

Tribunal Arbitral
INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU
Vs.
CONSORCIO METROVÍAS BOGOTÁ

LAUDO ARBITRAL

28 de junio de 2017

I. ANTECEDENTES

1. PARTES DEL PROCESO

La parte convocante es el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU, que intervino en el proceso a través de su representante, mediante apoderado judicial.

La parte convocada es el CONSORCIO METROVÍAS BOGOTÁ¹, que actuó por medio de su representante, quien constituyó apoderada judicial. El consorcio fue conformado por Carlos Alberto Solarte Solarte, Luis Héctor Solarte Solarte, CSS CONSTRUCTORES S.A., CASS CONSTRUCTORES Y CÍA. S.C.A. y CONSTRUCTORA LHS S.A.S.

En la demanda, el IDU solicitó citar al proceso como tercero interviniente a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A., por haber suscrito el Contrato 135 de 2007, *“como dueña de la obra y como pagadora de las construcciones y demás obligaciones pecuniarias contra su presupuesto, de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil (artículo 52) y de las normas del Código General del Proceso (artículo 62)”*.

El Tribunal citó al proceso a Transmilenio S.A. mediante auto dictado en audiencia del 21 de septiembre de 2016, para que se pronunciara en lo que estimara pertinente. Transmilenio S.A. compareció a través de apoderado

¹ Entidad con capacidad para comparecer al proceso (Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 25 de septiembre de 2013, Radicación 25000 23 26 000 1997 13930 01, Expediente: 19.933).

mediante escrito radicado el 22 de noviembre de 2016 en el cual expresó no ser parte del Contrato 135 de 2007. Del escrito en mención se corrió traslado a las partes y se recibió pronunciamiento únicamente de la convocada, quien manifestó estar de acuerdo con lo manifestado por Transmilenio S.A.

Se contó, adicionalmente, con la intervención del Ministerio Público, a través de la Procuradora 131 Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá.

2. EL COMPROMISO ARBITRAL

El pacto arbitral está contenido en el numeral 21.3 de la Cláusula 21 del CONTRATO No. IDU-135 de 2007, del siguiente tenor:

“CLÁUSULA 21. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

(...)

21.3. Arbitramento

Las divergencias que surjan con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del Contrato, se solucionarán a través de un Tribunal de Arbitramento integrado para el efecto por 3 árbitros, designados de común acuerdo.

En caso de no haber acuerdo en la selección de árbitros, la designación se hará por medio de un sorteo en presencia del Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, de una lista de 10 personas, integrada por cinco propuestos por cada parte. El procedimiento será el que la ley establece para estos efectos y el Domicilio será la Ciudad de Bogotá.

El laudo arbitral será definitivo y vinculante para las Partes, de forma que se podrá impetrar decisión jurisdiccional de cumplimiento del laudo en cualquier corte con jurisdicción sobre la Parte que incumpliere.

La solución de controversias por medio del Arreglo Directo, Perito para

Aspectos Técnicos, Arbitramento o cualquier otro mecanismo no suspenderá la ejecución del Contrato, salvo aquellos aspectos cuya ejecución dependa necesariamente de la solución de la controversia”.

3. TRÁMITE GENERAL DEL PROCESO

El 18 de noviembre de 2014, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU radicó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá convocatoria al CONSORCIO METROVÍAS BOGOTÁ y sus integrantes. A raíz de esta convocatoria, fueron designados árbitros el 15 de abril de 2015.

En audiencia del 16 de junio de 2015, los árbitros designados advirtieron “*que la designación de árbitros efectuada el 15 de abril de 2015 presenta inconsistencias que impiden que el tribunal adelante la instalación respectiva pues se encuentra que uno de los demandados, señor **LUIS HÉCTOR SOLARTE SOLARTE**, no se encuentra representado en el presente trámite arbitral y por ende no manifestó su voluntad respecto de la designación de los árbitros”.*

El 17 de noviembre de 2015, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU presentó una nueva convocatoria, dirigida esta vez de forma exclusiva al CONSORCIO METROVÍAS BOGOTÁ, en la cual manifestó: “*Si el Tribunal considera pertinente citar a los integrantes del Consorcio METROVIAS al presente trámite arbitral, al tenor de las normas del Código General de Proceso y demás disposiciones, me permito identificarlos con su domicilio y lugar de notificaciones: ...”.*

El 16 de diciembre de 2015 se llevó a cabo una nueva reunión de designación de árbitros, en la cual las partes ratificaron a los elegidos el 15 de abril anterior.

El 16 de febrero de 2016 los árbitros declararon instalado el Tribunal Arbitral y admitieron la demanda presentada el 17 de noviembre de 2015. Surtidos los trámites pertinentes, el CONSORCIO METROVÍAS BOGOTÁ contestó la demanda el 29 de marzo de 2016.

Ante la renuncia de uno de los árbitros, se integró, al Tribunal, el escogido como suplente. Una vez reconstituido el panel arbitral, se corrió traslado de las excepciones contenidas en la contestación de la demanda, mediante auto dictado el 29 de abril de 2016.

El 23 de junio de 2016 fue presentada reforma de la demanda, inadmitida y subsanada mediante escrito integrado radicado el 24 de junio de 2016.

La reforma de la demanda fue admitida el 1 de julio de 2016, y contestada por el CONSORCIO METROVÍAS BOGOTÁ el 18 de julio siguiente, dentro del término legal. De las excepciones contenidas en la contestación se fijó traslado el 27 de julio de 2016, descorrido por la convocante el 2 de agosto del mismo año.

La audiencia de conciliación se llevó a cabo, sin éxito, el 16 de agosto de 2016.

El 21 de septiembre de 2016 se dio inicio a la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal se declaró competente para conocer la controversia. Con motivo de la citación al proceso de la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., fue suspendida la primera audiencia de trámite hasta que fueran adelantados los trámites correspondientes.

El 13 de enero de 2017 se reanudó la primera audiencia de trámite, dentro de la cual se abrió el proceso a pruebas.

4. PRUEBAS RECAUDADAS

Se tuvieron en cuenta los documentos aportados por las partes en las oportunidades procesales pertinentes.

Se recibieron las declaraciones de Julio Hernán Peña Castañeda y Vivien Julia Collazos de Gómez. Fueron desistidos los testimonios de Juan Manuel Méndez Pira, Hubert Julián Marulanda Márquez y Carlos Javier García.

Fue practicada diligencia de inspección judicial, en la cual intervinieron Nidia Castellanos Acosta, Sergio Arturo Giraldo Muñoz y Hubert Julián

Marulanda Márquez. En esta diligencia se recibieron planos de la zona de ejecución del Contrato IDU 135 de 2007 y su Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, aportados por cada una de las partes. El aportado por la convocada fue corregido y presentado nuevamente el 8 de febrero de 2017, sobre lo cual se pronunció la convocante el 14 de marzo siguiente. La convocada también hizo un pronunciamiento sobre las manifestaciones hechas por la convocante en el escrito del 14 de marzo, a través de memorial radicado el 15 del mismo mes.

Se libraron oficios al Juzgado 27 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría Delegada Sectorial (redirigido por esa entidad a la Contraloría General de la Nación), al IDU, a la Secretaría de Movilidad del Distrito, al Juzgado 14 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá y a la firma de abogados PALACIO JOUVE & GARCÍA. De éstos, se recibió respuesta de la Contraloría General de la Nación, del IDU (en forma parcial), de la Secretaría de Movilidad del Distrito, del Juzgado 14 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá y de la firma de abogados PALACIO JOUVE & GARCÍA. La Procuraduría General de la Nación contestó que no estaba en posibilidad de remitir al Tribunal la documentación solicitada en el oficio que le fue librado.

5. AUDIENCIA DE ALEGATOS

El 25 de abril de 2017 se oyeron los alegatos de las partes, quienes allegaron en audiencia resúmenes escritos de sus intervenciones. El concepto del Ministerio Público fue recibido el 10 de mayo de 2017.

6. DURACIÓN DEL PROCESO

La primera audiencia de trámite terminó el 13 de enero de 2017. Se decretaron las siguientes suspensiones, a solicitud de las partes:

- Mediante auto dictado en audiencia del 24 de enero de 2017, se suspendió desde el 27 de enero al 27 de febrero de 2017, ambas fechas incluidas.

- Mediante auto dictado en audiencia del 24 de marzo de 2017, se suspendió desde el 25 de marzo hasta el 24 de abril de 2017, ambas fechas incluidas.
- Mediante auto dictado en audiencia del 25 de abril de 2017, se suspendió desde el 26 de abril de 2017 hasta el 27 de junio de 2017, ambas fechas incluidas.

En consideración a que de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 “Al término del proceso se adicionarán los días de suspensión...”, el plazo para dictar el laudo vence el 14 de noviembre de 2017, de manera que se dicta dentro del plazo legal.

7. LOS HECHOS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

A continuación, se transcriben los hechos en los que se fundamenta la demanda, tal como fueron expuestos en el escrito de reforma, seguidos de su respectiva contestación.

Hecho: “**Primero.** Mediante la Resolución IDU No. 4382 del 14 de septiembre de 2007 el IDU procedió a la apertura del proceso Licitatorio No. 022 de 2.007”.

Contestación: “**PRIMERO:** Es cierto”.

Hecho: “**Segundo.** La apertura de la licitación pública No. 022 de 2007 se llevó a cabo en clara transgresión del principio de planeación, igualdad, transparencia, economía, y las reglas jurídicas que los desarrollan, según se expone en los hechos siguientes”.

Contestación: “**SEGUNDO:** No es cierto, es una apreciación subjetiva del apoderado de la demandante”.

Hecho: “**Tercero.** Antes de la apertura de la licitación, no se realizaron los diseños de las obras con la profundidad necesaria para comenzar la construcción de manera responsable, lo que se demuestra de esta forma:

- a. Fue necesario suscribir muchos acuerdos modificatorios para poder ejecutar la obra, acuerdos en los cuales la parte convocada aprovechó para obtener beneficios económicos que cambiaron el objeto del contrato, como se encuentra relacionado en el hecho noveno de esta demanda.
- b. En el laudo arbitral de fecha 18 Septiembre de 2013 pronunciado por un Tribunal de Arbitramento entre el IDU y la parte convocada, se dijo lo siguiente:

'302 También aparece demostrado que lo correspondiente a las Actualizaciones desborda 'el valor Global del Contrato de Obra' y en los distintos bloques de incumplimientos imputados por la Convocante a la Convocada, esas Actualizaciones fundan buena parte de las reclamaciones por Obras Complementarias. Los documentos obrantes en el expediente permiten concluir que los ajustes y actualizaciones introducidas a los diseños superaron el marco conceptual dentro del cual fueron concebidos en el Contrato en la medida en que, en varios aspectos fundamentales, el proyecto construido resultó ser radicalmente distinto del previsto en los pliegos.' (Página 90. Subrayado fuera del texto original)

315 Este Contrato se estructuró pretermitiendo en parte el principio de planeación que, según algunos es una consecuencia del principio de economía² (artículo 25 Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes) con unos diseños insuficientes por diversas causas y con una ausencia de coordinación con Transmilenio S. A. para los efectos del suministro o provisión de fondos dentro del régimen del convenio interadministrativo suscrito con el IDU del que dan cuenta por referencia y transcripciones

² " '70 Recientemente ha precisado el Consejo de Estado 'que el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía' y afirma: 'si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6º, 7º y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3º del artículo 26, de los numerales 1º y 2º del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2 del Decreto 1 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales. En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual'. Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 24 de abril de 2013, Rad: 68001-23-15-000-1998-01743-01, ponente: Jaime Orlando Santofimio' ".

parciales tanto el Contrato No. 135 de 2007 como diferentes Adiciones y Otrosíes complementarios de éste. (Página 94. Subrayado fuera del texto original).

- c. En el Auto de fecha 2 de febrero de 2010 expedido por el Sr. Procurador General de la Nación, por medio del cual confirmó la sanción de destitución de un grupo de funcionarios del IDU con ocasión de la celebración de los contratos de la Fase III de Transmilenio, al referirse al Sr. Inocencio Meléndez afirmó³:

'En los cargos imputados, por los que fue sancionado el señor Meléndez en única instancia, y en particular en lo relacionado con la celebración de otrosí, fue justamente la vulneración del principio de economía, uno de los principales objetos de reproche, en tanto se incurrió en doble contratación al permitir que los constructores de obra elaboraran diseños faltantes, sin haber sido liquidados los contratos de consultoría, a partir de los cuales debían ser suministrados todos los productos de diseño necesarios para la ejecución de las obras de la fase III.'

'Por lo expuesto, el Despacho debe reiterar lo dicho en el fallo de única instancia (numerales 4.2, 6.4 y 8.7), con ocasión de los comportamientos atribuidos y por los cuales fue sancionado el Subdirector General Jurídico del IDU.'

- d. En los diferentes Informes de Auditoría realizados por la Contraloría General de la República se evidencia la violación al principio de planeación. A manera de ejemplo, se transcriben estos párrafos del informe denominado 'Control Excepcional sobre la Construcción y Adecuación de la Fase III del Sistema Transmilenio' de Julio de 2011, suscrito por el Dr. NELSON IZÁCIGA LEÓN, Contralor Delegado Sectorial, a saber:

'2.1 Concepto sobre el análisis efectuado'

.....

³ "Radicación 2010-878-222148. Página 136".

'En la implementación de la Fase III de Transmilenio se presentan situaciones, como:

'Deficiencias en la planeación y en consecuencia inobservancia del principio de economía, consagrado en el Artículo 25 de la Ley 80 de 1993 (numeral 12), por cuanto los estudios y diseños previos para estructurar los alcances técnicos y jurídicos de los contratos, así como para definir especificaciones, plazo y valor, fueron deficientes; durante el transcurso del proyecto se presentaron modificaciones en la estructura de pavimentos, ajustes en las zonas de parqueo, servicio y mantenimiento para permitir la operación de buses biarticulados, situaciones que no fueron considerados inicialmente; inclusión de obras correspondientes a los proyectos de valorización, mediante la figura de contrato adicional, sin acudir a procesos de licitación, ante la premura de comprometer dichos recursos, porque en caso contrario debían devolverse a los contribuyentes; y suspensiones en algunos contratos (contrato 136 adicional 2 suspendido durante 218 días y adicional 1 del 135 por 90 días), improvisaciones que han comprometido el patrimonio público y causado graves perjuicios a la movilidad de la ciudad''

Contestación: **"TERCERO:** No me consta el nivel de 'responsabilidad' correspondiente a los diseños elaborados por el IDU.

LITERAL A: NO ES UN HECHO, ES UNA MANIFESTACIÓN TEMERARIA Y FALSA DE LA CONVOCANTE. No es cierto, que el Consorcio Metrovías Bogotá haya celebrado los acuerdos modificatorios al contrato con la finalidad de aprovecharse del IDU y obtener beneficios económicos. Esta es una manifestación de la convocante, que encierra su juicio subjetivo y por demás reprochable, por constituir un pronunciamiento temerario y de mala fe, que formula sin prueba ni fundamento alguno. Por lo mismo, deberá ser desestimada por el Tribunal, puesto que su enunciado raya en la responsabilidad penal de la convocante.

El CONSORCIO METROVÍAS BOGOTÁ, no ha recibido beneficio económico alguno con la suscripción del contrato 135 de 2007 ni con sus modificatorios, por cuanto a la fecha existen obligaciones pendientes de pago por parte de la entidad CONTRATANTE, correspondientes a las obras ejecutadas,

recibidas y puestas al servicio desde hace más de dos años y sobre las cuales se niega a su reconocimiento y pago.

LITERAL B: Me atengo al texto literal y completo del laudo arbitral proferido el 18 de septiembre de 2013.

LITERAL C: No me consta, me atengo a lo que se pruebe en este proceso.

LITERAL D: No me consta, me atengo a lo que se pruebe en este proceso. En cualquier caso, se destaca que la conclusión de la Contraloría respecto al incumplimiento del deber de planeación de la entidad contratante en nada repercute sobre la nulidad o validez del contrato de obra No. 135 de 2007”.

Hecho: “**Cuarto.** El 21 de diciembre de 2007 con la Resolución 06673 se adjudicó el Contrato al CONSORCIO METROVÍAS BOGOTÁ, conformado de la manera como quedó consignado en el acápite ‘partes del trámite arbitral’, proceso selectivo que culminó con la suscripción del Contrato de Obra Pública IDU No. 135 – 2007”.

Contestación: “**CUARTO:** Es cierto”.

Hecho: “**Quinto.** Dicho contrato fue suscrito también por la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.”.

Contestación: “**QUINTO:** Es cierto”.

Hecho: “**Sexto.** El Objeto del Contrato IDU 135 de 2.007 es del siguiente tenor:

‘Ejecución de la totalidad de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la Calle 26 (Avenida Jorge Eliécer Gaitán) y la Carrera 10 (Fernando Mazuera), al Sistema Transmilenio y el posterior mantenimiento de los Tramos del Grupo 2 comprendido entre Calle 30 A Sur y Calle 3, en Bogotá D. C. y el Tramo 2 comprendido entre Calle 3 y Calle 7, incluye Ramal Calle 6 entre Carrera 10 y Troncal Caracas, Avenida Comuneros entre Carrera 10 y Carrera 9 con Calle 4 y Estación Intermedia de la Calle 6, en Bogotá D. C.’”.

Contestación: “**SEXTO:** Es cierto”.

Hecho: “**Séptimo.** La forma de pago de la construcción, gestión ambiental, gestión social, manejo de tránsito y señalización, y mantenimiento por 5 años, fue convenida a precio global en la cláusula 9.1.1 del contrato 135 de 2007”.

Contestación: “**SÉPTIMO:** Es cierto”.

Hecho: “**Octavo.** La forma de pago de las actividades de obras para redes (externas) demolición de predios y adecuación de desvíos incluidas en los Apéndices C y el F del contrato, fue convenida a precios unitarios”.

Contestación: “**OCTAVO:** Es cierto”.

Hecho: “**Noveno.** La forma de pago y la ejecución de la construcción fue cambiada en diferentes modificatorios al contrato adicional inicial, en forma especial en los que se relacionan enseguida. Para facilitar la lectura, haremos un resumen de la cláusula original del contrato 135 de 2007, enseguida la del modificatorio para extraer unas conclusiones de cada modificación.

a) OTROSÍ No. 1. Septiembre 16 de 2008.

CONTRATO INICIAL: CLÁUSULA 4.1.6.- Un mes antes de iniciar la etapa de construcción el contratista debía presentar la programación de obra.

OTROSÍ No 1. CLÁUSULA PRIMERA, elimina del texto del numeral 4.1.6 la expresión un mes, de manera que se suprime dicho plazo para la presentación de la programación de obra.

OTROSÍ No. 1. CLÁUSULA SEGUNDA, amplía el plazo de los productos que debían entregarse en el mes tres de la etapa de preconstrucción para el mes cuarto de dicha etapa, es decir, para octubre 18 de 2008.

En las consideraciones se argumentó (i) un alto y complejo volumen de información que el IDU no ha podido entregar al contratista. (ii) Permisos demorados para desvío de tráfico. (iii) Se hace necesario modificar el plazo.

Obsérvese que desde el principio del contrato se evidencia el incumplimiento de las estipulaciones de plazos, lo cual es atribuible a la falta de una planeación detallada de los tiempos necesarios para cumplir las obligaciones.

b) OTROSÍ No. 2. Octubre 16 de 2008.

En este otrosí se incluyeron 13 modificaciones a la forma de ejecutar el contrato las cuales relacionamos a continuación:

(i) CONTRATO INICIAL. CLÁUSULA 4.1 SEGUNDO PÁRRAFO. Exigía para la suscripción del acta de inicio de la etapa de construcción llenar los requisitos contenidos en los numerales 4.1.1 al 4.1.7. Tales: entrega del tramo, entrega predios, movilización de equipo, preparación frentes de trabajo, estudio y conocimiento de los estudios y diseño, ajuste, modificación y complementación de estudios y diseños prohibiendo cambios conceptuales. Adicionalmente, el contratista debía cumplir las obligaciones contenidas en los apéndices para la etapa de preconstrucción, realizar la programación de obra y la memoria técnica de esta etapa.

OTROSÍ No. 2. CLÁUSULA PRIMERA. Eliminó todos los requisitos que el párrafo 2 de la cláusula 4.1 del contrato original exigía para la suscripción del acta de inicio de la etapa de construcción.

Obsérvese que la eliminación de los requisitos se hace el 16 de octubre de 2008, es decir, dos días antes del vencimiento de la etapa de preconstrucción.

Esta cláusula primera del Otrosí igualmente permitió, que si al vencimiento de la etapa de preconstrucción no se hubieran terminado las actividades pactadas, siempre y cuando fuere por causas no imputables al contratista, dichas actividades se continuarían ejecutando dentro de los tres primeros meses de la etapa de construcción.

(ii) CONTRATO INICIAL. CLÁUSULA 4.1.4. ESTUDIO Y CONOCIMIENTO DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS. Esta actividad hace parte de las obligaciones pactadas para la etapa de preconstrucción. En esta cláusula se pacta que

el contratista deberá realizar todo lo necesario para conocer, revisar y estudiar los estudios y diseños que el IDU entregue para la ejecución de las obras. Si el contratista no se pronuncia en contra de los estudios se entiende que los acepta y asume toda la responsabilidad.

OTROSÍ No. 2. CLÁUSULA SEGUNDA. Modifica la cláusula 4.1.4 del contrato. Así: (i) Elimina el pronunciamiento eventual del contratista sobre la no aceptación de los estudios en caso de guardar silencio. (ii) En los quince primeros días de la etapa de construcción el contratista presentará el cronograma de actividades a realizar en los tres primeros meses y la programación de actividades de complementación, ajuste y ACTUALIZACIÓN de los estudios y diseños entregados por el IDU. (iii) En caso de requerirse actualización de estudios, el contratista deberá presentar la cotización correspondiente para aprobación del IDU, incluyendo todos los costos que se generen entre el 17 de octubre del 2008 y el 19 de enero de 2009 a cargo del contratista.

Obsérvese que aquí se introduce el concepto de actualización de los estudios y diseños, concepto que no existía en los pliegos de condiciones de la licitación ni en el contrato.

(iii) CONTRATO INICIAL. CLÁUSULA 4.1.4.2. MODIFICACIÓN DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS. PÁRRAFO 4. Cualquier modificación, adaptación y complementación que el contratista introduzca deberá tramitarla el contratista ante la entidad respectiva.

OTROSÍ No. 2. CLÁUSULA TERCERA. Modifica el párrafo cuarto de la, Cláusula 4.1.4.2. Las modificaciones, adaptaciones, complementaciones, ajustes y ACTUALIZACIONES se tramitarán ante las autoridades, en forma conjunta con el IDU, quien llevará el liderazgo.

Obsérvese que la nueva cláusula introduce el concepto de actualización para su trámite y se traslada al IDU la responsabilidad de los trámites ante las autoridades distritales.

(iv) CONTRATO INICIAL. CLÁUSULA 4.1.4.2. MODIFICACIÓN DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS. PÁRRAFO 8. Los pronunciamientos del contratista sobre estudios y

diseños deben entregarse un mes antes de finalizar la Etapa de Preconstrucción.

OTROSÍ No. 2. CLAUSULA TERCERA. Cambia el párrafo 8 de la cláusula 4.1.4.2, así (i) Los pronunciamientos del contratista sobre estudios y diseños deberán ser entregados dentro de los tres meses siguientes a la firma del acta de iniciación de la ETAPA DE CONSTRUCCIÓN. (ii) Si hay actualización de estudios y diseños el IDU y Transmilenio aprobarán la PARTE CONCEPTUAL de los cambios. (iii) Presentadas las ACTUALIZACIONES SE ACORDARÁ EL NUEVO BALANCE ECONÓMICO DEL CONTRATO en un plazo de treinta días.

Obsérvese que según la cláusula 4.1.4.2 párrafo 6, la parte conceptual era inmodificable. No estaba permitida en los pliegos y, de otra parte, se introduce una modificación a la concepción financiera del contrato que consiste en que por virtud del CONCEPTO ACTUALIZACIONES, se debe acordar un nuevo BALANCE ECONÓMICO, lo cual modifica, igualmente, la concepción original sobre el precio del contrato, pues deja sin efecto el pacto de precio global fijo, pues puede ser reajustado según el nuevo BALANCE ECONÓMICO. Ninguna de estas condiciones se encontraba en el pliego de condiciones.

(v) CONTRATO INICIAL. CLAUSULA 4.1.6. PROGRAMACIÓN DE OBRAS. Durante la Etapa de Preconstrucción y antes de iniciar la Etapa de Construcción, el contratista presentará la programación de obra del apéndice G, aprobada por el interventor. Esta programación de obra es requisito para iniciar la etapa de construcción. A su vez, el cronograma de obras es el principal instrumento de control y herramienta para autorizar los PAGOS E IMPONER MULTAS.

OTROSÍ No. 2. CLÁUSULA CUARTA. Modifica el numeral 4.1.6., así (i) Prorroga por tres meses, hasta enero 19 del 2009 el plazo para entregar la programación de obra. (ii) Modifica el concepto de la utilización del cronograma, dejándolo solo para control de avance de obra y aprobación de pagos, eliminando la mención como instrumento para la IMPOSICIÓN DE MULTAS. (iii) Señala que cada cuatro meses se revisarán las circunstancias especiales que se hayan presentado en la ACTUALIZACIÓN de los estudios y diseños y la ejecución de obras que afecten el cronograma.

Obsérvese que estas tres modificaciones a la cláusula 4.1.6 terminan subrogándola y flexibilizando los requisitos del pliego de condiciones y del contrato original. En especial el asunto de la eliminación tácita del cronograma como instrumento para la aplicación de multas y la actualización permanente de los estudios y diseños que dan lugar a rehacer el balance económico.

(vi) CONTRATO INICIAL. CLAUSULA 4.1.7 MEMORIA TÉCNICA DE LA ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN. Debe entregarse al finalizar la Etapa de Preconstrucción con la programación de obra.

OTROSÍ No. 2. CLAUSULA QUINTA. La Memoria Técnica debe entregarse el 19 de enero del 2009.

Obsérvese que el Otrosí prorroga el plazo de presentación de la memoria técnica hasta finalizar el tercer mes de la Etapa de Construcción.

(vii) CONTRATO INICIAL. CLÁUSULA QUINTA LITERAL b. El contratista deberá entregar el programa detallado de ejecución y el cronograma de metas físicas dentro de la Etapa de Preconstrucción.

OTROSÍ No. 2. CLÁUSULA SEXTA. El programa detallado de Metas Físicas y su FLUJO DE PAGOS deben entregarse el 19 de enero de 2008, obligándose el IDU al cumplimiento de dicho flujo de pagos durante las etapas de construcción y mantenimiento.

Obsérvese que nuevamente hay una prórroga por tres meses del plazo para el cumplimiento de obligaciones pactadas dentro de la Etapa de Preconstrucción, iniciando la Etapa de Construcción sin tener el cronograma detallado de metas físicas, y que se crea una obligación adicional para el contratante (IDU) como consecuencia de dicha prórroga.

(viii) CONTRATO INICIAL. CLÁUSULA QUINTA LITERAL d. OBLIGACIONES PRINCIPALES DEL CONTRATISTA. A más tardar a la terminación de la Etapa de Preconstrucción el contratista debía revisar completamente los estudios y diseños entregados por el IDU. Si el contratista no se pronunciaba en contra se entendía que aceptaba todo y asumía la responsabilidad.

OTROSÍ No. 2. CLAUSULA SÉPTIMA. Se pacta que a más tardar dentro de los tres meses siguientes al inicio de la Etapa de Construcción, el contratista deberá realizar lo necesario y suficiente en orden a ajustar, ACTUALIZAR y complementar los estudios y diseños que entregue el IDU.

Obsérvese que nuevamente hay una prórroga por tres meses del plazo para el cumplimiento de las obligaciones pactadas dentro de la Etapa de Preconstrucción, iniciando la Etapa de Construcción sin tener todos los estudios necesarios. Adicionalmente vuelve a modificarse el pliego de condiciones y el contrato original.

(ix) CONTRATO INICIAL. CLÁUSULA NOVENA 9.1.1 VALOR TOTAL GLOBAL. En el cuadro de los tramos de la obra no incluye la discriminación de los valores contractuales de cada tramo, sino solo los porcentajes.

OTROSÍ No. 2. CLAUSULA OCTAVA. Incluye una columna discriminando los valores por tramos.

(x) CONTRATO INICIAL. CLAUSULA 10. NUMERAL 10. ANTICIPO DEL CONTRATO. Para el trámite del anticipo se requería la entrega y aprobación de la interventoría de la información sobre evaluación y revisión de estudios y diseños suministrados por IDU, la programación de obra, el cronograma de metas físicas y el plan de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

OTROSÍ No. 2. CLÁUSULA NOVENA. Para el trámite y pago del anticipo se requiere ahora únicamente la suscripción del acta de inicio de la Etapa de Construcción y la aprobación del plan de buen manejo y correcta inversión del anticipo por el interventor.

Obsérvese que fueron eliminados todos los requisitos de orden técnico que se habían pactado en el contrato original para el pago del anticipo, convirtiéndolo en un simple asunto de trámite y modificando las bases contenidas en los pliegos de condiciones.

(xi) CONTRATO INICIAL. CLÁUSULA 10. FORMA DE PAGO. Párrafo cuatro. El contratista deberá presentar antes de iniciar la Etapa de Construcción el cronograma de la obra a nivel de metas físicas programadas y el flujo de pagos correspondiente.

OTROSÍ No. 2. CLÁUSULA DÉCIMA. Adiciona un párrafo a la cláusula 10 del contrato en el cual prorroga el plazo para la presentación del programa de obra detallado a nivel de meta física programada y el flujo de pagos hasta el 19 de enero de 2009. Igualmente reordena la forma de pago de los tres meses iniciales de la Etapa de Construcción.

Obsérvese que al prorrogar por tres meses el plazo para presentar el programa de obra detallada y el flujo de pagos, se flexibilizaron las condiciones para el inicio de las obras, lo cual implicaba alteraciones en el cronograma general y costos adicionales.

(xii) CONTRATO INICIAL. CLÁUSULA 15.4 PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DE MULTAS. En esta cláusula se pacta un procedimiento para la aplicación de multas: (i) En cabeza del IDU como director de la investigación y de la competencia para la aplicación de la multa. (ii) El procedimiento respeta los derechos del contratista y permite razonablemente la aplicación del debido proceso y del derecho de defensa.

OTROSÍ No. 2. CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA. Modifica el procedimiento, así: (i) Crea una primera etapa en la que el interventor aparece como director de la investigación, dándole facultades ejecutivas y poniéndolo como conductor regular con el contratante. (ii) Cumplida esa primera parte se crea un procedimiento supremamente engorroso con instancias repetitivas no preclusivas, que incluye fases de cargos y descargos, períodos probatorios, recursos, audiencias, etc., en las que participan el contratista, el interventor y el IDU que a la postre resulta inaplicable.

Obsérvese que la modificación introducida por el otrosí al procedimiento de aplicación de multas, está concebido para favorecer de manera exagerada al contratista, en aras de la defensa de un supuesto derecho al debido proceso. Es absolutamente claro que el procedimiento pactado originalmente en el contrato, cumplía de manera suficiente con todos los requerimientos del derecho de defensa.

(xiii) CONTRATO INICIAL. APÉNDICE E, CAPÍTULO 1.6 y CAPÍTULO 2 NUMERAL 3.3.3.1, APÉNDICE F y otros que consignan causales de multas.

OTROSÍ No. 2 CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA. Se pacta que las causales de multas incluidas en los apéndices mencionados, están implícitas en la cláusula 15.2 del contrato que contempla multas por incumplimiento de las Obligaciones Ambientales, Gestión Social, y Plan de manejo de tránsito, por lo cual convienen que 'no tendrán aplicación'.

Obsérvese que la eliminación de las causales específicas de multas aduciendo que ellas hacen parte de una formulación genérica, es una forma de beneficiar al contratista flexibilizando la disciplina contractual, y permitiendo la discusión de las conductas al perder la tipicidad de cada una de ellas. Igualmente modifica el contenido de los pliegos de condiciones.

(xiv) OTROSÍ No. 2 CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA. OTRAS OBLIGACIONES. En esta cláusula se pactan nuevas actividades y obligaciones a cumplir dentro de los tres primeros meses de la etapa de construcción. Entre las principales están: (i) Adecuación de vías de desvío. El IDU se compromete a revisar y validar los precios unitarios treinta días después de iniciada la Etapa de Construcción. (ii) Actualización de Estudios y Diseños. Habiendo creado en este otrosí el concepto de ACTUALIZACIÓN DE ESTUDIOS, que no hacía parte del pliego ni del contrato original, aquí se pacta que en los primeros veinte días de la Etapa de Construcción, de común acuerdo, se definirán los estudios a actualizar. Con este listado el contratista presentará la cotización de esta nueva actividad.

Obsérvese que la nueva actividad denominada ACTUALIZACIÓN DE ESTUDIOS Y DISEÑOS fue una modificación profunda a la estructura del contrato original, que no solo alteró la parte conceptual sino que produjo costos no contemplados originalmente.

(xv) Las demás cláusulas del otrosí #2, de la décima cuarta a la décima novena modifican infinidad de asuntos específicos de la parte técnica de los apéndices del contrato principal, que no tienen incidencia en la causal de nulidad absoluta que se pretende en la demanda.

c) OTROSÍ No. 3. Diciembre 22 de 2.008.

Este Otrosí corrige errores de transcripción del contrato original, pero a su vez, transcribe mal la cláusula del OBJETO y elimina la palabra MANTENIMIENTO. QUEDÓ PEOR PORQUE SACARON UNA DE LAS ACTIVIDADES BÁSICAS DEL CONTRATO.

d) OTROSÍ No. 4. DICIEMBRE 26 DE 2008. (Aunque en el texto aparece como fecha de suscripción Diciembre 26 de 2007).

(i) CONTRATO INICIAL. CLÁUSULA 9.1.2. VALOR CORRESPONDIENTE QUE SE PAGA POR PRECIOS UNITARIOS. Esta cláusula comprende solamente las actividades de obras para redes, demolición de predios y adecuación de desvíos.

OTROSÍ No. 4. CLÁUSULA PRIMERA. Incluye el concepto de ACTUALIZACIÓN DE ESTUDIOS Y DISEÑOS creado en el otrosí No. 2 como una nueva actividad que se pagará por precios unitarios incluidas las actualizaciones de estudios y diseños que se requieran durante la ejecución del contrato.

Obsérvese cómo este otrosí No. 4, al incluir entre las actividades que se pagan por precios unitarios la actualización de estudios y diseños, cambia la concepción original de los pliegos de condiciones, modificando las reglas de la licitación.

(ii) CONTRATO INICIAL. CLÁUSULA 10.2.2 Concepto 2 Valor unitario. No incluye el concepto de actualización de estudios y diseños.

OTROSÍ No. 4 CLÁUSULA SEGUNDA. Modifica la cláusula 10.2.2 concepto 2 adicionando que este concepto también incluye las actividades y el personal requeridos para la actualización de estudios y diseños.

(iii) CONTRATO INICIAL. Referencia a la cláusula 10.2.2 concepto 2.

OTROSÍ No. 4. CLÁUSULA TERCERA. Incluye dos párrafos a la cláusula 10.2.2 concepto 2, el primero donde ratifica que las actividades de actualización de estudios y diseños se pagan por precios unitarios y que por ser productos de CONSULTORÍA no tendrán ajustes. Y el segundo contempla la obligación de modificar la garantía única del contrato para incluir el amparo de calidad por la actividad de actualización de estudios y diseños.

Obsérvese que en este otrosí la actividad de actualización de estudios y diseños es calificada como un producto de consultoría, lo cual modifica la naturaleza de la concepción original del contrato de obra pública que se suscribió con base en los pliegos de la licitación 022 de 2007".

Contestación: "**NOVENO:** Es cierto que en el transcurso del contrato se celebraron diversos otrosíes al contrato de obra No. 135 de 2007. Sin embargo, me atengo al texto literal de cada uno de los actos modificatorios al contrato y a los fundamentos técnicos y jurídicos de los mismos, y que hacen parte integral de los documentos modificatorios.

LITERAL A: Me atengo al texto literal del otrosí No. 1 suscrito el 16 de septiembre de 2008 y rechazo las conclusiones subjetivas que formula el apoderado de la parte convocante. En cuanto a la modificación en la presentación del cronograma de obra por parte del contratista, ésta obedeció a las observaciones presentadas por el contratista a los estudios y diseños entregados por el IDU, de conformidad con sus obligaciones de la etapa de preconstrucción.

LITERAL B: Me atengo al texto literal del otrosí No. 2 suscrito el 16 de octubre de 2008 y rechazo las conclusiones subjetivas que formula el apoderado de la parte convocante. Respecto de las modificaciones a que hace relación este hecho, es importante aclarar que los cambios obedecieron a circunstancias contractuales únicamente imputables a la entidad contratante, que incidieron directamente en los plazos contractuales, por lo cual es necesario que se analice cada uno de los modificatorios en conjunto con los antecedentes y soportes técnicos en que se fundamenta.

LITERAL C: Me atengo al texto literal del otrosí No. 3 suscrito el 22 de diciembre de 2008 y rechazo las conclusiones subjetivas que formula el apoderado de la parte convocante.

LITERAL D: Me atengo al texto literal del otrosí No. 4 suscrito el 26 de diciembre de 2008 y rechazo las conclusiones subjetivas que formula el apoderado de la parte convocante".

Hecho: “**Décimo.** Los cambios anteriores, en especial al modificar la forma de pago del anticipo y de la construcción, hay un cambio en el objeto del contrato, lo cual está prohibido, según se explica en los fundamentos de derecho de esta demanda arbitral”.

Contestación: “**DÉCIMO:** No es cierto, que las modificaciones relativas a la forma de pago del contrato sean equiparables a una modificación del objeto del contrato ni tampoco que resulten en una modificación del objeto del contrato”.

Hecho: “**Undécimo.** El CONTRATO ADICIONAL No. 1 Y OTROSÍ No. 5 AL CONTRATO No. IDU 135 DE 2007, del 29 de diciembre de 2008, tiene por objeto lo siguiente:

PRIMERA: Adicionar el Contrato de Obra IDU 135 de 2007 en la suma de VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS VEINTINUEVE MILLONES CIENTO SESENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CATORCE PESOS (\$24.629.166.914,00) M/CTE., los cuáles se discriminan en los Anexos 1 y 2 del presente documento para ejecutar a precios unitarios las obras de los proyectos del Grupo 1 de Valorización con números 123 Avenida Mariscal Sucre de Avenida Jiménez a Avenida Comuneros, y 124 Avenida Mariscal Sucre de Avenida Comuneros a Avenida 1 Hortúa, hasta por el valor de la presente adición y de conformidad con los Anexos Técnicos No. 1 y No. 2 y los estudios y diseños entregados por el IDU”.

Contestación: “**UNDÉCIMO:** Me atengo al texto literal del adicional No. 1 y otrosí No. 5 del 29 de diciembre de 2008, a sus antecedentes y fundamentos técnicos que conllevaron su suscripción”.

Hecho: “**Duodécimo.** De la comparación entre el objeto del Contrato IDU 135 de 2.007 transcrito en el hecho sexto de esta demanda con el anteriormente transcrito, encontramos las siguientes diferencias sustanciales:

- a. El CONTRATO ADICIONAL No. 1 Y OTROSÍ No. 5 AL CONTRATO No. IDU 135 DE 2007, busca construir una parte de la Avenida Mariscal Sucre de la Capital, mientras que el contrato 135 busca construir una parte de la Fase III de Sistema de Transmilenio.

- b. *La Avenida Mariscal Sucre no hace parte de la Fase III, sino de las obras de valorización ordenadas por el Acuerdo Municipal No 180 de 2005 que decretó su realización por el sistema de Valorización.*
- c. *Las obras del CONTRATO ADICIONAL No. 1 Y OTROSÍ No. 5 AL CONTRATO No. IDU 135 DE 2007, presupuestalmente son financiadas por la Contribución de Valorización, mientras que las de la Fase III lo son por medio de los recursos de la ley 310 de 1996 sobre el Sistema de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros.*
- d. *La obra de la Fase III fue terminada y recibida por el IDU y Transmilenio, mientras que las obras de la Avenida Mariscal Sucre contratadas en el CONTRATO ADICIONAL No. 1 Y OTROSÍ No. 5 AL CONTRATO No. IDU 135 DE 2007, no se han terminado. Este hecho no afecta en nada la operatividad del sistema de Transmilenio.*
- e. *En consecuencia, no tiene ninguna relación de conexidad, ni responde a una obra que fuera necesaria para la ejecución del Contrato IDU 135 de 2.007”.*

Contestación: “**DUODÉCIMO:** Me atengo al texto literal del adicional No. 1 y otrosí No. 5 del 29 de diciembre de 2008 y rechazo las conclusiones subjetivas que formula el apoderado de la parte convocante. En cualquier caso, las manifestaciones del apoderado de la parte convocante no son ciertas, y se formulan de modo irresponsable sin prueba o fundamento alguno que las respalde”.

Hecho: “**Decimotercero.** Para la celebración del CONTRATO ADICIONAL No. 1 Y OTROSÍ No. 5 AL CONTRATO No. IDU 135 DE 2007, no se hicieron los estudios previos necesarios, dentro de ellos los diseños y el presupuesto oficial de obra”.

Contestación: “**DÉCIMO TERCERO:** No es cierto. Los considerandos 6 al 13 del Adicional No. 1 y otrosí No. 5 dan cuenta de los estudios y fundamentos que sirvieron como base para su celebración. En efecto se destacan las siguientes:

'9) Que de conformidad con los anteriores considerandos está prevista la intervención de una misma vía a través de dos proyectos, siendo necesario y procedente definir una sola intervención y en todo caso por parte del Contratista que tiene contrato vigente para ejecutar obras, en la misma, toda vez que la intervención de dos contratistas diferentes resulta contrario a los principios de economía y celeridad que orientan la contratación pública.

'10) La ejecución por parte de un solo contratista de las obras Grupo 2 de la Fase III de Transmilenio y de los proyectos 123 y 124 del Acuerdo 180 de 2005, representa para la Administración reducción de costos administrativos, optimización del recurso humano, recursos físicos, técnicos, sociales, sisoma y de mantenimiento''.

Hecho: "**Decimocuarto.** El presupuesto oficial de obra se realizó por el IDU después de suscrito el CONTRATO ADICIONAL No. 1 Y OTROSÍ No. 5 AL CONTRATO No. IDU 135 DE 2007".

Contestación: "**DÉCIMO CUARTO:** No es cierto. En efecto, en el considerando 12 del adicional No. 1 y otrosí No. 5 se lee:

'12) Que para amparar el presente compromiso la Subdirección Técnica de Presupuesto y Contabilidad expidió los Certificados de Disponibilidad Presupuestal números 9197, 9198, 9227 y 9228 del 23 de diciembre de 2008''

Hecho: "**Decimoquinto.** Por tratarse de una obra diferente, la contratación de la construcción de la Avenida Mariscal Sucre debió hacerse por licitación pública".

Contestación: "**DÉCIMO QUINTO:** No es un hecho, es una opinión del apoderado del IDU".

Hecho: "**Decimosexto.** La Contraloría General de la República en los Informes citados, consideró que había vulneración a los principios de transparencia y selección objetiva en el Hallazgo No. 30 que se refiere específicamente al contrato 135 y al CONTRATO ADICIONAL No. 1 Y OTROSÍ No. 5 AL CONTRATO No. IDU 135 DE 2007, en estos términos:

'Las obras adicionadas al contrato 135/07 por el Instituto de Desarrollo Urbano, mediante la figura del Otrosí, no tienen relación directa o no son necesarias para el cumplimiento de la finalidad pretendida a través de dicho contrato; de igual forma, no es de recibo el hecho que no se llevara a cabo un proceso contractual de acuerdo a lo establecido en la ley, máxime cuando el IDU suscribió el contrato 030 de 2006 con el objeto de 'realizar la consultoría a precio global fijo sin reajustes para las obras de vías, intersecciones, puentes peatonales y espacio público que conforma el Grupo E, Zona C de proyectos de valorización en Bogotá D.C.' Originado en el concurso público No. IDU CM-SGT 010-2006 el cual señala en el numeral 4.5.7 Estructuración del pliego de condiciones para licitar la construcción de las obras 'Se requiere que el consultor entregue una estructuración de pliegos de condiciones, por cada uno de los proyectos con los cuales el IDU adelantará el proceso licitatorio para la construcción y el mantenimiento de dicho proyecto...'

....

