484                  |
| 2009 | \$117.729.517 | \$105.956.565 | \$11.772.951                  |
| 2010 | \$115.068.507 | \$103.561.656 | \$11.506.850                  |
| 2011 | \$111.420.626 | \$100.278.563 | \$11.142.062                  |
| 2012 | \$108.066.397 | \$97.259.757  | \$10.806.639                  |

**4. DECLÁRASE** liquidado el contrato con un saldo a favor del municipio de Ocaña Santander de doscientos ochenta y tres millones ciento cincuenta y un mil seiscientos noventa y cinco mil pesos con cincuenta y dos centavos (\$283.151.695,52), correspondiente al saldo de anticipo no amortizado. Esta suma será descontada del valor total que se ordena reconocer por concepto de pérdida de oportunidad a favor de los demandantes: Distripal S.A., Construcol Cía. Ltda y Manuel Guillermo Gil Quintero.

**5. NIEGÁNSE** las demás pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

Radicación: 54001233100020070017601 (71599)  
Actor: Consorcio Plan Maestro Ocaña y otros  
Demandado: Municipio de Ocaña  
Referencia: Controversias contractuales

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ**  
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

**JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**  
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

VF

**Nota:** se deja constancia de que esta providencia fue aprobada en la fecha de su encabezado y que se suscribe 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/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema SAMAI.