'Esta situación genera un hallazgo administrativo con presunta incidencia disciplinaria, porque el IDU no realizó un proceso de contratación de acuerdo a lo establecido en la Ley de contratación, vulnerando los principios de transparencia y selección objetiva y utilizó la figura de contratos adicionales contraria a la finalidad señalada en el manual de contratación vigente para la época de los hechos, numeral 6.1 CONTRATOS ADICIONALES Y MODIFICACIONES: 'CONTRATO ADICIONAL: Acuerdo de voluntades elevado a escrito cuando se requiere incrementar el valor del contrato y/o el plazo del mismo o cuando se establece la necesidad de incluir elementos o modificaciones no previstas expresamente en el pliego de la licitación o términos de referencia y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a éste y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer'. Como se pudo determinar estas obras no eran indispensables para cumplir la finalidad del contrato 135 de 2007 de la Fase III del sistema Transmilenio. Las obras adicionadas corresponden a otro proyecto, en este caso Valorización, así como los recursos con que se financian''

Contestación: “**DÉCIMO SEXTO:** No me consta, mi poderdante no hizo parte del proceso fiscal y por ende me atengo a lo que se pruebe en este proceso”.

Hecho: “**Decimoséptimo.** La Licitación Pública 022 de 2.007 fue dolosamente intervenida por el señor Inocencio Meléndez Julio”.

Contestación: “**DÉCIMO SÉPTIMO:** No me consta ni tengo conocimiento alguno que permita confirmar tal afirmación”.

Hecho: “**Decimooctavo.** El Sr. Inocencio Meléndez Julio era para la fecha de la apertura de la Licitación 022 de 2.007 y su adjudicación Sub-Director Jurídico del Instituto”.

Contestación: “**DÉCIMO OCTAVO:** Es cierto, y es irrelevante para el Contrato de Obra No. 135 de 2007, toda vez que la ordenadora del gasto era Lilibiana Pardo Gaona, y el contrato en adición al señor Inocencio Meléndez fue revisado por: Luis Esteban parada Bretón, Jesús Manuel Rodríguez, Carmen Elena Lopera Fiasco, Nidia Consuegra, Carmen del Rosario Silgado y Julia Rosa Luna”.

Hecho: “**Decimonoveno.** El Sr. Inocencio Meléndez Julio aceptó la conducta penal de Celebración Indevida de Contratos y Celebración de Contratos sin el lleno de los requisitos legales, conductas por las cuales fue condenado a la pena de prisión por el Juzgado 27 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, dentro del Radicado 11001600010220110028300”.

Contestación: “**DÉCIMO NOVENO:** Es cierto que el señor Inocencio Meléndez llegó a un acuerdo con la Fiscalía dentro del proceso penal que se adelantaba ante el Juzgado 27 Penal del Circuito, cuyo objeto es ajeno al contrato en torno al cual gira la presente controversia”.

Hecho: “**Vigésimo.** Por considerar este hecho como esencial para la prosperidad de las pretensiones aquí planteadas, se transcriben a continuación los apartes más importantes de la sentencia condenatoria contra Inocencio Meléndez Julio proferida por el Juzgado 27 Penal del Circuito con funciones de conocimiento, de fecha 24 de Agosto de 2011:

‘PRONUNCIAMIENTO:

Se profiere sentencia dentro de las diligencias adelantadas en contra de INOCENCIO MELENDEZ JULIO conforme los términos del acuerdo aprobado.

HECHOS:

Los hechos que atañen a este proceso guardan relación con la celebración de los contratos de la fase III de Transmilenio, malla vial, valorización y consultoría para las obras de la fase III, en las cuales el Instituto de Desarrollo Urbano fungió como ejecutor de las obras públicas y adelantó el proceso de selección de los contratistas.

Se afirma por la Fiscalía que **en el marco de la contratación el Dr. INOCENCIO MELENDEZ JULIO se desempeñó como director técnico de la Dirección Técnica Legal del IDU, nombrado mediante resolución del 16 de marzo del 2007, y posteriormente fue nombrado como subdirector general de la Subdirección General Jurídica, mediante resolución del 24 de abril del 2009.**

Que en esa calidad participó en la emisión de conceptos que favorecieron la celebración de distintas contrataciones públicas en las licitaciones, cambio en el manejo del anticipo, autorización de pagos, modificación de pliego de condiciones, aprobación de adicionales, que beneficiaron a contratistas y terceros.

Así mismo, no hubo acompañamiento activo de la oficina jurídica a su cargo, en el tema de la atención que se debía prestar para la imposición de multas, declaratorias de procesos de caducidad, demora en los trámites de bienes pendientes para la ejecución de los contratos, principalmente.

Como subdirector técnico legal y posteriormente jurídico, le correspondía coordinar y controlar los procesos de selección de contratistas, adjudicación y celebración de contratos con el fin que estos se ajustaran a los parámetros de Ley, **y como tal participó en la elaboración de los ‘otro si’ del 16 de septiembre de 2008, 16 de octubre de 2008; 23, 26 y 29 de diciembre de 2008 que modificaron los contratos 134 a 138 de 2007 de la fase III de Transmilenio, los cuales implicaron: 1. Postergar la entrega de productos de la etapa de**

preconstrucción; 2. Cambio de requisitos para el inicio de la etapa de construcción en estos contratos y se introdujo el concepto de ‘actualización de estudios y diseños en los contratos de la fase III’, definición que no estaba contemplada en el pliego de condiciones, ni adendas, ni el texto de los contratos, y que favoreció a los contratistas permitiendo: diseñar los posibles faltantes de estudios y diseños, rediseño de los mismos por justificación técnicamente demostrada, y postergó la entrega de la programación detallada.

En el otro si celebrado en diciembre de 2008 se cambió el concepto de precios unitarios definidos en los contratos con el fin de incluir en él los costos por las actividades de actualización de estudios y diseños; y en el contrato 136 de 2007, particularmente, permitió la realización de dos variaciones del presupuesto oficial de la licitación en el desarrollo del proceso de selección, a través del pliego de condiciones, adendas No 3 y 6, así mismo, la modificación de la experiencia del proponente no corresponde a las necesidades técnicas y financieras del proyecto, conforme al precio de condiciones, adendas 4 y 8.

Finalmente se señala por la Fiscalía, que en las contrataciones de la fase III de Transmilenio, el Dr. INOCENCIO MELENDEZ JULIO permitió que estos contratos celebrados en diciembre de 2007, iniciaran el 17 de junio de 2008, algo más de cinco meses después y no se cumpliera el término de 30 días para iniciar conforme se señaló en los pliegos de condiciones; así mismo el IDU eliminó como requisitos para el trámite del anticipo, la entrega del informe sobre la evaluación y revisión de los estudios y diseños entregados por el IDU y la entrega de la programación de obra y del cronograma de metas físicas.

(...).

CONSIDERACIONES:

Dentro del marco de la justicia premial, y tal como tuvo oportunidad de verificar esta funcionaria, la Fiscalía y la defensa celebraron y presentaron un preacuerdo en los siguientes términos:

El Dr. INOCENCIO MELENDEZ JULIO de manera libre, voluntaria y espontánea, en presencia de su defensora acepta que la Fiscalía cuenta con suficientes elementos materiales probatorios, evidencia física e informes legalmente obtenidos para llevar a esta funcionaria al conocimiento más allá de la duda razonable de su responsabilidad penal por el concurso de delitos de interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, prevaricato por acción y prevaricato por omisión, contemplados en los artículos 409, 410, 413 y 414 del Código penal, respectivamente, los dos primeros en condición de coautor y los dos últimos en condición de autor.

1. Se declaró culpable de los anteriores delitos y tal aceptación implica, de conformidad con los artículos 350 a 354 del C.P., que la pena imponible se reducirá en una tercera parte.

(...).

6. Además de aceptar su responsabilidad el señor INOCENCIO MELENDEZ JULIO se comprometió a colaborar eficazmente con la Administración de Justicia declarando como testigo de cargo en las actuaciones penales, disciplinarias y fiscales de todo orden que tengan conexidad con este caso.

(...).

Además, los elementos materiales de prueba, información y evidencia que tiene a su disposición la Fiscalía, le permitieron inferir y sostener la comisión de los diferentes delitos endilgados al señor INOCENCIO MELENDEZ JULIO.

(...).

De algunos informes de policía judicial se extrae que acusado **como subdirector general jurídico y miembro del comité de adjudicaciones del IDU dio visto bueno y aprobó la apertura del proceso licitatorio L-PDG-022 de 2007 correspondiente a la fase III de Transmilenio, sin contar con los estudios y diseños requeridos, como lo exige la Ley 80 de 1993, los cuales debían ser entregados en su totalidad por las consultorías contratadas para tal fin, revisados y aprobados por las interventorías, y verificados por el IDU.**

Dichos informes también explican que el acusado aprobó adendas modificatorias que implantaron cambios al pliego de condiciones definitivo de la licitación L-PDG 022 de 2007, como la posibilidad de presentar en lugar de cupo de crédito la experiencia en consecución de financiación y la disminución del requisitos para el grupo 4, transgrediéndose el principio de selección objetiva.

Que así mismo aprobó otrosíes que introdujeron en los contratos de la fase III de Transmilenio actividades denominadas actualizaciones de estudios y diseños que no era otra cosa, que el diseño de los productos faltantes que no habían sido entregados por las consultorías, vulnerándose los principios de economía y transparencia; o que se suscribieron contratos adicionales a los de obra de la fase III, en los cuales se emitió concepto favorable respecto de la adición de obras de valorización, concretamente la rehabilitación de la avenida Mariscal De Sucre, y que este fue un concepto contrario a la ley pues nunca debió producirse un contrato adicional, en primer lugar porque los objetos de la fase III de Transmilenio y el objeto de estos contratos de adición que correspondía a obras de valorización, son independientes, y excluyentes entre si, ya que incluso la construcción de estos últimos afectaría los planes de manejo de tráfico de los primeros. Y en segundo lugar porque para esta obra de valorización lo pertinente era llevar a cabo un proceso licitatorios, toda vez que el monto presupuestal excedía los topes presupuestales para contratar directamente. (pág. 14).

(...).

Con todo lo anterior no es difícil advertir que el acusado, en su condición de servidor público y ejercicio de las funciones deferidas por la Constitución y la Ley, profirió resoluciones, dictámenes y conceptos manifiestamente contrarios a derecho, conculcando de ese modo el ordenamiento jurídico y de paso la administración pública.

Aquí no se trata de una simple disparidad entre las decisiones y las normas que regulan el tema de la contratación estatal, sino que estas tienen una entidad propia que desechan cualquier duda sobre el proceder arbitrario del servidor público, descartando a su vez que son simple fruto de su particular postura interpretativa del derecho, máxime cuando se sabe que

todo estuvo orientado al favorecimiento de un determinado grupo empresarial. (pág. 14).

Finalmente, en lo que respecta al punible del prevaricato por omisión tipificado en el artículo 414 del C.P. bajo el supuesto jurídico que el servidor público omite, retarde, rehuse o deniegue un acto propio de sus funciones, se hizo mención acerca que el Dr. INOCENCIO MELENDEZ JULIO no hizo acompañamiento activo en el tema de atención a la imposición de multas y declaratorias de caducidad.

Ello se soportó a través de documentación como el informe del 20 de abril de 2011 suscrito por una investigadora del CTI, donde se pone de relieve la falta de fijación de parámetros adecuados para proteger los recursos administrados por el IDU, la inexistencia de un análisis serio que considere aspectos básicos como la verificación de documentos aportados sobre la composición de sociedades, o si su actividad económica guarda relación con el objeto contractual; o que en la evaluación jurídica no se garantizó la equidad para los participantes, etc. (pág. 15).

(...).

Todo lo hasta aquí reseñado refleja que el acusado como servidor público no realizó lo que podía y debía hacer, contrariando sus funciones y los mandatos legales, radicándose así una vez más la afectación a la administración pública.

Ahora bien, cabe puntualizar que todos los delitos aceptados se cometieron de manera dolosa, lo cual es válido afirmar a partir de las circunstancias que rodearon los hechos, especialmente el interés claro y nítido que desde un principio lo acompañó, encaminado a favorecer a determinados contratistas, y con ello beneficiarse personalmente.

(...).

En este orden de ideas, todos los elementos probatorios a los que se ha hecho breve alusión sumados a la aceptación de los cargos por el procesado, afianzan que el hecho que el preacuerdo es un acto ajustado a derecho, disipando cualquier duda acerca de la responsabilidad del señor

INOCENCIO MELENDEZ JULIO como coautor en los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y contratos sin cumplimiento de requisitos legales y autor de los delitos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión, cometidos cuando se desempeñó como funcionario del IDU, y según el marco fáctico de la acusación. (pág. 16)". Todas las negrillas son del texto de la reforma de la demanda.

Contestación: "**VIGÉSIMO:** Me atengo al texto literal de la sentencia proferida por el Juzgado 27 Penal del Circuito de fecha 24 de Agosto de 2011".

Hecho: "**Vigésimo primero.** Con fecha 18 de Septiembre de 2013, un tribunal de arbitramento convocado por el Consorcio Metrovías dirimió un litigio entre las mismas partes de esta demanda, mediante laudo sobre el cual es necesario hacer estas precisiones:

- a. No hubo ninguna pretensión de anulación del contrato IDU 135 de 2007, por lo que no hubo pronunciamiento alguno sobre este particular, a pesar de haber constatado la violación del principio de planeación y el cambio en el objeto y forma de pago del precio del contrato en los diferentes Otrosíes, según se expuso en el hecho tercero b. de esta demanda.
- b. El IDU solicitó la anulación de los modificatorios por cuanto la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., no los suscribió, excepción que fue negada en el citado laudo, por lo cual no es alegada en la presente demanda y no puede ser objeto de decisión en el litigio que se inicie con esta demanda".

Contestación: "**VIGÉSIMO PRIMERO:** Es cierto que el 18 de septiembre de 2013, un tribunal arbitral convocado por el Consorcio Metrovías Bogotá profirió laudo arbitral.

LITERAL A: Es cierto que el Consorcio Metrovías Bogotá no formuló ninguna pretensión de nulidad en la demanda arbitral presentada el 9 de marzo de 2012. Sin embargo, no es cierto que no haya habido un pronunciamiento respecto de la nulidad del contrato y sus modificatorios, toda vez que como se observa en las páginas 34 a 75 del laudo arbitral proferido el 18 de

septiembre de 2013, este asunto fue objeto de amplia discusión por parte del Tribunal Arbitral.

LITERAL B: Es cierto que el IDU solicitó la anulación de los contratos modificatorios del contrato de obra No. 135 de 2007 ante el Tribunal Arbitral convocado por el Consorcio Metrovías Bogotá. Adicionalmente, debe precisarse que el IDU presentó recurso de anulación contra el laudo arbitral proferido el 18 de septiembre de 2013 alegando la ausencia de Transmilenio en el trámite arbitral y en la suscripción de los modificatorios y que este fue negado por el Consejo de Estado”.

8. PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES DE LA CONVOCADA

A continuación se transcriben las pretensiones de la demanda reformada:

“PRETENSIÓN PRIMERA:

Se decrete la NULIDAD ABSOLUTA del Contrato IDU 135 de 2.007 de fecha diciembre 28 de 2007, celebrado, incluyendo la totalidad de las adiciones, otrosíes, modificaciones y contratos adicionales que se han celebrado en el curso de la ejecución de las obras, entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU y el CONSORCIO METROVÍAS BOGOTÁ, integrado por las sociedades CSS CONSTRUCTORES S.A., CONSTRUCTORA LHS S.A. y CASS CONSTRUCTORES & CIA S.C.A. y las personas naturales CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE y LUIS HÉCTOR SOLARTE.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA:

Subsidiariamente solicito se decrete la NULIDAD ABSOLUTA de los siguientes contratos modificatorios, de conformidad con los hechos de la demanda:

(i) CONTRATO ADICIONAL No. 1 Y OTROSÍ No. 5 AL CONTRATO No. IDU 135 DE 2007, suscrito entre la parte Convocante y la convocada, el día 29 de diciembre de 2008.

(ii) OTROSÍ No. 2. De octubre 16 de 2008.

PRETENSIÓN SEGUNDA:

Como consecuencia de la declaración de la nulidad absoluta del Contrato IDU 135 de 2.007 y sus modificatorios, solicito al Tribunal de Arbitramento definir las restituciones mutuas entre las partes ordenando la liquidación del contrato en las condiciones que proponemos enseguida, o las que el Tribunal establezca:

a) Que la liquidación se haga de mutuo acuerdo entre las partes en un plazo máximo de dos meses. En caso de vencerse el plazo sin acuerdo, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU deberá hacerla unilateralmente en un lapso igual.

b) Que en la liquidación se ordene descontar del precio recibido por el contratista, el valor de la utilidad del contrato, que, al 17 de junio de 2016, ascendía a la suma de trece mil diez y ocho (sic) millones ciento noventa y un mil seiscientos setenta y siete pesos m/legal, (\$13.018.191.677.00) o la que se demuestre en juicio, y en general todos los demás dineros recibidos o que reciba en el futuro que directamente no hayan beneficiado a la entidad demandante, en los términos del segundo inciso del artículo 48 de la ley 80 de 1993.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA:

Subsidiariamente a la petición segunda, solicito:

(i) Que como consecuencia de la declaración de la nulidad absoluta del CONTRATO ADICIONAL No. 1 Y OTROSÍ No. 5 AL CONTRATO No. IDU 135 DE 2007, el Tribunal de Arbitramento ordene las restituciones mutuas entre las partes, ordenando descontar como mínimo el valor de la utilidad obtenida como consecuencia de la ejecución del contrato adicional 1, que al 17 de junio de 2016 era de novecientos ochenta y dos millones trescientos noventa y seis mil seiscientos noventa y nueve pesos (\$982.396.699.00) y en general todos los demás dineros recibidos o que reciba en el futuro que directamente no hayan beneficiado a la entidad demandante, en los términos del segundo inciso del artículo 48 de la ley 80 de 1993.

(ii) Que como consecuencia de la declaración de la nulidad absoluta del OTROSÍ No. 2 de fecha octubre 16 de 2008 del (sic) No. IDU 135 DE 2007, el Tribunal de Arbitramento ordene las restituciones mutuas entre las partes, ordenando descontar el valor de la utilidad obtenida como consecuencia de la ejecución del contrato adicional 2, y en general todos los demás dineros recibidos o que reciba en el futuro que directamente no hayan beneficiado a la entidad demandante, en los términos del segundo inciso del artículo 48 de la ley 80 de 1993.

PRETENSIÓN TERCERA:

Se condene al consorcio contratista demandado y sus integrantes, de manera solidaria a pagar las costas y gastos del proceso, así como los honorarios del Tribunal y de los abogados de la Convocante”.

La entidad convocada, METROVÍAS, se opuso a las pretensiones y propuso las siguientes excepciones que sirven para fijar su posición:

- “IMPROCEDENCIA DE SOLICITUD DE DECLARATORIA DE NULIDAD DEL CONTRATO POR INEXISTENCIA DE CAUSAL”

- “INEXISTENCIA DE CAUSALES DE NULIDAD DEL CONTRATO”,

- “IMPROCEDENCIA DE SOLICITUD DE DECLARATORIA DE NULIDAD DEL ADICIONAL NO. 1 Y OTROSÍ NO. 5 AL CONTRATO”,

- “INEXISTENCIA DE CAUSALES DE NULIDAD DEL ADICIONAL NO. 1 Y OTROSÍ NO. 5 AL CONTRATO”,

- “IMPROCEDENCIA DE SOLICITUD DE DECLARATORIA DE NULIDAD DEL OTROSÍ NO. 2 AL CONTRATO”,

- “FALTA DE FUNDAMENTO LEGAL PARA ORDENAR LAS RESTITUCIONES MUTUAS”,

- *"FALTA DE FUNDAMENTO LEGAL PARA ORDENAR LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO"*,
- *"IMPROCEDENCIA DE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 48 DE LA LEY 80 DE 1993 FORMULADO POR EL IDU"*,
- *"IMPROCEDENCIA DE COMPENSACIÓN DEL VALOR DE LAS OBRAS EJECUTADAS CONTRA RUBRO ALGUNO"*,
- *"FALTA DE CONEXIDAD ENTRE DESVIO DE PODER DE INOCENCIO MELÉNDEZ Y EL CONTRATO DE OBRA NO. 135 DE 2007"*,
- *"DESCONOCIMIENTO DE LA PARTE CONVOCANTE DE LA IMPOSIBILIDAD DE DECRETAR LA NULIDAD DE UN CONTRATO ESTATAL CON BASE A UNA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE UN PRINCIPIO"*,
- *"COSA JUZGADA RESPECTO (sic) LA AUSENCIA DE NULIDAD DEL ADICIONAL NO. 1 Y EL OTROSÍ NO. 5" e*
- *"IMPROCEDENCIA DE CONDENA DE AGENCIAS EN DERECHO Y COSTAS"*.

9. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El 10 de mayo de 2017, la Procuradora 131 Judicial II Administrativo de Bogotá emitió concepto en contra de la declaración de nulidad del Contrato 135 de 2007 y del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5.

Se pronunció la Procuraduría en contra de la declaración de nulidad del Contrato 135 de 2007, pues consideró que no se configuró desviación de poder en su celebración, y la falta de planeación alegada respecto al mismo no conlleva la nulidad del contrato.

La representante del Ministerio Público anotó que, si bien la sentencia penal en contra de Inocencio Meléndez hace referencia en sus consideraciones,

en términos generales, a todos los contratos de la Fase III de Transmilenio, no se hace expresa manifestación que permita determinar la incidencia directa de las conductas punibles frente a la adjudicación y ejecución del Contrato 135 de 2007, manifestación que sí aparece en dicha sentencia frente al Contrato 137 de 2007.

Tampoco del fallo penal contra María Clemencia Cantini Ardila emerge con claridad que su conducta haya incidido directamente en la adjudicación, celebración y ejecución del Contrato 135 de 2007.

Adicionalmente, no hay prueba de que los representantes legales del CONSORCIO METROVÍAS estuviesen siendo investigados penalmente, como sí lo estuvieron los representantes del grupo Nule en relación con el Contrato 137 de 2007.

En cuanto a la falta de planeación alegada como causal de nulidad del contrato, el Ministerio Público comparte la posición del Consejo de Estado (Sección Cuarta) en la sentencia de tutela del 21 de agosto de 2014, según la cual la falta de planeación no es causal autónoma o directa de nulidad del contrato, ni constituye objeto ilícito. Considera que la falta de planeación es una omisión de la etapa previa del contrato, que constituye incumplimiento contractual; se trata de un principio (el de planeación) ubicado en el ámbito de las cargas de las partes en la etapa precontractual, que comprenden las de buena fe, diligencia y sagacidad, cuya transgresión podría generar responsabilidad, pero no nulidad.

Con respecto al Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, relativo a la Avenida Mariscal Sucre, conceptuó que *“era necesario y así fue contemplado en el contrato, el haber acordado la adecuación para el desvío de la Avenida Mariscal Sucre, está relacionado con el objeto contractual de la adecuación de la calle 26 y está de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente era necesario para realizar la obra contratada. Por lo que para esta Procuraduría Judicial sí existe relación de causalidad entre el objeto contratado y la adecuación de la Avenida Mariscal Sucre”*.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. Requisitos para proferir el laudo

Se encuentran verificados los presupuestos para dictar el Laudo, teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos formales de la demanda, la participación en el proceso de sujetos capaces y debidamente representados, y el carácter arbitrable de la controversia, de conformidad con la decisión que emitió el Tribunal sobre su propia competencia, no controvertida dentro del proceso.

1.2. Caducidad de la acción

Al alegar de conclusión, la parte convocada señaló que en el presente caso, a la luz de lo previsto en el artículo 164 del CPACA, la acción presentada por el IDU se encuentra caducada. Sobre el particular textualmente indicó:

“...sorprende ahora, y se desconoce la intención de la entidad, que concluidas integralmente las obras, cumplido el objetivo de la contratación y ad portas de su terminación, que ocurrirá el próximo el (sic) 20 de septiembre de 2017, la entidad pretenda obtener del juez del contrato una declaración de nulidad (...). Esta circunstancia arroja dudas sobre la oportunidad del ejercicio de la acción incoada por la entidad contratante, y ello habrá de decidirlo el Tribunal en el Laudo que ponga fin al proceso...”.

Considera la convocada que las circunstancias en que se fundamenta la demanda para soportar la pretensión de nulidad absoluta del contrato ocurrieron entre los años 2007 y 2008, con lo cual el término de dos años consagrado en la ley habría vencido, pues a la fecha de presentación de la demanda ya han transcurrido diez años desde la ocurrencia de los hechos.

Asimismo señaló que si bien el artículo 164 del CPACA que invoca, dispone que la nulidad absoluta podrá demandarse mientras el contrato se encuentre vigente, en el caso del contrato 135 de 2007 y de su Adicional No. 1 – Otrosí No. 5, la ejecución concluyó desde el 16 de febrero de 2012 y el servicio se presta a la comunidad desde el 20 de septiembre del mismo año.

Indicó además que a la fecha el contratista únicamente está cumpliendo sus obligaciones de mantenimiento, actividades que de acuerdo con lo estipulado finalizan el 20 de septiembre del año en curso. Así, en su criterio, es cuestionable que el demandante cuente con el derecho de acción, valiéndose de conductas que solo le son imputables a la entidad misma, y que ocurrieron con diez años de anterioridad, por lo que concluye que la acción de nulidad formulada en el presente caso, ha caducado.

El planteamiento que solo hasta este momento procesal formula METROVÍAS, pues nada se había expuesto con anterioridad, impulsa a este Tribunal a un pronunciamiento sobre la caducidad como fenómeno que, como es sabido, pone fin a la actuación procesal derivada de una acción, tema que guarda estrecha relación con la vigencia y aplicación de la norma que ha de regir este proceso, teniendo en cuenta la expedición del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), que entró a regir el 2 de julio de 2012.

La caducidad, vista como un instituto de estirpe jurídico procesal, consiste en que la misma ley limita, en el tiempo, el derecho a que se promuevan ciertas acciones, esto es, que se impulse el aparato jurisdiccional del Estado, so pena de su extinción. El Código Contencioso Administrativo, y ahora el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, expresamente tratan la caducidad de las distintas acciones que dichos ordenamientos disciplinan. Esto es, se concede derecho de acción y, para ello, se señala un término. Si el interesado no ajusta su conducta a reclamar su derecho en el plazo señalado, se extingue la acción.

Sobre este particular sostuvo Corte Constitucional en sentencia C-394 de 2002, lo siguiente:

“La caducidad es una institución jurídico procesal a través de la cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general”.

Pues bien, respecto de la acción de nulidad impetrada por el IDU, sin duda, el fenómeno procesal de la caducidad hay que ubicarlo en el contexto del artículo 164, literal J, del CPACA, que consagra lo siguiente:

“Art. 164. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente” (Subrayado fuera del texto).

A partir de la norma citada resulta evidente que el artículo 164 del CPACA permite una conclusión: los negocios afectados de alguna anomalía que conduzca a la nulidad absoluta cuentan con un término especial para la interposición de la acción correspondiente, en tanto la declaratoria de nulidad se puede proponer mientras el contrato se encuentre vigente, de

suerte que el plazo para la acogida de la caducidad se extiende a este evento.

Del mismo modo, el CPACA dispone sobre el régimen de transición y vigencia de ese ordenamiento procesal, artículo 308, que sólo se aplicará a los procedimientos y actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley; y los procedimientos y actuaciones administrativas, así como a las demandas y procesos en curso a la vigencia de dicha ley, se regirán y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.

Se evidencia por una parte en el proceso, que la demanda con base en la cual el Tribunal se instaló, se presentó el 17 de noviembre de 2015, es decir bajo la vigencia del nuevo estatuto de lo contencioso administrativo (aplicable a partir del 2 de julio de 2012), por lo que es entonces esta normativa la que debe estudiarse para verificar si ha ocurrido o no la caducidad

Ahora bien, en cuanto a la vigencia del Contrato 135 de 2007 y su adicional No.1, el Tribunal observa lo siguiente:

De acuerdo con lo consignado en la cláusula primera el Contrato de Obra No. IDU 135 de 2007, aclarado mediante el Otrosí No.3, el objeto del mismo es del siguiente tenor:

“el objeto del presente contrato es la ejecución de la totalidad de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación al sistema Transmilenio y el posterior mantenimiento del Grupo 2 ‘Ejecución de la totalidad de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la Calle 26 (Avenida Jorge Eliécer Gaitán) y la Carrera 10 (Avenida Fernando Mazuera) al Sistema Transmilenio en la ciudad de Bogotá D.C. del tramo 2 comprendido entre Calle 30 A Sur y la Calle 3, en Bogotá D. C. y el Tramo 3 comprendido entre Calle 3 y Calle 7, incluye Ramal Calle 6 entre Carrera 10 y Troncal Caracas, Avenida Comuneros entre Carrera 10 y Carrera 9 con Calle 4 y Estación Intermedia de la Calle 6, en Bogotá D. C.’ de acuerdo con el límite de intervención, las especificaciones

generales y particulares contenidas en todos los apéndices que hacen parte integral de este contrato”⁴.

Del texto citado es claro para el Tribunal que el alcance del contrato incluía tanto la ejecución de obras como la realización de labores de mantenimiento.

Sobre el estado en que se encuentra el contrato la parte convocada en su alegato de conclusión expuso diferentes argumentaciones tal como se evidencia a continuación:

En un primer texto afirmó que la terminación del contrato ocurrirá el 20 de septiembre de 2017:

“...sorprende ahora, y se desconoce la intención de la entidad, que concluidas integralmente las obras, cumplido el objetivo de la contratación y ad portas de su terminación, que ocurrirá el próximo el (sic) 20 de septiembre de 2017, la entidad pretenda obtener del juez del contrato una declaración de nulidad (...). Esta circunstancia arroja dudas sobre la oportunidad del ejercicio de la acción incoada por la entidad contratante, y ello habrá de decidirlo el Tribunal en el Laudo que ponga fin al proceso...”.

Posteriormente, en los términos que se indican a continuación, manifestó que la ejecución material del contrato y de su adicional concluyó el 16 de febrero de 2012:

“(...) el Tribunal deberá tener en cuenta en su análisis que la ejecución material del Contrato 135 de 2007 y de su adicional No.1 – Otrosí No.5 SE ENCUENTRA CONCLUIDA desde el 16 de febrero de 2012 y en servicio a la comunidad desde el 20 de septiembre de 2012. A la fecha el contratista se limita a cumplir con sus obligaciones de mantenimiento, como bien pudo comprobarlo el Tribunal en la inspección judicial realizada durante el trámite, actividades que, según el plazo contractual, concluirán el próximo 20 de septiembre del año en curso”.

⁴ Folio 107 del C. de Pruebas No. 1.

Y posteriormente precisó:

“Esperar diez años para demandar la nulidad del contrato de obra, esperar a que se cumpliera su objeto, obtener el evidente beneficio de la construcción de infraestructura de transporte, finalidad de la contratación, ponerla al servicio de la comunidad, y luego pretender en sede judicial, concluido el contrato, la nulidad del mismo (...)”.

De los textos citados se evidencia que la parte convocada a veces considera que el contrato ha culminado y otras veces plantea que terminará el 20 de septiembre de 2017.

En este punto el Tribunal considera importante destacar que de acuerdo con su objeto, el contrato incluye tanto la ejecución de obras como también la realización de labores de mantenimiento, con lo cual no puede afirmarse que concluidas las primeras, la ejecución contractual, éste haya terminado, pues solo hasta la finalización del periodo en el que el contratista debe llevar a cabo el mantenimiento acordado, periodo que vence el 20 de septiembre de 2017, la ejecución contractual termina.

En consecuencia, resulta evidente que no ha operado el fenómeno de la caducidad de la acción de nulidad del Contrato 135 de 2007 y del Adicional 1 tantas veces citados; y, por tanto, el Tribunal no declarará la ocurrencia de dicho impeditivo procesal.

1.3. Cosa juzgada derivada del laudo proferido el 18 de septiembre de 2013

Como excepción a la pretensión de declaratoria de nulidad del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, el CONSORCIO METROVÍAS propuso la de cosa juzgada, en los siguientes términos:

“En el laudo arbitral proferido el 18 de septiembre de 2013, el Tribunal Arbitral convocado por el Consorcio Metrovías Bogotá para dirimir las diferencias derivadas de la ejecución del contrato de obra No. 135 de 2007, se pronunció respecto la imposibilidad de predicar la nulidad del Adicional No. 1 y el Otrosí No. 5. La decisión del Tribunal, cuya argumentación, se plasma en los párrafos 131 a 245 del laudo arbitral,

analiza de manera detallada la solicitud que formuló el IDU en la audiencia de alegatos de conclusión, la cual para mayor precisión, se transcribe en el laudo citado”.

En el alegato final METROVÍAS reitera la apreciación de cosa juzgada respecto de la ausencia de nulidad del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5:

“En el laudo arbitral proferido el 18 de septiembre de 2013, el Tribunal Arbitral convocado por el Consorcio Metrovías Bogotá para dirimir las diferencias derivadas de la ejecución del contrato de obra No. 135 de 2007, se realizó un estudio de la validez integral del contrato frente a pretensiones de nulidad del IDU expresadas en los alegatos de conclusión”.

Para el análisis del tema, el Tribunal parte de la definición de cosa juzgada prevista en el artículo 303 del C.G.P., en los siguientes términos:

“Artículo 303. Cosa juzgada. *La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión”.

Enunciados los requisitos de la cosa juzgada, el Tribunal procederá a su análisis en relación con el Laudo proferido el 18 de septiembre de 2013 en el Proceso Arbitral instaurado por los integrantes del CONSORCIO METROVÍAS contra el Instituto de Desarrollo Urbano, IDU.

Revisado el contenido del laudo aludido, el Tribunal encuentra lo siguiente:

En el proceso respecto del cual se alega la cosa juzgada, si bien versa sobre el mismo Contrato 135 de 2007, las pretensiones están orientadas hacia una temática totalmente diferente a la que se debate en el litigio que ocupa a este Tribunal.

En efecto, en tal controversia la parte convocante solicitaba al Tribunal la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte del IDU, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, y la condena al pago de sumas de dinero que consideraba se le adeudaban, temática que difiere de la que es objeto de definición en el presente laudo, al tenor de las pretensiones formuladas por el IDU.

De otra parte, la alusión que en dicho proceso se hizo a la nulidad de los contratos adicionales y los otrosíes del Contrato 135 de 2007, estaba fundamentada en aspectos diferentes a los que se han ventilado en el presente proceso. En efecto, como se evidencia en el citado laudo, en esa oportunidad, al alegar de conclusión, el IDU solicitó la declaratoria de la nulidad con fundamento en que los contratos adicionales y los otrosíes no habían sido suscritos por Transmilenio, temática que es totalmente diferente de la que ha generado la demanda que ocupa al presente Tribunal, donde la nulidad se pretende por adolecer el contrato de objeto ilícito y desvío de poder.

Adicionalmente vale la pena destacar que no se incluye en el referido laudo ninguna definición sobre nulidad de los contratos adicionales y los otrosíes al Contrato 135 de 2007, pues si bien se negaron las excepciones formuladas por el IDU, la argumentación referida a la nulidad no fue planteada como excepción sino como un argumento introducido en los alegatos de conclusión.

Por lo expuesto, ha de concluir el Tribunal que no ha operado el fenómeno de cosa juzgada en relación con el laudo proferido el 18 de setiembre de 2011, y en tal virtud la respectiva excepción formulada por la parte convocada en este proceso no ha de prosperar.

1.4. Excepción de ineptitud sustantiva de la demanda

Al contestar la demanda, la parte convocada formuló la excepción de “Ineptitud Sustantiva de La Demanda”, que sustentó afirmando que la demanda no atendió el requisito formal referido al juramento estimatorio previsto en el artículo 206 del C.G.P., lo cual en su concepto afecta el derecho fundamental al debido proceso, así como el derecho de defensa de su poderdante.

Plantea que a partir de las pretensiones de la demanda es claro que se ha solicitado al juez del contrato la imposición de una condena a cargo del contratista, consistente en la orden de “devolver el precio pactado por la ejecución de las obras”, lo cual representa el beneficio de la entidad estatal.

En concepto de la convocante, la falta del juramento estimatorio exigido por la ley, tiene como consecuencia que el Tribunal debe “declarar la ineptitud sustantiva de la demanda y abstenerse de proferir pronunciamiento alguno respecto de las peticiones formuladas por el IDU”.

La parte convocante se opuso a la excepción y planteó que no es cierto que la demanda formulada por el IDU persiga el pago de perjuicios, pues lo que se pide es que el Tribunal “defina las restituciones mutuas entre las partes”, con lo cual no se dan en este proceso ninguno de los presupuestos que dan lugar a la aplicación del artículo 206 del CGP.

Sobre el particular el Tribunal observa que el artículo 206 del CGP, en lo pertinente, establece lo siguiente:

“Artículo 206. Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su

cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación”.

Analizada la norma citada, es claro para el Tribunal, que no en toda demanda debe incluirse un juramento estimatorio. En efecto, la exigencia se limita a aquellas acciones donde se pretenda “el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”, peticiones que no se encuentran en la demanda formulada por el IDU.

El argumento de la parte convocante en el sentido de que la demanda tiene una pretensión económica no tiene, por sí sola, la vocación de imponerle a la parte convocante la obligación de presentar un juramento estimatorio, pues se trata de un requisito que no aplica para pretensiones referidas a las restituciones mutuas planteadas en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

Visto lo anterior, para el Tribunal carece de fundamento el medio exceptivo de ineptitud sustantiva de la demanda que proclama el consorcio convocado, pues basta con detenerse en el escrito de reforma de la demanda, presentado oportunamente por el IDU, para concluir que se colman los supuestos del artículo 82 del Código General del Proceso, solo que la cuantificación la dejó sujeta a los alcances de las restituciones que pudieran ordenarse con ocasión de la nulidad absoluta formulada del Contrato 135 de 2007.

2. EL OBJETO DE LA CONTROVERSIA - LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Persigue el IDU, **principalmente** como **pretensión primera**, se declare la nulidad absoluta del Contrato IDU 135, de fecha 28 de diciembre de 2007, incluyendo la totalidad de los otrosíes, modificaciones y adicionales celebrados en el curso de la ejecución de las obras. **Subsidiariamente**, de un lado solicita que se declare la nulidad absoluta del Contrato Adicional No. 1 y del Otrosí No. 5, y del otro la nulidad del Otrosí No. 2 al Contrato IDU No. 135 de 2007.

Como **pretensión segunda**, busca el IDU que se ordenen las restituciones mutuas entre las partes como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta que proceda, con la orden de liquidación del contrato.

La nulidad del Contrato 135 de 2007 la hace consistir el IDU en el quebranto de principios de la contratación estatal, particularmente el de planeación, con el agregado de la trasgresión de la igualdad y transparencia, en cuanto no se realizaron los diseños de las obras con la profundidad necesaria para comenzar responsablemente la construcción, pues hubo necesidad de celebrar muchos acuerdos modificatorios, aprovechándose el CONSORCIO para obtener beneficios económicos que hicieron cambiar el objeto del contrato.

Combate el IDU, subsidiariamente, de un lado el Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5 y de otro el Otrosí No. 2, porque se estructuraron diferencias sustanciales con el objeto del Contrato 135 de 2007 en zonas de construcción que no hacían parte de lo pactado sino de las obras de valorización, en la forma de financiación, a más de que las obras del adicional no se han terminado, carecen de relación de conexidad, y no responden a una obra que fuera necesaria para la ejecución del Contrato 135.

Además, denuncia que para convenir en el Adicional no se hicieron los estudios previos necesarios, entre ellos los diseños y presupuesto oficial de obra; agrega que el presupuesto oficial de obra fue realizado por el IDU después de suscritos el Adicional 1 y Otrosí No. 5; y, por último, por tratarse de una obra diferente, debió hacerse la construcción de la Avenida Mariscal Sucre por licitación pública.

3. DESCRIPCIÓN Y ALCANCE SUSTANCIAL DEL CONTRATO 135 DE 2007 Y SUS OTROSÍES

Mediante Resolución No. 4382 del 14 de septiembre de 2007, IDU ordenó la apertura de la licitación pública IDU-LP-DG-022-2007, con el objeto de contratar las obras de construcción y adecuación de la Calle 26 y la Carrera 10 al Sistema Transmilenio, y su posterior mantenimiento.

3.1. Pliego de condiciones

El pliego expuso, en su primer capítulo, las condiciones generales de la licitación, consistentes en su objeto, plazo, presupuesto; régimen jurídico; documentos que la componen; cronograma; disposiciones sobre la consulta del pliego y demás documentos; adquisición del mismo; valor; aclaraciones y modificaciones; cierre de la licitación y apertura de las propuestas; elaboración y presentación de las propuestas; prohibición de retiro de las propuestas; participantes; requisitos para los proponentes; asunción de costos de la propuesta por el proponente; propuestas alternativas; propuestas parciales; visita a la zona objeto del contrato; y consideraciones sobre lucha contra la corrupción.

El segundo capítulo trata de los documentos que debían contener las propuestas, dentro de los cuales se enlistó el Anexo 2 relativo al valor total ofertado.

El capítulo 3 corresponde a los factores y criterios de evaluación y adjudicación; y el capítulo 4 a la descripción y alcance del proceso.

A continuación, se describen, con más detenimiento, los aspectos más relevantes del pliego de condiciones.

El pliego empieza por hacer una descripción general del sistema Transmilenio, con esta aclaración:

*“**EL INSTITUTO DE- DESARROLLO URBANO - IDU** adelanta el presente proceso de selección con presupuesto de **TRANSMILENIO S.A.** en virtud de lo establecido en el Convenio Interadministrativo 020 de 2001 suscrito entre el IDU y **TRANSMILENIO S.A.** para la cooperación interinstitucional en la ejecución de las obras de infraestructura física para el Sistema TransMilenio. En virtud de lo dispuesto en los numerales 3, 4 y 5 de la Cláusula Segunda del citado Convenio, a **TRANSMILENIO S.A.** le corresponderá sólo lo relacionado con los certificados de disponibilidad presupuestal y demás registros de ley que se requieran y hacer los pagos al contratista con cargo a su presupuesto y firmar conjuntamente con el **IDU** el contrato, sus modificaciones y otrosí o cualquier otro documento en donde consten obligaciones de pago,*

pero únicamente para los fines de cumplir con su condición de pagador del contrato, correspondiendo todo lo demás en forma autónoma al IDU”.

Al exponer el objeto de la licitación, se describieron los tramos por troncal definidos por las consultorías que elaboraron los estudios y diseños⁵, y los grupos bajo los cuales se adjudicarían los contratos, entre ellos el “Grupo 2”, correspondiente a *“Adecuación de la Carrera 10 (Avenida Fernando Mazuera) al Sistema TransMilenio en el tramo 2 comprendido entre Calle 30a Sur y Calle 3, en Bogotá D.C. y el tramo 3 comprendido entre Calle 3 y Calle 7, incluye ramal Calle 6 entre Carrera 10 y Troncal Caracas, Avenida Comuneros entre Carrera 10 y Carrera 9 con calle 4 y estación intermedia de la Calle 6, en Bogotá D.C.”.*

Se hizo referencia al plazo estimado de ejecución; al presupuesto estimado; y se anunció que se contaba con los certificados de disponibilidad presupuestal números 1857 y 1858 del 14 de septiembre de 2007, expedidos por Transmilenio S.A., y 6459 del 13 de septiembre de 2007, expedido por el IDU.

Los oferentes establecerían en su propuesta el valor total global, los precios unitarios y el A.I.U., y se anotó: *“Debe tenerse en cuenta que la contratación a precio global comporta que el Contratista, a cambio de las obligaciones o prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global, en la cual están incluidos todos los costos directos e indirectos, requeridos para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Estipular esta forma de pago consiste en que el valor pactado es vinculante y el contratista tiene la obligación de ejecutar la totalidad de la obra por ese precio y asume el riesgo de mayores cantidades de obra”.*

El valor total global de la propuesta debía incluir el valor total de la construcción, comprendiendo las obras de construcción, gestión ambiental, gestión social, manejo de tránsito y señalización y mantenimiento. Además, incluiría los precios unitarios según el Anexo 2A y el porcentaje de costos indirectos.

⁵ Dentro de los documentos de la licitación se enlistaron los estudios y diseños producto de los contratos de consultoría 129 y 133 de 2005.

El pliego dispuso, acerca de la visita a la zona objeto del contrato, que *“Será responsabilidad de los proponentes visitar e inspeccionar los sitios en los cuales se desarrollará el proyecto, teniendo en cuenta el GRUPO o GRUPOS para los cuales formulen propuesta, y que son objeto del contrato que es materia del presente proceso de selección. Los proponentes deberán realizar todas las evaluaciones y estimaciones que sean necesarias para presentar su propuesta sobre la base de un examen cuidadoso de sus características, incluyendo los estudios, diseños, evaluaciones y verificaciones que consideren necesarios para formular la propuesta con base en su propia información, de manera tal que el proponente deberá tener en cuenta el cálculo de los aspectos económicos del proyecto, los cuales deben incluir todos los costos directos e indirectos que implique el cumplimiento del objeto del contrato, con todas las obligaciones y asunción de riesgos que emanan del mismo. Si el proponente que resulte adjudicatario ha evaluado incorrectamente o no ha considerado toda la información que pueda influir en la determinación de los costos, no se eximirá de su responsabilidad por la ejecución completa de las obras de conformidad con el contrato, ni le dará derecho a reembolso de costos, ni a reclamaciones o reconocimientos adicionales de ninguna naturaleza”*.

Por último, el pliego cuenta con varios anexos, dentro de los cuales se encuentra, además del ya mencionado Anexo 2 relativo al valor total global de la propuesta, la minuta del contrato.

3.2. El Contrato 135 de 2007

Mediante Resolución No. 06673 del 21 de diciembre de 2007, para las labores del Grupo 2, el contrato fue adjudicado al CONSORCIO METROVÍAS BOGOTÁ integrado por CSS CONSTRUCTORES S.A., CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, LUIS HÉCTOR SOLARTE SOLARTE, CONSTRUCTORA LHS S.A. y CASS CONSTRUCTORES & CÍA. S.C.A.

El 28 de diciembre de 2007, entre el IDU y CONSORCIO METROVÍAS BOGOTÁ, se celebró el Contrato de Obra Pública distinguido con el número 135, también suscrito por TRANSMILENIO S.A., éste *“exclusivamente en su calidad de pagador de las obligaciones dinerarias a favor del Contratista, previa solicitud expresa y escrita del IDU, según se establece en el presente*

Contrato y en el Convenio Interadministrativo de Cooperación No. 020 del 20 de Septiembre de 2001 suscrito entre **TRANSMILENIO S.A.** y el **IDU**".

El clausulado del Contrato 135 estuvo precedido de las siguientes consideraciones, como antecedentes:

"1. Que el 20 de Septiembre de 2001 se celebró un convenio interadministrativo entre el Instituto de Desarrollo Urbano — **IDU** - y la Sociedad para el Transporte del Tercer Milenio - **TRANSMILENIO S.A.** - convenio interadministrativo que tiene por objeto: '...definir las condiciones en que las partes cooperarán para la ejecución de las obras de infraestructura física para el Sistema TransMilenio'.

"2. [Corregido en el Otrosí No. 3 del 22 de diciembre de 2008] Que en la cláusula SEGUNDA del convenio citado, se establece:

'...CLÁUSULA SEGUNDA.- ESQUEMA DE COOPERACIÓN INTERINSTITUCIONAL: Las partes acuerdan definir un esquema de cooperación interinstitucional para la ejecución de las obras aún no contratadas de las troncales del sistema TransMilenio, el cual tendrá las siguientes características:

1. El **IDU**, de manera autónoma y bajo su responsabilidad, iniciará, tramitará y llevará hasta su culminación, los procesos de contratación que sean requeridos para la ejecución de las obras de infraestructura física de las troncales del sistema TransMilenio, así como para la contratación de las Interventorías que sean requeridas. En tal virtud, el **IDU** adelantará los estudios correspondientes, ordenará la apertura de las licitaciones y/o concursos correspondientes, elaborará y adoptará los Pliegos de Condiciones y/o Términos de Referencia y los demás documentos y actos que sean necesarios para el proceso de contratación, evaluará las propuestas que se presenten y adjudicará los contratos correspondientes. Igualmente el **IDU** adoptará, también de manera autónoma y bajo su responsabilidad, las modificaciones o aclaraciones a cualquiera de los documentos anteriores.

2. La coordinación, vigilancia y control de la ejecución de los Contratos estará a cargo y bajo la responsabilidad exclusiva del **IDU**.

Lo anterior sin perjuicio de la contratación de Interventores externos. Adicionalmente, será el **IDU**, quien autónomamente definirá las eventuales modificaciones a los contratos, por cualquier causa. **TRANSMILENIO S.A.**, no participará, ni será responsable, de estas labores, salvo por la obligación del manejo presupuestal y de realizar los pagos a los Contratistas a que se refieren los numerales siguientes.

3. Los certificados de disponibilidad presupuestal, necesarios para la apertura de las licitaciones y concursos, para la contratación misma, para respaldar los eventuales contratos adicionales o modificatorios o, en general, para cualquier otro fin relacionado con la ejecución de las obras a que se refiere el objeto del presente convenio, serán otorgados por **TRANSMILENIO S.A.**, con cargo a su presupuesto de la vigencia fiscal de 2007 y/o a la autorización de compromiso de vigencias futuras. Será **el IDU** el único responsable de definir la necesidad de estos recursos, dentro del límite de las apropiaciones presupuestales con que cuenta **TRANSMILENIO S.A.**, y hacer la solicitud correspondiente a **TRANSMILENIO S.A.**, para que esta última entidad expida los certificados de disponibilidad presupuestal respectivos.

4. **TRANSMILENIO S.A.** asumirá directa y únicamente la obligación de hacer los pagos a los Contratistas con cargo a su presupuesto, para lo cual hará los registros presupuestales que ordena la ley. Únicamente para esos efectos, **TRANSMILENIO S.A.** concurrirá, conjuntamente con el **IDU**, en los términos del presente convenio, a la firma de los contratos, modificaciones, otrosíes o cualquier otro documento en donde consten tales obligaciones de pago, estrictamente en su calidad de pagador. En todo caso, se entiende, y así quedará consignado en los contratos que se celebren, que los pagos que debe hacer **TRANSMILENIO S.A.** a los Contratistas, sólo se harán previa orden expresa y escrita del **IDU**.

5. **TRANSMILENIO S.A.** hará dichos pagos dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes al recibo de la solicitud del **IDU**. Para garantizar el cumplimiento de ese plazo, el **IDU** deberá comunicar, antes de la suscripción de los documentos con terceros, el cronograma del plan de pagos previsto, con el objeto de que **TRANSMILENIO S.A.** manifieste si su programa de caja permite hacer

los pagos en los plazos previstos. En todo caso, las obligaciones de pago que se asuman con terceros, deberán respetar esa manifestación de **TRANSMILENIO S.A.**

6. Sin perjuicio de todo lo anterior, las características técnicas de las obras, corresponderán a los lineamientos técnicos del sistema que ha establecido **TRANSMILENIO S.A.**

[...].

“3. Que mediante la Resolución No. 4382 del 14 de septiembre de 2007, el **IDU** ordenó la apertura de la **Licitación** Pública IDU-LP-DG-022-2007 cuyo objeto es contratar las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la calle 26 (Avenida Jorge Eliécer Gaitán (sic) y de la carrera 10 (Av. Fernando Mazuera) al sistema TransMilenio y su posterior mantenimiento en Bogotá D.C.

4. Que la **Licitación** fue abierta y se rigió de conformidad con lo previsto en el Decreto-Ley 1421 de 1.993, Ley 80 de 1.993, sus Decretos Reglamentarios y demás Normas Complementarias y concordantes.

5. Que el presente **Contrato** fue adjudicado, para el grupo 2 al **Contratista CONSORCIO METROVIAS BOGOTA**, integrado por: CSS CONSTRUCTORES S.A., CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, LUIS HECTOR SOLARTE SOLARTE, CONSTRUCTORA LHS S.A. Y CASS CONSTRUCTORES & CIA S.C.A. mediante la Resolución No. 06673 del 21 de diciembre de 2007 del **IDU**, una vez cumplidos los trámites legales correspondientes”.

En el clausulado del contrato se reguló el objeto; el perfeccionamiento y ejecución; el plazo; el alcance y desarrollo subdividido en tres etapas a saber:

- ✓ Preconstrucción, en cuyo desarrollo se previó entre otros “el estudio y conocimiento de los estudios y diseños”, con un sub capítulo referido a “Ajuste y/o complementación de los estudios y diseños” y otro relacionado con “Modificación de los estudios y diseños”, obligaciones que desde ya el Tribunal destaca por tener relación con el objeto del litigio.

- ✓ Construcción; y

- ✓ Mantenimiento.

También se regularon las obligaciones principales del Contratista, del IDU y de Transmilenio; las garantías; los riesgos; el valor del contrato y su forma de pago; las actas mensuales de obra; la programación de obra y el cronograma de metas físicas; los ítems no previstos; las multas; las cláusulas de caducidad, terminación, modificación e interpretación unilaterales; la liquidación y terminación del contrato, entre otras estipulaciones.

El objeto del contrato, según la cláusula primera (según fue corregida en el Otrosí No. 3) fue *“la ejecución de la totalidad de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación al sistema TransMilenio y el posterior mantenimiento, del grupo 2 EJECUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN Y TODAS LAS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA ADECUACIÓN DE LA CALLE 26 (AVENIDA JORGE ELIÉCER GAITÁN) Y LA CARRERA 10 (AVENIDA FERNANDO MAZUERA), AL SISTEMA TRANSMILENIO Y EL POSTERIOR MANTENIMIENTO EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C. DE LOS TRAMOS DEL GRUPO 2 COMPENDIDO ENTRE CALLE 30 A SUR Y CALLE 3, EN BOGOTÁ D.C. Y EL TRAMO 2 COMPENDIDO ENTRE CALLE 3 Y CALLE 7, INCLUYE RAMAL CALLE 6 ENTRE CARRERA 10 Y TRONCAL CARACAS, AVENIDA COMUNEROS ENTRE CARRERA 10 Y CARRERA 9 CON CALLE 4 Y ESTACIÓN INTERMEDIA DE LA CALLE 6, EN BOGOTÁ D.C.”* de acuerdo con el límite de intervención, las especificaciones generales y particulares contenidas en todos los Apéndices que hacen parte integral de este contrato”. Se precisó: *“Este contrato se ejecuta bajo la modalidad de precio global con ajuste, incluyendo las obras para redes, demoliciones y desvíos, las que se ejecutarán bajo la modalidad de precios unitarios con ajuste”*.

En el Otrosí No. 3, de 22 de diciembre de 2008, se corrigió esta cláusula *“por error de transcripción al referirse a un tramo”*, y se eliminó la frase *“Y EL POSTERIOR MANTENIMIENTO”* de la segunda parte del texto, pero se dejó consignada en la primera parte, como se ha transcrito, sin alterarse el alcance del objeto negocial, quedando en los siguientes términos: *“El Objeto del presente contrato es la ejecución de la totalidad de las obras de*

construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación al sistema TransMilenio y el posterior mantenimiento, del grupo 2 'EJECUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN Y TODAS LAS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA ADECUACIÓN DE LA CALLE 26 (AVENIDA JORGE ELIÉCER GAITÁN) Y LA CARRERA 10 (AVENIDA FERNANDO MAZUERA), AL SISTEMA TRANSMILENIO EN LA CIUDAD DE BOGOTA D.C. DEL TRAMO 2 COMPRENDIDO ENTRE LA CALLE 30 A SUR Y LA CALLE 3, EN BOGOTÁ D.C. Y EL TRAMO 3 COMPRENDIDO ENTRE CALLE 3 Y CALLE 7, INCLUYE RAMAL CALLE 6 ENTRE CARRERA 10 Y TRONCAL CARACAS, AVENIDA COMUNEROS ENTRE CARRERA 10 Y CARRERA 9 CON CALLE 4 Y ESTACIÓN INTERMEDIA DE LA CALLE 6, EN BOGOTÁ D.C.' de acuerdo con el límite de intervención, las especificaciones generales y particulares contenidas en todos los Apéndices que hacen parte integral de este contrato".

En la Cláusula 2 se estipuló que una vez aprobada la Garantía Única de Cumplimiento, se suscribiría el Acta de Inicio.

El plazo del contrato (Cláusula 3) se pactó en 84 meses contados desde la firma del Acta de Inicio, y la ejecución estaría dividida en tres etapas, así: 1. Etapa de Preconstrucción: con un "plazo estimado" de 4 meses; 2. Etapa de Construcción: con "plazo estimado" de 18 meses para el tramo 2 de la Troncal 10ª y 20 meses para el tramo 3 de la Troncal 10ª; y 3. Etapa de Mantenimiento: con un "plazo fijo" de 60 meses. Se aclaró: "Sin embargo, el plazo real de ejecución del Contrato corresponderá al que corra entre la Fecha de firma del Acta de Inicio y la Fecha de firma del Acta de terminación del contrato, una vez finalizada la Etapa de Mantenimiento".

La Cláusula 4 reguló las tres etapas del contrato, ya mencionadas: preconstrucción, construcción y mantenimiento.

La etapa de preconstrucción tenía como finalidad "la preparación por parte del **Contratista** para la adecuada ejecución de la obra contratada. Para ello, deberá realizar lo necesario y suficiente en orden a conocer, analizar, estudiar, revisar, evaluar la totalidad de los documentos técnicos, administrativos y legales de este **Contrato**". La preconstrucción iniciaba con la suscripción del Acta de Inicio y terminaba cuando se verificaran los requisitos de los numerales 4.1.1. ("Puesta a Disposición del Tramo correspondiente al Proyecto"), 4.1.2. ("Puesta a Disposición de los Predios

correspondientes al Proyecto”), 4.1.3. (“Movilización de equipo, preparación de los frentes de trabajo”), 4.1.4. (“Estudio y conocimiento de los estudios y diseños”), 4.1.5. (“Obligaciones contenidas en los Apéndices”), 4.1.6. (“Programación de obras”) y 4.1.7. (“Memoria Técnica”).

Una vez cumplidos los requisitos de la etapa de preconstrucción, se firmaría el Acta de Inicio de la Etapa de Construcción, durante la cual el contratista ejecutaría las obras de construcción y redes, de acuerdo con las especificaciones técnicas de los diferentes apéndices y anexos del contrato, incluyendo labores ambientales, de gestión social, manejo de tráfico, señalización y desvíos, entre otras. Esta etapa culminaría con el recibo a satisfacción del 100% de las actividades y obras requeridas, por parte de la interventoría.

La etapa de mantenimiento iniciaría una vez suscrita el Acta de Terminación y Recibo de la etapa de construcción, y en ella el contratista sería responsable de las labores de mantenimiento según lo previsto en el contrato y sus apéndices, particularmente el Apéndice D.

Las obligaciones del contratista se regularon en la Cláusula 5, según la cual sería responsable “de la ejecución de las **Obras** de Construcción, de las **Obras para Redes**, de las **Labores Ambientales** y de **Gestión Social** y las **Labores de Manejo de Tráfico**, Señalización, Adecuación de Desvíos, labores de mantenimiento, Demoliciones y demás de conformidad con lo previsto en este Contrato y en sus Apéndices y Anexos”. Sobre la adecuación de desvíos, el literal i de la Cláusula 5 reiteró el deber del contratista de “Adelantar las **Obras de Adecuación de Desvíos** necesarios y requeridos para la ejecución del contrato, de conformidad con los apéndices de este contrato”. El Apéndice F se ocupó de las “Especificaciones para el plan general de manejo de tránsito, señalización y desvíos”.

La Cláusula 6 reguló las obligaciones principales de IDU y Transmilenio S.A., dentro de las cuales se destaca realizar el pago, respecto al cual se dispuso: “En cualquier caso que el Contrato mencione una obligación de pagar alguna suma de dinero al Contratista, por cualquiera de los conceptos señalados en el Contrato, se entenderá que TRANSMILENIO S.A. y/o EL IDU serán los encargados de hacer efectivo dicho pago, dependiendo de los respaldos presupuestales que otorgue cada una de las Entidades, previa

solicitud expresa y escrita del IDU cuando se trate de recursos de TRANSMILENIO S.A.”.

La cláusula séptima y la octava se ocuparon de las garantías y riesgos.

El “VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO” (Cláusula 9) se estipuló en \$178.304.574.960, que corresponde a la sumatoria de tres componentes, a saber: i) “Valor Global Total”, que incluye todos los costos directos e indirectos de la ejecución de las actividades de preconstrucción, construcción y mantenimiento, incluidos los componentes social, ambiental y de manejo de tránsito y señalización; ii) “Valor correspondiente a las actividades que se pagan por precios unitarios”, que comprende obras para redes, demolición de predios y adecuación de desvíos; y iii) “Valor correspondiente a los ajustes”, que era el destinado para el ajuste de precios por variación del Índice de Costos de la Construcción Pesada ICCP.

La forma de pago se acordó en la Cláusula 10, en la cual se precisó que los pagos a que se comprometía Transmilenio S.A. se efectuarían *“siempre que medie solicitud escrita, previa y expresa del IDU”*. Se preceptuó lo relativo al anticipo y se dispuso su trámite *“una vez el Contratista cumpla con la entrega y aprobación de la Interventoría de la información sobre la evaluación y revisión de los estudios y diseños suministrados por el IDU, la programación de obra y cronograma (sic) metas físicas y el respectivo plan de buen manejo y correcta inversión del anticipo”*. Se dispuso, además, sobre los conceptos y descuentos a tener en cuenta para el valor de las actas mensuales de obra y las actas semestrales de mantenimiento.

Las cláusulas siguientes se ocuparon de los aspectos a considerar en la elaboración de las actas mensuales de obra; la programación de obra y cronograma de metas físicas; *ítems* de obra no previstos; interventoría; multas; caducidad; terminación unilateral; modificación unilateral; interpretación unilateral; liquidación del contrato; solución de controversias; intereses de mora; terminación del contrato; fuerza mayor o caso fortuito; indemnización; cláusula penal pecuniaria; relación entre las partes; trabajadores del contratista; cesión y subcontratos; conocimiento del proyecto y responsabilidad profesional; inhabilidades e incompatibilidades; sujeción a la ley colombiana y renuncia a reclamación diplomática; idioma

del contrato; seguridad e higiene industrial; impuesto de timbre; modificación del contrato; cláusula denominada “varios” y notificaciones.

La Cláusula 39, última del contrato, enlistó los documentos integrantes del mismo: El pliego de condiciones con sus anexos; Apéndice A: Especificaciones particulares de construcción; Apéndice B: Especificaciones generales de construcción; Apéndice C: Especificaciones de redes de servicios públicos y Coordinación Interinstitucional; Apéndice D: Especificaciones particulares de mantenimiento; Apéndice E: Seguridad, salud ocupacional y medio ambiente y Gestión Social; Apéndice F: Especificaciones para el plan general de manejo de tránsito, señalización y desvíos; Apéndice G: Programación de Obra y definición de metas físicas; Apéndice H: Manual de actualización del inventario de la malla vial; Anexo 1 del contrato: Definiciones del contrato; *“cualesquiera contratos o convenios que se suscriban para la ejecución de este Contrato”*; las certificaciones, autorizaciones y demás documentos que acrediten la existencia; y, por último, los certificados de disponibilidad presupuestal expedidos por el IDU y Transmilenio S.A. para garantizar los pagos previstos en este contrato.

Descrito el Contrato 135, se aprecia su categorización como de obra, para la preconstrucción, construcción y mantenimiento sobre bienes inmuebles a cambio de una remuneración. En su aspecto material se observan las formas y exigencias de los artículos 32 numeral 1, 39, 40 y 41 de la Ley 80 de 1993, en el ámbito de la autonomía de la voluntad.

Las partes convinieron, se reitera, durante la ejecución del contrato, otrosíes, adicionales y prórrogas, de los cuales resulta pertinente destacar, para precisiones de este laudo, lo siguiente:

Otrosí No. 1 al Contrato IDU 135 de 2007, de 16 de septiembre de 2008, en que se modifica el plazo para entregar la programación de obra detallada (cláusula 4.1.6.), y *“la fecha de entrega de productos del mes 3 de la Etapa de Preconstrucción prevista en el numeral 4.1 del Apéndice A, a más tardar para el 16 de octubre de 2008”*.

Otrosí No. 2 al Contrato IDU 135 de 2007, de 16 de octubre de 2008, se introdujeron las siguientes **modificaciones**: la etapa de preconstrucción; el

alcance del “*Estudio y conocimiento de los estudios y diseños*” por el contratista y las actividades de complementación, ajuste y actualización de los estudios y diseños entregados por IDU (numeral 4.1.4. y cláusula 5 literal d); el numeral 4.1.4.2. respecto a la “*Modificación de los Estudios y Diseños*”; el numeral 4.1.6. referente a “*Programación de obras*”; la entrega de la memoria técnica (numeral 4.1.7.) y la programación de obra (cláusula 5 literal b); incluye en el numeral 9.1.1. Valor Global Total el valor de los tramos 2 y 3; exige para el pago del anticipo únicamente la suscripción del Acta de Inicio de la Etapa de Construcción y la aprobación del Plan de Buen Manejo y Correcta Inversión por la interventoría (numeral 10.1.); adiciona un párrafo a la cláusula 10 en el que señala el 19 de enero de 2009 como plazo para entregar el Programa de Obra detallado a nivel de meta física programada y el flujo de pagos correspondiente, y dispone que el flujo de pagos previsto en el numeral 10.2.1. se ajustará mediante otrosí, mientras lo cual dicho flujo de pagos quedará sin efecto y se facturará lo realmente ejecutado acorde con la programación de obra presentada aprobada por el interventor; varía el numeral 15.4. relativo a la imposición de multas y aclara que algunas causales de multa “*no tendrán aplicación por encontrarse implícitas en las listas de chequeo y en consecuencia reflejadas en la causal de multa del Numeral 15.2*”; introdujo nuevas obligaciones al contratista durante los tres primeros meses de la etapa de construcción, vinculadas a adecuación de vías de desvío, actualización de estudios y diseños, predios, gestión social, componente S&SO y componente ambiental; y, finalmente, modifica especificaciones de construcción y otras actividades del contratista previstas en apéndices del contrato. Se anotó que Transmilenio S.A. no suscribía el Otrosí No. 2, toda vez que no era su competencia, dada su condición de pagador exclusivamente.

Otrosí No. 3 al Contrato IDU 135 de 2007, de 22 de diciembre de 2008, corrige el Considerando No. 2, la cláusula segunda, los numerales 4.1.2, 4.1.4.2. (aunque éste fue modificado en el Otrosí No. 2) y 4.3 de la cláusula cuarta, “*debido a las fallas de impresión en las dos últimas líneas de algunas páginas*”, y aclara el texto de la cláusula primera (objeto del contrato) según se expuso previamente. Como en el Otrosí No. 2, se prescindió de la firma de Transmilenio S.A.

Otrosí No. 4 al Contrato IDU 135 de 2007, de 26 de diciembre de 2008, modificó el “*Valor correspondiente a las actividades que se pagan por*

precios unitarios” (numeral 9.1.2.) en cuanto agregó a las actividades enlistadas que se pagarían por precios unitarios la de “actualización de estudios y diseños, de que trata el Otrosí No. 2 del 16 de octubre de 2008, así como las actualizaciones de estudios y diseños que se requieran durante la ejecución del contrato”. En concordancia con lo anterior, modificó el numeral 10.2.2. Concepto 2, “en el sentido que en este concepto también se incluye las actividades y personal requeridos para la actualización de estudios y diseños”, e incluyó dos párrafos al numeral mencionado, sobre los pagos correspondientes a la actualización de estudios y diseños. Como en los otrosíes anteriores, se prescindió de la firma de Transmilenio S.A.

Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5 al Contrato 135 de 2007, de 29 de diciembre de 2008, adiciona el Contrato de Obra IDU 135 de 2007 en veinticuatro mil seiscientos veintinueve millones ciento sesenta y seis mil novecientos catorce pesos (\$24.629.166.914), *“para ejecutar a precios unitarios las obras de los proyectos del Grupo 1 de Valorización con números 123 Avenida Mariscal Sucre de Avenida Jiménez a Avenida Comuneros, y 124 Avenida Mariscal Sucre de Avenida Comuneros a Avenida 1 Hortúa, hasta por el valor de la presente adición y de conformidad con los Anexos Técnicos No. 1 y No. 2 y los estudios y diseños entregados por el IDU”*⁶. El valor del contrato adicional se pagaría mediante presentación de actas mensuales según el avance de obra ejecutada, y el plazo era diez meses a partir de la aprobación de la programación de obra por la interventoría. Se anotó que Transmilenio S.A. no suscribía el contrato adicional toda vez que no era su competencia, en virtud a que solo actúa como pagador, y las obras objeto del contrato adicional se financiaban con recursos de Valorización IDU.

Otrosí No. 6 al Contrato IDU 135 de 2007, de 14 de agosto de 2009, introdujo modificaciones y disposiciones relacionadas con los apéndices A, B, C, E, F y G; modificó el Otrosí No. 4 en relación con la partida destinada para el pago de actualizaciones de estudios y diseños; cambió la distribución de las apropiaciones de las obras a precios unitarios; ajustó el flujo de pagos del numeral 10.2.1. de la cláusula 10 del contrato y adicionó un párrafo a dicho numeral relativo a la posibilidad de adelantar la ejecución de algunas obras. Transmilenio no suscribió este documento.

⁶ Los componentes de este valor fueron aclarados en la Adición No. 3, Prórroga No. 4 y Otrosí No. 9 al Contrato IDU 135 de 2007, según se anotará más adelante.

Otrosí No. 7 al Contrato IDU 135 de 2007 y Otrosí No. 1 al Contrato Adicional No. 1, de 30 de noviembre de 2009, modificó la distribución de las apropiaciones de las obras a precios unitarios para el contrato principal IDU 135 de 2007 modificada en el Otrosí No. 6; incorporó al Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5 las especificaciones a tener en cuenta en el plan de manejo de tráfico, señalización y desvíos para las obras de los proyectos 123 y 124, las listas de chequeo ambiental, siso y social; modificó el numeral 1.3. -Valor de la Adición para Construcción del Proyecto- de los Anexos 1 y 2 del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5. Transmilenio no suscribió el documento.

Otrosí No. 8 al Contrato IDU 135 de 2007 y Otrosí No. 2 al Contrato Adicional No. 1, de 25 de marzo de 2010, modificó el numeral 1.3. -Valor de la Adición para Construcción del Proyecto- de los Anexos 1 y 2 del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5 en cuanto incorporó los valores y porcentajes correspondientes a los componentes social y siso-ambiental de las actividades desarrolladas en los proyectos 123 y 124 y e incluyó en los precios unitarios para obra el pago de las actividades de adecuación de desvíos en la etapa de construcción y recibo; modificó la numeración de la lista de chequeo del componente B-Gestión Social del Contrato Adicional No. 1; aclaró el pago del valor global correspondiente a las actividades incluidas en el plan de manejo de tráfico y señalización establecidas en el Contrato Adicional No. 1 en el sentido de que se debería seguir lo dispuesto en la cláusula 7 del Otrosí No. 6; modificó el numeral 7 del Apéndice E del contrato principal; y corrigió las fechas de suscripción de los otrosíes 2 y 4 (16 de octubre de 2008 y 26 de diciembre de 2008, respectivamente). Este documento no fue suscrito por Transmilenio.

Prórroga No. 1 al Contrato IDU 135 de 2007, de 15 de junio de 2010, amplió el plazo del contrato y la etapa de construcción por quince días calendario a partir de la fecha de vencimiento de la etapa de construcción, ajustó el flujo de pagos del numeral 10.2.1. de la cláusula 10 y reguló algunos costos durante la prórroga. Este documento no fue suscrito por Transmilenio.

Adición y Prórroga No. 2 al Contrato IDU 135 de 2007, de 30 de junio de 2010, extendió el plazo del contrato y la etapa de construcción por dos meses y adicionó el valor por concepto de costo global ambiental, social y tráfico

causado durante la prórroga. Este documento no fue suscrito por Transmilenio.

Prórroga No. 1 al Contrato Adicional No. 1, de 13 de agosto de 2010, que alargó un mes su duración. Este documento no fue suscrito por Transmilenio.

Prórroga No. 3 al Contrato IDU 135 de 2007, de 31 de agosto de 2010, prolongó el plazo del contrato y la etapa de construcción en un mes. Este documento no fue suscrito por Transmilenio.

Adición No. 3, Prórroga No. 4 y Otrosí No. 9 al Contrato IDU 135 de 2007, de 30 de septiembre de 2010, amplió el contrato y la etapa de construcción en nueve meses; adicionó el valor del contrato en tres mil ochocientos sesenta y siete millones ochocientos ocho mil doscientos cuarenta pesos (\$3.867.808.240) para costos administrativos de los meses adicionales en actividades sisoma, social y tráfico; modificó algunos aspectos de los Apéndices E y F; se aclararon los valores relacionados en el Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No 5 al Contrato IDU 135 de 2007 (para el Proyecto 123 la suma de \$13.769.327.743 y para el Proyecto 124 \$10.859.839.171, manteniendo el mismo total de \$24.629.166.914); y trasladó del valor global de obras de construcción cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) para el rubro de obra para redes, y mil quinientos millones de pesos (\$1.500.000.000) para el rubro de desvíos. Este documento no fue suscrito por Transmilenio.

Adición No. 4 y Otrosí No. 10 al Contrato IDU 135 de 2007, de 18 de marzo de 2011, entre otras disposiciones, adiciona el valor principal del Contrato IDU 135 de 2007 en treinta y tres mil quinientos sesenta millones de pesos (\$33.560.000.000), a destinar para el global de obras de construcción cubriendo parcialmente las obras complementarias (\$26.000.000.000) y para el fondeo del rubro de redes por mayores cantidades de obra (\$7.560.000.000). Se aclaró a continuación que *“la suma de **VEINTISEIS MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$26.000.000.000)** corresponde al pago estimado de las obras complementarias realizadas por el Contratista de conformidad con la Actualización de los Estudios y Diseños, que hacen parte del Balance Económico del Contrato No. 135 de 2007, el cual será determinado con base en las mesas de trabajo que se están adelantando entre el Contratista,*

Interventoría e IDU, de acuerdo a las obras realmente ejecutadas". Este documento no fue suscrito por Transmilenio.

Prórroga No. 5 y Otrosí No. 11 al Contrato IDU 135 de 2007 y Prórroga No. 2 al Contrato Adicional No. 1, de 19 de julio de 2011; entre otras disposiciones, prorrogó el contrato principal en la etapa de construcción en dos meses contados a partir del 19 de julio de 2011, y prorrogó el contrato adicional No. 1 por tres meses contados a partir de la suscripción del acta de reiniciación. Este documento no fue suscrito por Transmilenio.

Prórroga No. 6 al Contrato IDU 135 de 2007, de 16 de septiembre de 2011, amplió un mes y medio el plazo del contrato principal en la etapa de construcción. Se aclaró que la prórroga no generaba erogación alguna para el IDU, que los valores de los componentes social, ambiental y tráfico serían cancelados con recursos disponibles en el contrato, y que el contratista proveería los recursos para pagar la interventoría durante la prórroga, sin que significara reconocimiento de incumplimiento por el contratista. El contratista se obligó a presentar reprogramación detallada de obra, cronograma de metas físicas objeto de la prórroga y flujo de pagos, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la suscripción de este documento. También se anotó que sería reprogramada la finalización de la calzada sur de la calle 6, entre carreras 10 y Avenida Caracas, para la etapa de recibo de obras. El IDU se comprometió a presentar al contratista el resultado del balance económico del contrato, dentro de los quince días hábiles siguientes a la suscripción de la prórroga. Este documento no fue suscrito por Transmilenio.

Prórroga No. 3 al Contrato Adicional No. 1, de 18 de octubre de 2011, extendió un mes y medio el término del Contrato Adicional No. 1, a partir del 19 de octubre de 2011. Se anotó que Transmilenio no suscribía este documento *"en virtud a que sólo actúa como pagador en relación con los recursos que aporta esta Empresa y en lo que tenga que ver con obras Transmilenio; y de otra parte las obras pactadas en el Contrato Adicional No. 1 se financian con recursos de Valorización IDU"*.

Prórroga No. 7 y Adición No. 5 al Contrato IDU 135 de 2007, de 2 de noviembre de 2011, extendió el plazo del contrato principal en la etapa de construcción en cincuenta y ocho (58) días calendario siguientes al 2 de

noviembre de 2011, y adicionó el valor en diez mil millones de pesos (\$10.000.000.000) en los rubros de obras para redes (\$5.000.000.000), adecuación de desvíos (\$3.000.000.000) y ajustes del contrato por variación del índice de costos de la construcción pesada (\$2.000.000.000). Se anotó que la prórroga no generaba erogación alguna para IDU y el contratista asumiría los costos de mayor permanencia de la interventoría. Este documento no fue suscrito por Transmilenio.

Prórroga No. 4 al Contrato Adicional No. 1, de 2 de diciembre de 2011, prolongó el Contrato Adicional No. 1 por dos meses, contados a partir del 4 de diciembre de 2011. Se anotó que la prórroga no generaba erogación alguna para el IDU ni para Transmilenio, y el consorcio asumiría el costo de la interventoría durante el plazo adicional. Este documento no fue suscrito por Transmilenio, *"en virtud a que sólo actúa como pagador en relación con los recursos que aporta esta Empresa y en lo que tenga que ver con obras Transmilenio; y de otra parte las obras pactadas en el Contrato Adicional No. 1 se financian con recursos de Valorización IDU"*.

Prórroga No. 8 al Contrato IDU 135 de 2007, de 30 de diciembre de 2011, prolongó el Contrato IDU 135 de 2007 en su etapa de construcción en un mes y medio, contado a partir de la fecha de vencimiento de la etapa de construcción. Se anotó que la prórroga no generaba erogación para el IDU, y el contratista asumiría los costos de mayor permanencia de la interventoría. Este documento no fue suscrito por Transmilenio.

Prórroga No. 5 al Contrato Adicional No. 1, de 2 de febrero de 2012, extendió el plazo del Contrato Adicional No. 1 por un mes y medio, contado a partir del 3 de febrero de 2012. Se anotó que la prórroga no generaría erogación para IDU ni para Transmilenio y el contratista asumiría el pago de la interventoría durante aquella. El documento no fue suscrito por Transmilenio *"toda vez, que las obras pactadas en el Contrato Adicional No. 1 se financian con recursos de Valorización IDU"*.

Otrosí No. 12 al Contrato IDU 135 de 2007, de 19 de abril de 2012, reintegró cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) al global de obras de construcción, del rubro de obra para redes. Este documento no fue suscrito por Transmilenio.

Modificación No. 13 al Contrato IDU 135 de 2007, de 4 de julio de 2013, modificó el Apéndice A del Contrato IDU 135 de 2007 y otros aspectos técnicos. Este documento no fue suscrito por Transmilenio.

Obran en el proceso varios documentos elaborados con ocasión de la celebración del Contrato 135 como el atinente a los programas a desarrollar, definición de metas físicas (cuaderno de pruebas No. 4)

En el expediente obra, como antecedente del contrato, el “ESTUDIO DE CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD” del 20 de junio de 2007 (folio 212 y ss. del Cuaderno de Pruebas No. 1), del proyecto de obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la Calle 26 y de la Carrera 10 al sistema Transmilenio y su posterior mantenimiento, en el cual se da cuenta de la aprobación de estudios y diseños que, para el caso de la Carrera 10, resultaron del Contrato de Consultoría Estudio y Diseños IDU 129 de 2005 y el Contrato de Interventoría de Estudios y Diseños IDU 132 de 2005.

El estudio de conveniencia expone la justificación de la necesidad de ejecutar la Fase III del sistema Transmilenio (Av. Boyacá, Calle 26, Carreras 10 y 7) y enunció tres etapas de su implementación: **1. Aforos, estudio de tráfico y estudios de factibilidad técnica**, etapa que duró cerca de once meses en el año 2005, correspondiente a los contratos 188 y 199 de 2004, ejecutados respectivamente por la firma consultora Consorcio DIN SEDIC y la firma interventora Consorcio JASEN EDL, para la Carrera 10; **2. Estudios y diseños de detalle y estructuración financiera**, etapa que duró entre dieciocho y diecinueve meses en los años 2006 y 2007, correspondiente a los contratos 129 y 132 de 2005, ejecutados respectivamente por la firma consultora Consorcio Troncal 10 (Civiltec-La Vialidad) y la firma interventora INGETEC, para la Carrera 10; y **3. Construcción y mantenimiento**, etapa a la que se debía proceder, mediante la contratación de las labores divididas en cinco grupos, entre ellos, el grupo 2, objeto del Contrato 135 de 2007.

En el mismo documento se identificaron algunos riesgos del proyecto, entre ellos, retraso en la fase de construcción por situaciones no previstas en la fase de diseños, retraso en la fase de aprobación de los ajustes y/o complementación a los diseños por parte de las entidades distritales competentes e interferencia con las empresas de servicios públicos para solucionar inconvenientes en la instalación de redes de servicios.

4. MARCO CONCEPTUAL - LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS ESTATALES Y SUS EFECTOS

El Tribunal aborda el tema del instituto sancionatorio de la nulidad tanto en el ámbito privado de la contratación como en el estatal, con el fin de fijar bases conceptuales necesarias para el estudio de las pretensiones de la convocante que las hace consistir, precisamente, en la declaratoria de la nulidad tanto del Contrato 135 de 2007 como de los adicionales, modificatorios y otrosíes, ya referenciados.

Todo contrato debe cumplir efecto práctico: su cumplimiento; pero debe estar revestido de valor pleno. Y en materia de contrato estatal, propicio para satisfacer los fines enunciados en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, con la ejecución, las entidades cumplen los propósitos estatales, mediante la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos de los administrados y el interés general.

El artículo 6 del Código Civil, en el inciso tercero, consagra una regla con alcance sancionatorio sustancial: *"...En materia civil son nulos los actos ejecutados **contra expresa prohibición de la ley**, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, apartes de las que se estipulan en los contratos"*.

El artículo 1502 del Código Civil **imprime validez** a un acto o declaración de voluntad cuando proviene de persona legalmente capaz que consiente en dicho acto o declaración, y sin que el consentimiento adolezca de vicios y recaiga sobre **objeto lícito** y tenga causa lícita.

Por su parte, el artículo 1519 *ejusdem* dispone *"... Hay **objeto ilícito** en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación"*. Y, sin duda alguna, este precepto trasciende la esfera privada de negociación para abrir un escenario de relevancia en la contratación administrativa en cuanto esta clase de ilicitud desquicia la estructura negocial.

En tanto, el artículo 1521 del Código Civil señala los **casos de ilicitud en el objeto** de ciertas clases de enajenaciones, y el artículo 1523 *ibídem* prescribe que hay **objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes**.

De esa manera, las normas del Código Civil, sin duda con referencia al objeto ilícito, protegen el orden público, procuran la conformidad con la ley y las buenas costumbres, blindan el interés general que inspira el contrato, con la consagración de la nulidad. Por eso, el artículo 1526 del Código Civil preceptúa: *“Los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie a la acción de nulidad”*.

Así mismo, el artículo 1741 del Código Civil, marca una expresa línea de invalidación de los negocios jurídicos: *“La nulidad producida por un **objeto o causa ilícita**, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben **para el valor de ciertos actos o contratos** en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, **son nulidades absolutas**...Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.... Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto”*.

Anótese que algunos preceptos del Código Civil particularizan nulidades, no siempre provenientes de objeto ilícito: de acto o contrato por falta de formalidades legales para el valor del mismo (artículo 1740), de los actos de disposición a favor de incapaces (artículo 1023, la venta de padres e hijos de familia (artículo 1852), las donaciones revocables (artículo 1196), testamento con causa de inhabilidad (1062) o por fuerza (artículo 1063).

Ciertamente, el mismo Código Civil se encarga de fijar **los efectos de las nulidades**, como respuesta necesaria de rechazo a los factores invalidantes, como destaca el artículo 1746: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre **el objeto o causa ilícita**. ...En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las*

mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”.

Son los efectos *ex tunc* los que prevalecen en el mandato del artículo 1746 del Código Civil, en cuanto la nulidad que se declara judicialmente permite dejar, al disponerse las restituciones, que éstas se hagan como si no hubiere existido contrato afectado de invalidación, sin perjuicio de lo dispuesto en el punto referido al objeto o causa ilícita de que trata el artículo 1525 del Código Civil, con particular consecuencia: *“No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un **objeto o causa ilícita a sabiendas**”*. Como sostiene Guillermo Ospina Fernández en su obra Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos: *“Conforme a las reglas generales de la nulidad de los actos jurídicos, la declaración judicial de ella no solamente pone fin a la eficacia futura de dichos actos, sino que también obra retroactivamente, destruyendo, en cuanto sea posible, los efectos que hayan alcanzado a producir con anterioridad a la declaración de nulidad. De suerte que lo dado o pagado por cada una de las partes en razón de un acto jurídico nulo, puede, en principio, ser repetido por ellas. Sin embargo, cuando la nulidad absoluta proviene de la ilicitud en el objeto o en la causa del acto no produce la destrucción de todos los efectos emanados de dicho acto, porque, en virtud de expresa disposición del art. 1525 del Código Civil, las prestaciones ya ejecutadas por las partes, a sabiendas de dicha ilicitud, no pueden ser repetidas...Es decir, que no aceptándose que una persona pueda prevalerse jurídicamente de su propia inmoralidad, no se le permite la repetición de lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o causa ilícitos a sabiendas”* (página 265).

Sin duda, la salvedad del artículo 1525 del Código Civil, en derredor del proceder *a sabiendas*, tiene un profundo significado ético sancionatorio, como ha dicho la jurisprudencia, en cuanto repara la circunstancia del conocimiento de los hechos que rodean el negocio para no permitir que se repita lo dado o pagado por un objeto ilícito ante la circunstancia expresa del conocimiento de su ilicitud. El que así procede corre necesariamente con el designio de su propia conducta desviada o inadecuada, expresamente demostrada pues no basta la simple afirmación de esa

particular situación sino que se requiere que se acredite, con plena certeza, el comportamiento contrario al ordenamiento jurídico.

Los efectos *ex tunc* de la declaratoria de nulidad absoluta de un contrato privado, resultan incuestionables, como previene el transcrito artículo 1746 del Código Civil, al concederle a las partes el derecho para ser restituidas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato vicioso; insistiéndose en la observación de que no se podrá repetir lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita *a sabiendas*.

Declaró la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación civil de 22 de septiembre de 1987: “...*La declaración judicial de nulidad de un contrato, según el recto alcance del artículo 1746 del Código Civil produce efectos retroactivos, como quiera que confiere a las partes el derecho para ser restituidas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato vicioso, lo cual implica que cada una tiene que devolver a la otra lo que hubiera recibido como prestación del negocio jurídico anulado...*”.

El Código de Comercio, del mismo modo, incursiona en aspectos invalidantes de los negocios jurídicos. El artículo 899 establece que será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) *Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;* 2) *Cuando tenga causa u objeto ilícitos,* y 3) *Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.*

A su vez, el artículo 902: “*La nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, solo acarreará la nulidad de todo el contrato cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad*”. Y en igual sentido el estatuto de la contratación estatal, artículo 47, dispone: “*La nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato, no invalidará la totalidad del acto, salvo cuando este no pudiese existir sin la parte viciada*”.

El artículo 6 de la Constitución Política marca un principio importante de responsabilidad general al disponer: “*Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*”.

Para este Tribunal, todo ese elenco de normas privadas, en lo pertinente, debe ser tenido también en cuenta cuando se está frente a un contrato de naturaleza estatal en los términos de aceptación del régimen de contratación administrativa, previsto en el inciso 1 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993: “...los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho privado...”.

Pues bien, la Ley 80 de 1993 trasciende el ámbito normativo de derecho privado para, de manera expresa, proclamar factores de invalidación de contratos, con comunes o particulares consecuencias o alcances. Comienza con un enunciado general, en el artículo 40 de la Ley 80, que señala una regla de libertad negocial con limitaciones: “...En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”.

El artículo 44 de la Ley 80 se encarga de incorporar causales de invalidez absoluta de los contratos estatales, además de los casos previstos en el derecho común: “1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal. 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder. 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y 5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley”. Y cuando se está frente a los casos de los numerales 1, 2 y 4, la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato y ordenar la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre.

Para el Consejo de Estado “...El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder...Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato

se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra...En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso...En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que debe observarse el principio de planeación, la elusión de este mandato comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público” (Sentencia Sección Tercera de 24 de abril de 2013).

La Ley 80 de 1993, en el artículo 48, con criterio de aplicación preferencial en los contratos estatales, precisa los efectos que, en particulares aspectos, difieren o modifican los de derecho privado, al preceptuar: *“La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria... Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.*

El transcrito artículo 48, al fijar los alcances de la declaratoria de nulidad de un contrato estatal, en un primer momento regula los efectos invalidantes respecto de los contratos de tracto sucesivo, como arrendamiento, obra, suministro, concesión, etc., en cuanto no impide el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento en que se declara el factor anómalo; esto es, no procede formular reclamo alguno de aquellas obligaciones cumplidas hasta el momento de la declaratoria de nulidad, lo que significa que se cruzan las prestaciones hasta ese momento sin posibilidad de exigencia especial.

La previsión del inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80, respecto al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas de contrato nulo por **objeto o causa ilícita**, la circunscribe al evento en que se probare que la entidad estatal se haya beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido, con una marcada perspectiva: el beneficio obtenido por la entidad pública, *se entenderá en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público*” y solo hasta el monto del beneficio, siempre que se demuestre el provecho alcanzado.

Se observa en el Informe del Gobierno Nacional del proyecto de estatuto de contratación estatal (Ley 80 de 1993) lo siguiente: “...También se dispone el reconocimiento y pago de las prestaciones de un contrato nulo que sin embargo haya beneficiado a la entidad estatal por la suma equivalente al beneficio reportado, pues los postulados de derecho público que propugnan por un Estado justo permiten, para evitar un enriquecimiento injustificado en el erario, establecer una salvedad al axioma de que “la causa o el objeto ilícito no generan acción ni excepción”.

En sentencia de 22 de marzo de 2007, la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisó los alcances del artículo 48 de la Ley 80 de 1983: “En primer lugar, el inciso primero establece que sólo los contratos de ejecución sucesiva, que sean anulados, dan derecho a que se reconozcan y paguen las prestaciones cumplidas entre las partes. Extrañamente, aunque no por eso inconstitucionalmente, se excluyeron los contratos de ejecución instantánea, lo que, por esa razón, quedan sujetos sobre el particular al derecho privado... Luego, el inciso segundo de esta norma introduce algunas precisiones, que pueden prestarse a confusión... El artículo se debe interpretar armónicamente en la totalidad de su contenido, lo cual implica que no importa cuál sea la causal de nulidad del contrato, para efectos de adquirir el derecho o la obligación de recibir o reconocer, según el caso, las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria de nulidad. El inciso segundo introduce una regla especial para aplicarla específicamente a los eventos en que la nulidad depende del objeto o de la causa ilícitos, causales de nulidad que, en el derecho privado, en ciertos casos, impiden repetir lo dado o pagado... De otro lado, el mismo inciso segundo señala que se deben reconocer las prestaciones ejecutadas si ‘...la entidad estatal se ha beneficiado...’ de ellas. Esta prescripción no puede

excluir la situación inversa, es decir, aquella en que es la entidad estatal la que cumple una prestación a favor de un particular contratista y éste, a cambio, adquiere la obligación de pagarla hasta concurrencia del beneficio que le haya reportado la actividad del Estado. No entenderlo de este modo generaría un trato distinto y discriminatorio, carente de justificación constitucional –art. 13 CP.-... Finalmente, el derecho a recibir el reconocimiento y pago exige que, en el proceso, se encuentre demostrado que la parte que debe asumirlo se ha beneficiado con la prestación. Según esta regla, es perfectamente posible que las actividades desplegadas por quien reclama el pago no hayan beneficiado a la otra parte del negocio. Tal es el caso en que, recién se haya iniciado la ejecución del contrato, se declare su nulidad, no obstante que el contratista ya pudo asumir algunos gastos preparatorios para la ejecución del contrato. En este tipo de eventos, las prestaciones no alcanzan a beneficiar a la otra parte del contrato, y no habrá lugar a reconocerlos”.

Anteriormente, el Consejo de Estado, en sentencia de la Sección Tercera de 29 de agosto de 2007, había afirmado: “...La nulidad absoluta del contrato, además de hacerlo desaparecer de la vida jurídica, desde el momento mismo de su celebración, también genera otros efectos que han sido previstos en el artículo 48 de la Ley 80, consistentes en el reconocimiento y pago de las prestaciones que hubieren sido ejecutadas hasta el momento en que se ordene la declaratoria judicial de nulidad; dicho reconocimiento y pago resulta procedente aún en aquellos casos en que la declaratoria de nulidad haya sido ocasionada por objeto o causa ilícita, siempre y cuando se hubiere probado que la entidad estatal contratante hubiere obtenido un beneficio de la contratación, es decir, que las prestaciones cumplidas hubieren logrado la satisfacción del interés público, caso en el cual el monto de las prestaciones a reconocer será igual al beneficio recibido...”.

Después, el mismo Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de agosto de 2014, reiteró: “...también genera otros efectos, consistentes en el reconocimiento y pago de las prestaciones que hubieren sido ejecutadas hasta el momento en que se ordene la declaratoria judicial de nulidad.... En ese orden de ideas, la regla contenida en el artículo 48 de la Ley 80 constituye una regla especial y diferente frente a aquellos que en punto a los efectos de la declaratoria de nulidad establecen los artículos 1746 y 1525 del Código Civil, por virtud de los cuales la declaración de nulidad tiene

entre las partes un efecto retroactivo, en la medida en que da lugar a la retroacción de los efectos producidos por el acto o contrato antes de su exclusión del mundo jurídico por parte del juez, salvo en el caso en el cual la causa de la anulación la hubiere constituido la ilicitud del objeto o de la causa con el conocimiento de las partes. Ése, precisamente, es el alcance de lo dispuesto por el inciso primero del artículo 1746 C.C., a cuyo tenor 'la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita'; y en relación con esta última frase, el artículo 1525 C.C. establece que 'no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas'... El contenido de las dos precitadas disposiciones es aquel cuya aplicación a la contratación estatal inhibe el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, en cuanto tiene que ver con el rubro que de las restituciones mutuas aborda este último precepto, cuales son "las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria" de nulidad del contrato; sin embargo, las prestaciones contractuales no son el único concepto que debe tomarse en consideración al momento de adoptar las decisiones que correspondan en punto a las restituciones que han de sobrevenir a la anulación de un acto o contrato, pues igualmente debe resolverse lo que corresponda en lo atinente a rubros como los frutos y las mejoras de los bienes comprometidos en la relación contractual, elementos éstos que no necesariamente deben formar parte de las prestaciones a las cuales se habían comprometido las partes en el negocio posteriormente anulado...".

Claro que de presentarse nulidad absoluta en un contrato estatal que no proviene de objeto o causa ilícita, o sea, se origine en motivos distintos, las normas aplicables serían las del Código Civil, artículos 1746 y 1525, como aquellos contratos que les falte plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes; o la incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración; o la celebración del contrato con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; o la declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales; o la celebración del contrato con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21

sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la propia Ley 80.

Cuando son varios los actos que se demandan, por nulidad absoluta, y solo uno de ellos manifiesta defecto, la ineficacia y por ende la invalidación no cubre a todos los negocios acusados sino aquel que comporta el vicio, siempre y cuando puedan, los restantes, subsistir sin el que está viciado. Y ese mismo criterio debe tenerse en cuenta si se trata de la nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato, pues no se invalidará la totalidad del acto, salvo que no pudiere existir sin la parte defectuosa, tal como previenen los artículos 47 de la Ley 80 de 1993 y 902 del Código de Comercio.

Todo lo aquí expuesto, permite al Tribunal sentar conclusiones sobre la nulidad de los contratos, que han de servir luego para el análisis y decisión de la controversia.

Primera: que en materia de nulidad absoluta de un contrato estatal se ha de tener en cuenta preferentemente la Ley 80 de 1993, o sea las normas que regulan de manera particular la materia.

Segunda: que las reglas civiles sobre nulidad absoluta de los contratos también procede su aplicación en lo que no esté previsto en el mencionado estatuto de la contratación estatal.

Tercera: que los efectos de la nulidad absoluta de un contrato de ejecución sucesiva estatal -arrendamiento, prestación de servicios, obra, suministro, concesión, etc.-, se someten, en su aplicación, al inciso primero del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, con el reconocimiento de las prestaciones cumplidas por las partes hasta el momento de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, con desapego a la retroactividad; mientras que los contratos categorizados como de ejecución instantánea, participan, en sus efectos, de las normas del inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y del Código Civil.

Cuarta: que la nulidad por objeto o causa ilícita de un contrato estatal, incluyendo los de ejecución sucesiva, permite el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas cuando se probare que la entidad pública obtuvo beneficio, siempre y cuando las prestaciones cumplidas hubieren

servido para satisfacer un interés público. El derecho restitutorio del contrato nulo se relaciona con el beneficio alcanzado, que bien puede identificarse con la ejecución del objeto contratado.

Quinta: que en las situaciones invalidantes de los contratos estatales, por objeto o causa ilícita, derivadas de la procedencia y aplicación del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, no hay que acudir a considerar el elemento a sabiendas, propio de la nulidad por objeto o causa ilícita de que trata el artículo 1525 del Código Civil, por la regulación excluyente del inciso segundo de dicho precepto en los términos señalados en el punto anterior.

Sexta: que habrá reconocimiento de las prestaciones ejecutadas de un contrato estatal nulo por motivos distintos de objeto y causa ilícita, en los términos del Código Civil, artículos 1746 y 1525, con prescindencia del inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

5. PLANTEAMIENTOS DE TRANSMILENIO S.A.

5.1. Solicitud de vinculación y decisión del Tribunal

El IDU, como parte convocante del presente Tribunal Arbitral, solicitó en su demanda la citación de Transmilenio S.A. como tercero interviniente en el proceso. Sustentó su petición en el artículo 62 del CGP, y señaló que dicha empresa suscribió el Contrato 135 de 2007 como “dueña de la obra y pagadora de las construcciones y demás obligaciones pecuniarias contra su presupuesto”, y por ello podía resultar afectada con el laudo⁷.

Atendiendo la anterior petición, el Tribunal, mediante auto proferido el 21 de septiembre de 2016, durante la Primera Audiencia de Trámite, que consta en el Acta No. 9, ordenó:

“PRIMERO: Notificar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. el auto admisorio de la demanda, para que se pronuncie dentro del término de veinte (20) días en lo que estime

⁷ Folio 3 del C. Principal 1.

pertinente. Por secretaría se procederá al traslado correspondiente, con entrega de copia del auto admisorio y de la demanda reformada.

La notificación se realizará de conformidad con el artículo 612 del Código General del Proceso, y el término para comparecer comenzará a contarse transcurridos veinticinco (25) días después de la notificación.

SEGUNDO: *Se suspende la primera audiencia de trámite, que se reanudará luego de surtido el trámite de citación a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., en fecha que señalará posteriormente el Tribunal”⁸.*

5.2. Contestación de Transmilenio S.A. a su vinculación al proceso

El 22 de noviembre de 2016, Transmilenio S.A. radicó memorial con “*pronunciamiento frente a la demanda arbitral presentada por la convocante*”, escrito en el que manifestó en primer lugar que el marco legal de las obligaciones asumidas por la entidad está contenido en el Convenio Interadministrativo No. 020 de 2001, pues fue este la base legal e institucional “*que sirvió de fundamento para que el IDU estructurara y adjudicara el Contrato de Obra objeto del presente trámite arbitral*”⁹.

Dejando establecido lo anterior, señaló entonces Transmilenio, que la relación contractual surgida a partir de tal Convenio, no contempló una solidaridad, y que de haber sido así, se tuvo que haber estipulado de manera expresa como lo indica el artículo 1568 del Código Civil.

Indicó que en el mencionado Convenio las partes establecieron una expresa división de responsabilidades, basada en las funciones legales asignadas a cada entidad, de acuerdo con la cual se consignó en los numerales 1 a 4 de la cláusula segunda, que “*TMSA se obligó, **única y exclusivamente**, a realizar los pagos por la ejecución de los contratos de obra que se llegaren a suscribir, mediando la orden expresa, previa y escrita por parte del IDU, quien, tal como se lee en el objeto del mencionado*

⁸ Folio 542 del C. Principal 2.

⁹ Folio 555 del C. Principal 2.

Convenio Interadministrativo, fue la entidad responsable de realizar todos los procesos de Contratación **HASTA** su culminación”¹⁰.

De acuerdo con ello, manifestó que “Transmilenio S.A., no tuvo, ni podría tener, incidencia ni responsabilidad precontractual, contractual y poscontractual alguna que pudiera llegar a afectar al contratista, o a la misma entidad contratante”¹¹, pues su condición dentro del Contrato 135 es de simple entidad giradora de recursos, y no de parte, así como tampoco ejerció, en ningún momento, la supervisión de dicho acuerdo. Por ello, afirmó que la solitud de vinculación a Transmilenio S.A. como litisconsorte cuasinecesario en el presente proceso, es improcedente.

Adicionalmente, la entidad hizo referencia al laudo arbitral del 18 de septiembre de 2013, en el que el Tribunal definió la imposibilidad de vincular a Transmilenio S.A. como interviniente dentro de aquel proceso, por carecer de la condición de parte en el Contrato de Obra No. 135.

De la misma forma, citó el laudo arbitral de 3 de noviembre de 2016, proferido en el trámite de PÖYRY INFRA S.A. contra el IDU, y en el que se declaró que jamás hubo solidaridad alguna entre el IDU y Transmilenio S.A.

Finalmente, concluyó:

“Se concluye entonces, que frente a la pretensión de nulidad del Contrato, y las consecuencias alegadas en ese sentido por la entidad demandante, TMSA no puede participar, controvertir ni mucho menos oponerse, pues como quedó evidenciado, la responsabilidad de la estructuración, adjudicación y ejecución del contrato de obra 135 de 2007, fue exclusivamente asumida por el IDU, convocante de este proceso arbitral, del que nos atendremos a su resultado final”¹².

En etapa posterior, al alegar de conclusión, la sociedad Transmilenio S.A. se pronunció primordialmente respecto de su vinculación al proceso y la calidad de parte que se le ha pretendido asignar, y de la cual afirmó que carece.

¹⁰ Folio 555 del C. Principal 2.

¹¹ Folio 555 del C. Principal 2.

¹² Folio 562 del C. Principal 2.

Señaló que su objeto social se definió de manera tal que no cuenta con la facultad de contratar obras públicas, sino que únicamente tiene la función de *“contribuir al mejoramiento de la infraestructura física de la ciudad”*.

Argumentó que de conformidad con su objeto social, se hizo necesario para dicha sociedad suscribir el Convenio Interadministrativo No. 020 de 2011 con el IDU, en el cual quedó a cargo del IDU el *“manejo exclusivo de los procesos de contratación, adjudicación, contratación de Interventorías y en general el manejo de los contratos de obra pública que se suscriban **“para las obras de infraestructura física de las troncales del Sistema Transmilenio”**”*¹³.

Señaló también que en virtud del Convenio No. 020, se suscribió el contrato de obra pública No. 135 de 2007, pero Transmilenio S.A. nunca adquirió la calidad de parte en dicho acuerdo, sino la calidad de pagador de las obligaciones dinerarias a favor del contratista. Así, *“TRANSMILENIO no asumió ningún tipo de responsabilidad distinta a efectuar los pagos previo requerimiento del IDU; y en tal virtud mal podrían endilgársele responsabilidades ajenas a su objeto social (...)”*¹⁴.

De igual manera, reiterando su posición en la contestación a la vinculación, aludió al laudo arbitral del 18 de septiembre de 2012, y citó expresamente los siguientes apartes:

“Aquí es totalmente clara la desvinculación de Transmilenio de las obligaciones generales del Contrato. Es claro que la única obligación que le corresponde a dicha sociedad es la relativa a hacer los pagos previa solicitud expresa y escrita del IDU (...)”

*“En este caso los actos, no solo del IDU, sino del propio Transmilenio, son absolutamente relevantes para concluir que éstos y el Consorcio Contratista interpretaron que quien tenía la condición de parte, y por ende, era la entidad legitimada para suscribir las modificaciones al Contrato, era el IDU”*¹⁵.

¹³ Folio 721 del C. Principal 2.

¹⁴ Folio 722 del C. Principal 2.

¹⁵ Folio 724 del C. Principal 2.

En dicho sentido, afirmó Transmilenio S.A. que de acuerdo con sus obligaciones como pagador, realizó pagos que *“no tienen efecto subrogatorio, por lo que esos desembolsos, realizados por quien no estuvo implicado directa ni principalmente en la obligación objeto del contrato 135 de 2007, tienen carácter extintivo en relación con los recursos a ese contrato asignados”*¹⁶.

Consideró acertado hacer la anterior aclaración, toda vez que las sumas que sobrepasen los valores destinados al reconocimiento por las obras del contrato 135 de 2007, tendrán que ser directamente asumidas por el IDU.

Finalmente, afirmó que el Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, no fue suscrito por Transmilenio S.A., y que tal contrato se realizó con recursos provenientes de valorización y no de esa entidad.

De acuerdo con lo expuesto, Transmilenio S.A. solicitó al Tribunal declarar la existencia de cosa juzgada respecto de su vinculación al proceso, así como que se abstenga de condenarla en costas y agencias en derecho.

5.3. Consideraciones del Tribunal

Como quedó reseñado en párrafos anteriores, el IDU solicitó al Tribunal la vinculación de Transmilenio S.A. como tercero interviniente en el presente proceso. Al respecto, el Tribunal procedió a convocar a dicha sociedad para que se pronunciara como lo considerara, sin determinar la calidad en la que se citaba. Al intervenir, dicha sociedad argumentó carecía de la condición de parte dentro del Contrato 135 de 2007, y planteó la improcedencia de que se le otorgue la calidad de litisconsorte dentro del trámite arbitral.

Sentado lo anterior, encuentra pertinente el Tribunal recordar que ha quedado establecido a lo largo del proceso que la relación existente entre el IDU y la sociedad Transmilenio S.A., se dio en el marco de dos acuerdos, siendo el primero de ellos el Convenio Interadministrativo No. 020 de 2001, y el segundo el Contrato de Obra No. 135 de 2007.

¹⁶ Folio 725 del C. Principal 2.

En cuanto al Convenio No. 020, observa el Tribunal en el acervo probatorio y a partir de lo reseñado por las partes, que su objeto consistió en:

"CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO: El objeto del presente Convenio es definir las condiciones en que las partes cooperarán para la ejecución de las obras de infraestructura física para el Sistema Transmilenio"¹⁷.

De tal manera, es claro para el Tribunal que en dicho Convenio las partes definieron las responsabilidades y obligaciones que a cada una correspondía para la ejecución de las obras necesarias para el Sistema Transmilenio, pues tal acuerdo estructuró un sistema de cooperación y definió las condiciones en que cada una de las partes intervendría.

Lo anterior se hace evidente de la lectura de la cláusula segunda del mismo Convenio, que es del siguiente tenor:

"CLÁUSULA SEGUNDA — ESQUEMA DE COOPERACIÓN INTERINSTITUCIONAL: Las partes acuerdan definir un esquema de cooperación interinstitucional para la ejecución de las obras aún no contratadas de las troncales del Sistema Transmilenio, el cual tendrá las siguientes características:

1. El IDU, de manera autónoma y bajo su responsabilidad, iniciará tramitará y llevará hasta su culminación, los procesos de contratación que sean requeridos para la ejecución de las obras de infraestructura física de las troncales del Sistema Transmilenio, así como para la contratación de las interventorías que sean requeridas. En tal virtud, el IDU adelantará los estudios correspondientes, ordenará la apertura de las licitaciones y/o concursos correspondientes, elaborará y adoptará los pliegos de Condiciones y/o Términos de Referencia, y los demás documentos y actos que sean necesarios para el proceso de contratación, evaluará las propuestas que se presenten y adjudicará los contratos correspondientes. Igualmente, el IDU adoptará, también de manera autónoma y bajo su responsabilidad, las modificaciones o aclaraciones a cualquiera de los documentos anteriores.

¹⁷ Folio 556 del C. Principal 2.

2. La coordinación, vigilancia y control de la ejecución de los contratos, estará a cargo y bajo la responsabilidad exclusiva del IDU. Lo anterior sin perjuicio de la contratación de interventores externos. Adicionalmente, será el IDU quien autónomamente definirá las eventuales modificaciones a los contratos, por cualquier causa. TRANSMILENIO no participará, ni será responsable, de estas labores, salvo por la obligación del manejo presupuestal y de realizar los pagos a los contratistas a que se refieren los numerales siguientes.

3. Los certificados de disponibilidad presupuestal, necesarios para la apertura de las licitaciones y concursos, para la contratación misma, para respaldar los eventuales contratos adicionales o modificatorios o, en general, para cualquier otro fin relacionado con la ejecución de las obras a que se refiere el objeto del presente convenio, serán otorgados por TRANSMILENIO, con cargo a su presupuesto de la vigencia fiscal de 2001 y/o la autorización de compromiso de vigencias futuras. Será el IDU el único responsable de definir la necesidad de estos recursos, dentro del límite de las apropiaciones presupuestales con que cuenta TRANSMILENIO, y que hacer la solicitud correspondiente a TRANSMILENIO, para que esta última entidad expida los certificados de disponibilidad presupuestal respectivos.

4. TRANSMILENIO asumirá directa y únicamente la obligación de hacer los pagos a los Contratistas con cargo a su presupuesto, para lo cual hará los registros presupuestales que ordena la ley. Únicamente para esos efectos, TRANSMILENIO concurrirá, conjuntamente con el IDU, en los términos del presente convenio, a la firma de los contratos, modificaciones, otrosíes o cualquier otro documento en donde consten tales obligaciones de pago, estrictamente en su calidad de pagador. En todo caso, se entiende, y así quedará consignado en los contratos que se celebren, que los pagos que debe hacer TRANSMILENIO a los contratistas, sólo se harán previa orden expresa y escrita del IDU.

5. TRANSMILENIO S.A. hará dichos pagos dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes al recibo de la solicitud del IDU. Para garantizar el cumplimiento de ese plazo, el IDU deberá comunicar,

antes de la suscripción de los documentos con terceros, el cronograma del plan de pagos previsto, con el objeto de que TRANSMILENIO S.A. manifieste si su programa de caja permite hacer los pagos en los plazos previstos. En todo caso, las obligaciones de pago que se asuman con terceros, deberán respetar esa manifestación de TRANSMILENIO S.A. (...)"¹⁸.

El Tribunal observa que en la cláusula citada se delimitaron las responsabilidades y obligaciones que correspondían a cada parte, con lo que quedaron claramente definidas las condiciones del esquema de cooperación. Se tiene entonces, que mientras el IDU estaría a cargo de los procesos de licitación y contratación, así como la supervisión, vigilancia y dirección de los contratos, Transmilenio S.A. no tendría intervención en ello, pues su responsabilidad se centraba en *"la obligación de hacer los pagos a los Contratistas con cargo a su presupuesto"*. Fue así como se estableció que *"TRANSMILENIO no participará, ni será responsable, de estas labores, salvo por la obligación del manejo presupuestal y de realizar los pagos a los contratistas"*, y que únicamente comparecería junto con el IDU a suscribir los contratos, modificatorios o documentos contractuales en los que constaran sus obligaciones como pagador.

Ahora bien, encuentra el Tribunal que este marco obligacional consagrado en el Convenio No. 020, se mantuvo en el Contrato 135 de 2007, en el que las partes desde un inicio determinaron que este se regiría por las cláusulas del Convenio No. 020, e inclusive, en los considerandos se transcribió la cláusula segunda del citado Convenio.

Adicionalmente destaca el Tribunal que en el clausulado del Contrato 135 de 2007, las partes delimitaron expresamente la responsabilidad de Transmilenio S.A., siguiendo los lineamientos de la cláusula segunda del Convenio No. 020. Ello se observa por ejemplo en la cláusula décima del Contrato, que consagra la forma de pago, y en la que se estipuló que *"los pagos a que se obliga TRANSMILENIO S.A., se harán de la siguiente manera, siempre que medie solicitud escrita, previa y expresa del IDU (...)"¹⁹.*

¹⁸ Folios 556-558 del C. Principal 2.

¹⁹ Folio 58 del C. de Pruebas 1.

De lo anterior se desprende que la obligación que correspondía a Transmilenio S.A., se limitaba a efectuar los pagos que el IDU, de manera previa y expresa, le solicitara. Es decir, que el control y la dirección del contrato estaban en cabeza del IDU, mientras que Transmilenio S.A. solo actuaba como pagador.

Ello además se reiteró en cada uno de los acuerdos modificatorios al Contrato 135 de 2007 suscritos entre las partes, en los que se incluyó una cláusula relativa a la intervención de Transmilenio S.A., dejando sentado lo siguiente:

“El presente documento no es suscrito por Transmilenio S.A., toda vez, que en atención al Convenio No. 020 de 2001 y la cláusula primera de la modificación No.5 al mismo, no es de su competencia la firma de estos documentos, en virtud a que solo actúa como pagador”²⁰.

A partir de todos los documentos contractuales, se observa que la actuación de Transmilenio S.A. a lo largo del contrato, se limitó a su condición de pagador, pues durante la ejecución de las obras objeto del Contrato 135 de 2007 no intervino en ningún otro aspecto.

De todo lo anterior, el Tribunal concluye que respecto del Contrato 135 de 2007, que preveía obligaciones para el IDU y para el contratista, Transmilenio S.A. se limitó a suscribirlo en su condición de pagador sujeto a las instrucciones del IDU, y en tal virtud no tiene la condición de parte del mismo.

El Tribunal concuerda entonces con los planteamientos de Transmilenio S.A., pues entiende que tal sociedad nunca actuó como parte del contrato, solo participó bajo la figura de pagador, sin autonomía, siempre sujeto a las instrucciones del IDU y en tal medida tampoco tiene la condición de litisconsorte de la presente acción.

²⁰ Folio 108 del C. de Pruebas 1.

6. LA NULIDAD DEL CONTRATO 135 DE 2007 Y SUS ADICIONES, OTROSÍES Y MODIFICACIONES

Como se expuso ya en este laudo, el IDU combate la validez de la relación jurídica existente entre las partes en tres direcciones:

- ✓ Bajo una pretensión principal, la nulidad absoluta de todo el Contrato 135 de 2007, sus otrosíes y sus adicionales;
- ✓ En una pretensión subsidiaria a la anterior, de un lado la nulidad absoluta del Contrato Adicional No. 1 y del Otrosí No. 5 al Contrato 135 de 2007, y de otro, la nulidad absoluta del Otrosí No. 2 al Contrato 135 de 2007.

Aunque la parte convocante no menciona de manera directa el defecto de que en su modo de entender adolece el Contrato 135 y lo afecta de nulidad absoluta, se puede apreciar del desarrollo de la exposición y del planteamiento de la demanda, que es por **objeto ilícito**, en cuanto se denuncia que hubo transgresión de la ley, tanto en la apertura de la licitación como en la no realización de los diseños con la profundidad necesaria para comenzar la construcción de las obras contratadas y, por tanto, adolece de falta de planeación en el proceso de contratación; perfilándose, con mayor notoriedad, cuando sostiene que hubo necesidad de celebrar acuerdos modificatorios con beneficios económicos que cambiaron el objeto del contrato.

6.1. Planteamientos de las partes

En la demanda la parte convocante, elevó la siguiente pretensión primera principal:

“Se decrete la NULIDAD ABSOLUTA del Contrato IDU 135 de 2.007 de fecha diciembre 28 de 2007, celebrado, incluyendo la totalidad de las adiciones, otrosíes, modificaciones y contratos adicionales que se han celebrado en el curso de la ejecución de las obras, entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU y el CONSORCIO METROVÍAS BOGOTÁ, integrado por las sociedades CSS CONSTRUCTORES S.A.,

CONSTRUCTORA LHS S.A. y CASS CONSTRUCTORES & CIA S.C.A. y las personas naturales CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE y LUIS HÉCTOR SOLARTE".²¹

Para tal efecto citó los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993: artículos 24 en sus numerales 5 y 8, 25 en su numeral 12, 30 en sus numerales 1 y 2, y 44 de la Ley 80 de 1993, y señaló que tales normas fueron infringidas por las partes en el proceso de licitación.

En términos generales el IDU se detiene en los otrosíes, 1, 2, 3, 4 y 5, para reprochar aspectos relacionados con la celebración y ejecución del Contrato 135, y en transcribir apartes del Laudo Arbitral de 18 de septiembre de 2013 en el que, afirma, se abordó el tema de las actualizaciones, del valor del contrato y de los diseños, que en su criterio superaron el ámbito contractual.

También se refiere el IDU a la forma de pago y ejecución de la construcción, para sostener que fue cambiada en los diferentes actos modificatorios, deteniéndose en detalle en el Otrosí No. 2. La acusación apunta, entonces, a denunciar, por una parte la transgresión o vulneración, en la relación jurídica, de las normas reguladoras de la contratación estatal de carácter imperativas y, por otra, el cambio tanto en el objeto del contrato, como en su precio.

En el alegato final, el IDU señala que la nulidad absoluta del Contrato 135 de 2007 se origina en defectos de planeación, que llevaron a que se presentara una transgresión de normas de la contratación estatal. Sobre el particular considera el IDU que hubo defectos en la elaboración de los estudios y diseños y que por tal circunstancia tuvo lugar un cambio del objeto y de los riesgos del Contrato. También se refiere a la manipulación de la licitación llevada a cabo por sus propios funcionarios.

En particular en el hecho tercero de la demanda la parte convocante señaló que en forma previa a la apertura de la licitación *"no se realizaron los diseños de las obras con la profundidad necesaria para comenzar la construcción de manera responsable (...)".*

²¹ Folio 456 del C. Principal 1.

Sustenta su afirmación en cuatro circunstancias a las que se refiere, siendo estas:

- Que para la ejecución del contrato fue necesario suscribir muchos acuerdos modificatorios y señala que en los mismos “la parte convocada aprovechó para obtener beneficios económicos que cambiaron el objeto del contrato”.
- Que en el laudo arbitral proferido en el proceso iniciado por el CONSORCIO METROVÍAS en contra del IDU, de fecha 18 de septiembre de 2013 se dijo que en materia de actualizaciones, el contrato *“desborda el valor Global del Contrato de Obra y en los distintos bloques de incumplimientos imputados por la Convocante a la Convocada, esas Actualizaciones fundan buena parte de las reclamaciones por Obras Complementarias”*²². Agrega que dicho laudo también indicó que *“Los documentos obrantes en el expediente permiten concluir que los ajustes y actualizaciones introducidas a los diseños superaron el marco conceptual dentro del cual fueron concebidos en el Contrato en la medida en que, en varios aspectos fundamentales, el proyecto construido resultó ser radicalmente distinto del previsto en los pliegos (Página 90. Subrayado fuera del texto original)”*.

Destaca que adicionalmente en el laudo citado se expuso que *“Este Contrato se estructuró pretermiando en parte el principio de planeación que, según algunos, es una consecuencia del principio de economía*²³ *(artículo 25 Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes) con unos diseños insuficientes por diversas causas y*

²² Folios 457-458 del C. Principal 1.

²³ “70 Recientemente ha precisado el Consejo de Estado “que el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía” y afirma: “si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6º, 7º y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3º del artículo 26, de los numerales 1º y 2º del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2 del Decreto 1 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales. En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual”. Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 24 de abril de 2013, Rad: 68001-23-15-000-1998-01743-01, ponente: Jaime Orlando Santofimio”.

con una ausencia de coordinación con Transmilenio S.A. para los efectos del suministro o provisión de fondos dentro del régimen del convenio interadministrativo suscrito con el IDU del que dan cuenta por referencia y transcripciones parciales tanto el Contrato No. 135 de 2007 como diferentes Adiciones y Otrosíes complementarios de éste. (Página 94. Subrayado fuera del texto original)”.

- Que en el auto de fecha 2 de febrero de 2010 expedido por el Procurador General de la Nación, mediante el cual se confirmó la sanción de destitución de un grupo de funcionarios del IDU por su intervención en la celebración de los contratos de la Fase III de Transmilenio, respecto del señor Inocencio Meléndez se señaló que *“en lo relacionado con la celebración de otrosí, fue justamente la vulneración del principio de economía, uno de los principales objetos de reproche, en tanto se incurrió en doble contratación al permitir que los constructores de obra elaboraran diseños faltantes, sin haber sido liquidados los contratos de consultoría, a partir de los cuales debían ser suministrados todos los productos de diseño necesarios para la ejecución de las obras de la fase III”.*

- Que en Informes de Auditoría realizados por la Contraloría General de la República se hizo evidente la violación al principio de planeación, y como ejemplo indica que en el informe denominado *“Control Excepcional sobre la Construcción y Adecuación de la Fase III del Sistema Transmilenio”* de Julio de 2011, suscrito por el Contralor Delegado Sectorial, se afirmó que *“En la implementación de la Fase III de Transmilenio se presentan situaciones, como: Deficiencias en la planeación y en consecuencia inobservancia del principio de economía, consagrado en el Artículo 25 de la Ley 80 de 1993 (numeral 12), por cuanto los estudios y diseños previos para estructurar los alcances técnicos y jurídicos de los contratos, así como para definir especificaciones, plazo y valor, fueron deficientes”.*

Y se agregó que *“durante el transcurso del proyecto se presentaron modificaciones en la estructura de pavimentos, ajustes en las zonas de parqueo, servicio y mantenimiento para permitir la operación de buses biarticulados, situaciones que no fueron consideradas inicialmente; inclusión de obras correspondientes a los proyectos de valorización, mediante la*

figura de contrato adicional, sin acudir a procesos de licitación, ante la premura de comprometer dichos recursos, porque en caso contrario debían devolverse a los contribuyentes; y suspensiones en algunos contratos (contrato 136 adicional 2 suspendido durante 218 días y adicional 1 del 135 por 90 días), improvisaciones que han comprometido el patrimonio público y causado graves perjuicios a la movilidad de la ciudad”.

Remata en la demanda, con insistencia, el IDU: “Ahora bien, el artículo 1523 del Código Civil manda que ‘hay asimismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes’ mandato imperativo sobre el cual no hay necesidad de hacer mayores especulaciones. La frase final del numeral 8º del artículo 24 de la ley 80 de 1993 ordena que a las autoridades ‘igualmente, les será prohibido eludir (...) los demás requisitos previstos en el presente estatuto’, de manera que al abrir la licitación sin los estudios y diseños requeridos para la obra, al variar el objeto del contrato permitiendo el cambio de la forma de pago, y al adicionar las obras que no tienen ninguna relación con las del objeto del contrato que dicen adicionar, el contrato acusado está incurso en la prohibición del transcrito numeral 8º, que lo vicia de nulidad absoluta por objeto ilícito”.

De su lado, al contestar el hecho tercero de la demanda, la parte convocada se opuso a las afirmaciones allí contenidas y expresó que no le consta el nivel de responsabilidad derivado de los diseños elaborados por el IDU.

Planteó que el Consorcio no se aprovechó de circunstancia alguna para obtener beneficios y que, por el contrario, no ha recibido el beneficio económico derivado del Contrato 135 de 2007, por cuanto a la fecha hay obligaciones pendientes de pago por parte del IDU.

En cuanto a las referencias a pronunciamientos de la Procuraduría y de la Contraloría señaló que se atiene al tenor literal de las mismas y precisó que de todas maneras el pronunciamiento emitido por esta última entidad, en nada repercute sobre el Contrato 135 de 2007.

Al alegar de conclusión, la parte convocante precisó que la petición de nulidad que formula, se fundamenta en los que identificó como “dos grandes causas” a saber:

- ✓ La defectuosa elaboración de los estudios previos y demás elementos del llamado principio de planeación;
- ✓ La manipulación de la licitación IDU –LP-DG-022-2007, por parte de funcionarios del IDU.

En cuanto a la primera causa, señaló que la defectuosa elaboración de los estudios previos desencadenó en (i) un cambio en el objeto del contrato y a la distribución de riesgos del mismo, (ii) un mayor valor en la obra y (iii) una mayor duración del contrato, y concluyó que:

“(…) es claro que la falta de estudios previos suficientes para la construcción eficiente de la obra objeto del Contrato IDU 135 de 2.007 de fecha diciembre 28 de 2007, violó objetivamente los artículos 24 y 30 de la ley 80 de 1993, y por lo mismo constituye la causal de nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito”²⁴.

Respecto de la manipulación de la licitación, manifestó que dicha situación encuentra su prueba en dos sentencias penales de condena proferidas contra ex funcionarios del IDU, “que en el momento del trámite licitatorio y el comienzo de la ejecución de los contratos de la Fase III de Transmilenio, manipularon los diferentes procedimientos”²⁵, lo que, de acuerdo con la exposición del convocante, configura un desvío de poder como causal de la nulidad solicitada.

De su lado, la parte convocada se opuso a la declaración de nulidad del contrato 135 DE 2007, formulando como excepción de mérito la “improcedencia de solicitud de declaratoria de nulidad del contrato por inexistencia de causal”, posición que sustentó indicando que la supuesta violación al principio de planeación, no ha sido concebida como una de las causales de nulidad de los contratos estatales, causales que son taxativas por expreso mandato legal. Aludió al artículo 44 de la Ley 80 de 1993,

²⁴ Folio 635 del C. Principal 2.

²⁵ *Ibidem*.

citando las 5 causales allí previstas, para señalar que no se contempla en dicha disposición la violación al principio de planeación.

Manifestó también el Consorcio convocado que la falta de planeación, lejos de constituir una causal de nulidad del contrato, constituye una causal de responsabilidad del servidor público contraventor.

Adicionalmente, en la contestación a la demanda, la convocada realizó un análisis de las normas civiles y comerciales que regulan las causales de nulidad de los contratos, y concluyó que ninguna de dichas causales se configura en el caso del contrato 135 de 2007. En tal sentido afirmó:

“A la luz de las anteriores manifestaciones es posible concluir que en el caso bajo estudio no se configura NINGUNA de las causales de nulidad del contrato estatal, por lo cual es improcedente la pretensión primera principal formulada por el IDU, y así deberá reflejarse en el laudo arbitral que ponga fin a este trámite”²⁶.

Expuestas las posiciones de las partes, el Tribunal se detiene en el análisis de los motivos de quebranto que denuncia la parte convocante, porque de evidenciarse la nulidad absoluta que se proclama del Contrato 135 de 2007, sería indiscutible su declaración. O, por el contrario, si no se detectan los defectos señalados habrá de negarse la declaratoria de nulidad perseguida de todo el contrato, para entrar luego en el estudio de la nulidad del Adicional 1 y del Otrosí 5, y del Otrosí No. 2, demandados.

6.2. Incidencia de la falta de planeación

Al referirse a la defectuosa elaboración de los estudios previos, la parte convocante centra su argumentación en tres temas, para cuyo análisis el Tribunal parte de las consideraciones que a continuación se exponen.

Debe observarse, primero, el proceso de licitación, a partir de los principios de la contratación, particularmente de la transparencia y planeación (como garantía del principio de economía), para luego precisar las

²⁶ Folio 502 del C. Principal 1.

consideraciones invalidantes que se enjuician por el supuesto cambio en el objeto del contrato.

Se dice que la licitación es una etapa importante y relevante en el proceso de la contratación estatal como “(...) *imperativo de preservar la seguridad, corrección y moralidad administrativas, así como la necesidad de asegurar la escogencia del ofrecimiento más favorable y los principios de imparcialidad e igualdad de oportunidades (...)*” (Informe del Gobierno Nacional al Congreso).

Precisamente, los principios de transparencia, economía y responsabilidad, destacados en los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, expresamente perfilan elementos de apreciación en un contrato estatal para imprimir alcance y contenido al principio de planeación, que si bien no está calificado de esa manera en la citada ley, deviene del conjunto de todos los preceptos que dicho régimen consagra para que las actuaciones en la contratación estatal se sujeten al interés general a satisfacer, dentro de la economía del contrato, convirtiéndose en normas imperativas y, por tanto, susceptibles de que su desatención acarree la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito.

El artículo 24 identifica, sobre la noción de la escogencia del contratista a través de la licitación o concurso públicos, el principio de transparencia en lo que concierne a **los pliegos de condiciones**, en el numeral 5:

“a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección. b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación. c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (...).”

Y en el numeral 8:

“Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de

selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”.

Del mismo modo, el artículo 25 consagra el principio de economía y el numeral 1 señala que *“en las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, **se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable (...)**”*, con la consideración de las reglas y procedimientos que constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales. Y con referencia a la apertura de un proceso de selección o de la firma del contrato, en el numeral 12 se exige que **con la debida antelación, se elaboren los estudios, diseños y proyectos requeridos**, y los pliegos de condiciones.

A su vez, el numeral 3 del artículo 26 dispone que *“las entidades y los servidores públicos, **responderán** cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos”*.

El artículo 30 de la Ley 80 indica la **estructura de los procedimientos de selección**, reiterando que, respecto de la licitación, *“la resolución de **apertura** debe estar precedida de **un estudio, realizado por la entidad**, en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso”*.

Además, cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental.

La sola transcripción de las anteriores normas muestra la relevancia del proceso requerido para la celebración de un contrato estatal y como ha

declarado el Consejo de Estado en sentencia que el convocante menciona en su demanda, de la Sección Tercera, de fecha 24 de abril de 2013:

“De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado ‘deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad.

La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales.

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.

En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden

ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas’.

‘La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato. Es aquí, en este período, donde el principio de legalidad se manifiesta de manera más intensa por actuar en forma de vinculación positiva a la ley, es decir, porque las exigencias del legislador son especialmente expresas y claras para el operador’.

‘(...) Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales’.

Los principios constitucionales y legales que rigen la contratación estatal inspiran el carácter de normas imperativas, allí consagradas, obligando a los intervinientes a cumplirlos, y en el evento de su desatención, traen como consecuencia la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, como previene el artículo 899-1 del Código de Comercio que indica que “Será absolutamente nulo el negocio jurídico (...)1. Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa”, en consonancia con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 que establece que “Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y

además cuando: (...) 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; (...) 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder; (...).”

La falta de planeación en un contrato estatal, que sustente la declaratoria de nulidad, tiene que ser de un grado tal que afecte la estructura misma del negocio jurídico y derive la consecuencia del quebranto del interés general y fines del Estado que se pretenden. Entonces, no son simples cuestionamientos, enunciados o percepciones los que motivan la formulación de la invalidación; tienen que ser relevantes en el engranaje negocial de modo que afecte el interés público; y, por tanto, tener su origen en una prohibición.

Como ha sostenido el Consejo de Estado, que si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal, *“cuando la ley de contratación estatal dispone que debe observarse el principio de planeación, la elusión de este mandato comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público (...).”* (Sentencia del 24 de abril de 2013 de la Sección Tercera del Consejo de Estado).

Como es sabido, el principio de planeación no está nominado en la Ley 80 de 1993, sin embargo, su identificación surge o se desprende de la integración de aquellas normas que disciplinan otros principios reconocidos en la ley, como de transparencia, economía y responsabilidad. Por eso, según el numeral 12 del artículo 25, como principio de economía, obliga a que se proceda *“Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso”, a “elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia”.*

El Consejo de Estado, Sección Tercera en sentencia de 31 de agosto de 2006, también expuso que las entidades estatales están obligadas a:

“(...) respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis

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

Hechas las anteriores precisiones, el Tribunal pasa a analizar con detenimiento las situaciones que el convocante indicó surgieron en el presente caso y que en su concepto implican defectos de planeación que se generaron a partir de los estudios y diseños insuficientes con los que se adjudicó y celebró el contrato, los cuales a su vez llevaron a que fuera necesario suscribir un importante número de Otrosíes y modificaciones, en virtud de las cuales se reformó el objeto del contrato, y se incrementó tanto el valor como el plazo del mismo. Asimismo se analizará la alegada manipulación de la licitación, como situación que se configura en una desviación de poder.

6.2.1. La defectuosa planeación que alega la parte convocante

De acuerdo con lo ya esbozado, se tiene que la parte convocante argumenta una violación al principio de planeación, tesis que sustenta en tres elementos específicos, como lo son (i) el laudo arbitral del 18 de septiembre de 2013 del Tribunal de Arbitramento entre el Consorcio Metrovías y el IDU, (ii) los informes de auditoría realizados por la Contraloría General de la República y (iii) el auto de 2 de febrero de 2010 proferido por el Procurador General de la Nación mediante el cual confirmó la sanción de destitución de un grupo de funcionarios del IDU.

Debe entonces pronunciarse el Tribunal sobre estos tres elementos probatorios, pues se trata del material que la demandante trajo al proceso para demostrar el incumplimiento del deber de planeación en relación con el Contrato 135 de 2007.

(i) El laudo arbitral de 18 de septiembre de 2013

La parte convocante ha argumentado que hay evidencia del incumplimiento al principio de planeación en que se incurrió respecto del Contrato 135 de 2007, a partir de un párrafo que fue consignado en el Laudo de 18 de septiembre de 2013 proferido en el Tribunal que instauró el Contratista contra el IDU. En dicho párrafo, el citado Tribunal, expone su particular visión sobre los ajustes y actualizaciones introducidos a los diseños, planteamiento que según se indica expresamente, emite a partir de “*los documentos obrantes en el expediente*”.

Encuentra este Tribunal que el hecho de que en el Tribunal de Arbitramento de Carlos Solarte, Luis Héctor Solarte y otros vs. Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-, en el laudo de 18 de septiembre de 2013, en el que se dirimieron diferencias relacionados con el incumplimiento del Contrato 135 de 2007 en que incurrió el IDU y se impusieron condenas a cargo de la entidad estatal, se hubiese hecho referencia a los ajustes y actualizaciones en los diseños, con la perspectiva de que el proyecto construido pudo resultar diferente al previsto en los pliegos, no puede servir de fundamento para probar en el presente trámite, las falencias en la planeación a las que la convocante ha aludido en su demanda.

Al respecto, se observa que en dicho laudo se adoptó una decisión de fondo alrededor de la controversia de responsabilidad por incumplimiento del Contrato 135 de 2007, imponiendo codenas económicas a cargo del IDU, sin incluir decisiones sobre la alegada falta de planeación, que en este proceso se pretende genere la nulidad del contrato.

En este punto, cabe recordar lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con la *ratio decidendi* y el *obiter dicta*, pronunciamientos de acuerdo con los cuales se ha establecido:

“Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que no todo el texto de su motivación resulta obligatorio. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados obiter dicta o afirmaciones dichas de paso, y los ratione decidendi o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho. Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los obiter dicta, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial”²⁷.

De acuerdo con lo anterior, respecto del párrafo que menciona la parte convocante contenido en el laudo arbitral de 18 de septiembre de 2013, referido al principio de planeación, el Tribunal encuentra que el tema no fue objeto de la decisión final. De hecho, como ya se mencionó, tal decisión versó sobre el incumplimiento contractual en que incurrió el IDU, y sobre la responsabilidad derivada del mismo, mas no sobre una falta de planeación.

En tal medida, considera el Tribunal que en este caso, la referencia que en tal decisión se hizo acerca del deber de planeación y la valoración sobre los ajustes y actualizaciones introducidos a los diseños, corresponde a razonamientos de *obiter dicta* y no al contenido de la *ratio decidendi*, pues ello no estaba vinculado a la decisión final. Por tal motivo, dicho pronunciamiento no tiene fuerza normativa que vincule a este Tribunal, y

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-836 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-3374.

tampoco constituye evidencia suficiente de la existencia de defectos en la planeación del Contrato 135 de 2007.

De otra parte, el Tribunal destaca, como aspecto ilustrativo de lo expuesto en este punto, que en adición al párrafo que señala la convocante refiriéndose a la vulneración del deber de planeación, en el mismo laudo de 18 de septiembre de 2013, y también con la característica de *obiter dicta*, se sostiene lo siguiente:

*“De acuerdo con lo que ofrece la instrucción obran suficientes elementos de juicio para concluir que la reformulación de los diseños era de la naturaleza de este Contrato, en primer lugar porque el Contratista trabajaría a partir de unos estudios y diseños realizados por otros dos consorcios, cuyos términos debía ‘conocer, revisar y estudiar cabal y completamente’ (Cláusula 4.1.4) como parte de sus obligaciones en la etapa de Preconstrucción y, si era necesario o simplemente útil o conveniente, hacer lo que con base en la Cláusula 4.1.4.1 del Contrato (**‘Ajustes y/o Complementación de los Estudios y Diseños’**) y el párrafo de la Cláusula Segunda del Otrosí No. 2 del 16 de octubre de 2008, se identifica en este Contrato como, **-Ajustes**, que eran ‘las actividades donde sea necesario adaptar, adecuar, complementar y/o ajustar los estudios y diseños, siempre y cuando la base de los diseños originales se conserve y se respeten las condiciones definidas en el Apéndice A, numeral 4.1’, que deben ser ‘aprobados por la Interventoría y se encuentran incluidos dentro del valor global del Contrato de Obra’ (Informe Técnico Final del Interventor, p. 64). **-Actualizaciones**, que eran ‘todas las actividades que el contratista debe ejecutar para diseñar los posibles faltantes o el rediseño de los mismos por justificación técnicamente demostrada’ (Ibídem, p. 64)”.*

Así las cosas, en definitiva el laudo arbitral de 18 de septiembre de 2013, providencia que el convocante propone como soporte de los aludidos defectos de planeación en el presente caso, carece de valor probatorio tal que permita al Tribunal tener por demostrada esta circunstancia. No es suficiente, para probar los alegados defectos en la planeación, que el laudo arbitral en comento se haya referido en sus consideraciones y como *obiter dicta*, a la planeación del Contrato 135 de 2007 en relación con los ajustes

y actualizaciones a los diseños, para a partir de tal pronunciamiento generar una declaratoria de nulidad en el caso que ocupa a este Tribunal.

(ii) *Los informes de auditoría realizados por la Contraloría General de la República*

En el hecho tercero de la demanda la parte convocada expone que constituye prueba de falta de planeación en que se incurrió en el Contrato 135 de 2007, lo indicado en informes de auditoría realizados por la Contraloría General de la República, y procede a citar un aparte contenido en uno de tales informes.

El Tribunal no comparte lo que sobre este aspecto afirma la parte convocante en el sentido de que el *“Informe de Control Excepcional sobre la Construcción y Adecuación de la Fase III del Sistema Transmilenio”* de julio de 2011²⁸, allegado al expediente, constituya una prueba de las falencias en el desarrollo del principio de planeación del Contrato 135 de 2007, que pueda generar la declaratoria de nulidad del mismo.

La argumentación expuesta en la demanda -que por demás no fue objeto de tratamiento ni mención en el alegato de conclusión-, tendiente a que lo dicho por la citada entidad sobre el cumplimiento del deber de planeación del Contrato 135 de 2007, es prueba para efectos de la pretensión de nulidad del contrato formulada en este proceso, no resulta de recibo para el Tribunal. En efecto, los pasajes a los que se ha referido la demanda, obrantes en el citado informe de auditoría, constituyen una apreciación emitida por el ente de control en el curso de una investigación fiscal, para la cual se contó con elementos de prueba recaudados en el respectivo proceso, -elementos que este Tribunal no conoce pues no fueron allegados al expediente-. Adicionalmente el pronunciamiento emitido dentro del citado informe de auditoría, no constituye un elemento que obligue al Tribunal a concluir lo mismo que el informe, pues este juez tiene la autonomía para resolver las pretensiones que le han sido planteadas, dentro del ámbito de su competencia y de acuerdo con el material recaudado en el proceso.

²⁸ Folio 302, C. de Pruebas 4.

Además, el citado informe de Auditoría carece de la fuerza normativa que implique que este Tribunal deba adoptar tal pronunciamiento para efectos de decidir sobre las pretensiones de la demanda, y carece de la contundencia necesaria para servir de fundamento para la declaratoria de nulidad que se persigue.

En cuanto a ello, debe destacar el Tribunal que dichos informes obedecieron a un procedimiento llevado a cabo por una entidad administrativa, que pudo contar con elementos probatorios a partir de los cuales se llegó a determinadas conclusiones, pero que no fueron allegadas a este expediente para su correspondiente análisis. La consideración de una entidad administrativa sobre la ejecución del Contrato 135 de 2007, plasmada en el *“Informe de Control Excepcional sobre la Construcción y Adecuación de la Fase III del Sistema Transmilenio”* de julio de 2011²⁹, traída en forma aislada al expediente de este trámite arbitral, como único elemento relevante de dicha investigación para efectos de, en concepto de la convocante, servir de prueba de los defectos de planeación alegados con miras a una declaratoria de nulidad del contrato, no genera para este Tribunal una certeza acerca de la existencia de los mismos.

(iii) El auto de 2 de febrero de 2010 proferido por el Procurador General de la Nación

En el hecho tercero de la demanda la parte convocante hace mención del auto de 2 de febrero de 2010 proferido por la Procuraduría General de la Nación, como elemento probatoria de los defectos de la planeación del Contrato 135 de 2007 que deben dar lugar a su nulidad.

Sin embargo dicho documento no fue allegado como prueba al presente proceso, con lo cual, mal podría el Tribunal fundamentar su criterio en un documento que no hace parte del acervo probatorio del trámite arbitral en curso.

Por ello, el auto proferido por el Procurador General de la Nación nada demuestra ni prueba en torno a defectos en la planeación respecto del Contrato 135 de 2007.

²⁹ Folio 302 del C. de Pruebas 4.

En conclusión de lo anterior, para el Tribunal no ha quedado probado en este proceso el argumento del IDU, referido a la falta de cumplimiento del principio de planeación en el contrato 135 de 2007 por la existencia de deficiencias en los diseños, que constituya una causal de nulidad del contrato.

Así, ante la carencia de material probatorio que demuestre en este proceso, defectos de planeación surgidos con motivo de deficiencias en los diseños, no puede el Tribunal por este aspecto, generar consecuencias como la nulidad del contrato 135 de 2007.

Tampoco puede el Tribunal ignorar que, tal como es aceptado por las partes y se evidenció en el curso de la inspección judicial realizada en el proceso, el Contrato 135 de 2007 se ejecutó, lo que implica que se realizaron las obras, factor que es de sustancial importancia en la medida en que evidencia la satisfacción del interés público perseguido.

No obstante lo concluido, el Tribunal procederá, a continuación, a valorar los demás elementos planteados por la convocante para sustentar su pretensión primera principal.

6.2.2. El alegado cambio del objeto del contrato

El IDU, en el hecho tercero de su demanda y posteriormente en los alegatos de conclusión, se refirió al cambio del objeto del Contrato 135 de 2007. Para probar que en efecto existió dicha modificación, recurrió a consideraciones incluidas en laudo arbitral de 18 de septiembre de 2013, elemento probatorio que el Tribunal ya analizó para concluir que el aparte al que se refiere la parte convocante no constituye un planteamiento de obligatoria consideración para este Tribunal, ni lo obliga a coincidir con su contenido.

En su argumentación el IDU concluyó que la insuficiencia de los estudios previos a la contratación, desencadenó en cambios al objeto del contrato. De manera expresa, indicó que *“haber licitado sin tener la totalidad de los diseños, presupuesto de obra y disponibilidad financiera, trajo como consecuencia la necesidad de variar el objeto del contrato, lo cual*

obviamente es ilegal, pues se convierte en un contrato diferente de aquel que se concertó inicialmente"³⁰.

En dicho sentido, hizo alusión a los modificatorios 2, 3 y 4 del contrato No. 135 de 2007 en los cuales se introdujeron variaciones a diferentes cláusulas del contrato inicial, y que a su juicio generaron un cambio del objeto del mismo. Manifestó en su demanda la entidad convocante, que *"los cambios anteriores, en especial al modificar la forma de pago del anticipo y de la construcción, hay un cambio en el objeto del contrato, lo cual está prohibido (...)*"³¹.

Para efectos del análisis de los anteriores planteamientos, el Tribunal parte de la definición del objeto del Contrato de Obra 135 de 2007, pactado por las partes en la cláusula primera del mismo, así:

"El Objeto del presente contrato es la ejecución de la totalidad de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación al sistema TransMilenio y el posterior mantenimiento, del grupo 2 "EJECUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LA OBRAS DE CONSTRUCCIÓN Y TODAS LAS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA ADECUACIÓN DE LA CALLE 26 (AVENIDA JORGE ELIÉCER GAITAN) Y LA CARRERA 10 (AVENIDA FERNANDO MAZUERA), AL SISTEMA TRANSMILENIO Y EL POSTERIOR MANTENIMIENTO EN LA CIUDAD DE BOGOTA D.C. DE LOS TRAMOS DEL GRUPO 2 COMPRENDIDO ENTRE CALLE 30 A SUR Y CALLE 3, EN BOGOTÁ D.C. Y EL TRAMO 2 COMPRENDIDO ENTRE CALLE 3 Y CALLE 7, INCLUYE RAMAL CALLE 6 ENTRE CARRERA 10 Y TRONCAL CARACAS, AVENIDA COMUNEROS ENTRE CARRERA 10 Y CARRERA 9 CON CALLE 4 Y ESTACIÓN INTERMEDIA DE LA CALLE 6, EN BOGOTÁ D.C." (...)"³².

A partir del texto citado, el Tribunal procede a hacer un análisis de los acuerdos modificatorios que se suscribieron, para así determinar si con ellos se modificó el objeto del Contrato 135 de 207 recién citado, como lo alega la parte convocante. De antemano se aclara que no se incluirá en dicho

³⁰ Folio 634 del C. Principal 2.

³¹ Folio 465 del C. Principal 1.

³² Folio 37 del C. Principal 1.

análisis el estudio del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, por ser este objeto de tratamiento particular en un acápite posterior del presente laudo. Así las cosas, se procederá a citar a continuación el objeto del contrato consignado en cada uno de los otrosíes modificatorios suscritos por las partes que pudieron tener incidencia en el objeto del contrato:

- OTROSÍ No. 1 AL CONTRATO No. 135 de 2007

El Otrosí No. 1 fue suscrito por las partes el 16 de septiembre de 2008 y fue pactado con 4 cláusulas, en ninguna de las cuales el Tribunal evidencia que se presente una modificación al objeto del Contrato. De hecho, a través de este documento las partes introdujeron modificaciones a la *Programación de Obras* y la *fecha de entrega de productos*, situaciones que en nada tocaban el objeto anteriormente transcrito.

- OTROSÍ No. 2 AL CONTRATO No. 135 DE 2007

En este Otrosí se incluyeron 14 cláusulas referidas a los siguientes aspectos:

Primera: Se insertó una variación en lo atinente al plazo de la Etapa de Preconstrucción, y se introdujo una nueva disposición según la cual *“en el evento de que las actividades a realizar durante esta etapa no se hayan terminado al vencimiento del plazo, y siempre y cuando sea por razones no imputables al Contratista, éste continuará ejecutando las actividades de preconstrucción aún no finalizadas en los tres primeros meses de la Etapa de Construcción”*³³.

Segunda: Se refirió a la presentación, por parte del contratista, del cronograma de actividades a realizar durante los primeros 3 meses de la Etapa de Construcción, así como también a la programación de actividades de complementación, ajuste y actualización de los estudios y diseños entregados por el IDU. Se incluyó además un párrafo en que se definió el concepto de *actualización de los estudios y diseños*, y también se estableció el procedimiento a seguir para tal efecto.

³³ Folio 88 del C. de Pruebas 1.

Tercera: Se modificaron los párrafos cuarto y octavo del numeral 4.1.4.2 de la cláusula cuarta del contrato, relativos a la actualización de los estudios y diseños y el procedimiento en caso de ser necesaria la *“aprobación por parte de la SDP, SDM, las Empresas de Servicios Públicos, Transmilenio S.A. y demás entidades de orden Distrital o Nacional”*³⁴.

Cuarta: Se introdujeron nuevos aspectos en relación con la *programación de obra detallada* y el *Cronograma de Metas Físicas*.

Quinta: Se modificó el párrafo primero del numeral 4.1.7 de la cláusula 4 de contrato, así:

*“El Contratista con la presentación de la Programación de Obras que trata la Cláusula 4 del presente otrosí, entregará al Interventor la Memoria Técnica que contiene la información sobre el balance que éste hizo a los estudios y diseños, acompañado de la debida explicación y justificación”*³⁵.

Sexta: Se modificó el literal b de la cláusula 5, en lo relativo al plazo de entrega de la Programación de Obra, el Cronograma de Metas Físicas y el Flujo de Pagos correspondiente.

Séptima: Se introdujo una variación al literal d. de la cláusula 5, en lo concerniente al plazo para que el contratista realizara el ajuste, actualización, complementación de los estudios y diseños entregados por el IDU.

Octava: De manera expresa estableció *“incluir en el numeral 9.1.1 Valor Global Total de la Cláusula 9, el valor de los tramos 2 y 3 del contrato”*³⁶.

Novena: Modificó el numeral 10.1 de la cláusula 10 respecto de lo necesario para poder realizar el pago del anticipo, indicando que *“se requerirá únicamente la suscripción del Acta de Inicio de la Etapa de*

³⁴ Folio 80 del C. de Pruebas 1.

³⁵ Folio 90 del C. de Pruebas 1.

³⁶ *Ibídem*.

*Construcción y la aprobación por parte de la interventoría del Plan de Buen Manejo y Correcta Inversión del mismo*³⁷.

Décima: Adicionó un párrafo a la cláusula 10 del contrato, relativa a la forma de pago.

Décima primera: Modificó el numeral 15.4 de la cláusula 15 respecto del procedimiento para la imposición de multas.

Décima segunda: Estableció que las causales de multas consignadas en ciertos documentos contractuales, no tendrían aplicación por encontrarse implícitas en la listas de chequeo.

Décima tercera: Añadió otras obligaciones en cabeza del contratista en la Etapa de Construcción, tales como la adecuación de vías de desvío, la actualización de estudios y diseños entre otras.

Décima cuarta: Modificó algunos apartes del Apéndice A, relativo a las especificaciones particulares de construcción.

Décima quinta: Modificó algunos apartes del Apéndice E Capítulo 1 Componente S&SOMA para los tramos 2 y 3.

Décima sexta: *“Se modifica el numeral 1.3 del Capítulo 2 del Apéndice E para los tramos 2 y 3 Recursos humanos y apoyo logístico-área social, incluyendo una nota con el siguiente contenido (...)”*³⁸.

Décima séptima: Modificó algunos apartes del Apéndice E Capítulo 2 Tramos 2 y 3, en cuanto al Programa de Cargue y Descargue de Mercancías, reuniones de inicio de obra, reuniones de avance de obra, reuniones de finalización de obra y Recursos Humanos y Apoyo Logístico.

Décima octava: Modificó algunos apartes del Apéndice F para los tramos 2 y 3, en cuanto a las condiciones de intervención, los desvíos,

³⁷ Folio 91 del C. de Pruebas 1.

³⁸ Folio 96 del C. de Pruebas 1.

la evaluación de las vías utilizadas como desvíos y las actividades de contingencia.

Décima novena a Vigésima segunda: No introdujeron modificaciones.

- OTROSÍ 3 AL CONTRATO DE OBRA No. 135 DE 2007

Mediante este otrosí, se corrigieron “*las fallas de impresión en las dos últimas líneas de algunas páginas*” que afectaron “*la lectura del numeral 3 de los considerandos, el párrafo 3 de la cláusula 2, el párrafo 3 del numeral 4.1.2 de la cláusula 4, el párrafo 6 del numeral 4.1.4.2 de la cláusula 4, el párrafo 2 del numeral 4.3 de la cláusula 4 y por error de transcripción se consignó Tramo 2, debiéndose consignar Tramo 3*”³⁹.

- OTROSÍ No. 4 AL CONTRATO No. IDU-135-2007

Este documento se suscribió con 6 cláusulas, la primera en relación con la cláusula 9 del contrato y el valor estimado a pagar por precios unitarios, y las cláusulas restantes a la cláusula 10 y en específico a los pagos correspondientes a la actualización de estudios y diseños.

- OTROSÍ No. 6 AL CONTRATO No. 135 DE 2007

Se incluyeron 13 cláusulas relativas a:

Las metas físicas y su verificación; el perfil del inspector SISOMA; la destinación de recursos para las actualizaciones de diseños y estudios; la distribución de las apropiaciones de las Obras a Precios Unitarios; el flujo de pagos; la forma de pago del contrato; la calificación porcentual de las listas de chequeo contenidas en el Apéndice F; las listas de chequeo SISOMA y del componente social; la unificación de los Apéndices A, B, C, E, F y G de los tramos 2 y 3; y el personal y recursos de los Apéndices A, E y F requeridos para la Etapa de Construcción.

- OTROSÍ 7 AL CONTRATO DE OBRA No. 135 DE 2007

³⁹ Folio 101 del C. de Pruebas 1.

A través de 7 cláusulas, las partes acordaron:

- Modificar la distribución de las apropiaciones de las Obras a Precios Unitarios.
- Incorporar al Contrato Adicional 1 y Otrosí 5 las especificaciones del Plan de Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos contempladas en el Anexo 1 correspondiente al Apéndice F, así como las listas de chequeo ambiental, siso y social.
- Modificar el contenido de los Anexos 1 y 2 el Contrato Adicional 1 y Otrosí 5.
- OTROSÍ No. 8 AL CONTRATO DE OBRA No. 135 DE 2007

Las partes pactaron 9 cláusulas, 4 de ellas referidas al Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, y las cláusulas restantes concernientes al (i) Apéndice E del contrato principal (distribución porcentual de los programas del componente) y a las (ii) fechas de suscripción de los Otrosíes No. 2 y No. 4 al Contrato 135.

- OTROSÍ No. 9 AL CONTRATO No. IDU-135-2007

Con 32 cláusulas, las partes acordaron:

- Prorrogar el plazo del contrato y de la Etapa de Construcción del Contrato 135.
- Adicionar el valor principal del Contrato 135.
- Establecer la forma de pago de conformidad con la cláusula 10 y el numeral 10.2.
- Modificar los perfiles del Director Social Sisoma, del Residente Ambiental, del Residente Siso, del Especialista Forestal y del Inspector Sisoma.
- Modificar la Tabla 6 "*Personal Ambiental etapa de Construcción*", la Tabla 6 A "*Requisitos del Personal Brigada de Orden, Aseo y Limpieza, etapa de Construcción*" y Tabla 7 "*Brigada de Orden, Aseo y Limpieza*", Tabla 1-2 "*Cantidad de Integrantes del equipo social, etapa de Construcción*".
- Modificar el numeral 2.2. "*PROGRAMAS EN LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN*", el numeral 1.4 "*Componente B. Programa de*

Gestión Social", el numeral 2.2.2 "Programa de Atención al Ciudadano en la etapa de Construcción", el numeral 2.2.5.2 "Manejo del Tramo Educativo", el numeral 2.2.6.1 "GESTION CON ENTIDADES", el numeral 2.2.8 "PROGRAMA DE PROSPECCIÓN ARQUEOLÓGICA" y el numeral 2.2.11 "PROGRAMA DE MANEJO PARA TRAMO SALUD".

- Modificar la Tabla 1-20 "Reuniones de Finalización de la obra".
 - Modificar el numeral 2.3.3.2 del Apéndice E "PRESENTACIÓN DE INFORMES", el Apéndice F "ESPECIFICACIONES PARA EL PLAN DE MANEJO DE TRÁNSITO, SEÑALIZACIÓN Y DESVÍOS" y el Acápito final del Anexo 1 del Otrosí No. 6.
 - Trasladar cinco mil millones de pesos del valor global de obras de construcción, al rubro para desvíos.
- OTROSÍ No. 10 AL CONTRATO IDU-135-2007

En este acuerdo, las partes incluyeron 10 cláusulas, dentro de las cuales se adicionó el valor del Contrato 135, se aclaró la suma correspondiente al pago estimado por obras complementarias en virtud de la Actualización de los Estudios y Diseños, se estableció la forma de pago, se adicionó la cláusula novena del Otrosí No. 9, y se aclararon las siguientes cláusulas:

- Cláusula vigésima segunda del Otrosí No. 9, en cuanto al ítem B43 de la lista de chequeo.
 - El literal III del numeral 5 del Considerando No. 7 del Otrosí No. 9.
 - Cláusula vigésima tercera del Otrosí No. 9, respecto de los parámetros de calificación.
- OTROSÍ No. 11 AL CONTRATO IDU-135-2007

A través de 9 cláusulas las partes trataron temas relativos a la interventoría del Contrato Adicional No. 1 y prorrogaron el plazo tanto de este último acuerdo, como del Contrato 135.

- OTROSÍ No. 12 AL CONTRATO No. IDU-135-2007

Las partes suscribieron 5 cláusulas, dirigidas a establecer el reintegro de cinco mil millones de pesos al global de obras de construcción, del rubro de obra para redes.

- OTROSÍ No. 13

Mediante el pacto de 6 cláusulas, las partes se refirieron a aspectos técnicos de las obras, tales como la rugosidad y la medición del estado superficial del pavimento.

Así, del recuento anterior resulta evidente que los otrosíes suscritos no introdujeron modificaciones al objeto del contrato.

Y en este punto, vale la pena precisar también que el objeto del Contrato, como se ha dicho ya, contenido en la cláusula primera del mismo, corregido en la cláusula segunda del Otrosí No. 3, se mantuvo en idénticos términos incluso en el Acta No. 123 de Terminación y Recibo de la Etapa de Construcción, oportunidad en la que las partes se reunieron para "(...) dejar constancia del recibo de las obras ejecutadas durante la Etapa de Construcción del contrato de obra (...)", y en la que se consignó el objeto del contrato en los siguiente términos⁴⁰:

| | | | | | |
|---|----|--|----------------------|--|---|
| Fecha 20 Septiembre 12 | | SUBDIRECCIÓN GENERAL DIRECCIÓN TÉCNICA OFICINA | | DE INFRAESTRUCTURA DE CONSTRUCCIONES |  ALCALDÍA MAYOR BOGOTÁ D.C. CORPORACIÓN DE DESARROLLO URBANO |
| DD | MM | AA | SUBDIRECCIÓN TÉCNICA | DE EJECUCIÓN SUBSISTEMA DE TRANSPORTE | |
| CONTRATO No. 135-2007 | | | | | |
| ACTA No. 123 DE TERMINACIÓN Y RECIBO DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN | | | | | |
| CONTRATO No | | 135 | | DE 2007 | |
| LICITACIÓN PÚBLICA | | <input checked="" type="checkbox"/> | | CONCURSO DE MERITOS <input type="checkbox"/> | |
| CONTRATACIÓN DIRECTA | | <input type="checkbox"/> | | IDU-LP-DG-022-2007 | |
| OBJETO DEL CONTRATO | | | | | |
| ADECUACIÓN DE LA CALLE 26 (AV. JORGE ELIÉCER GAITAN) Y LA CARRERA 10 (AV. FERNANDO MAZUERA) AL SISTEMA TRANSMILENIO DE LOS TRAMOS DEL GRUPO 2, TRAMO 2 COMPRENDIDO ENTRE LA CALLE 30A SUR Y CALLE 3, Y EL TRAMO 3 COMPRENDIDO ENTRE LA CALLE 3 Y CALLE 7. INCLUYE RAMAL CALLE 6 ENTRE CARRERA 10 Y TRONCAL CARACAS, AV. COMUNEROS ENTRE CARRERA 10 Y CARRERA 9 CON CALLE 4 Y ESTACION INTERMEDIA DE LA CALLE 6. | | | | | |

Así las cosas, es claro que el objeto del Contrato 135 de 2007 no sufrió modificaciones a través de los Otrosíes suscritos, como lo alega la parte convocante, sino que por el contrario, desde el inicio y hasta la entrega de

⁴⁰ Folio 382 del C. de Pruebas 5.

la obra, fue el mismo. Tanto más, cuando ya ha quedado dicho en este laudo que las obras fueron construidas y en la actualidad funcionan y prestan servicio a la comunidad, obras que corresponden al objeto definido desde el inicio y no a una construcción diferente.

Por todo lo expuesto, el Tribunal no encuentra que se haya presentado un cambio en el objeto, fruto de los acuerdos modificatorios suscritos, que evidencie la vulneración al principio de planeación y abra paso a la declaración de nulidad del Contrato 135 de 2007.

En este punto es preciso además pronunciarse respecto de lo aludido por la parte convocante, en torno a la *actualización de los diseños y estudios*, concepto que, según argumenta, fue introducido mediante el Otrosí No. 2, sin que estuviera previsto en los pliegos de condiciones ni en el contrato.

Al respecto, el Tribunal encuentra que, contrario a lo afirmado por la convocante, en el contrato las partes desde un inicio previeron la posibilidad de realizar modificaciones o ajustes a los estudios y diseños.

De ello da cuenta la cláusula 4.1.4.2 del contrato, en la que se estipuló lo siguiente:

“4.1.4.2 Modificación de los Estudios y Diseños

“Cuando el Contratista justifique técnicamente con el aval de la interventoría que no es viable la ejecución de alguna de las obras, aún después de haber realizado alguna adaptación y/o adecuación y/o complementación y/o ajuste de los estudios y diseños y especificaciones entregados por el IDU, éste deberá presentar al IDU los planos finales para construcción que viabilicen la ejecución de la obra contratada respetando las condiciones que para el efecto se definen en el Apéndice A numeral 4.1.

“El Contratista deberá responder por la calidad de la obra diseñada y construida por él.

“En todo caso, si como consecuencia de la modificación de los estudios y diseños, el IDU sufriera o se le generara algún tipo de

perjuicio, iniciará las acciones legales pertinentes a quienes les sea imputable.

“Cualquier modificación y/o adaptación y/o complementación que el Contratista introduzca a los estudios y diseños y que requieran de aprobación por la Secretaría Distrital de Planeación, la Secretaria Distrital de Movilidad, las Empresas de Servicios Públicos, TRANSMILENIO S.A. y demás entidades del orden Distrital o Nacional deberán ser tramitadas por el Contratista para su aprobación por la entidad respectiva sin que ello se constituya en causa de demora en la ejecución del proyecto. Lo anterior sin perjuicio de que el Contratista, en el momento de la elaboración de la programación de obra, tenga en cuenta la ejecución de actividades paralelas mientras se surte la aprobación por parte de las entidades

(...)

“Para todos los efectos las complementaciones y/o modificaciones realizadas a los Estudios y Diseños son responsabilidad del Contratista”⁴¹ (Subrayado fuera del texto original).

También se encuentra la cláusula 4.2, en la cual las partes pactaron la posibilidad de ajustar y modificar los estudios y diseños, así:

“4.2. Etapa de Construcción.

“Una vez cumplidos todos y cada uno de los requisitos de la Etapa de Preconstrucción se firmará el Acta de Inicio de la Etapa de Construcción por parte del Interventor, el Contratista y el IDU.

(...)

“Durante la etapa de construcción, si fuere necesario realizar ajustes y/o complementaciones y/o modificaciones a los estudios y diseños para su implantación por situaciones imprevistas o por que se demuestre técnicamente por parte del Contratista, con la

⁴¹ Folio 41 del C. de Pruebas 1.

aprobación de la Interventoría, la imposibilidad de ejecutar las obras contratadas con los diseños y las especificaciones técnicas entregadas por el IDU, se procederá de acuerdo con el procedimiento establecido en la cláusula 4.1, numeral 4.1.4. Si los ajustes y complementaciones implican modificaciones al cronograma de metas físicas, el Contratista presentará a consideración de la Interventoría el respectivo ajuste para su aprobación. En éstos eventos, las mayores costos serán cubiertos por el componente Imprevistos" del AIU. (...)"⁴² (Subrayado fuera del texto original).

En la cláusula citada, las partes incluso previeron la posibilidad de que se generaran mayores costos como consecuencia de la realización de “ajustes y/o complementaciones y/o modificaciones a los estudios y diseños”.

Adicionalmente en la cláusula quinta del contrato, referida a “Obligaciones principales del Contratista” nuevamente se consignó una referencia a la facultad de ajustar y modificar los diseños. Sobre este particular se pactó lo siguiente:

*CLÁUSULA 5. OBLIGACIONES PRINCIPALES DEL CONTRATISTA.
(...)*

“e) Los estudios y diseños que revise, ajuste y/o complemente el Contratista durante las diferentes etapas del contrato, deberán respetar las condiciones técnicas señaladas en el apéndice A, numeral 4.1.

“f) Los Ajustes y/o complementaciones que el Contratista introduzca a los diseños y que requieran aprobación por parte de la Secretaria Distrital de Planeación, la Secretaria Distrital de Movilidad, las Empresas de Servicios Públicos, TRANSMILENIO S.A. y demás entidades de orden Distrital, deberán ser tramitadas por el Contratista para su aprobación en la respectiva entidad dentro del plazo contractual sin que ello se constituya en causa de demora en la ejecución del proyecto.

(...)

⁴² Folio 44 del C. de Pruebas 1.

“z) Si el CONTRATISTA llegare a modificar y/o ajustar y/o complementar los estudios y diseños, este transferirá al IDU todos los derechos de autor de la obra descrita en el Pliego de Condiciones, en consecuencia, el IDU adquiere la totalidad de los derechos patrimoniales conservando el CONTRATISTA para sí la titularidad de los derechos morales, de conformidad con lo previsto en la Decisión Andina 351 y en las leyes 23 de 1982 y 44 de 1993, o en las normas que las sustituyan o reformen (...)”⁴³ (Subrayado fuera del texto original).

La cita de los anteriores apartes, contenidos en el Contrato 135 de 2007, dejan ver que la *actualización de los estudios y diseños*, estuvo prevista desde el propio contrato, de modo que no fue algo extraordinario ni ajeno al convenio que introdujeran las partes en el curso de la ejecución contractual, ni una actividad que pudiera tomar por sorpresa a alguna de las partes, pues estaba prevista desde el texto inicial del contrato.

Las consideraciones expuestas llevan al Tribunal a concluir que no hay en este aspecto, elemento alguno que genere la declaratoria de nulidad del Contrato con sus adicionales y otrosíes.

6.2.3. El argumento referido al mayor valor de las obras

Al alegar de conclusión, el IDU reseñó que los estudios defectuosos que antecedieron la suscripción del Contrato No. 135, dieron lugar a un mayor valor en la obra correspondiente a \$50.327.146.591. Indicó que, inicialmente, en la cláusula novena del contrato, se estimó un valor de obra por \$178.304'574.960.00. Sin embargo, en virtud del laudo arbitral del 18 de septiembre de 2013, al aplicar los modificatorios, y especialmente el Otrosí No. 2, se generó un incremento total en el valor del contrato de \$20.758'635.751, valor que consta en el memorando interno No. 20163460123193 de 17 de junio de 2016, que obra en el expediente⁴⁴.

De la misma forma se refirió al Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, indicando que la adición de dicha obra significó una adición en valor de \$29.568.510.839.

⁴³ Folios 47-50 del C. de Pruebas 1.

⁴⁴ Folio 632 del C. Principal 2.

De acuerdo con lo anterior, la parte convocante concluye que *“estas dos adiciones, originadas directamente por la falta de estudios correctamente realizados, ascienden a la suma de \$50.327.146.591, casi un 30% más del valor inicialmente presupuestado, lo que claramente demuestra la imprevisión en el cálculo del costo y los alcances físicos del contrato”*⁴⁵.

En primer lugar aclara el Tribunal que en lo que respecta al mayor valor de la obra por causa del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, esto será objeto de análisis en acápite posterior de este Laudo.

Hecha tal precisión, el Tribunal considera que no es posible deducir, del material probatorio allegado por las partes al proceso, que los incrementos en el valor del contrato, que implicaron un aumento en su cuantía, constituyan la evidencia de una trasgresión del principio de planeación, y por ende esta afirmación de la convocante no puede dar lugar a la declaratoria de nulidad que se pide en la pretensión primera principal de la demanda.

Es claro para el Tribunal que hubo incrementos en el valor del Contrato 135 de 2007, pero no es evidente que los mismos se hayan generado por situaciones ajenas a la ejecución y a las vicisitudes y requerimientos que en el curso de la misma se presentaron. Por el contrario, considera el Tribunal que, en los términos planteados por la convocante, no puede admitirse que el incremento en el monto de los recursos invertidos para la ejecución del Contrato 135 de 2007, pueda constituirse en causal de invalidación de dicho acuerdo, pues tal circunstancia no contiene ningún elemento de transgresión de las normas de la contratación estatal. Esos son aspectos que tienen que ver con los alcances de la prestación de pago de la remuneración a cargo del contratante, y no con las causales de nulidad que ha establecido la ley.

En este punto una vez más el Tribunal menciona que la obra se ejecutó y está en funcionamiento, con lo cual se logró la satisfacción del interés general perseguido.

⁴⁵ Folio 633 del C. Principal 2.

6.2.4. La mayor duración de las obras

La parte convocante refirió que en la cláusula tercera del contrato se estipuló un plazo de 4 meses para la etapa de pre construcción, 20 meses para la etapa de construcción y 60 meses para la etapa de mantenimiento.

Al respecto, afirmó que la primera modificación del plazo se realizó mediante el Otrosí No. 2, el cual prorrogó la etapa de pre construcción hasta el 19 de enero de 2009, es decir, más de un año después de la suscripción del contrato⁴⁶.

La anterior circunstancia, que quedó probada en el expediente, no conlleva por sí sola a la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato 135 de 2007, pues el hecho de haber realizado una ampliación al plazo inicialmente previsto para dar comienzo a la etapa de pre construcción, no demuestra (i) la deficiencia de los estudios y diseños como falta al deber de planeación, ni ii) la existencia de una causal que conduzca a la nulidad absoluta del Contrato 135.

Ahora bien, es claro para el Tribunal que las partes suscribieron diversas prórrogas al contrato que modificaron el plazo inicialmente previsto; sin embargo, no encuentra en ello el Tribunal una infracción al ordenamiento, pues hace parte de la autonomía de la voluntad de las partes pactarlo así.

6.3. La alegada manipulación de la licitación por funcionarios del IDU – Incidencia de la sentencia penal proferida contra Inocencio Meléndez

De acuerdo con los planteamientos de la parte convocante, el Contrato 135 de 2007 y sus adicionales fueron fruto de una manipulación de la licitación pública que los antecedió. Sustentó tal afirmación, haciendo referencia a las sentencias penales proferidas contra dos exfuncionarios del IDU, a quienes atribuye la manipulación en comentario.

Respecto de la sentencia penal de condena de 24 de agosto de 2011 proferida contra el señor Inocencio Meléndez Julio, quien para la época en

⁴⁶ Folio 633 del C. Principal 2.

que se dio trámite a la licitación pública IDU-LP-DG-022-2007 ostentaba el cargo de Director Técnico de la Dirección Técnica Legal del IDU, la parte convocante citó apartes de dicha providencia, en los que se indica que el exfuncionario del IDU aprobó la apertura del proceso licitatorio L-PDG-022 de 2007 sin contar con los estudios y diseños requeridos; que aprobó adendas modificatorias que introdujeron cambios al pliego de condiciones definitivo de la licitación L-PDG-022 de 2007 y que participó en la emisión de conceptos que favorecieron la celebración de contratos, aprobación de adicionales, entre otros, en beneficio de los contratistas.

Indicó también el demandante que posteriormente el señor Meléndez tomó el cargo de Subdirector General de la Subdirección General Jurídica, posición desde la cual, según señala, participó en la elaboración de los otrosíes del 16 de septiembre de 2008, 16 de octubre de 2008, y de 23, 26 y 29 de diciembre de 2008, con los cuales se modificaron los contratos 134 a 138 de 2007, lo anterior para favorecer a los contratistas. Citó además la parte convocante apartes de las consideraciones de la sentencia penal, en los que se indicó que el funcionario *“aprobó otrosíes que introdujeron en los contratos de la fase III de Transmilenio actividades denominadas actualizaciones de estudios y diseños que no era otra cosa, que el diseño de los productos faltantes que no habían sido entregados por las consultorías, vulnerándose los principios de economía y transparencia; o que se suscribieron contratos adicionales a los de obra de la fase III, en los cuales se emitió concepto favorable respecto de la adición de obras de valorización, concretamente la rehabilitación de la avenida Mariscal de Sucre, y que este fue un concepto contrario a la ley pues nunca debió producirse un contrato adicional, en primer lugar porque los objetos de la fase III de Transmilenio y el objeto de estos contratos de adición que correspondía a obras de valorización, son independientes, y excluyentes entre sí, ya que incluso la construcción de estos últimos afectaría los planes de manejo de tráfico de los primeros”*⁴⁷.

En segundo lugar, el IDU aludió a la sentencia penal condenatoria de 10 de marzo de 2016, proferida en contra de María Clemencia Cantini Ardila como Directora Técnica de Gestión Contractual para el periodo 2009-2010. En particular, y señaló que la participación de esta persona estuvo relacionada

⁴⁷ Folio 637 del C. Principal 2.

con la *“tolerancia en cuanto a la ausencia de los estudios previos suficientes para la apertura de la licitación pública IDU-LP-DG-022-2007 y la contratación subsiguiente, y su participación en la aprobación de la suscripción de los contratos modificatorios al 135 de 2007”*⁴⁸.

De la sentencia, puntualmente destacó el IDU que el juez penal indicó en las consideraciones que se omitió la realización de observaciones en los conceptos emitidos por la Dirección de Gestión Contractual y que sirvieron de soporte para llevar a cabo las adiciones, específicamente en lo relacionado con la adición de los proyectos 123 y 124 del Grupo I del Acuerdo 180 de 2005 de valorización, que corresponde a las obras de la Avenida Mariscal Sucre.

En el criterio del convocante, las sentencias mencionadas constituyen la evidencia de una desviación de poder según lo estipulado en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

La parte convocada se opuso a las anteriores afirmaciones, y manifestó que no existe una relación de causalidad entre la conducta del señor Inocencio Meléndez Julio y el Contrato de Obra No. 135 con sus modificatorios y adicionales, por cuanto, la sentencia pertinente sancionó la conducta del señor Meléndez relacionada con el contrato de obra No. 137 de 2007 *“toda vez que era ante el Grupo Empresarial contratista de ese contrato que se evidenciaba el interés por parte del Subdirector Jurídico del IDU”*⁴⁹. De tal manera, indicó la parte convocada que el desvío de poder invocado por el IDU carece de fundamento respecto del contrato de obra No. 135 de 2007.

Analizados los argumentos de las partes y en detalle el texto de la sentencia proferida en contra de los señores Meléndez y Cantini, el Tribunal encuentra que en el primer caso, la condena contra el señor Meléndez no constituye un elemento que pueda dar paso a la declaratoria de nulidad del Contrato 135 de 2007 con sus otrosíes y modificatorios. En efecto, dicha providencia se refiere, primordialmente al Contrato 137 de 2007, y es respecto de este que se imponen condenas al ex funcionario del IDU.

⁴⁸ *Ibídem.*

⁴⁹ Folio 513 del C. Principal 1.

De hecho, respecto de dicha sentencia el Tribunal encuentra que en las 21 páginas que la conforman, solamente se hace referencia al Contrato 135 de 2007 en una ocasión, y dicho pronunciamiento se refiere específicamente a la suscripción del Contrato Adicional No. 1, aparte que fue citado por el convocante en su demanda. Sin embargo, la sentencia penal no contiene pronunciamientos acerca de la falta de planeación o la desviación de poder en el trámite particular de contratación del Contrato 135 de 2007, y las referencias generales que en ella se hacen al proceso licitatorio que antecedió la celebración del contrato 135, no tienen la entidad que permita concluir que el contrato se encuentra afectado de nulidad.

En consecuencia, la sentencia penal aportada por el IDU, que pretende hacer valer como muestra de faltas al deber de planeación y de la desviación de poder referida a la celebración del Contrato 135 de 2007, no constituye un elemento de prueba que lleve a considerar que el Contrato 135 de 2007 se encuentra viciado de nulidad. Es claro que la decisión penal tuvo origen en el Contrato 137 de 2007, no en el 135, por lo cual dicho pronunciamiento no puede generar la declaratoria de nulidad que pretende la convocante.

Ahora bien, respecto de la sentencia penal proferida en contra de la señora María Clemencia Cantini Ardila, no observa el Tribunal que la conducta de dicha ex funcionaria del IDU se haya generado de manera directa en el Contrato 135 de 2007, con la virtualidad para generar una declaratoria de su nulidad, pues ello no resulta claro a partir de la providencia, ni tampoco se probó a lo largo de este proceso.

En este punto, es preciso destacar que comparte el Tribunal las apreciaciones de la Procuradora delegada ante el presente trámite arbitral cuando, al referirse a las conductas de los funcionarios del IDU, señores Meléndez y Cantini, expone:

“De conformidad con las anteriores consideraciones, para esta agencia del Ministerio Público, al analizar las sentencias aportadas como prueba de la comisión de las conductas punibles endiligadas al Señor Inocencio Meléndez y la Señora MARÍA CLEMENCIA CANTINI ARDILA, se advierte lo siguiente:

En la parte considerativa de la sentencia condenatoria de fecha 24 de agosto de 2011⁵⁰ se mencionan en términos generales todos los contratos que comprendían la FASE III de Transmilenio, refiriéndose a la intervención del Señor Meléndez como Subdirector Técnico y Legal y luego Jurídico del IDU así: 'participó en la elaboración y revisión de los 'otro sí' del 16 de septiembre de 2008, 16 de octubre de 2008; 23, 26 y 29 de diciembre de 2008 que modificaron los contratos 134 a 138 de 2007 de la fase III de Transmilenio...'

Ahora bien, en la página 7 del fallo aludido, sí hace expresa alusión a la participación del Señor Meléndez en la adjudicación del contrato 137 de 2007 de la siguiente manera: '... contribuyó activamente a que se modificaran a su favor los pliegos de condiciones, muy especialmente en el tema de solvencia financiera, o para que se ejecutara el contrato 137 de 2007...'

Por lo anterior, si bien es cierto en la parte considerativa de la sentencia se mencionan en términos generales todos los contratos que comprendían la FASE III de Transmilenio, también resulta claro, que no se hace expresa manifestación por parte del operador judicial que permita determinar la incidencia directa de las conductas punibles desplegadas por el Señor Meléndez frente a la adjudicación y ejecución del contrato 135 de 2007, más aún cuando en la parte considerativa sólo se hace referencia a los 'otro sí'; manifestación que sí hizo expresamente frente al contrato 137 de 2007.

En relación con el fallo de fecha 10 de marzo de 2016 en la que resuelve condenar a la Señora MARÍA CLEMENCIA CANTINI ARDILA, por prevaricato por omisión tampoco emerge con claridad que en su conducta omisiva haya influido directamente en la adjudicación, celebración y ejecución del contrato 135 de 2007. Por lo anterior, no se podría concluir con plena certeza que las motivaciones de la celebración del contrato 135 de 2007 fueron, en palabras del Consejo de Estado, 'fines diversos a los previstos en la ley'.

⁵⁰ "Providencia proferida el 24 de agosto de 2011 por el juzgado 27 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, página 3".

Así las cosas, mal podrían extenderse los efectos de dichas conductas al contrato 135 de 2007, adicionalmente no se aportó prueba alguna a este trámite arbitral que evidenciara que los representantes legales de METROVIAS estuviesen siendo investigados penalmente como consecuencia de la celebración de ese contrato, como sí lo estuvieron los representantes de Grupo Nule, en relación con los contratos que hacían parte de esta misma FASE III y que se identificaba con el número 137 de 2007 adjudicado a Conalvías, sociedad que hacía parte de ese Grupo empresarial”.

De todo lo expuesto, el Tribunal llega a las siguientes conclusiones.

- a. No hay en este proceso evidencia que respalde los planteamientos de la convocante en cuanto a defectos en los estudios y diseños que antecedieron la adjudicación y suscripción del Contrato 135 de 2007, que hubiesen llevado a la violación del deber de planeación.
- b. Analizados los acuerdos modificatorios suscritos por las partes, se encuentra que no hubo modificación alguna al objeto del Contrato 135 de 2007.
- c. El incremento en el valor del contrato y la mayor duración del mismo fueron circunstancias que obedecieron al querer de las partes, derivados de las circunstancias que se presentaron a lo largo de la ejecución de la obra, que no atentan contra el ordenamiento jurídico aplicable y que no representan evidencia que lleve a declarar la nulidad del contrato 135 de 2007.
- d. El contenido de las sentencias penales de condena contra los señores Inocencio Meléndez y María Clemencia Cantini, exfuncionarios del IDU, no generan elementos de juicio que lleven a la declaratoria de nulidad del Contrato 135 de 2007, excepción hecha del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5 al que el Tribunal se referirá más adelante en este laudo, pues no tienen relación específica con el Contrato demandado en este proceso.

En consecuencia de todo lo anterior, el Tribunal denegará la pretensión primera principal de la demanda.

7. LA NULIDAD DEL OTROSÍ NO. 2 AL CONTRATO 135 DE 2007

7.1. Planteamientos de las partes

La parte convocante formuló como pretensión subsidiaria a la primera principal, lo siguiente:

“PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA:

Subsidiariamente solicito se decrete la NULIDAD ABSOLUTA de los siguientes contratos modificatorios, de conformidad con los hechos de la demanda:

(i) (...)

(ii) OTROSÍ No. 2. De octubre 16 de 2008”⁵¹.

Para sustentar su petición, el IDU manifestó que a través del Otrosí No. 2 las partes realizaron 13 modificaciones al Contrato 135 de 2007, con las cuales considera se cambió el objeto del mismo. Así lo manifestó en su demanda, después de analizar cada una de las modificaciones:

“Los cambios anteriores, en especial al modificar la forma de pago del anticipo y de la construcción, hay un cambio en el objeto del contrato, lo cual está prohibido, según se explica en los fundamentos de derecho de esta demanda arbitral”⁵².

Posteriormente, al alegar de conclusión, la parte convocante reiteró su posición, indicando:

⁵¹ Folio 456 del C. Principal 1.

⁵² Folio 465 del C. Principal 1.

“(...) este otrosí introdujo trece (13) de cambios que desnaturalizaron el contrato 135 de 2007 y lo convirtieron en uno diferente. Estos cambios significaron, la entrega del anticipo sin los requisitos inicialmente establecidos que garantizaban que antes de empezar la obra hubiera certeza sobre su objeto, una distribución de riesgos diferente de la inicialmente pactada con base en el pacto de un precio global para la construcción, unas "actualizaciones" de los diseños que variaron las definiciones conceptuales contenidas en los pliegos de condiciones, un nuevo balance económico, etc. (...)”⁵³.

De la misma manera, manifestó el convocante que fue con base en estas modificaciones hechas mediante el Otrosí No. 2, que se condenó al IDU en el laudo arbitral de 18 de septiembre de 2013, y refirió también que en las sentencias penales contra los ex funcionarios del IDU, Inocencio Meléndez y María Clemencia Cantini, hubo un pronunciamiento respecto del Contrato 135 de 2007 *“como uno de los actos jurídicos en los que influyeron con el fin de beneficiar a estos contratistas”⁵⁴*. Para el efecto, el convocante transcribió el siguiente aparte de la sentencia penal proferida en contra de Inocencio Meléndez:

"Como subdirector técnico legal y posteriormente jurídico, le correspondía coordinar y controlar los procesos de selección de contratistas, adjudicación y celebración de contratos con el fin que estos se ajustaran a los parámetros de Ley, y como tal participó en la elaboración de los "otro sí" del 16 de septiembre de 2008, 16 de octubre de 2008; 23, 26 y 29 de diciembre de 2008 que modificaron los contratos 134 a 138 de 2007 de la fase III de Transmilenio, los cuales implicaron: 1. Postergar la entrega de productos de la etapa de preconstrucción; 2. Cambio de requisitos para el inicio de la etapa de construcción en estos contratos y se introdujo el concepto de "actualización de estudios y diseños en los contratos de la fase III", definición que no estaba contemplada en el pliego de condiciones, ni adendas, ni el texto de los contratos, y que favoreció a los contratistas”⁵⁵ (Subrayas traídas del texto original).

⁵³ Folio 641 del C. Principal 2.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

Concluyó el IDU manifestando que:

“Es claro que no hubo una razón de necesidad entre las 13 modificaciones del OTROSÍ No. 2 del 16 de octubre de 2008, y las obras contratadas, y así solicitamos sea declarado por el H. Tribunal Arbitral”⁵⁶.

De su lado, el CONSORCIO METROVÍAS se opuso a la argumentación del IDU, indicando que en efecto los otrosíes modificaron el contrato original, pues esa es su funcionalidad y la razón de su celebración. Adicionó que “(...) se debe destacar que en la narrativa de la demanda no se aduce siquiera una causal hipotética respecto a por qué debe considerarse nulo este otrosí. Si bien, es obvio que el otrosí No. 2 modificó el contrato originalmente suscrito, valga la redundancia, ninguna de las modificaciones contravienen el ordenamiento legal”⁵⁷.

Señaló además la parte convocada que en el Otrosí No. 2 se consignaron las razones por las cuales era oportuna y necesaria su celebración. En específico, citó la comunicación IDU-153119 de 14 de octubre de 2008, en la que se indicó lo siguiente:

"1. Ante el alto volumen de información producida durante los estudios y diseños originales contratados, la entrega de productos finales por parte de la consultoría al IDU, la existencia de posibles faltantes y en consecuencia su compilación y entrega para revisión del Contratista, así como la dificultad en la integración de los planes de manejo de tráfico de las Troncales de Fase III, situaciones ajenas al Contratista, se hace necesario modificar algunas cláusulas del Contrato, las cuales serán objeto de un otrosí con el fin de dar inicio a la etapa de Construcción el 17 de octubre de 2008 (...)"⁵⁸.

De acuerdo con ello, concluyó que no existe ninguna causal de nulidad del Otrosí No. 2.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Folio 507 del C. Principal 2.

⁵⁸ *Ibidem*.

7.2. Consideraciones del Tribunal

Encuentra el Tribunal que la argumentación del IDU está dirigida a sustentar la nulidad del Otrosí No. 2 en las 13 modificaciones que mediante dicho acuerdo se introdujeron al contrato inicial, y que según considera, derivaron en una desnaturalización del mismo al cambiar su objeto.

Al igual que en los planteamientos referidos a la nulidad del Contrato 135 de 2007, la parte convocante indicó que la evidencia del cambio de objeto se encuentra en el laudo arbitral de 18 de septiembre de 2013, y en los fallos penales proferidos contra los ex funcionarios del IDU.

En este punto el Tribunal observa que los planteamientos del IDU para sustentar su petición de nulidad del Otrosí No. 2, coinciden con algunos de los que planteó en la argumentación expuesta para solicitar la nulidad del Contrato 135 de 2007. Dichos argumentos fueron analizados en detalle por el Tribunal en capítulo previo del presente laudo, por lo cual basta con reiterar las conclusiones a las que arribó en tal escenario.

En primer lugar, el Tribunal encontró que no existió una modificación del objeto del Contrato 135 de 2007, en ninguno de los acuerdos modificatorios que las partes celebraron. Por el contrario, observó que dicho objeto se mantuvo incólume a lo largo de la ejecución del contrato, tanto que las obras construidas y que actualmente están en funcionamiento, son las mismas obras que se pactaron desde un inicio en el objeto del contrato. En lo que atañe al Otrosí No. 2, el Tribunal advirtió que dicho documento incluyó 14 cláusulas en las que se trataron diversos aspectos contractuales, pero ninguna de ellas hizo referencia al objeto del contrato como tal.

De otro lado, el convocante reprocha que mediante el Otrosí No. 2 se introdujo el concepto de *actualización de los estudios y diseños*, punto sobre el cual ya tuvo la oportunidad de pronunciarse el Tribunal, estableciendo que el mismo contrato, en su texto inicial, previó la posibilidad de que los estudios y diseños se ajustaran durante la ejecución del mismo, y estableciendo que era de la naturaleza misma del pacto que se hiciera así, por lo cual no se encuentra en ello ninguna transgresión a las normas ni afectación alguna de la validez del contrato.

Ahora, en relación con las evidencias que menciona el IDU como soporte del cambio del objeto del contrato, ya se estableció que dichos elementos no dan cuenta de ello, ni prueban tal afirmación.

Respecto del laudo arbitral de 18 de septiembre de 2013, el Tribunal encontró que dicha decisión no se refirió a la validez del Contrato 135 de 2007, sino que giró en torno a un incumplimiento contractual en que incurrió el IDU. En dicho laudo, el objeto del contrato y una potencial modificación del mismo, con miras a una declaración de nulidad y basándose en el Otrosí No. 2, no fueron objeto de análisis por parte del Tribunal.

En tal sentido, no encuentra este Tribunal que el laudo proferido el 18 de septiembre de 2013 tenga la virtualidad de servir de fundamento para decretar la nulidad del Otrosí No. 2 por un cambio en el objeto del contrato.

En igual sentido se pronunció en apartes anteriores de este laudo el Tribunal respecto de las sentencias penales traídas como prueba por el demandante. En cuanto al fallo proferido en contra de Inocencio Meléndez, el Tribunal dejó sentado que dicho pronunciamiento se refería de manera específica al Contrato 137 de 2007, y por esta razón, la decisión no constituye un elemento probatorio que pueda generar una declaratoria de nulidad de Otrosí No.2.

El aparte de dicha sentencia, citado por la parte convocante, en el que se menciona de manera tangencial el Otrosí celebrado el 16 de octubre de 2008, fecha en la que se suscribió el Otrosí No. 2, no resulta suficiente para concluir que el juez de dicha decisión dispuso o estableció elementos para decretar la nulidad del citado Otrosí No.2., pues fue solo una referencia que por demás no se plasmó en la parte resolutive de la sentencia.

Ahora bien, la sentencia penal proferida contra María Clemencia Cantini, se refiere al Contrato Adicional No. 1 (acuerdo que será analizado por el Tribunal en capítulo posterior de este laudo), y no al Otrosí No. 2. Por ello, no encuentra el Tribunal relación alguna entre dicha providencia y el Otrosí No. 2 bajo estudio, que sustente de forma alguna una nulidad.

De acuerdo con lo expuesto, no prospera la pretensión subsidiaria (ii) de la primera principal.

8. LA NULIDAD DEL CONTRATO ADICIONAL No. 1 Y OTROSÍ No. 5

Como pretensión subsidiaria de la primera principal, el IDU solicita que se decrete la NULIDAD ABSOLUTA del CONTRATO ADICIONAL No. 1 y del OTROSÍ No. 5 al CONTRATO IDU 135 DE 2007, de 29 de diciembre de 2008.

En la pretensión segunda subsidiaria se pide que como consecuencia de la nulidad absoluta invocada, se ordenen *“las restituciones mutuas entre las partes, ordenando descontar como mínimo el valor de la utilidad obtenida como consecuencia de la ejecución del contrato adicional 1, que al 17 de junio de 2016 era de novecientos ochenta y dos millones trescientos noventa y seis mil seiscientos noventa y nueve pesos (\$982.396.699.00) y en general todos los dineros recibidos o que reciba en el futuro que directamente no hayan beneficiado a la entidad demandante, en los términos del segundo inciso del artículo 48 de la ley 80 de 1993”*⁵⁹.

Para efectos del análisis de la pretensión en comento el Tribunal estudiará detenidamente las argumentaciones de las partes sobre este punto, así como el contenido del CONTRATO ADICIONAL NO. 1 Y OTROSÍ NO. 5 AL CONTRATO NO. IDU-135-2007⁶⁰, suscrito por las partes el 29 de diciembre de 2008.

Dicho Contrato Adicional tuvo como antecedente consignado en su texto, consideraciones referidas al Contrato 135 de 2007, a los otrosíes y a su ejecución, de las cuales el Tribunal destaca las siguientes:

“6) Que la Carrera 18 entre calles 2 y 13, que corresponde a una de las calzadas de la Avenida Mariscal Sucre incluida en el Acuerdo 180 de 2005 del Concejo de Bogotá (Proyectos 123 y 124 del Grupo 1 de Valorización), es una de las vías de desvío para la Adecuación de las Troncales de la Fase III del Sistema Transmilenio, la cual cuenta con aprobación de la Secretaría Distrital de Movilidad mediante comunicación SM-86776-08 de octubre 31 de 2008.

⁵⁹ Folio 457 del C. Principal 1.

⁶⁰ Folios 114-118 del C. de Pruebas 1.

7) Que para la Administración Distrital resulta prioritario adelantar las obras de adecuación de la Fase III de Transmilenio, así como dar cumplimiento a las disposiciones del Acuerdo 180 de 2005, dando inicio a las Obras de la Avenida Mariscal Sucre, Carreras 18 y 19 entre Calles 1 a 13, correspondiente a los proyectos 123 y 124 del grupo 1 de Valorización.

8) Que una de las obligaciones del Contratista de acuerdo con la cláusula 5 literal i) es 'Adelantar las Obras de Adecuación de Desvíos necesarios y requeridos para la ejecución del contrato, de conformidad con los apéndices de este contrato', obras que serán pagadas a precios unitarios.

9) Que de conformidad con los anteriores considerandos está prevista la intervención de una misma vía a través de dos proyectos, siendo necesario y procedente definir una sola intervención y en todo caso por parte del Contratista que tiene contrato vigente para ejecutar obras, en la misma, toda vez que la intervención de dos contratistas diferentes, resulta contrario a los principios de economía y celeridad que orientan la contratación pública.

10) La ejecución por parte de un solo contratista de las obras Grupo 2 de la Fase III de Transmilenio y de los proyectos 123 y 124 del Acuerdo 180 de 2005, representa para la Administración reducción de costos administrativos, optimización del recurso humano, recursos físicos, técnicos, sociales, sisoma y de mantenimiento.

11) Que mediante memorando DTL-6000-56078 de Dic-22-2008, la Dirección Técnica Legal emitió concepto favorable para la celebración del presente documento, e igualmente la Subdirección Técnica de Administración de Activos mediante el memorando STAA-1600-56286 de Dic-22-2008, aprobó los precios unitarios presentados por el Contratista para las obras a ejecutar.

12) Que para amparar el presente compromiso la Subdirección Técnica de Presupuesto y Contabilidad expidió los Certificados de Disponibilidad Presupuestal números 9197, 9198, 9227 y 9228 del 23 de diciembre de 2008.

13) Que la Dirección General solicitó a la Dirección Técnica Legal la elaboración del presente contrato adicional y otrosí mediante memorando STEO-3300-56654 del 24 de diciembre de 2008⁶¹.

A partir de las consideraciones expuestas las partes acordaron,

“Adicionar el Contrato de Obra IDU 135 de 2007 en la suma de VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS VEINTINUEVE MILLONES CIENTO SESENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CATORCE PESOS (\$24.629.166.914,00) M/CTE., los cuáles se discriminan en los Anexos 1 y 2 del presente documento para ejecutar a precios unitarios las obras de los proyectos del Grupo 1 de Valorización con números 123 Avenida Mariscal Sucre de Avenida Jiménez a Avenida Comuneros, y 124 Avenida Mariscal Sucre de Avenida Comuneros a Avenida 1 Hortúa, hasta por el valor de la presente adición y de conformidad con los Anexos Técnicos No. 1 y No. 2 y los estudios y diseños entregados por el IDU”⁶².

Los apartes citados ofrecen evidencia en el sentido de que la motivación del IDU para celebrar, bajo la modalidad de contrato adicional, el contrato para la construcción de las obras de la Avenida Mariscal Sucre, se centró en las siguientes razones:

- Una de las calzadas de la Avenida Mariscal Sucre se constituía a su vez en una de las vías de desvío para la Adecuación de las Troncales de la Fase III del Sistema Transmilenio.
- Era prioritario para la Administración Distrital adelantar prontamente, tanto las obras de adecuación de la Fase III de Transmilenio como las de la Avenida Mariscal Sucre, esta última por la vigencia de la disponibilidad de los recursos, que se acercaba a su fin.
- En el Contrato 135 era obligación del Contratista *“Adelantar las Obras de Adecuación de Desvíos necesarios y requeridos para la ejecución del contrato (...)”*.

⁶¹ Folios 114-116 del C. de Pruebas 1.

⁶² Folio 117 del C. de Pruebas 1.

- Estaba prevista la intervención de una misma vía a través de dos proyectos, por lo que se definió una sola intervención por parte “del Contratista que tiene contrato vigente para ejecutar obras”, pues se consideró que la intervención de dos contratistas diferentes resultaba contraria a los principios de economía y celeridad que orientan la contratación pública.
- La ejecución por parte de un solo contratista de las obras Grupo 2 de la Fase III de Transmilenio y de los proyectos 123 y 124 del Acuerdo 180 de 2005, representaba para la Administración reducción de costos administrativos, optimización del recurso humano, recursos físicos, técnicos, sociales, sistema y de mantenimiento.

8.1. Argumentos de las partes

Tal como lo expone en su demanda, el IDU considera que con la celebración del *Contrato Adicional No.1 y Otrosí No.5*, se violó el principio de planeación que debe regir la contratación estatal, pues se adicionaron obras que no guardaban relación con el contrato inicial, se omitió realizar los estudios previos necesarios, y además dicho contrato se celebró en forma directa, eludiendo la apertura de una licitación pública. De manera concreta, sostuvo el convocante:

“En el caso del contrato adicional No. 1 y otrosí No. 5, está probada la violación de los requisitos previos a la celebración del mismo, puesto que la construcción de la Avenida Mariscal Sucre jamás se tuvo en cuenta en los estudios realizados en la licitación pública IDU — LP — DG- 022 — 2007 de la que salió el Contrato IDU 135 de 2.007. Tan solo, como vías de desvío, cuatro cuadras de la carrera 18 se consideraron para este fin, y el resto de las calzadas que conforman la Avenida Mariscal Sucre, jamás entraron dentro del listado de las vías para el desvío del tráfico. Es claro que se suscribió esta Adición sin que hubiera sido considerada en los estudios iniciales que originaron el contrato adicionado.

“Pero además, si consideramos esa adición como una obra que debió ser contratada independientemente del contrato 135 de 2007,

tenemos que tampoco contaba con los documentos que cumplieran con el principio de planeación, pues no había diseños ni tampoco presupuesto de obra (...)"⁶³.

Previa cita de la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 26 de enero de 2006⁶⁴, la convocante planteó que los contratos adicionales no están permitidos, como sí lo están las adiciones que se refieren a modificaciones del valor y/o del plazo del contrato original.

De la sentencia a la que alude la convocante el Tribunal destaca que un contrato adicional se presenta *"cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del contrato, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual"*, caso en el que, para su celebración, resulta necesario el cumplimiento de todos los procedimientos y requisitos legales para la formación y celebración de los contratos estatales, entre ellos la apertura de un proceso licitatorio.

Anota además la convocante que el Contrato Adicional tuvo por objeto las obras de un tramo de la adecuación de la vía Mariscal Sucre, vía que no guardaba relación con el objeto del Contrato 135, ni en sí misma, ni en el origen de los recursos, pues los necesarios para el Contrato 135 de 2007 provenían de la Empresa Transmilenio, en tanto que los destinados al Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5 tenían su origen en pagos por concepto de valorización.

Al contestar la demanda el CONSORCIO METROVÍAS se refirió al asunto indicando que *"el Adicional No. 1 y el Otrosí No. 5 no son actos jurídicos separables del contrato, porque (...) se incorporaron al mismo"* a partir de lo cual concluye que la declaratoria de nulidad del contrato Adicional No. 1 y del Otrosí No. 5 implicaría desconocer la unidad contractual del Contrato de Obra No. 135 de 2007⁶⁵.

Agrega, la sociedad convocada, que *no es posible hablar de un "contrato adicional"*, ya que se trata en este caso de *"un adicional al contrato, cuyo objeto es complementar el alcance de la intervención prevista para una vía*

⁶³ Folios 644-645 del C. Principal 2.

⁶⁴ Folio 477 del C. Principal 1.

⁶⁵ Folio 502 del C. Principal 1.

en particular”⁶⁶. Precisa que no se trata de un acto jurídico independiente y ajeno a lo referido en el Contrato de Obra No. 135 de 2007, y señala que *“tanto el contrato de Obra No. 135 de 2007 como los proyectos de valorización 123 y 124 del Acuerdo 180 de 2005 preveían la intervención de la misma vía, siendo la única distinción entre el uno y el otro el alcance de las obras a ejecutarse sobre la Avenida Mariscal Sucre”*⁶⁷.

De otra parte, la parte convocada hizo referencia al memorando STEO-3300-56664 expedido por el IDU, en el que se incluyeron los antecedentes que el Tribunal ha destacado líneas atrás, para concluir que *“tan estrecha era la relación entre lo previsto inicialmente en el Contrato de Obra No. 135 de 2007 y los proyectos de valorización 123 y 124 del Acuerdo 180 de 2005, que en efecto preveían la intervención de LA MISMA VÍA”*.

Agrega que ante tal situación, lo adecuado era que *“el contratista que ya se encontraba interviniendo la vía, ampliara su alcance de intervención cumpliendo así con la ejecución de los recursos de valorización correspondientes (...)”*⁶⁸.

En cuanto a la violación del principio de planeación que plantea el IDU, la parte convocada expuso que de manera previa a la suscripción del Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, la Subdirección Técnica de Administración de Activos aprobó, mediante memorando STAA-1600-56286 de 22 de diciembre de 2008, los precios unitarios presentados por el contratista para las obras a ejecutar. Refirió además que la Subdirección Técnica de Presupuesto y Contabilidad expidió los certificados de disponibilidad presupuestal Nos. 9197 y 9198, 9227 y 9228 de 23 de diciembre de 2008, lo que le permitió al contratista concluir que *“hubo un proceso de estudios previos, y una valoración por parte de las diferentes subdirecciones del IDU, respecto los precios unitarios y el presupuesto requerido para la ejecución de los recursos de valorización (...)”*⁶⁹.

Expuestas las argumentaciones de las partes, procede a continuación el Tribunal a analizar la pretensión objeto de este capítulo, para lo cual, en primera medida ha de indicar que si un contrato no es nulo en su integridad,

⁶⁶ Folio 506 del C. Principal 1.

⁶⁷ Folio 506 del C. Principal 1.

⁶⁸ Folio 504 del C. Principal 1.

⁶⁹ Folio 504 del C. Principal 1.

sí puede serlo parcialmente, tal como dispone el artículo 47 de la Ley 80 de 1993, norma que señala:

“La nulidad de alguna o algunas cláusulas, no invalidará la totalidad del acto, salvo cuando este no pudiese existir sin la parte viciada”.

Sin duda la regulación transcrita permite, no obstante el rechazo de la pretensión referida a la nulidad del Contrato 135 de 2007, el estudio de la nulidad que solicita la entidad convocante respecto del *Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5*, si se tiene en cuenta que de decretarse tal nulidad, esta no afectaría la totalidad del Contrato 135, sino sólo la parte negocial viciada.

Para efectos del análisis se procederá a estudiar, en un primer aparte, el concepto que la jurisprudencia ha estructurado para definir el contrato adicional, así como la figura de adición de contrato.

Posteriormente el Tribunal profundizará en el Contrato Adicional No.1, desde varios puntos de vista tales como su origen, los recursos utilizados, su localización en relación con las obras del Contrato 135 de 2007, su extensión y el alcance de la intervención prevista, para con ello determinar su relación con el citado Contrato.

8.2. El contrato adicional y la adición de contrato

La Ley 80 de 1993 le dio prevalencia a la autonomía de la voluntad de las partes que suscriben un contrato estatal. Así lo contempla su artículo 40, cuando dispone:

“Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”.

Así, es claro que en el contrato estatal, por la vía de la autonomía de la voluntad de las partes, se pueden establecer las cláusulas y condiciones que consideren necesarias, siempre con miras al cumplimiento de los fines estatales. Dentro de este marco, la ley habilita a las partes para hacer modificaciones, adiciones, y prórrogas al contrato original, para asegurar con ello la satisfacción de su objeto.

De acuerdo lo expuesto, le está permitido a las partes celebrar contratos adicionales así como adiciones al contrato primigenio.

En este punto, si bien no hay divergencia entre las partes sobre la definición de contrato adicional y de adición de contrato, el Tribunal encuentra relevante, como marco del análisis, precisar los dos conceptos que corresponden a figuras diferentes.

La adición del contrato ha sido definida como la modificación que surge a partir de variaciones bien sea del valor o del plazo inicialmente pactado en el contrato, mas no de una modificación de su objeto. De su lado, en el contrato adicional se agrega al contrato algo que no estaba previsto en el mismo y por tal razón se modifica su objeto.

El Consejo de Estado se ha referido en repetidas oportunidades a esta materia, pronunciamientos de los cuales el Tribunal trae a colación las siguientes citas:

Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de 26 de enero de 2006. Expediente N° 3761: *“Tanto la jurisprudencia como la doctrina nacionales consideran que las nociones de contrato adicional y de adición de contrato no corresponden a la misma figura jurídica. Así, mientras que por el primero se entiende aquel contrato que implica **una modificación fundamental del convenio inicial, la segunda se refiere a una mera reforma del contrato que no implica una modificación de su***

objeto. Si bien es cierto que en el régimen anterior a la Ley 80 de 1993, los artículos 45 del Decreto Ley 150 de 1976 y 58 del Decreto 222 de 1983 señalaban que los contratos adicionales podían tener como objetivo modificar el plazo, cambiar el valor o ambas variaciones a la vez, ocurrió que esta Corporación, acogiendo las definiciones anteriores, fue del criterio de que dichas normas confundieron los conceptos que se analizan, en cuanto denominaron equivocadamente contratos adicionales a ciertas modificaciones que no eran más que meras reformas o adiciones que no implicaban cambio radical en el contrato. En efecto, la última de tales normas disponía que, si había lugar a la modificación del plazo o el valor convenido y no se trataba de la figura de la revisión de precios, se debía suscribir un “contrato adicional” -debiendo ser, en realidad, una adición al contrato-, mediante el cual no podía modificarse el objeto del contrato o el plazo si estuviere vencido, ni pactarse prórrogas automáticas. Posteriormente, el asunto se aclaró en el sentido indicado con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, la cual abandonó el concepto de contrato adicional e introdujo el de adición de los contratos, aunque sin especificar, de modo expreso, los elementos sobre los cuales puede hacerse la adición, señalando solamente un límite en el valor de esa figura, en cuanto el párrafo de su artículo 40 determinó que la misma no podía superar más del cincuenta por ciento (50%) del valor inicial del contrato. De otra parte, la Ley 80 de 1993 mantuvo el criterio de excluir de la adición del contrato los reajustes o revisión de precios, para lo cual señaló trámites diferentes. **Con todo, la posición del Consejo de Estado, tanto antes como después de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, ha sido la de que cualquier modificación del objeto del contrato implica la celebración de un nuevo contrato, no de uno adicional,** que opera solamente cuando la modificación se refiere al valor y al plazo del contrato originalmente celebrado. En otras palabras, solamente habrá contrato adicional cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del contrato, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando simplemente se realiza un ajuste del valor o del plazo inicial del contrato. Finalmente debe advertirse, en relación con la figura de la adición del contrato, que dicha reforma, en cuanto altera las condiciones originales del mismo, exige el acuerdo de las partes sobre todos aquellos aspectos que resulten afectados por dicha

modificación. Tal es el caso, por ejemplo, de la ampliación de la garantía constituida, la fijación de nuevas oportunidades para la entrega de bienes e, igualmente, la determinación de nuevos momentos para la realización de los pagos debidos, entre otros. De lo expuesto se colige, entonces, que **son diferentes el contrato adicional y la adición de contratos. Aquél es un nuevo contrato, mientras que ésta es una modificación de un contrato en ejecución, siendo nota diferencial en el primero la afectación del objeto del contrato**⁷⁰ (Negrilla y subrayado fuera del texto).

En cuanto a la celebración de un Contrato Adicional, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 20 de mayo de 2004, señaló lo siguiente:

“Respecto de los contratos adicionales el desarrollo legal ha transcurrido entre el Decreto Ley 150 de 1976, el Decreto 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993, las cuales han tratado el tema de la siguiente manera. De acuerdo con los Decretos Ley 150 de 1976 en su artículo 45 y 222 de 1983 en su artículo 58, el contrato adicional solamente estaba concebido para modificar el plazo o el valor convenido, sin tocar, en nada, el objeto mismo del contrato. Esto condujo a destacar que en la formulación conceptual elaborada por la Ley existía una imprecisión, puesto que en manera alguna podía concebirse el contrato adicional para alterar el plazo o el valor convenido, cuando el objeto se mantenía incólume, pues se afirmó que para ello no era menester acudir a ese instrumento contractual sino que podía hacerse por vía de otra figura. En vigencia de la Ley 80 de 1993 el legislador hizo eco de directrices jurisprudenciales como la anterior y trabajó el tema de la reforma de los contratos, en cuanto al precio se refiere, con lo dispuesto en el artículo 40; en dicha disposición se estableció claramente que cualquier estipulación de las partes contratantes, que tenga relación directa con el objeto del contrato Estatal, debe llevarse a cabo a través de la firma de un nuevo contrato, lo cual se deduce de dicha formulación normativa, donde la adición del contrato, que es distinta del contrato adicional, se admite expresamente para adicionar su valor no más allá del 50% del valor inicial del contrato, no para modificar su objeto, puesto que este

⁷⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta. Sentencia de 26 de enero de 2006. C.P. Darío Quiñones Pinilla. Expediente N° 3761.

elemento esencial de los contratos tan solo puede sufrir mutaciones por vía del contrato adicional, esto se deduce de lo normado en los artículos 16 y 41 de la misma Ley 80 de 1993. **Sin duda, la modificación del objeto del contrato debe surtirse por vía de un contrato adicional y prueba de ello es que se entiende perfeccionado un contrato cuando existe acuerdo respecto del objeto y del precio y dicho acuerdo se eleva a escrito.**

Tan cierto resulta ser que la modificación del objeto del contrato debe surtirse por vía de un contrato adicional, que por estar en presencia de un nuevo objeto, debe existir un nuevo acuerdo de voluntades que lo determine y que de paso fije el precio que por el mismo cancelará la administración; además, por tratarse de un objeto adicionado, en el que la prestación debida ya no es la misma por haber sido ampliada, es claro que las garantías constituidas por el contratista para el contrato inicial no cubren ese nuevo objeto, respecto del cual no puede llamarse a responder al garante, siendo necesario que sobre dicho objeto adicional se constituyan las garantías previstas en la Ley⁷¹ (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Y sobre el particular la Corte Constitucional ha indicado:

“(…) La Sala estima que esta discusión debe ser resuelta a favor de la primera posición, esto es: la reforma del objeto del contrato, en tanto elemento de su esencia, debe tener lugar en un nuevo contrato; permitir lo contrario conllevaría autorizar su sustitución sin el cumplimiento de las formalidades propias del contrato estatal y en perjuicio de los principios que persiguen tales reglas. Esto no significa que el objeto no pueda ser complementado, siempre y cuando se trate de la adición de actividades necesarias para su adecuada realización.

(…)

Además, la modificación del contrato está limitada por la imposibilidad de transformar sus elementos esenciales –como el objeto- y desnaturalizarlo; **ante la existencia de un nuevo**

⁷¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta. Sentencia de 20 de mayo de 2004. C.P. María Nohemí Hernández Pinzón. Expediente N° 3314.

contrato, se requiere un nuevo proceso de selección y el cumplimiento de los demás procedimientos y formalidades que exige la normativa sobre contratos estatales, y cuya finalidad es la realización de los principios de la función administrativa⁷² (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Precisado lo anterior, debe definir el Tribunal si el Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, por su contenido, constituye en términos conceptuales, un contrato adicional o si por el contrario se trata de una adición al Contrato 135 de 2007, aspecto sobre el cual las partes discrepan, pues la convocante ha afirmado que se trata de un contrato adicional, con objeto independiente de aquel del Contrato 135, en tanto que el Consorcio afirma que el Contrato 135 y el Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, conforman una unidad contractual con objetos totalmente relacionados.

Al respecto, destaca el Tribunal el hecho de que en el memorando DTL-6000-56078 de 22 de diciembre de 2008, en virtud del cual la Dirección Legal del IDU, a solicitud de la Subdirección General Técnica y la Subdirección Técnica de Estudios y Diseño de Proyectos, dio concepto favorable a la suscripción del Contrato Adicional No.1 y Otrosí No. 5, se consigna una referencia en cuanto a que el contrato adicional y la adición del contrato, son dos cuestiones diferentes.

En esa oportunidad se le consultó a la Dirección Legal la viabilidad jurídica de la “adición” al contrato 135, de los proyectos 123 y 124 ordenados por el Acuerdo 180 de 2005, en los siguientes términos:

*“De acuerdo con lo anterior es preciso determinar si el instrumento jurídico apropiado para ejecutar las obras de la Avenida Mariscal Sucre es el contrato adicional o la simple modificación del contrato inicial y en consideración a esta primera precisión debe analizarse con especial atención la noción de la adición de contratos”*⁷³.

En desarrollo de tal solicitud, la Dirección Legal indicó:

⁷² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chalub. Expediente N° D-8699.

⁷³ Folio 148 del C. de Pruebas 4.

“La primera precisión que debe hacerse en orden a determinar cuál es el instrumento jurídico apropiado para la realización de las obras de la Avenida Mariscal Sucre es determinar si la ejecución de tales obras implican una modificación radical o no del objeto del contrato 135 de 2007, pues si los cambios y ajustes que se deben hacer al contrato 135 de 2007 son de envergadura tal que afecta el valor, el plazo e inclusive el mismo objeto contractual, el instrumento jurídico idóneo para realizar dichas obras será el del contrato adicional.

Si por el contrario las modificaciones que requiere el contrato 135 de 2007 para la ejecución de las obras de la Avenida Mariscal Sucre se limitan exclusivamente a simples ajustes al valor del contrato o del plazo del mismo, el instrumento idóneo será el de los adicionales”⁷⁴.

Como soporte de su concepto, la Dirección Legal hizo alusión a pronunciamientos del Consejo de Estado, en los que se señaló que hay contrato adicional cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del contrato, y que en cambio la adición del contrato solo ocurre cuando hay un agregado a las cláusulas del mismo para incluir elementos no previstos inicialmente, pero que están ligados a él y resultan indispensables para satisfacer su objeto⁷⁵. A partir del análisis que en esa oportunidad se realizó, la Dirección Legal concluyó:

“De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que el objeto del contrato 135 de 2007, contempla la EJECUCION DE LA TOTALIDAD DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCION Y TODAS LAS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA ADECUACION DE LA CALLE 26 (AVENIDA JORGE ELIECER GAITAN) Y LA CARRERA 10 (AVENIDA FERNANDO MAZUERA), AL SISTEMA TRANSMILENIO Y EL POSTERIOR MANTENIMIENTO EN LA CIUDAD DE BOGOTA D.C. DE LOS TRAMOS DEL GRUPO 2, COMPRENDIDOS ENTRE LA CALLE 30 A SUR Y CALLE 3, Y EL TRAMO 2 COMPRENDIDO ENTRE LA CALLE 3 Y CALLE 7, INCLUYENDO RAMAL CALLE 6 ENTRE CARRERA 10 Y TRONCAL CARACAS, AVENIDA COMUNEROS ENTRE CARRERA 10 Y CARRERA 9 CON CALLE 4 Y ESTACION INTERMEDIA DE LA CALLE 6 EN BOGOTA D.C, es claro entonces, que para la construcción de las obras de la Avenida Mariscal Sucre es necesario adicionar el citado contrato

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ Folio 149 del C. de Pruebas 4.

y en consecuencia suscribir el correspondiente contrato adicional, toda vez que lo que se pretende en este caso es agregarle algo nuevo al alcance físico inicial del contrato 135 de 2007.

La anterior afirmación encuentra su sustento en las nociones de adición de contratos y contrato adicional descritas anteriormente⁷⁶ (Subrayado fuera del texto original).

A la anterior conclusión se llegó después de dejar establecido que el objeto del Contrato 135 de 2007 difería de las obras a adelantar en los proyectos 123 y 124. Sobre el particular se indicó lo siguiente:

“Si bien en la adecuación para desvío de la Carrera 18 entre calles 13 y 3, dentro del PMT para la Adecuación de la Calle 26 (Avenida Jorge Eliécer Gaitán) y la Carrera 10 (Avenida Fernando Mazuera) al sistema TransMilenio obedece a parcheo e intervenciones puntuales, dentro del alcance de las Obras de valorización requiere la renovación de redes húmedas y secas y la construcción de la estructura del pavimento y del espacio público asociado a la vía, para lo que es fundamental coordinar de manera efectiva la gradualidad de las intervenciones con el fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos señalados dentro de parámetros de eficiencia y calidad”⁷⁷ (Subrayado fuera del texto original).

Adicionalmente se señaló que la Avenida Mariscal Sucre debía ser intervenida con dos propósitos distintos:

“(...) para adecuarla como vía de desvío al PMT del contrato 135 de 2007”;

y

“(...) para adelantar las obras correspondientes a los proyectos 123 y 124 de valorización (...)”⁷⁸.

⁷⁶ Folio 150 del C. de Pruebas 4.

⁷⁷ Folio 147 del C. de Pruebas 4.

⁷⁸ Folio 144 del C. de Pruebas 4.

Por lo cual, finalmente se estableció:

“(…) Así en consideración a que las obras a ejecutarse en la Avenida Mariscal Sucre son diferentes a las contratadas mediante el Contrato 135 de 2007 y son afines y complementarias a las que ejecutan actualmente para la adecuación de la calle 26 (Avenida Jorge Eliécer Gaitán) al sistema Transmilenio en Bogotá, según determinación del área técnica correspondiente, esta Dirección encuentra jurídicamente viable adicionar el Contrato 135 de 2007 las obras de la Avenida Mariscal Sucre, correspondiente a los proyectos 123 y 124 del Acuerdo 180 de 2005”⁷⁹.

De otro lado, en los trámites internos que antecedieron la suscripción del adicional, el IDU mismo, en el memorando DTL-6000-56078, reconoció que para poder suscribir un contrato adicional a otro contrato previamente celebrado era necesario que las obras objeto de tales contratos estuvieran **ligadas entre sí, y resultaran indispensables para cumplir la finalidad del primer contrato**. Así se indicó en el citado memorando:

“(…) se puede concluir que en los contratos de obra, cuando se requiera incluir mediante contratos adicionales, obras excluidas, es necesario que tales obras estén ligadas al objeto del contrato inicial y resulten indispensables para cumplir la finalidad que con el contrato inicial se pretendía satisfacer”⁸⁰.

El Tribunal destaca en este punto que la postura señalada se sustentó en la definición que el Manual de Contratación del IDU (Resolución 7553 de 2006) vigente para la época, contemplaba para el contrato adicional, en los siguientes términos:

“6.1 CONTRATOS ADICIONALES Y MODIFICACIONES

CONTRATO ADICIONAL: Acuerdo de voluntades elevado a escrito cuando se requiere incrementar el valor del contrato y/o el plazo del mismo o cuando se establece la necesidad de incluir elementos o modificaciones no previstas expresamente en el pliego de la licitación o términos de referencia y por ende excluidos del contrato celebrado,

⁷⁹ Folio 157 del C. de Pruebas 4.

⁸⁰ Folio 153 del C. de Pruebas 4.

pero que están ligados a éste y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer” (Subrayado fuera del texto original).

De lo expuesto, el Tribunal destaca los siguientes aspectos de importancia para el presente análisis:

- (i) El IDU desde un inicio reconoció que un contrato adicional y una adición al contrato, son dos conceptos distintos.
- (ii) También afirmó que cuando se modifique el objeto de un contrato, dicha operación debe llevarse a cabo a través de la suscripción de un contrato adicional (Memorando DTL-6000-56078 de 22 de diciembre de 2008).
- (iii) En cuanto al Contrato 135 y los proyectos 123 y 124, la entidad misma dejó establecido que se trataba de obras diferentes en cuanto a su alcance.
- (iv) No obstante ser obras distintas, determinó que el instrumento jurídico apropiado era el contrato adicional, pues se presentaba un cambio del objeto contractual pactado en el Contrato 135 de 2007.
- (v) En el reglamento de contratación del IDU era claro que para celebrar un contrato adicional era necesario que las obras derivadas de este estuvieran **ligadas al contrato objeto de adición, y resultaran indispensables para cumplir la finalidad que con este se pretendía satisfacer.**
- (vi) No se contempló en el análisis la alternativa de apertura de un proceso licitatorio.

El Tribunal encuentra que, sin duda, hubo contradicción y ambigüedad en los planteamientos del IDU, pues la entidad misma estableció que se trataba de objetos contractuales distintos, con niveles de intervención diferentes, que consideró merecían la celebración de un contrato adicional, pero omitió hacer referencia a la regulación que determina que ante un contrato que no tiene el mismo objeto y que no tiene conexidad con otro en ejecución, debe llevarse a cabo un proceso de selección como lo exige la ley.

El análisis llevado a cabo por el IDU se limitó a contemplar dos opciones, el contrato adicional o la adición de contrato, sin mencionar o contemplar la alternativa de un contrato independiente, autónomo, que por las características de las dos obras en cuestión, era la fórmula aplicable, como se verá más adelante en este laudo.

En efecto, como se consignó en apartes previos, la posición del Consejo de Estado en torno a los contratos adicionales, indica que comoquiera que con estos se modifica el objeto inicialmente contratado, se hace necesario surtir todos los trámites, requisitos y procedimientos previstos en la ley para la celebración de un contrato estatal, pues es claro que se trata de un nuevo contrato.

Lo anterior pone en evidencia la contradicción en que incurrió la Dirección Legal del IDU en el concepto en mención, emitido en forma previa a la celebración del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, pues estableció que se trataba de la ejecución de obras distintas a las contempladas en el Contrato 135 de 2007, pero aun así omitió los procedimientos y requisitos legales para el correspondiente contrato, con lo cual pretermitió su deber de hacer prevalecer los fines del Estado y el interés general de la comunidad en la celebración de tal contrato estatal.

Así las cosas, se reitera que un contrato adicional es aquel que genera otro vínculo mediante un contrato respecto del cual se deben definir nuevas condiciones, con todas las consecuencias derivadas de la esencia, naturaleza y querer de los contratantes, esto de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia ya mencionada en este laudo.

En cambio, una adición al contrato puede definirse como un acuerdo que dentro del marco del contrato primigenio, se integra a este, tiene relación con su objeto, contempla la realización de algo que no se había previsto pero que está ligado al mismo objeto del contrato inicial. Así las cosas, en una adición de contrato se mantiene tanto el objeto como los derechos y deberes, solo que la inclusión de alguna o algunas estipulaciones pueden servir para complementar el fin perseguido en el contrato inicial, sin alterar los elementos de su esencia o de su naturaleza. Por consiguiente, el objeto del contrato, cuando se adiciona, no se altera.

A partir de los pronunciamientos citados, es claro que no se puede acudir a la figura de un contrato adicional para acordar las bases de ejecución de un negocio jurídico con objeto, características y precio distintos, porque, ante tales presupuestos, resulta imperativo dar cumplimiento a todos los requisitos y exigencias correspondientes a la modalidad de contratación, y, por consiguiente, para el caso que ocupa al Tribunal, atender los parámetros establecidos en la Ley 80 de 1993 para la celebración de un contrato estatal.

Hechas las anteriores precisiones, procede a continuación el Tribunal a verificar si el Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5 tiene las características necesarias para tal figura, ser contrato adicional, o por el contrario si por su origen, por su objeto, por el alcance y la localización de las obras a ejecutar y por el origen de los recursos, ha debido celebrarse mediante la apertura de un proceso licitatorio y no con un adicional al Contrato 135 de 2007.

8.3. Origen del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí 5: el Acuerdo 180 del 2005

Con relación al origen de cada uno de los contratos, las partes manifestaron diferentes posiciones a lo largo del proceso.

El IDU ha señalado que las obras adelantadas en la Avenida Mariscal Sucre fueron ordenadas por el Acuerdo Municipal 180 de 2005, y que nada tienen que ver con las obras de la Fase III de Transmilenio. Sostiene la parte convocante que la obra objeto del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5 *“carece de toda relación de necesidad con la Fase III de Transmilenio que era objeto del contrato 135 de 2007, adición que va en contravía de lo definido en el pliego de condiciones de la licitación, y del objeto acordado en el citado contrato”*⁸¹.

Con fundamento en lo anterior la demandante plantea que no existe relación de necesidad entre el Contrato 135 y el Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, pues *“basta con probar que tales adiciones no eran “necesarias” para que el contrato adicional no se hubiere debido celebrar.*

⁸¹ Folio 632 del C. Principal 2.

En esta hipótesis lo lógico debió haber sido abrir un nuevo proceso de selección y una vez concluido, suscribir el contrato con quien presentare la mejor oferta”, y además porque “las obras de la Avenida Mariscal Sucre nunca se terminaron de construir, mientras que las del Contrato IDU 135 de 2.007 sí finalizaron, y no hubo ninguna afectación a esta construcción”⁸².

De su lado, la parte convocada, si bien en sus pronunciamientos hizo mención a que el Contrato Adicional tuvo origen en el Acuerdo 180 de 2005, en tanto que el Contrato 135 lo tuvo en el Convenio Interadministrativo celebrado entre el IDU y Transmilenio S.A., refirió que:

“(…) contrario a lo que el apoderado del IDU sostiene, tan estrecha era la relación entre lo previsto inicialmente en el Contrato de Obra No. 135 de 2007 y los proyectos de valorización 123 y 124 del Acuerdo 180 de 2005, que en efecto preveían la intervención de LA MISMA VÍA, como que hacían parte de UN ÚNICO PROYECTO: OBRAS DE ADECUACIÓN DE LA FASE III DE TRANSMILENIO, nominadas en los distintos contratos celebrados para la ejecución de esta Fase, entre ellos el No. 135/2007, como obras de desvíos”⁸³.

De la anterior afirmación se deduce que para la parte convocada el hecho de que los contratos se hubiesen originado en distintas fuentes, en nada afectó la relación de necesidad entre ambos acuerdos que, en su criterio, fue la que gobernó y justificó la celebración del Contrato Adicional.

El Tribunal, de acuerdo con el material probatorio que obra en el expediente, encuentra que el objeto del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, provino de las obras de valorización ordenadas por el Acuerdo Municipal No. 180 de 2005, *“Por el cual se autoriza el cobro de una Contribución de Valorización por Beneficio Local para la construcción de un Plan de Obras”*.

En dicho Acuerdo se estableció la necesidad de adelantar una serie de obras *“orientadas a optimizar los sistemas de movilidad y de espacio público en Bogotá D.C., con el propósito de dar cumplimiento al Plan de Ordenamiento Territorial, en consonancia con el Plan de Desarrollo, para*

⁸² Folio 642 del C. Principal 2.

⁸³ Folio 696 del C. Principal 2.

elevar la productividad de la ciudad, y mejorar la malla vial que soporta la prestación del servicio de transporte público colectivo”.

De la misma forma, en su artículo primero, el Acuerdo estableció que la construcción del Plan de Obras sería financiada con el cobro de una Contribución de Valorización por Beneficio Local en el Distrito Capital de Bogotá.

El Anexo 1 de dicho Acuerdo contempló un “*LISTADO GENERAL DE OBRAS SISTEMA DE MOVILIDAD*”, dentro del cual los proyectos Nos. 123 y 124 corresponden a la realización de obras en la “*Avenida Mariscal Sucre (Carreras 18 y 19) desde Avenida Jiménez de Quezada (AC 13) hasta Avenida de los Comuneros (AC 6)*” y la “*Avenida Mariscal Sucre (Carreras 18 y 19) desde Avenida de los Comuneros (AC 6) hasta Avenida de la Hortúa (AC 1)*”, obras que además, el Acuerdo catalogó como correspondientes al *Grupo I Zona de Influencia 3*.

En este punto es conveniente destacar además que el Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, se celebró, se reitera, bajo determinadas consideraciones, de las cuales el Tribunal destaca:

“6) Que la Carrera 18 entre calles 2 y 13, que corresponde a una de las calzadas de la Avenida Mariscal Sucre incluida en el Acuerdo 180 de 2005 del Concejo de Bogotá (Proyectos 123 y 124 del Grupo 1 de Valorización), es una de las vías de desvío para la Adecuación de las Troncales de la Fase III del Sistema Transmilenio, la cual cuenta con aprobación de la Secretaria Distrital de Movilidad mediante comunicación SM-66776-08 de Octubre 31 de 2008.

7) Que para la Administración Distrital resulta prioritario adelantar las obras de adecuación de la Fase III de Transmilenio, así como dar cumplimiento a las disposiciones del Acuerdo 180 de 2005, dando inicio a las Obras de la Avenida Mariscal Sucre, Carreras 18 y 19 entre Calles 1 a 13, correspondiente a los proyectos 123 y 124 del grupo 1 de Valorización”⁸⁴.

⁸⁴ Folio 115 del C. de Pruebas 1.

De lo anterior resulta claro, para el Tribunal, que las obras correspondientes a los Proyectos 123 y 124, objeto del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, se generaron a partir del Acuerdo 180 de 2005, lo cual fue inclusive reconocido en las consideraciones del Contrato Adicional No.1.

Ahora bien, el Tribunal destaca que, en paralelo, el Contrato de Obra No. 135 de 2007 surgió de la licitación pública No. IDU-LP-DG-022-2007, cuyo objeto era el siguiente:

“1.1 OBJETO DE LA LICITACIÓN

EL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU, requiere contratar la ejecución de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación **DE LA CALLE 26 (AVENIDA JORGE ELIÉCER GAITAN) Y DE LA CARRERA 10 (AVENIDA FERNANDO MAZUERA)**, al **Sistema TransMilenio** y su posterior Mantenimiento en la ciudad de Bogotá, D.C., de acuerdo con la descripción, especificaciones, límites del proyecto y demás condiciones establecidas en este Pliego de Condiciones, en especial las consignadas en el **Capítulo 4**, de conformidad con los tramos por Troncal definidos por las consultorías que elaboraron los Estudios y Diseños que se precisan a continuación (...)”⁸⁵.

Dicha licitación se derivó del convenio interadministrativo suscrito entre el IDU y la sociedad Transmilenio S.A., cuyo objeto se centraba en“(...) definir las condiciones en que las partes cooperarán para la ejecución de las obras de infraestructura física para el Sistema TransMilenio”, convenio que contempló en su cláusula segunda lo siguiente:

“CLÁUSULA SEGUNDA.- ESQUEMA DE COOPERACIÓN INTERINSTITUCIONAL: Las partes acuerdan definir un esquema de cooperación interinstitucional para la ejecución de las obras aún no contratadas de las troncales del sistema TransMilenio, el cual tendrá las siguientes características:

1. El IDU, de manera autónoma y bajo su responsabilidad, iniciará, tramitará y llevará hasta su culminación, los procesos de contratación que sean requeridos para la ejecución de las obras

⁸⁵ Folio 288 del C. de Pruebas 1.

de infraestructura física de las troncales del sistema TransMilenio, así como para la contratación de las Interventorías que sean requeridas. En tal virtud, el IDU adelantará los estudios correspondientes, ordenará la apertura de las licitaciones y/o concursos correspondientes, elaborará y adoptará los Pliegos de Condiciones y/o Términos de Referencia y los demás documentos y actos que sean necesarios para el proceso de contratación, evaluará las propuestas que se presenten y adjudicará los contratos correspondientes. Igualmente el IDU adoptará, también de manera autónoma y bajo su responsabilidad, las modificaciones o aclaraciones a cualquiera de los documentos anteriores.

- 2. La coordinación, vigilancia y control de la ejecución de los Contratos estará a cargo y bajo la responsabilidad exclusiva del IDU. Lo anterior sin perjuicio de la contratación de Interventores externos. Adicionalmente, será el IDU, quien autónomamente definirá las eventuales modificaciones a los contratos, por cualquier causa. TRANSMILENIO S.A., no participará, ni será responsable, de estas labores, salvo por la obligación del manejo presupuestal y de realizar los pagos a los Contratistas a que se refieren los numerales siguientes (...)"*

Así, en virtud del Convenio Interadministrativo en mención, el IDU adquirió la obligación de adelantar los procesos de selección para celebrar los contratos necesarios y dar cumplimiento a la ejecución de las obras objeto de dicho Convenio. El Contrato 135 de 2007 objeto de este litigio, fue uno de los contratos que el IDU, en cumplimiento de su obligación contractual, celebró para el efecto.

Visto lo anterior, es claro para el Tribunal, que el origen del Contrato No. 135, fue en primer lugar el Convenio Interadministrativo de 20 de septiembre de 2001, y como consecuencia de lo allí estipulado, la licitación pública N° IDU-LP-DG-022-2007 adelantada por el IDU, cuyo propósito era la construcción de las obras de la Fase III de Transmilenio.

De su lado, las obras de la Avenida Mariscal Sucre que dieron lugar a la suscripción del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5 tuvieron como origen el Acuerdo 180 de 2005, referido a obras "orientadas a optimizar los sistemas

de movilidad y de espacio público en Bogotá D.C., con el propósito de dar cumplimiento al Plan de Ordenamiento Territorial, en consonancia con el Plan de Desarrollo, para elevar la productividad de la ciudad, y mejorar la malla vial que soporta la prestación del servicio de transporte público colectivo”.

Las consideraciones anteriores llevan al Tribunal a concluir que desde el punto de vista de su origen, ninguna relación había entre las obras del Contrato 135 de 2007 y las obras que fueron objeto del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5.

8.4. Origen de los recursos para la ejecución de las obras

En cuanto al origen de los recursos para la ejecución de las dos obras objeto de análisis, se tiene que de acuerdo con lo indicado por las dos partes y conforme al material probatorio que obra en el expediente, el Contrato No. 135 de 2007 y el contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, tuvieron distintas fuentes de financiación.

Al respecto, el IDU expresó:

“El Contrato IDU 135 de 2.008 tiene como origen de sus recursos los dineros de la Empresa TRANSMILENIO que fueron ejecutados por el IDU en virtud de un Convenio interadministrativo denominado No. 20, de fecha 20 de septiembre de 2001 celebrado entre el IDU y Transmilenio para la construcción de las vías que sirven de corredores donde operaría el servicio de Transmilenio (...)”⁸⁶.

Y agregó:

“(...) La Adición al Contrato referida, se celebró con recursos provenientes de la VALORIZACIÓN ordenada por el Consejo Distrital”⁸⁷.

Para mayor claridad, indicó además la parte convocante:

⁸⁶ Folio 26 del C. Principal 1.

⁸⁷ Ibídem.

“Las obras del CONTRATO ADICIONAL No. 1 Y OTROSÍ No. 5 AL CONTRATO No. IDU 135 DE 2007, presupuestalmente son financiadas por la Contribución de Valorización, mientras que las de la Fase III lo son por medio de los recursos de la ley 310 de 1996 sobre el Sistema de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros”⁸⁸.

De su lado, en el escrito de contestación de la demanda y posteriormente en sus alegatos de conclusión, el CONSORCIO METROVÍAS hizo referencia a cláusulas del Convenio Interadministrativo 022, así como a aquellas del Contrato No. 135 de 2007, que dan cuenta de que los recursos de financiación del último provenían de Transmilenio S.A. y en lo que atañe al Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, refirió:

“Así, es evidente que toda vez que se trataba de una misma vía lo lógico como bien señala el memorando recién mencionado, era que el contratista que ya se encontraba interviniendo la vía, ampliara su alcance de intervención cumpliendo así con la ejecución de los recursos de valorización correspondientes”⁸⁹ (Subrayado fuera del texto original).

Adicionalmente puntualizó:

“Ahora bien, pareciera que el IDU encuentra divergencia o discrepancia en el "objeto" del contrato en punto a su reproche al Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, en la fuente de financiación de los trabajos objeto de estos últimos (proyectos de valorización 123 y 124 del Acuerdo 180 de 2005), circunstancia que no se niega en esta instancia y que por demás está permitida por la ley. El hecho mismo de existir en un contrato diversas fuentes de financiación y pago, no vicia en manera alguna el pacto; por el contrario, un tal acuerdo estaría respaldado por la ley contractual pública y privada, y estaría referido al modo como se realizaría el reconocimiento prestacional, sin afectación alguna a la materia contratada”⁹⁰.

⁸⁸ Folio 13 del C. Principal 1.

⁸⁹ Folio 696 del C. Principal 2.

⁹⁰ Folio 697 del C. Principal 2.

Las anteriores referencias expuestas por las partes demuestran que ambas tenían claridad en el sentido de que los recursos que financiaron la ejecución de los dos objetos contractuales – el del Contrato 135 de 2007 y el del Contrato Adicional No.1 y Otrosí No. 5- , provinieron de fuentes diferentes.

Lo anterior ha quedado claramente establecido con las pruebas allegadas al proceso, a partir de las cuales se evidencia, como ya se mencionó en el presente laudo, que el Contrato de Obra No. 135 de 2007 tuvo como origen, además de la correspondiente licitación pública, el Convenio Interadministrativo suscrito entre Transmilenio S.A. y el IDU, en el que se estipuló que Transmilenio S.A. sería el responsable de realizar los pagos correspondientes a la ejecución de las obras. Tal obligación se estableció en los siguientes términos:

3. *“Los certificados de disponibilidad presupuestal, necesarios para la apertura de las licitaciones y concursos, para la contratación misma, para respaldar los eventuales contratos adicionales o modificatorios o, en general, para cualquier otro fin relacionado con la ejecución de las obras a que se refiere el objeto del presente convenio, serán otorgados por TRANSMILENIO S.A., con cargo a su presupuesto de la vigencia fiscal de 2007 y/o a la autorización de compromiso de vigencias futuras. Será el IDU el único responsable de definir la necesidad de estos recursos, dentro del límite de las apropiaciones presupuestales con que cuenta TRANSMILENIO S.A., y hacer la solicitud correspondiente a TRANSMILENIO S.A., para que esta última entidad expida los certificados de disponibilidad presupuestal respectivos”.*
4. *“TRANSMILENIO S.A. asumirá directa y únicamente la obligación de hacer los pagos a los Contratistas con cargo a su presupuesto, para lo cual hará los registros presupuestales que ordena la ley. Únicamente para esos efectos, TRANSMILENIO S.A. concurrirá, conjuntamente con el IDU, en los términos del presente convenio, a la firma de los contratos, modificaciones, otrosíes o cualquier otro documento en donde consten tales obligaciones de pago, estrictamente en su calidad de pagador. En todo caso, se entiende, y así quedará consignado en los contratos que se celebren, que los*

pagos que debe hacer TRANSMILENIO S.A. a los Contratistas, sólo se harán previa orden expresa y escrita del IDU”.

En cuanto al Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, la fuente de financiación de las obras corresponde a dineros recaudados por concepto de la contribución de valorización ordenada por el Acuerdo No. 180 de 2005, en cuyas disposiciones se lee:

“ARTÍCULO 1.- DETERMINACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN. *Establécese el cobro de una Contribución de Valorización por Beneficio Local en el Distrito Capital de Bogotá, con la destinación específica de financiar la construcción del Plan de Obras que se encuentra relacionado en el Anexo No. 1, obras que integran los sistemas de movilidad y de espacio público, contempladas en el Plan de Ordenamiento Territorial y sus Operaciones Estratégicas, en consonancia con el Plan de Desarrollo”⁹¹.*

Así las cosas, es claro que la fuente de financiación para cada uno de los Contratos era diferente, lo cual en concepto del Tribunal, se configura como un elemento diferenciador de tales proyectos que, sumado a otras de sus características, los torna en independientes y les da la categoría de autónomos uno respecto del otro.

8.5. Localización, extensión y alcance de las obras

El Tribunal considera que características como localización, extensión y alcance de las obras constituyen importantes elementos para efectos de determinar la conexidad entre las obras de los dos contratos, el 135 y el Adicional No. 1, que de existir validaría la contratación de las obras de la Avenida Mariscal Sucre bajo la modalidad de contrato adicional al 135 de 2007, pero que de no comprobarse, llevarían a la conclusión de que se trata de obras autónomas que nunca debieron ligarse mediante un contrato adicional.

Para el análisis de este aspecto, en particular, el Tribunal destaca que tanto el IDU como el Consorcio han hecho referencia a los documentos

⁹¹ Acuerdo 180 de 2005.

contractuales, en los que se define la localización de las obras respectivamente ejecutadas en virtud del Contrato 135 de 2007 y del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5.

En efecto, en sus pronunciamientos ambas partes citaron el objeto de cada contrato, cuyo tenor literal es el siguiente:

Contrato de Obra No. 135 de 2007:

"El Objeto del presente contrato es la ejecución de la totalidad de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación al sistema TransMilenio y el posterior mantenimiento, del grupo 2 "EJECUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LA OBRAS DE CONSTRUCCIÓN Y TODAS LAS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA ADECUACIÓN DE LA CALLE 26 (AVENIDA JORGE ELIÉCER GAITAN) Y LA CARRERA 10 (AVENIDA FERNANDO MAZUERA), AL SISTEMA TRANSMILENIO Y EL POSTERIOR MANTENIMIENTO EN LA CIUDAD DE BOGOTA D.C. DE LOS TRAMOS DEL GRUPO 2 COMPENDIDO ENTRE CALLE 30 A SUR Y CALLE 3, EN BOGOTÁ D.C. Y EL TRAMO 2 COMPENDIDO ENTRE CALLE 3 Y CALLE 7, INCLUYE RAMAL CALLE 6 ENTRE CARRERA 10 Y TRONCAL CARACAS, AVENIDA COMUNEROS ENTRE CARRERA 10 Y CARRERA 9 CON CALLE 4 Y ESTACIÓN INTERMEDIA DE LA CALLE 6, EN BOGOTÁ D.C."⁹²

Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5:

"Adicionar el Contrato de Obra IDU 135 de 2007 en la suma de VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS VEINTINUEVE MILLONES CIENTO SESENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CATORCE PESOS (\$24.629.166.914,00) M/CTE., los cuales se discriminan en los Anexos 1 y 2 del presente documento para ejecutar a precios unitarios las obras de los proyectos del Grupo 1 de Valorización con números 123 Avenida Mariscal Sucre de Avenida Jiménez a Avenida Comuneros, y 124 Avenida Mariscal Sucre de Avenida Comuneros a Avenida 1 Hortúa, hasta por el valor de la presente adición y de conformidad con los Anexos Técnicos No. 1 y No. 2 y los estudios y diseños entregados por el IDU".⁹³

⁹² Folio 37 del C. de Pruebas 1

⁹³ Folio 117 del C. de Pruebas 1.

Visto el alcance del objeto de los dos contratos, es claro para el Tribunal que las obras del Contrato 135 de 2007 fueron previstas para ser ejecutadas en la Carrera 10, mientras que las obras objeto del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5 debían ejecutarse en la Avenida Mariscal Sucre, vías que no son colindantes.

Para efectos de identificar el vínculo entre los dos objetos contractuales el Tribunal encuentra necesario determinar la localización de las respectivas obras. Así, aquellas derivadas del Contrato 135 de 2007, de acuerdo con el Pliego de Condiciones de la correspondiente licitación pública están localizadas en la *“Carrera 10 entre la Calle 30a Sur y Calle 3 (...), entre Calle 3 y Calle 7, incluye el ramal Calle 6 entre Carrera 10 y Troncal Caracas, Avenida Comuneros entre Carrera 10 y Carrera 9 con Calle 4 y estación intermedia de la Calle 5 (...)”*⁹⁴.

De su lado, respecto de las obras del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, a partir de lo consignado el Anexo 1 del Otrosí No. 7, *“APENDICE F PARA LAS OBRAS DEL CONTRATO ADICIONAL No. 1 Y OTROSÍ 5 AL CONTRATO 135-07 PROYECTOS 123 Y 124 (AV. MARISCAL SUCRE) CARRERAS 18 Y 19 ENTRE LAS CALLES 13 Y 1”*⁹⁵, se determinó su localización en los siguientes términos:

“2.2 LOCALIZACION

*El proyecto se localiza, en la Carrera 18 y 19 entre Calle 13 a calle 1, en la ciudad de Bogotá D.C.”*⁹⁶.

Adicionalmente, en el proceso reposa el testimonio rendido por el ingeniero civil Julio Hernán Peña Castañeda, encargado por parte del IDU para el recibo y liquidación del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, donde se da cuenta que se aportó en dicha diligencia el siguiente plano con la localización de tales obras:

⁹⁴ Folio 299 del C. de Pruebas 1.

⁹⁵ Folio 103 del C. de Pruebas 4.

⁹⁶ Folio 107 del C. de Pruebas 4.

UBICACION PROYECTOS 123 Y 124



MOVILIDAD
Instituto de Desarrollo Urbano

Igualmente, en la diligencia de inspección judicial, el IDU aportó el siguiente plano, en el que se también se evidencia la localización de las obras correspondientes a los dos contratos –Contrato 135 y Contrato Adicional No. 1 y Otrosí 5-:



Los planos anteriores coinciden con aquel que fue allegado por el Consorcio y que obra a folio 274 del C. de Pruebas No. 4., y de tales documentos a simple vista se evidencia que las obras objeto de cada uno de los contratos correspondían a localizaciones diferentes.

Ahora bien, no obstante que existe entre los dos proyectos un factor de cercanía por la zona en que se ejecutaron las obras, e inclusive hay un tramo en donde las dos vías se traslapan (identificado en el plano aportado por el IDU con una línea punteada en color rojo), este tramo es de poca extensión comparado con el tamaño de cada una de las aludidas obras, lo que impide que tal identidad lleve a concluir que se trata de una misma obra o que son obras conexas e interdependientes.

En efecto, de acuerdo con las especificaciones y linderos mencionados en los documentos contractuales, se observa que mientras que la ubicación de la vía de desvío contemplada para las obras adelantadas en la Carrera 10

en desarrollo del Contrato 135 de 2007, estaba localizada en la Carrera 18 entre Calles 6 y 2⁹⁷, de su lado las obras correspondientes a los proyectos 123 y 124 (objeto del Contrato Adicional No. 1) recaían sobre la Carrera 18 entre calles 13 y 3, y en la carrera 19 entre Calles 13 y 1⁹⁸.

Lo anterior quiere decir, que en virtud del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, la intervención en la carrera 18 comprendía aproximadamente 10 cuadras y en la carrera 19 alrededor de 12 cuadras, en tanto que la extensión del desvío sobre la carrera 18 asociado al Contrato 135, únicamente afectaba 4 cuadras. Así, resulta evidente que la intervención prevista por el Contrato Adicional No.1 en la Carrera 18, era mucho más extensa que la intervención que correspondía ejecutar para la vía de desvío asociada al contrato 135 de 2007.

La anterior circunstancia permite concluir que, desde este punto de vista, no puede afirmarse que los objetos de los Contratos 135 de 2007 y Adicional No.1 hubiesen recaído sobre las mismas vías, ni que fueran obras conexas o ligadas entre sí.

Sumado a lo anterior, el Tribunal encuentra otro factor que demuestra la falta de conexión entre los dos proyectos, y es el referido al alcance de la obras. En efecto, tal como se reconoce en Memorando del IDU DTL-6000-56078, la intervención para las vías de desvío del Contrato 135 de 2007 era diferente de aquella que se debía hacer a la Avenida Mariscal Sucre. Así se especificó en el citado memorando:

"Si bien en la adecuación para desvío de la carrera 18 entre calles 13 y 3, dentro del PMT para la Adecuación de la Calle 26 (Avenida Jorge Eliécer Gaitán) y la Carrera 10 (Avenida Fernando Mazuera) al sistema Transmilenio obedece a parcheo e intervenciones puntuales, dentro del alcance de las obras de valorización, requiere la renovación de redes húmedas y secas y la construcción de la estructura del pavimento y del espacio público asociado a la vía, para lo que es fundamental coordinar de manera efectiva la gradualidad de las

⁹⁷ Plano aportado por IDU, folio 266 del C. de Pruebas No.4.

⁹⁸ Plano aportado por Julio Hernán Peña Castañeda en testimonio, folio 271 C. de Pruebas 4.

intervenciones con el fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos señalados dentro de parámetros de eficiencia y calidad”⁹⁹.

Del texto citado, consignado en los documentos emitidos por el IDU para dar vía libre al Contrato Adicional No. 1, resulta evidente que el tipo de intervención en las dos obras que se analizan era totalmente distinto, lo cual nuevamente indica que no se trataba de obras que por la simple razón de tener un segmento coincidente, pudieran ser tenidas como conexas e interdependientes.

Sobre el particular se refirió el testigo Julio Hernán Peña Castañeda, ingeniero civil encargado del recibo y liquidación de los proyectos del Acuerdo 180 de 2005, quien a las preguntas que se indican a continuación, precisó el alcance de las obras derivadas de los proyectos 123 y 124:

“DR. ARBOLEDA: Cuál era el conjunto de actividades de ingeniería, de intervenciones y de obras que tenía que hacer el contratista en el contrato, en el adicional 1 otrosí 5, o sea, los proyectos 123 y 124, qué tanto tenía que hacer?

SR. PEÑA: La construcción de toda la calzada y el espacio público de esas carreras.

DR. ARBOLEDA: Eso qué significa en términos de construcción, pavimento, alcantarillas, mejor dicho, descríbanos qué significa para un grupo de abogados como yo y cómo los peritos que no sabemos mucho?

SR. PEÑA: Estos proyectos contemplaban la construcción del espacio público, o sea, sardineles, andenes, árboles, colocar árboles, quitar árboles y también contemplaba la construcción de redes de servicio público, las redes de acueducto y alcantarillado, las redes de telecomunicaciones, redes de gas.

DR. ARBOLEDA: Y de ahí para abajo, bases, sub bases?

⁹⁹ Folio 155 de C. de Pruebas 4.

SR. PEÑA: Sí, claro.

DR. ARBOLEDA: En qué consiste?

SR. PEÑA: Hacer toda la estructura del pavimento, de la calzada, que quiere decir la sub base, la base y la capa de rodadura, los mismo en el andén tiene una estructura, entonces también hay que hacerle su base, colocar su adoquín y toda la intervención de las redes de servicios públicos en ambos proyectos, en el 123 y en el 124, también como complementando eso, en el 124, en la carrera 19 transversal 20, desde la calle sexta a la calle primera el IDU también compró predios, amplió la calzada, esas son las obras"¹⁰⁰.

En cambio, en cuanto a la intervención que debía realizarse en la vía de desvío, manifestó:

“DR. RESTREPO: Técnicamente qué se entiende como una vía de desvío?

SR. PEÑA: Una vía de desvío es como el contratista tiene que intervenir esta carrera décima, entonces él va a cerrar unas vías, él va a cerrar parte de la calzada de la carrera décima, entonces para no hacer un caos vehicular él tiene que proponer unas vías de desvío para que los que vienen por acá cojan por las otras vías de desvío aprobadas para que no haya tanto flujo vehicular, esas son las famosas vías de desvío.

DR. RESTREPO: Entonces una vía de desvío es un concepto de algo transitorio, que hecha desaparece o vuelve a su estado anterior.

SR. PEÑA: En el contrato IDU 135 en los apéndices dice qué es lo que se debe hacer en una vía de desvío, él empieza a construir y empieza a cerrar calzadas y necesita vías de desvío, pero antes de que se le apruebe intervenir esas calzadas, él tiene que haber inspeccionado las vías de desvío, por qué, porque no deben tener fisuras, no tienen que haber abollamientos (sic), si tienen grietas él ya tiene que hacerle mantenimiento, él le hace ese mantenimiento y ahí sí movilidad le da

¹⁰⁰ Folios 498-499 del C. de Pruebas 5.

la autorización para que empiece a utilizar esas vías de desvío y cierre tramos de la carrera décima.

El concepto de vía de desvío es ese, pero no es construcción de vía nueva, es un mantenimiento rutinario, si tiene una fisura voy y le tapo la fisura, le hago un sello, si veo un hueco le hago huequitos para que sigan los vehículos en condiciones normales y ... construyendo la carrera décima.

DRA. MONROY: La adecuación de la vía de desvío es diferente de lo que era el contrato del pedacito ese que es común?

SR. PEÑA: Claro, porque esto es obra nueva, el objeto de todos estos proyectos es obra nueva, una vía de desvío solo es un mantenimiento rutinario y de la carrera décima como les acabé de leer de todo este Oficio, el único tramo que estaba autorizado de la Mariscal Sucre era la carrera 18 entre la calle segunda y calle sexta, desafortunadamente como les conté, este tramo no lo construyó el contratista"¹⁰¹.

Las anteriores consideraciones referidas a la localización, la extensión y el alcance de las obras permiten concluir que el objeto del Contrato 135 de 2007 no es similar, ni conexo con el del Contrato Adicional No. 1 y no tiene vínculo alguno que permita afirmar que las obras correspondientes a los proyectos de valorización fuesen indispensables para la debida ejecución de las obras del Contrato 135 de 2007 correspondientes a la Fase III de Transmilenio, y que por tanto justificara la celebración del Contrato Adicional.

El análisis expuesto permite afirmar además que la identidad en cuanto a una parte muy pequeña de la Vía Mariscal Sucre que coincide con un sector de un desvío de las obras del Contrato 135 de 2007, no tiene la virtualidad de generar una conexidad entre los dos contratos que lleve a concluir que se trata de un contrato adicional.

Por último, el Tribunal considera necesario destacar que los criterios que se enunciaron en el memorando del IDU tantas veces mencionado, no están

¹⁰¹ Folios 500-401 del C. de Pruebas 5.

contemplados en la ley para avalar la celebración de un contrato adicional cuyo objeto no tiene relación con el contrato primigenio. En efecto en tal documento, al referirse a las obras de la Avenida Mariscal Sucre se señaló que su desarrollo, al igual que el de todas las obras derivadas del Acuerdo 180, era prioritario, y que, para el inicio de la etapa de construcción de éstas, el plazo no podría exceder del término de dos años contados a partir del momento en que se expidiera el acto administrativo que ordenara “*asignar el valor del monto distribuible correspondiente a la construcción de las obras del respectivo grupo*”. Asimismo se señaló que las Resoluciones de asignación se expidieron en noviembre de 2007 por lo que era obligación de la Administración Distrital dar inicio a tales obras.

Las anteriores consideraciones, referidas al plazo que tenía el IDU para iniciar las obras de valorización, no constituyen un elemento que la ley haya previsto para permitir la celebración de un contrato adicional cuyo objeto carece de conexidad con el objeto de aquel al que se pretende adicionar.

Adicionalmente se indicó que en términos de economía por reducción de costos administrativos y optimización de recursos, resultaba más conveniente que la obra se ejecutase por un mismo contratista, aun cuando se trataba de objetos contractuales distintos, elemento que tampoco está previsto en la ley para obviar el proceso de selección previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y por demás no fue objeto de prueba alguna.

El análisis anterior permite al Tribunal concluir que no hay entre las obras derivadas del Contrato 135 de 2007 y las obras previstas en el contrato Adicional No.1 y Otrosí No. 5, elementos que con suficiencia las tornen en conexas, interdependientes ni que permitan concluir que de no ejecutarse las segundas se afectaría el desarrollo de las primeras.

En efecto ha quedado demostrado en este proceso que, respecto de las obras del Contrato 135 de 2007, en comparación con aquellas del Contrato Adicional No.1 Otrosí No. 5:

- ✓ No hay coincidencia en su origen.
- ✓ Los recursos para cada una de las obras tenían fuentes diferentes.
- ✓ Las obras del contrato Adicional No.1 y Otrosí No. 5 no fueron siquiera mencionadas en la Licitación No. IDU – LP – DG - 022 -2007.

- ✓ La localización, extensión y alcance de las obras eran totalmente diferentes.
- ✓ No había ningún elemento de conexidad, ni se encuentran ligadas entre sí.
- ✓ Las obras del contrato adicional no eran indispensables para aquellas del contrato 135 de 2007.

Esta última circunstancia se hizo evidente a partir de dos elementos probatorios allegados al expediente, a saber:

De un lado el testimonio rendido por el ingeniero Julio Hernán Peña, quien al referirse a las obras de la carrera 18 de la Avenida Mariscal Sucre indicó lo siguiente:

“DRA. MONROY: Para precisar, por qué no se construyeron esos tramos?”

SR. PEÑA: Por recursos.

DR. BONIVENTO: Por qué?

SR. PEÑA: Por recursos.

DR. BONIVENTO: Costos.

SR. PEÑA: Costos.

DRA. MONROY: Por recursos de los que no disponía, en este caso era el IDU porque era plata de valorización?

SR. PEÑA: Claro, o sea, sí, el contrato tiene un presupuesto y hasta ahí eran los recursos que había para esos proyectos.

DR. BONIVENTO: Pero estaba previsto en el contrato, o no?

SR. PEÑA: Sí claro, todo esto estaba previsto construirlo y la calzada de acá.

DRA. MONROY: Para tenerlo más claro, en algún momento dado se acabó el flujo de dinero y en ese momento pararon las obras?

SR. PEÑA: Sí, por ejemplo, este tramo no se construyó, toda la calzada de este tramo no se construyó porque cuando el contratista fue a hacer una inspección de las redes de alcantarillado, tocaba hacer un colector, el colector es muy grande, él pasó su presupuesto y se desbordaba del presupuesto, entonces como esta vía estaba en buen estado se le hizo fue mantenimiento.

DR. BONIVENTO: Y los 24 mil millones que usted hizo referencia del adicional, cubrió esa parte, todo, qué cubrió el adicional?

SR. PEÑA: La construcción de la calzada, del espacio público de esta carrera 18, el espacio público de esta carrera 18, calzada y espacio público de la carrera 19 y toda la construcción de la carrera 19.

DRA. MONROY: Eso costó 24 mil millones?

SR. PEÑA: Inicialmente fue 24 mil y después hubo unas actas de mayores por casi 4 mil... 29.500.

DRA. MONROY: Eso quiere decir que haber hecho la totalidad de esas obras que usted tiene ahí señaladas, habría costado más de los 24 mil y la adición que menciona?

SR. PEÑA: Sí, cuando empezamos a hacer el balance con el contratista, por ejemplo lo que hemos trabajado con el contratista es que aquí nos pueden sobrar unos recursos, 3 mil millones, nos va a sobrar de este proyecto unos recursos, pero esos recursos que sobran no alcanzaban a hacer el colector, si no iba a hacer el colector no hacía calzada, de esos 29 mil millones, el balance que yo he trabajado van a sobrar unos recursos.

(...)

“SR. PEÑA: El objeto como les acabo de contar, era la construcción de este par vial, de estos dos proyectos, ...espacio público, redes, calzada,

este contrato el tiempo de ejecución contractual terminó el 17 de marzo del 2012, yo llegué en noviembre del 2012, cuando fui a hacer el recorrido, inicialmente solo y después conjuntamente con el contratista, el contratista qué construyó, construyó toda la calzada, el espacio público y redes de la carrera 19 entre calles 13 y calle ..., la carrera 18 solo construyó el espacio público, eso sería el proyecto 123.

Del proyecto 124 construyó toda la calzada de espacio público y redes de la carrera 19, aquí se vuelve transversal 20 entre la calle primera y la calle sexta, no construyó, no hizo nada entre la carrera 18, entre la calle sexta y la diagonal cuarta A y esta diagonal cuarta A desde la transversal 20 y carrera 18, no se construyó todo este plano ni la calzada... cuando fui hacer la inspección y cuando empecé a revisar toda la documentación del contrato"¹⁰².

La referencia anterior demuestra que el hecho de que las obras de la carrera 18 no se terminaron, en nada afectó la ejecución del Contrato 135 de 2007.

En la inspección judicial que se llevó a cabo en el curso del proceso, el Tribunal pudo verificar que las obras del Contrato 135 se ejecutaron y la vía está operando para el beneficio de la ciudadanía, sin que haya sufrido afectación alguna por la no terminación de las obras de la Avenida Mariscal Sucre.

Esta circunstancia constituye un elemento más para afirmar, sin asomo de duda, que las obras del Contrato 135 de 2007 no tenían conexidad ni estaban ligadas con aquellas de la Avenida Mariscal Sucre -Contrato Adicional No.1 y Otrosí No. 5-, lo que implica que estas últimas no podían ser objeto de un contrato adicional, sino que requerían de un nuevo contrato, autónomo e independiente de las obras de la Fase III de Transmilenio.

Siendo así las cosas, para la adjudicación de las obras de la Avenida Mariscal Sucre, proyectos 123 y 124, el IDU debió haber surtido el proceso de selección correspondiente, pues así lo exige el ordenamiento, en particular el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que señala:

¹⁰² Folios 499-500 del C. de Pruebas 5.

“ARTICULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.

En virtud de este principio:

1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente (...).”

La jurisprudencia se ha referido en repetidas ocasiones al principio citado, pronunciamientos de los cuales el Tribunal destaca el siguiente fallo del Consejo de Estado:

“(...) Con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa. (...) Es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa ‘sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés’ (...).”¹⁰³.

Es evidente que la contratación de las obras de la Avenida Mariscal Sucre no se enmarca en ninguna de las excepciones previstas en el citado artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por lo que era la licitación pública el proceso de selección que correspondía a este contrato, sin que pudiera el IDU eludir su cumplimiento. Sobre esta temática se refirió la Sentencia anteriormente citada:

“En relación con el procedimiento de licitación pública, esta Sala ha dicho que el mismo ‘hace parte de la función administrativa que desarrollan las entidades del Estado y, como tal, constituye un procedimiento administrativo orientado por los mismos principios que

¹⁰³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 31 de enero de 2011. C.P. Olga Melida Valle de la Hoz. Expediente N° 17767.

regulan dicha actividad; así mismo, dicha norma legal, por contener y reglar un procedimiento, participa del carácter de orden público y de obligatorio cumplimiento, razón por la cual, la Administración está en el deber legal de acatar estrictamente sus mandatos, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato”¹⁰⁴.

De acuerdo con lo anterior, dado que tal como ha quedado indicado el IDU omitió cumplir con los requisitos establecidos en la ley para la selección del contratista que debía ejecutar las obras de la Avenida Mariscal Sucre, con lo cual incurrió en quebranto de los principios de la contratación estatal por violación de las normas establecidas para tal efecto, el Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5 del Contrato 135 de 2007 se encuentra afectado de nulidad por objeto ilícito y así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive de este laudo.

Las anteriores consideraciones, suficientes por sí solas para reiterar que el Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5 se encuentra viciado de nulidad absoluta, hacen innecesario profundizar en otros argumentos planteados persiguiendo la misma finalidad.

9. LA PRETENSIÓN REFERIDA A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

Como pretensión segunda principal el IDU solicitó al Tribunal lo siguiente:

“Como consecuencia de la declaración de la nulidad absoluta del Contrato IDU 135 de 2.007 y sus modificatorios, solicito al Tribunal de Arbitramento definir las restituciones mutuas entre las partes ordenando la liquidación del contrato en las condiciones que proponemos enseguida, o las que el Tribunal establezca:

- a) Que la liquidación de haga de mutuo acuerdo entre las partes en un plazo máximo de dos meses. En caso de vencerse el plazo sin acuerdo, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU deberá hacerla unilateralmente en un lapso igual.*

¹⁰⁴ *Ibidem.*

b) Que en la liquidación se ordene descontar del precio recibido por el contratista, el valor de la utilidad del contrato, que, al 17 de junio de 2016, ascendía a la suma de trece mil diez y ocho millones ciento noventa y un mil seiscientos setenta y siete pesos m/legal, (\$13.018.191.677.00) o la que se demuestre en juicio, y en general todos los demás dineros recibidos o que reciba en el futuro que directamente no hayan beneficiado a la entidad demandante, en los términos del segundo inciso del artículo 48 de la ley 80 de 1993¹⁰⁵.

En primer término, el Tribunal precisa que tal como ha quedado ya indicado en el presente laudo, la petición de nulidad absoluta del Contrato 135 de 2007 y de los adicionales, otrosíes y modificaciones, no prospera, excepto en lo que tiene que ver con el Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, cuya nulidad va ser decretada por el Tribunal en la parte resolutive del laudo.

Como quiera que el Tribunal no ha encontrado fundada la pretensión primera principal de la demanda referida a la nulidad absoluta del Contrato 135 de 2007, tampoco ha de prosperar la pretensión segunda principal pues ésta fue formulada como consecencial de la primera, que fracasa. Por lo anterior, no resulta necesario pronunciamiento adicional alguno y es claro que la pretensión no tiene vocación de prosperar.

En consecuencia, se denegará la pretensión segunda principal de la demanda.

10. LOS EFECTOS DE LA NULIDAD ABSOLUTA POR OBJETO ILICITO: LOS RECONOCIMIENTOS

10.1. Posición de las partes

Como pretensión subsidiaria de la segunda principal, en la demanda se solicitó al Tribunal lo siguiente:

¹⁰⁵ Folio 456 del C. Principal 1.

“Que como consecuencia de la declaración de la nulidad absoluta del CONTRATO ADICIONAL No. 1 Y OTROSÍ No. 5 AL CONTRATO No. IDU 135 DE 2007, el Tribunal de Arbitramento ordene las restituciones mutuas entre las partes, ordenando descontar como mínimo el valor de la utilidad obtenida como consecuencia de la ejecución del contrato adicional 1, que al 17 de junio de 2016 era de novecientos ochenta y dos millones trescientos noventa y seis mil seiscientos noventa y nueve pesos (\$982.396.699.00) y en general todos los demás dineros recibidos o que reciba en el futuro que directamente no hayan beneficiado a la entidad demandante, en los términos del segundo inciso del artículo 48 de la ley 80 de 1993”.

En sustento de su petición, señaló la convocante que el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 regula en su segundo inciso los efectos de la declaración de nulidad por objeto o causa ilícitos. Indicó que dicha norma sanciona a las partes con la pérdida de lo pagado con ocasión del contrato, a menos que el contratista demuestre que fruto de las prestaciones entregadas hubo un beneficio para la entidad estatal, *“caso en el cual tiene derecho a solicitar que se le pague hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido”*¹⁰⁶.

Al respecto, manifestó el IDU que la norma en mención no define lo que debe entenderse por *“beneficio obtenido”*, labor que sí ha adelantado la jurisprudencia. En concreto, citó la sentencia de 31 de enero de 2011 del Consejo de Estado en la que se señala:

“(…) la Sala entiende que el contratista habrá de restituir los anticipos y la administración habrá de reconocer los gastos probados en el proceso”.

Agregó que *“la interpretación correcta del artículo 48 de la ley 80 de 1993 consiste en integrarlo a las reglas generales sobre la nulidad de los contratos, y aplicar el segundo inciso de forma literal, esto es a los casos de nulidad absoluta por objeto o causa ilícitas en las cuales no entra en juego el elemento a sabiendas de las partes del contrato”*¹⁰⁷.

De conformidad con lo expuesto, la parte Convocante concluyó:

¹⁰⁶ Folio 480 del C. Principal 1.

¹⁰⁷ Folio 482 del C. Principal 1.

“(…) según el segundo inciso del artículo 48 de la ley 80 de 1993, el Consorcio Metrovías Bogotá tiene derecho a que se le reconozca y pague la obra con la cual ‘la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido’. Al efecto debe demostrar, y esa carga de la prueba es exclusiva de la parte convocada, que la entidad se benefició con las prestaciones objeto del contrato declarado nulo, y además el valor de tales prestaciones. Si no demuestra estos dos hechos en juicio, obviamente que el laudo será anulatorio y deberá condenar al contratista a devolver todo lo recibido de parte de la convocante”¹⁰⁸.

De otra parte manifestó que *“La manera de obtener que la administración no se enriquezca ilegítimamente o termine expropiando por la vía de la nulidad una buena parte del patrimonio de su contratista, consiste en que pague las prestaciones obtenidas, descontando el valor de la utilidad del contratista, bajo la premisa ética de que nadie puede enriquecerse con un acto ilícito”¹⁰⁹.*

Y más adelante precisó que *“(…) cuando el artículo 48 nos habla de reconocer ‘hasta’ el monto del beneficio, debe entenderse que ese monto es el costo de producción de los bienes y servicios, sin contar con la utilidad que el contratista esperaba obtener del mismo, pues carece de causa válida”¹¹⁰.*

Posteriormente, al presentar sus alegatos de conclusión, el IDU señaló que la aplicación del artículo 48 citado se facilita por cuanto *“(…) el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU como parte convocante, reconoció, pues es un hecho notorio, que las obras de la Fase III de Transmilenio estaban siendo utilizadas por la comunidad, y que por lo tanto se había beneficiado”.*

De su lado el CONSORCIO METROVÍAS alegó ausencia de fundamento para invocar las restituciones mutuas en la forma en que lo pretende la convocante, indicando lo siguiente:

¹⁰⁸ Folio 483 del C. Principal 1.

¹⁰⁹ Folio 646 del C. Principal 2.

¹¹⁰ Folio 648 del C. Principal 2.

“La ley 80 de 1993, en su artículo 48, determina de manera taxativa, que en los casos de declaratoria de nulidad, inclusive aquella derivada de objeto o causa ilícita — que en ningún caso es el supuesto que aquí se ventila -, la entidad debe reconocer y pagar las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria (...)” pues no hay lugar a descuentos de pagos que ya se han efectuado en el tiempo, ni a un análisis de lo ocurrido previo a la declaratoria de nulidad, la ley únicamente habilita la posibilidad de cuantificar y pagar lo que hasta ese momento se haya ejecutado, teniendo como condición única, la corroboración de que satisface el interés público”¹¹¹.

En desarrollo del anterior planteamiento, indicó que la intención del legislador fue regular los efectos de la nulidad de un contrato en ejecución, pero no de los contratos concluidos, como es el caso del Contrato 135.

De acuerdo con lo expuesto, afirmó la parte convocada:

*“En el caso concreto, el Consorcio Contratista ejecutó la totalidad de los trabajos que le fueron encomendados; dio pleno cumplimiento al objeto del contrato celebrado, a punto tal que, como bien lo pudo establecer el Tribunal en la inspección judicial realizada en el curso del trámite, la totalidad del objeto contractual (principal y adicional - otrosí) se encuentran **COMPLETAMENTE** cumplidos por el contratista y en servicio a la comunidad. De allí que, en el remoto caso que el Tribunal encontrara acreditada alguna causal de nulidad del Contrato de Obra No. 135/2007 o del Adicional No. 1 — Otrosí No. 5, **NO SERÍA PROCEDENTE RESTITUCIÓN ALGUNA DEL VALOR RECIBIDO A TÍTULO DE REMUNERACIÓN PACTADA EN LOS RESPECTIVOS CONVENIOS, POR LAS PRESTACIONES EJECUTADAS, EN BENEFICIO DE LA ENTIDAD PÚBLICA CONTRATANTE, QUE NO PUEDE SER OTRO QUE AQUEL QUE SE CONCRETA EN EL SERVICIO PRESTADO A LA COMUNIDAD CONSTATADO POR EL TRIBUNAL”** ¹¹².*

Añadió que las obras se ejecutaron en su totalidad y se remuneraron de acuerdo con los precios del contrato, preestablecidos por la entidad contratante desde la invitación a contratar. Precisa que de decretarse la nulidad del contrato principal y/o de su contrato adicional, procedería su

¹¹¹ Folio 509 del C. Principal 1.

¹¹² Folio 685 del C. Principal 2.

terminación y liquidación, en la que deben incluirse, **"los valores pactados por concepto de las obras o servicios prestados por el contratista durante el término que produjo efectos el contrato nulo"**.

10.2. Consideraciones del Tribunal

Vistas las argumentaciones de las partes procede el Tribunal a analizar las consecuencias de la declaratoria de nulidad del Contrato Adicional No.1 y Otrosí No. 5.

En los contratos de ejecución sucesiva, como se expuso en precedencia, la nulidad absoluta que se declare no impide el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de aquel pronunciamiento, de modo que los valores pactados y las obras ejecutadas por el contratista, se cruzan para esos efectos.

En la declaratoria de nulidad absoluta que procede, en los términos expuestos líneas atrás en este laudo, originada por objeto ilícito, se debe considerar, según el inciso segundo del mencionado artículo 48, la variante en los efectos a declararse en cuanto al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del negocio nulo, que se hacen efectivas siempre y cuando se haya probado que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido; entendiéndose que la entidad estatal se beneficia en tanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público. De esa manera, se han de reconocer, recíprocamente, hasta el momento de la declaratoria de nulidad: i) Las obras ejecutadas por el contratista que hayan beneficiado a la entidad contratante y hasta el monto del beneficio probado; y ii) Los pagos hechos por la entidad contratante.

Como sostuvo la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 25 de noviembre de 2004: *"...En resumen, para la Sala el inciso segundo del artículo 48 de la ley 80 de 1993 establece efectivamente una regla distinta a la del Código Civil, consistente en que el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita, sólo tienen lugar cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido. Se trata, pues, de una*

regla diferente a la prevista en la legislación civil en tanto que condiciona el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas al beneficio del Estado y solamente hasta el monto del mismo. La especialidad de la norma de la ley 80 no radica, entonces, en impedir las sanciones que se derivan por violación del orden jurídico a sabiendas y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues, como ha indicado la Corte Suprema de Justicia, esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico...”.

Planteadas las anteriores consideraciones, para efectos del análisis de la pretensión segunda subsidiaria, referida al Contrato Adicional No.1 y Otrosí No. 5, es preciso insistir en el contenido del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 que señala:

“ARTÍCULO 48. *La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.*

Habrà lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.

La doctrina ha analizado la anterior disposición y ha determinado que se trata de una norma que modificó los efectos de la nulidad previstos en el régimen civil, como quiera que establece “*que procede el reconocimiento por prestaciones ejecutadas en un contrato con objeto y causa ilícita siempre y cuando se hubiere beneficiado el interés público*”¹¹³.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, al manifestar:

“El inciso 2 del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato

¹¹³ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Editorial Legis, Tercera Edición. 2016. Pg. 755.

nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido, constituyéndose este mandato en una excepción al régimen común previsto en el artículo 1525 del Código Civil que dispone que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos”¹¹⁴.

En conclusión, cuando un contrato estatal es declarado nulo absolutamente, por objeto o causa ilícita, se debe dar aplicación a lo estipulado en el mencionado artículo 48, según el cual procede “el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria”, con los siguientes requisitos:

- ✓ Que se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado.
- ✓ Que el monto del reconocimiento no exceda del monto del beneficio obtenido.

Con ese marco conceptual, aprecia el Tribunal que con ocasión de las obras ejecutadas por el CONSORCIO METROVÍAS y de la remuneración atendida en relación con el Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, el cual desaparece de la vida jurídica, se debe tener en cuenta la procedencia del reconocimiento recíproco de las prestaciones ejecutadas, obras ejecutadas y remuneración o precio, hasta el momento de la declaratoria de nulidad absoluta, con el beneficio de la entidad contratante radicado en las obras ejecutadas por el contratista, en desarrollo de dicho convenio adicional de ejecución sucesiva.

10.3. La prueba del beneficio en favor de la entidad estatal

El Tribunal reitera que como requisito para el reconocimiento de las prestaciones, el beneficio recibido por la entidad estatal debe estar probado. Así lo ha manifestado el Consejo de Estado:

¹¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 13 de junio de 2013. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente N° 24809.

“(…) en primer lugar, porque uno de los requisitos para aplicar el art. 48 consiste en que se encuentre demostrado que las prestaciones ejecutadas hayan beneficiado, en este caso, a la entidad estatal”¹¹⁵.

En el presente caso, encuentra el Tribunal que el beneficio percibido por el IDU, a partir de la ejecución del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, se encuentra plenamente probado, pues en la inspección judicial llevada a cabo por el Tribunal quedó evidenciada la construcción de obras en la Avenida Mariscal Sucre, y también se acreditó que tales obras se encuentran en funcionamiento y servicio de la comunidad.

En igual sentido la parte convocada se pronunció indicando que *“se adelantó la ejecución de todas las actividades (Estructura de pavimento, redes de servicios públicos, espacio público, señalización, etc.) del contrato adicional No.1 Mariscal Sucre ‘Proyectos 123 y 124 del grupo 1 de valorización’ cumpliendo con las especificaciones técnicas estipuladas en el contrato”¹¹⁶.*

Destaca además el Tribunal que en la demanda no se incluyó reproche alguno referido a la no realización de obras en la Avenida Mariscal Sucre.

Al tema se refirió el testigo Julio Hernán Peña, quien indicó que en dicha Avenida,

“El objeto como les acabo de contar, era la construcción de este par vial, de estos dos proyectos, ...espacio público, redes, calzada, este contrato el tiempo de ejecución contractual terminó el 17 de marzo del 2012, yo llegué en noviembre del 2012, cuando fui a hacer el recorrido, inicialmente solo y después conjuntamente con el contratista, el contratista qué construyó, construyó toda la calzada, el espacio público y redes de la carrera 19 entre calles 13 y calle ..., la carrera 18 solo construyó el espacio público, eso sería el proyecto 123.

“Del proyecto 124 construyó toda la calzada de espacio público y redes de la carrera 19, aquí se vuelve transversal 20 entre la calle

¹¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 22 de marzo de 2007. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente N° 28010.

¹¹⁶ Folio 407 del C. de Pruebas 5.

primera y la calle sexta, no construyó, no hizo nada entre la carrera 18, entre la calle sexta y la diagonal cuarta A y esta diagonal cuarta A desde la transversal 20 y carrera 18, no se construyó todo este plano ni la calzada... cuando fui hacer la inspección y cuando empecé a revisar toda la documentación del contrato".

De otro lado, explicó las razones por las cuales parte de las obras en la carrera 18 no se construyeron. En tal sentido, al absolver el cuestionario que le formuló el Tribunal, indicó:

"DRA. MONROY: Para precisar, por qué no se construyeron esos tramos?

SR. PEÑA: Por recursos.

DR. BONIVENTO: Por qué?

SR. PEÑA: Por recursos.

DR. BONIVENTO: Costos.

SR. PEÑA: Costos.

DRA. MONROY: Por recursos de los que no disponía, en este caso era el IDU porque era plata de valorización?

SR. PEÑA: Claro, o sea, sí, el contrato tiene un presupuesto y hasta ahí eran los recursos que había para esos proyectos.

DR. BONIVENTO: Pero estaba previsto en el contrato, o no?

SR. PEÑA: Sí claro, todo esto estaba previsto construirlo y la calzada de acá.

DRA. MONROY: Para tenerlo más claro, en algún momento dado se acabó el flujo de dinero y en ese momento pararon las obras?

SR. PEÑA: Sí, por ejemplo, este tramo no se construyó, toda la calzada de este tramo no se construyó porque cuando el contratista fue a hacer

una inspección de las redes de alcantarillado, tocaba hacer un colector, el colector es muy grande, él pasó su presupuesto y se desbordaba del presupuesto, entonces como esta vía estaba en buen estado se le hizo fue mantenimiento.

DR. BONIVENTO: Y los 24 mil millones que usted hizo referencia del adicional, cubrió esa parte, todo, qué cubrió el adicional?

SR. PEÑA: La construcción de la calzada, del espacio público de esta carrera 18, el espacio público de esta carrera 18, calzada y espacio público de la carrera 19 y toda la construcción de la carrera 19.

DRA. MONROY: Eso costó 24 mil millones?

SR. PEÑA: Inicialmente fue 24 mil y después hubo unas actas de mayores por casi 4 mil... 29.500.

DRA. MONROY: Eso quiere decir que haber hecho la totalidad de esas obras que usted tiene ahí señaladas, habría costado más de los 24 mil y la adición que menciona?

SR. PEÑA: Sí, cuando empezamos a hacer el balance con el contratista, por ejemplo lo que hemos trabajado con el contratista es que aquí nos pueden sobrar unos recursos, 3 mil millones, nos va a sobrar de este proyecto unos recursos, pero esos recursos que sobran no alcanzaban a hacer el colector, si no iba a hacer el colector no hacía calzada, de esos 29 mil millones, el balance que yo he trabajado van a sobrar unos recursos".

Así las cosas, el Tribunal concluye, sin duda alguna, que en la Avenida Mariscal Sucre se construyeron obras que representan un beneficio para el IDU, pues las prestaciones cumplidas le sirven para satisfacer el interés público.

10.4. Improcedencia de las restituciones mutuas en los términos de la pretensión segunda subsidiaria de la demanda

Para el análisis de la restitución pretendida por el IDU, el Tribunal regresa al texto de la pretensión que se analiza, en la cual se solicita que, en virtud de las restituciones mutuas previstas en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, se le deduzca al Contratista, del valor del contrato, la suma de \$982.396.699 correspondiente a la utilidad pactada por las partes, pues por la nulidad decretada el CONSORCIO METROVÍAS no tiene derecho a ella, y que también se le deduzcan *“en general todos los demás dineros recibidos o que reciba en el futuro que directamente no hayan beneficiado a la entidad demandante, en los términos del segundo inciso del artículo 48 de la ley 80 de 1993”*.

Para el Tribunal, tal como quedó indicado, líneas atrás, en este Laudo, está claramente establecido el beneficio que las obras de la Avenida Mariscal Sucre representan para la entidad estatal. El siguiente paso es determinar si proceden las restituciones mutuas en los términos en que se solicitan en la demanda.

En cuanto a la expresión “restituciones mutuas” contenida en la pretensión segunda subsidiaria, advierte el Tribunal que este concepto no está incluido dentro del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 que regula los efectos de la nulidad, pues allí se habla de **reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en virtud del contrato nulo**.

En este punto, el Tribunal destaca que en el expediente reposa el memorando STES 20163460123193 emitido por la Subdirectora General de Infraestructura del IDU, de fecha el 17 de junio de 2016, en el que se presenta un Balance Financiero del Contrato, incluyendo el Contrato Adicional No. 1., respecto del cual se incluyeron las siguientes tablas¹¹⁷:

¹¹⁷ Folios 241-242 del C. de Pruebas 4.

| BALANCE CONTRATO ADICIONAL 1 AL CONTRATO IDU 135-2007 | | | |
|--|--------------------------|--------------------------|---------------------------|
| PRESUPUESTO | | PAGOS REALIZADOS | SALDO DEL PROYECTO |
| PROYECTO 123 | | | |
| TOTAL COSTO DIRECTO | \$ 10.651.103.546 | \$ 7.799.304.709 | \$ 2.851.798.837 |
| COSTO INDIRECTO: (27,83%) | | | |
| ADMINISTRACION (19,83%) | \$ 2.112.113.833 | \$ 1.546.602.124 | \$ 565.511.709 |
| IMPREVISTOS (3 %) | \$ 319.533.106 | \$ 233.979.141 | \$ 85.553.965 |
| UTILIDAD (5%) | \$ 532.555.177 | \$ 389.965.235 | \$ 142.589.942 |
| TOTAL COSTOS INDIRECTOS | \$ 2.964.202.117 | \$ 2.170.546.501 | \$ 793.655.616 |
| AJUSTES | \$ 154.022.080 | \$ 152.055.339 | \$ 1.966.741 |
| MENOS COMPENSACION POR FALTA DE PERSONAL DE PLANTILLA | \$ - | \$ (30.014.000) | \$ 30.014.000 |
| TOTAL COSTOS DE OBRA | \$ 13.769.327.743 | \$ 10.091.892.549 | \$ 3.677.435.194 |
| PROYECTO 124 | | | |
| TOTAL COSTO DIRECTO | \$ 11.244.415.615 | \$ 10.048.669.279 | \$ 1.195.746.336 |
| COSTO INDIRECTO: (27,83%) | | | |
| ADMINISTRACION (19,83%) | \$ 2.229.767.616 | \$ 1.992.651.118 | \$ 237.116.498 |
| IMPREVISTOS (3 %) | \$ 337.332.468 | \$ 301.460.078 | \$ 35.872.390 |
| UTILIDAD (5%) | \$ 562.220.781 | \$ 502.433.464 | \$ 59.787.317 |
| TOTAL COSTOS INDIRECTOS | \$ 3.129.320.866 | \$ 2.796.544.660 | \$ 332.776.205 |
| AJUSTES | \$ 1.425.446.616 | \$ 269.859.470 | \$ 1.155.587.146 |
| TOTAL COSTOS DE OBRA | \$ 15.799.183.096 | \$ 13.115.073.409 | \$ 2.684.109.687 |

| RESUMEN BALANCE CONTRATO ADICIONAL 1 | | | |
|---|--------------------------|--------------------------|-------------------------|
| PRESUPUESTO | | PAGOS REALIZADOS | SALDO |
| TOTAL COSTO DIRECTO | \$ 21.895.519.161 | 17.847.973.988 | 4.047.545.172,50 |
| COSTO INDIRECTO: (27,83%) | | | |
| ADMINISTRACION (19,83%) | \$ 4.341.881.450 | \$ 3.539.253.242 | \$ 802.628.208 |
| IMPREVISTOS (3 %) | \$ 656.865.575 | \$ 535.439.220 | \$ 121.426.355 |
| UTILIDAD (5%) | \$ 1.094.775.958 | \$ 892.398.699 | \$ 202.377.259 |
| TOTAL COSTOS INDIRECTOS | \$ 6.093.522.982 | \$ 4.967.091.161 | \$ 1.126.431.822 |
| AJUSTES | \$ 1.579.468.696 | \$ 421.914.809 | \$ 1.157.553.887 |
| MENOS COMPENSACION POR FALTA DE PERSONAL DE PLANTILLA | \$ - | \$ (30.014.000) | \$ 30.014.000 |
| TOTAL COSTOS DE OBRA | \$ 29.568.510.839 | \$ 23.206.965.958 | \$ 6.361.544.881 |

Nota: El contrato Adicional 1 en su forma de pago no contempla anticipo.

La anterior información permite deducir que el valor ya pagado por el IDU al Contratista, por concepto de las obras ejecutadas en desarrollo del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, asciende a la suma de \$23.206.965.958, suma que según la tabla anterior incluyó el pago de los costos directos y de los indirectos del contrato. Asimismo, los cuadros preparados por el IDU muestran que aún se encuentra pendiente de pago al Contratista la suma de \$6.361.544.881, que también incluye un porcentaje de costos indirectos, entre éstos un rubro por concepto de utilidad.

El Tribunal observa que el valor total del Contrato Adicional No. 1 corresponde al valor de las obras ejecutadas, incluyendo costos directos y costos indirectos, y en tal sentido esta suma total es la contrapartida del beneficio que reportó para la entidad contratante la construcción de las obras en la Avenida Mariscal Sucre.

En efecto, la cifra total del valor de lo ejecutado en desarrollo del Contrato Adicional No.1, incluyendo costos directos y costos indirectos, dado el beneficio que dicha obra representa para el IDU, es el valor que le corresponde al Contratista por su ejecución y en tal virtud, en aplicación de la regulación referente a los reconocimientos y pagos de que habla el artículo 48, necesariamente debe serle reconocida en su totalidad por la entidad al Contratista, con motivo de las prestaciones cumplidas, que se reitera, son las que se constituyen en el beneficio resultante para la

administración, beneficio del que no puede sustraerse el concepto de *utilidad*, pues el balance que se hace a partir de la entrega de las obras, es que la entidad cuenta con éstas y que su ejecución por éste u otro contratista, dada la remuneración pactada, sería el mismo monto. El reconocimiento y pago de la obra procede por cuanto la entidad dispone de la misma, lo que le representa un beneficio, y a la par el Contratista tiene derecho a que se le pague el valor total de la misma, sin que proceda deducción de alguno de los componentes de su precio, pues ello no está previsto en la norma.

Para el Tribunal la regulación contenida en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 busca que, no obstante la declaración de nulidad del contrato, se reconozcan y paguen las prestaciones cumplidas, es decir que si el contratista cumplió con su parte del contrato, en lo que corresponde a ese cumplimiento la entidad contratante debe realizar el respectivo reconocimiento y pago, y lo debe hacer como contrapartida de unas obras que le prestan un beneficio y que satisfacen el interés que motivó la celebración del Contrato. Como requisito para tal pago, como ya se ha indicado, la ley exige que se pruebe el beneficio que obtuvo la entidad estatal a partir del cumplimiento de tales prestaciones. Y cuál es, en el presente caso, ese beneficio: contar con la vía resultante de la ejecución del Contrato Adicional No.1 hasta donde pudo ser ejecutado, dadas las limitantes de presupuesto que se mencionaron en el proceso.

Tal situación ya se encuentra probada en este proceso, y el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 no conlleva a que se pueda reducir, en porcentaje alguno, el valor total del contrato, cuyo monto corresponde al beneficio que obtuvo el IDU, pues equivale a la totalidad de las prestaciones cumplidas por el contratista.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, no procede la restitución en los términos en que lo ha solicitado la parte Convocante, en virtud de la cual pretende que se le descuente a la convocada el porcentaje de la utilidad del Contrato así como los pagos que haya de recibir en el futuro que no hayan beneficiado al Contratante, pues como ha quedado visto, de un lado, a partir de la nulidad que habrá de declararse en la parte resolutive de este laudo, procede el reconocimiento y pago de las obras ejecutadas, y de otro, según el balance consolidado que ha presentado la parte

convocante, hay sumas pendientes, referidas al Contrato Adicional No.1 y Otrosí No. 5, que se relacionan con la ejecución del mismo, y en tal virtud tienen que ser reconocidas y pagadas por el IDU en favor del contratista.

Por último, no procede la petición contenida en el punto (ii) de la pretensión segunda subsidiaria, planteada como consecencial de la pretensión de nulidad del Otrosí No. 2, pues ésta no prospera.

11. EXCEPCIONES DE MÉRITO

El CONSORCIO METROVÍAS formuló, como ya se anotó, diversas excepciones; unas dirigidas a la defensa alrededor de la pretensión de declaratoria de nulidad absoluta del Contrato 135, otras respecto de la nulidad del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, y una común a todas las pretensiones.

A partir del análisis precedente respecto de las pretensiones de la demanda, que lleva a que prospere la relativa a la declaratoria de nulidad del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, tal como se consignará en la parte resolutive del laudo, el Tribunal considera pertinente traer a colación lo expuesto en la Sentencia de la Corte Suprema del 11 de junio de 2001, donde sobre la necesidad de estudiar las excepciones se indicó:

“La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose.

“A la verdad, la naturaleza misma de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor.

“Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho, porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad.

“De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido ‘y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen’”¹¹⁸.

Al concluir el Tribunal con la desestimación de la pretensión primera principal de declaratoria de nulidad absoluta propuesta por la entidad convocante respecto del Contrato 135 de 2007, de otrosíes y de modificatorios, con excepción del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, y al no encontrar factores de invalidación, tal como se expuso precedentemente, a más de la no prosperidad de la pretensión segunda subsidiaria, no es del caso decidir las excepciones de mérito de la convocada, CONSORCIO METROVÍAS, propuestas para respaldar la eficacia del mencionado contrato, a saber:

- “3.1. IMPROCEDENCIA DE SOLICITUD DE DECLARATORIA DE NULIDAD DEL CONTRATO POR INEXISTENCIA DE CAUSAL”.
- “3.2. INEXISTENCIA DE CAUSALES DE NULIDAD DEL CONTRATO”.
- “3.5. IMPROCEDENCIA DE SOLICITUD DE DECLARATORIA DE NULIDAD DEL OTROSÍ NO. 2 AL CONTRATO”.
- “3.6. FALTA DE FUNDAMENTO LEGAL PARA ORDENAR LAS RESTITUCIONES MUTUAS”.
- “3.7. FALTA DE FUNDAMENTO LEGAL PARA ORDENAR LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO”.

¹¹⁸ *Antología Jurisprudencial Corte Suprema de Justicia 1886 – 2006*, Tomo II, Bogotá, Corte Suprema de Justicia, 2007, página 406.

- “3.8. IMPROCEDENCIA DE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 48 DE LA LEY 80 DE 1993 FORMULADO POR EL IDU”.
- “3.9. IMPROCEDENCIA DE COMPENSACIÓN DEL VALOR DE LAS OBRAS EJECUTADAS CONTRA RUBRO ALGUNO”.
- “3.10. FALTA DE CONEXIDAD ENTRE DESVIO DE PODER DE INOCENCIO MELENDEZ Y EL CONTRATO DE OBRA NO. 135 DE 2007.”
- “3.11. DESCONOCIMIENTO DE LA PARTE CONVOCANTE DE LA IMPOSIBILIDAD DE DECRETAR LA NULIDAD DE UN CONTRATO ESTATAL CON BASE A UNA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE UN PRINCIPIO”.
- “3.13. IMPROCEDENCIA DE CONDENA DE AGENCIAS EN DERECHO Y COSTAS”.

Y esa conclusión se hace extensiva a la pretensión de declaratoria de nulidad del Otrosí No. 2, pues la denegación conduce a idéntica conclusión.

Ahora bien, en aplicación de la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia citada, en el presente caso resulta necesario proceder al análisis de las excepciones mediante las cuales se pretende enervar la pretensión que según las consideraciones del laudo prospera.

El Tribunal procede entonces al análisis de las excepciones con las que la parte convocada pretende enervar la pretensión subsidiaria de la primera principal, literal (i), respecto de la cual el Tribunal ha encontrado que le asiste derecho al demandante, o sea, aquellas identificadas como *“Improcedencia de solicitud de declaratoria de nulidad del Adicional No. 1 y Otrosí No. 5 al Contrato”* e *“Inexistencia de causales de nulidad del Adicional No. 1 y Otrosí No. 5 al contrato”*.

Para sustentar las referidas excepciones, el CONSORCIO METROVÍAS señaló que resulta improcedente la solicitud de declaratoria de nulidad absoluta, *“toda vez que el Adicional No. 1 y el Otrosí No. 5 no son actos jurídicos separables del contrato, porque como sus nombres indican, se incorporaron al mismo, pretender una declaratoria de nulidad absoluta solo de estos*

desconoce la unidad contractual del Contrato de Obra No. 135 de 2007 y una vez más imposibilita cualquier tipo de pronunciamiento al respecto por parte de este Tribunal de Arbitramento”.

De igual manera, indicó que la declaratoria de nulidad de un contrato tiene origen en las causales que están taxativamente señaladas en la ley, ninguna de las cuales se configura en el caso del Contrato Adicional No. 1-Otrosí No. 5.

Manifestó que dicho contrato se celebró con fundamento en los memorandos internos mediante los cuales el IDU autorizó su suscripción, y que las obras objeto del mismo guardan una estrecha relación con el Contrato 135 de 2007 por tratarse de una misma vía. Igualmente, expuso que la violación al principio de planeación no está consagrada como una de las causales que da origen a la nulidad de un acuerdo. De acuerdo con lo anterior, concluyó:

“Así, es claro que no es predicable la nulidad del Adicional No. 1 Otrosí No. 5 al Contrato de Obra No. 135 de 2007, por la causa esgrimida por el IDU y así deberá reflejarlo la decisión arbitral que ponga fin a este proceso”.¹¹⁹

El Tribunal encuentra que las referidas excepciones no prosperan. En efecto, en el análisis que en el Laudo se ha hecho sobre el Contrato Adicional No.1 y Otrosí No. 5, en forma detallada, se valoraron todos los aspectos que inciden en la materia, tales como el origen de las obras objeto del citado Contrato Adicional, el origen de los recursos para su ejecución, la localización, extensión y alcance de las mismas, para concluir que se trata de obras que nada tenían que ver con las que fueron objeto del Contrato 135 de 2007, y que por tal razón no podían haberse asignado al contratista en virtud de un Contrato Adicional.

Asimismo se verificó que ante tal circunstancia el objeto del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5 ha debido adjudicarse por la vía de una licitación pública, y como ello no ocurrió, el citado Contrato Adicional No. 1 y el Otrosí No. 5 quedaron viciados de nulidad absoluta por objeto ilícito.

¹¹⁹ Folio 506 del C. Principal 1.

En cuanto a las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda, de falta del requisito en la fijación de la cuantía del juramento estimatorio, y de cosa juzgada respecto de la ausencia de nulidad del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, estas fueron objeto de análisis por parte del Tribunal en el Capítulo 1 de las Consideraciones, con la conclusión de carencia de fundamento.

Igualmente proclama el convocado, como excepción a la pretensión tercera de la demanda, sobre costas del proceso, lo siguiente: *“Ante la ausencia de acreditación o fundamento alguno respecto la procedencia de la condena en costas al Consorcio Metrovías Bogotá, se deberá negar la pretensión tercera principal formulada por el IDU que atañe a la solicitud de pago de las costas y gastos del proceso, así como los honorarios del Tribunal y de los abogados de la Convocante...”*.

En puridad, el planteamiento exceptivo que hace el convocado no encaja como medio para enervar las pretensiones de la demanda. Lo que concierne con las costas y gastos del proceso está reglado en el ordenamiento adjetivo, Código General del Proceso y Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y su aplicación deriva del resultado de la contienda judicial.

12. JURAMENTO ESTIMATORIO

Al estudiar la excepción de inepta demanda, el Tribunal precisó sus apreciaciones sobre el juramento estimatorio, que no es del caso repetir.

Ahora bien, considera el Tribunal que no procede imponer la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, porque, si bien es cierto que no todas las pretensiones prosperan, en estas no quedaron comprometidas, en manera alguna, cuestiones indemnizatorias, aunque se hubiesen planteado en la demanda asuntos restitutorios de índole patrimonial.

13. COSTAS

El Código General del Proceso regula lo que concierne con las costas del proceso, como lo hacía el Código de Procedimiento Civil, en el artículo 365,

numeral 1, en el sentido de que la parte vencida será condenada al pago en favor de la otra, y, al mismo tiempo, el numeral 5, dispone que si prospera parcialmente la demanda, el juez puede abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

Como quedó expuesto, la demanda principal del IDU, contó con decisión favorable en lo que concierne con la pretensión de nulidad del Adicional No. 1 y Otrosí No. 5, con denegación de la pretensión principal de nulidad absoluta del Contrato 135 de 2007.

Para el Tribunal, el resultado de la gestión procesal de las partes, en los términos expuestos, permite apreciar que la liquidación de costas pueda someterse al criterio impuesto en el mencionado Código, que concede al juzgador abstenerse de condenar en costas cuando llega a ocurrir situaciones como las planteadas en este debate arbitral.

En ese orden de ideas, el Tribunal concluye, con apoyo en lo expuesto, que no es del caso condenar en costas. En consecuencia, las partes asumirán los gastos causados del proceso. Y en cuanto las agencias en derecho serán atendidas igualmente en lo que le corresponde a cada parte.

14. REMBOLSO A FAVOR DEL IDU

Los honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal fueron los siguientes:

| Concepto | Valor |
|---|----------------------|
| Honorarios de los árbitros | \$585.000.000 |
| IVA de los honorarios de los árbitros | \$93.600.000 |
| Honorarios del secretario | \$97.500.000 |
| IVA de los honorarios del secretario | \$15.600.000 |
| Tarifa del Centro de Arbitraje y Conciliación | \$97.500.000 |
| IVA de la tarifa del Centro de Arbitraje y Conciliación | \$15.600.000 |
| Gastos | \$2.000.000 |
| TOTAL | \$906.800.000 |

En los términos del inciso tercero del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, en la medida en que la totalidad de honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal fue pagada por la parte convocante y no hay constancia de cobro

ejecutivo o reembolso de la cuota a cargo de la parte convocada a la convocante, CONSORCIO METROVÍAS BOGOTÁ reconocerá y pagará al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU, a título de reembolso del 50% de todo lo pagado en lugar del Consorcio por gastos y honorarios del trámite arbitral, la suma de cuatrocientos cincuenta y tres millones cuatrocientos mil pesos (\$453.400.000).

De acuerdo con la misma norma mencionada en el párrafo anterior, sobre la anterior suma debida (\$453.400.000) se causan intereses de mora a la tasa máxima autorizada, a partir del día siguiente al vencimiento del plazo para consignar, esto es, desde el 31 de agosto de 2016, hasta el momento en que se cancele. A la fecha del laudo, los intereses de mora son ciento siete millones quinientos sesenta y dos mil setecientos ochenta y cinco pesos (\$107.562.785), de acuerdo con el siguiente cálculo:

| Desde | Hasta | Tasa de mora | Tasa nominal diaria | Días | Valor de los Intereses (\$) |
|--|------------|--------------|---------------------|------|-----------------------------|
| 31/08/2016 | 31/08/2016 | 32,01% | 0,00076113196 | 1 | 345.097 |
| 01/09/2016 | 30/09/2016 | 32,01% | 0,00076113196 | 30 | 10.352.917 |
| 01/10/2016 | 31/10/2016 | 32,99% | 0,00078130822 | 31 | 10.981.600 |
| 01/11/2016 | 30/11/2016 | 32,99% | 0,00078130822 | 30 | 10.627.354 |
| 01/12/2016 | 31/12/2016 | 32,99% | 0,00078130822 | 31 | 10.981.600 |
| 01/01/2017 | 31/01/2017 | 33,51% | 0,00079211135 | 31 | 11.133.442 |
| 01/02/2017 | 28/02/2017 | 33,51% | 0,00079211135 | 28 | 10.056.012 |
| 01/03/2017 | 31/03/2017 | 33,51% | 0,00079211135 | 31 | 11.133.442 |
| 01/04/2017 | 30/04/2017 | 33,50% | 0,00079180328 | 30 | 10.770.108 |
| 01/05/2017 | 31/05/2017 | 33,50% | 0,00079180328 | 31 | 11.129.112 |
| 01/06/2017 | 28/06/2017 | 33,50% | 0,00079180328 | 28 | 10.052.101 |
| Total Intereses al 28 de junio de 2017 (\$) | | | | | 107.562.785 |

En resumen, el valor a reembolsar al IDU, con los intereses de mora a la fecha del laudo, es:

| | |
|---|---------------|
| Por gastos y honorarios más IVA: | \$453.400.000 |
| Intereses de mora a la fecha del laudo: | \$107.562.785 |

III. PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal de Arbitramento constituido para conocer de la controversia suscitada entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU- contra el CONSORCIO METROVÍAS BOGOTÁ, administrando justicia por habilitación de las partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. Negar la pretensión primera principal de la demanda, de declaratoria de nulidad absoluta del Contrato No. IDU-135 de 2007 de fecha 28 de diciembre de 2007 incluyendo todos sus otrosíes, adicionales, modificaciones y contratos adicionales, excepto el Contrato Adicional No.1 y el Otrosí No. 5, celebrados entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU y el CONSORCIO METROVÍAS BOGOTÁ integrado por las sociedades CSS CONSTRUCTORES S.A., CONSTRUCTORA LHS S.A. y CASS CONSTRUTORES & CIA. S.C.A y las personas naturales CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE y LUIS HÉCTOR SOLARTE SOLARTE.

SEGUNDO. Declarar la nulidad absoluta por objeto ilícito del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí No. 5 al Contrato No. IDU-135 de 2007 celebrado entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU y el CONSORCIO METROVÍAS BOGOTÁ integrado por las sociedades CSS CONSTRUCTORES S.A., CONSTRUCTORA LHS S.A. y CASS CONSTRUTORES & CIA. S.C.A y las personas naturales CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE y LUIS HÉCTOR SOLARTE SOLARTE, prosperando la pretensión subsidiaria de la primera principal, en su numeral (i), en los términos expuestos en la parte motiva de este laudo.

TERCERO. Negar la pretensión subsidiaria de la primera principal - numeral (ii)- de nulidad absoluta del OTROSÍ No. 2 de octubre 16 de 2008 al Contrato No. IDU-135 de 2007 celebrado entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU y el CONSORCIO METROVÍAS BOGOTÁ integrado por las sociedades CSS CONSTRUCTORES S.A., CONSTRUCTORA LHS S.A. y CASS CONSTRUTORES & CIA. S.C.A y las personas naturales CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE y LUIS HÉCTOR SOLARTE SOLARTE.

CUARTO. Negar la pretensión segunda principal por ser consecencial de la pretensión de declaratoria de nulidad absoluta del Contrato No. IDU-135 de 2007, que se niega.

QUINTO. Negar la pretensión subsidiaria de la pretensión segunda principal, en sus literales (i) y (ii).

SEXTO. No es del caso pronunciamiento respecto de las excepciones de mérito formuladas por el CONSORCIO METROVÍAS BOGOTÁ en la contestación de la demanda identificadas como: “IMPROCEDENCIA DE SOLICITUD DE DECLARATORIA DE NULIDAD DEL CONTRATO POR INEXISTENCIA DE CAUSAL”, “INEXISTENCIA DE CAUSALES DE NULIDAD DEL CONTRATO”, “IMPROCEDENCIA DE SOLICITUD DE DECLARATORIA DE NULIDAD DEL OTROSÍ NO. 2 AL CONTRATO”, “FALTA DE FUNDAMENTO LEGAL PARA ORDENAR LAS RESTITUCIONES MUTUAS”, “FALTA DE FUNDAMENTO LEGAL PARA ORDENAR LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO”, “IMPROCEDENCIA DE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 48 DE LA LEY 80 DE 1993 FORMULADO POR EL IDU”, “IMPROCEDENCIA DE COMPENSACIÓN DEL VALOR DE LAS OBRAS EJECUTADAS CONTRA RUBRO ALGUNO”, “FALTA DE CONEXIDAD ENTRE DESVIO DE PODER DE INOCENCIO MELENDEZ Y EL CONTRATO DE OBRA NO. 135 DE 2007”, y “DESCONOCIMIENTO DE LA PARTE CONVOCANTE DE LA IMPOSIBILIDAD DE DECRETAR LA NULIDAD DE UN CONTRATO ESTATAL CON BASE A UNA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE UN PRINCIPIO”.

SÉPTIMO. Declarar que no prosperan las excepciones formuladas en la contestación de la demanda identificadas como “*Improcedencia de solicitud de declaratoria de nulidad del Adicional No. 1 y Otrosí No. 5 al Contrato*” e “*Inexistencia de causales de nulidad del Adicional No. 1 y Otrosí No. 5 al contrato*”.

OCTAVO. Declarar que Transmilenio S.A. no es parte del Contrato No. 135 de 2007 y no tiene la condición de litisconsorte en el presente trámite arbitral.

NOVENO: No hay condena en costas, para ninguna de las partes, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. Por lo tanto, se niega la pretensión tercera.

DÉCIMO. Ordenar al CONSORCIO METROVÍAS BOGOTÁ pagar al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU la suma de cuatrocientos cincuenta y tres millones cuatrocientos mil pesos (\$453.400.000) IVA incluido, a título de reembolso del 50% de honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal, más los intereses de mora a la tasa máxima autorizada sobre la anterior cifra, causados desde el 31 de agosto de 2016 y hasta que se verifique el pago, intereses que a la fecha del laudo ascienden a la suma de ciento siete millones quinientos sesenta y dos mil setecientos ochenta y cinco pesos (\$107.562.785), de acuerdo con la liquidación contenida en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO PRIMERO: En firme este laudo, entréguese el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para lo de su cargo (artículo 47 de la Ley 1563 de 2012).

DÉCIMO SEGUNDO: Por Secretaría, expídanse copias auténticas de este laudo, con la constancia de ley.

Notificado en audiencia.

JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ

Presidente

GABRIELA MONROY TORRES

Árbitro

JUAN CAMILO RESTREPO SALAZAR

Árbitro

JAVIER RICARDO RODRÍGUEZ SUÁREZ

Secretario

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|----|
| I. ANTECEDENTES | 1 |
| 1. PARTES DEL PROCESO..... | 1 |
| 2. EL COMPROMISO ARBITRAL..... | 2 |
| 3. TRÁMITE GENERAL DEL PROCESO..... | 3 |
| 4. PRUEBAS RECAUDADAS | 4 |
| 5. AUDIENCIA DE ALEGATOS | 5 |
| 6. DURACIÓN DEL PROCESO | 5 |
| 7. LOS HECHOS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN | 6 |
| 8. PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES DE LA CONVOCADA ... | 32 |
| 9. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO | 35 |
| | |
| II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL..... | 37 |
| 1. PRESUPUESTOS PROCESALES..... | 37 |
| 1.1. Requisitos para proferir el laudo..... | 37 |
| 1.2. Caducidad de la acción | 37 |
| 1.3. Cosa juzgada derivada del laudo proferido el 18 de septiembre de 2013..... | 42 |
| 1.4. Excepción de ineptitud sustantiva de la demanda..... | 45 |
| 2. EL OBJETO DE LA CONTROVERSIA - LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA . | 46 |
| 3. DESCRIPCIÓN Y ALCANCE SUSTANCIAL DEL CONTRATO 135 DE 2007 Y SUS OTROSÍES..... | 47 |
| 3.1. Pliego de condiciones | 48 |
| 3.2. El Contrato 135 de 2007 | 50 |
| 4. MARCO CONCEPTUAL - LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS ESTATALES Y SUS EFECTOS | 66 |
| 5. PLANTEAMIENTOS DE TRANSMILENIO S.A. | 76 |
| 5.1. Solicitud de vinculación y decisión del Tribunal..... | 76 |
| 5.2. Contestación de Transmilenio S.A. a su vinculación al proceso..... | 77 |
| 5.3. Consideraciones del Tribunal..... | 80 |

| | |
|--|-----|
| 6. LA NULIDAD DEL CONTRATO 135 DE 2007 Y SUS ADICIONES, OTROSÍES Y MODIFICACIONES | 85 |
| 6.1. Planteamientos de las partes | 85 |
| 6.2. Incidencia de la falta de planeación..... | 91 |
| 6.2.1. La defectuosa planeación que alega la parte convocante | 98 |
| 6.2.2. El alegado cambio del objeto del contrato..... | 103 |
| 6.2.3. El argumento referido al mayor valor de las obras..... | 115 |
| 6.2.4. La mayor duración de las obras..... | 117 |
| 6.3. La alegada manipulación de la licitación por funcionarios del IDU – Incidencia de la sentencia penal proferida contra Inocencio Meléndez..... | 117 |
| 7. LA NULIDAD DEL OTROSÍ NO. 2 AL CONTRATO 135 DE 2007..... | 123 |
| 7.1. Planteamientos de las partes | 123 |
| 7.2. Consideraciones del Tribunal..... | 126 |
| 8. LA NULIDAD DEL CONTRATO ADICIONAL No. 1 Y OTROSÍ No. 5..... | 128 |
| 8.1. Argumentos de las partes..... | 131 |
| 8.2. El contrato adicional y la adición de contrato | 134 |
| 8.3. Origen del Contrato Adicional No. 1 y Otrosí 5: el Acuerdo 180 del 2005..... | 145 |
| 8.4. Origen de los recursos para la ejecución de las obras | 150 |
| 8.5. Localización, extensión y alcance de las obras | 153 |
| 9. LA PRETENSIÓN REFERIDA A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO | 167 |
| 10. LOS EFECTOS DE LA NULIDAD ABSOLUTA POR OBJETO ILICITO: LOS RECONOCIMIENTOS | 168 |
| 10.1. Posición de las partes..... | 168 |
| 10.2. Consideraciones del Tribunal..... | 172 |
| 10.3. La prueba del beneficio en favor de la entidad estatal | 174 |
| 10.4. Improcedencia de las restituciones mutuas en los términos de la pretensión segunda subsidiaria de la demanda..... | 178 |
| 11. EXCEPCIONES DE MÉRITO | 182 |
| 12. JURAMENTO ESTIMATORIO..... | 186 |
| 13. COSTAS | 186 |
| 14. REMBOLSO A FAVOR DEL IDU | 187 |
| III. PARTE RESOLUTIVA | 189 |