

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, veintiocho (28) de abril de dos mil veinticinco (2025)

Magistrado ponente (E): FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 13001-23-33-000-2018-00354-02 (71.503)
Demandante: DAIMCO SAS
Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES- CADUCIDAD

Síntesis del caso: en la demanda se solicita la nulidad de la cláusula que establece la forma de pago del contrato y, en subsidio de lo anterior, que la misma generó un desequilibrio económico. La sentencia de primera instancia negó las pretensiones porque no existió vicio que anulara la cláusula y, la forma en que se pactó la misma no generaba desequilibrio económico. Se modifica la sentencia de primera instancia para en su lugar declarar la caducidad de las pretensiones de nulidad, pues, la demanda fue presentada después de dos años contados desde el perfeccionamiento del contrato y, cuando el contrato ya no estaba vigente, se confirma la negativa de las pretensiones de desequilibrio económico porque la forma de pago pactada entre las partes no es un hecho imprevisto que afecte la ecuación contractual.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2023 por el Tribunal Administrativo de Bolívar (índice 002 SAMAI)¹ que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 3 de mayo de 2018 (índice 002 SAMAI)², la sociedad Daimco SAS³ promovió una demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra del Instituto de Bienestar Familiar (ICBF) con el fin de obtener las siguientes pretensiones:

¹ Archivo denominado: 29ED_26SenContDaimcolcbfC(.pdf) NroActua 2.

² Archivo denominado 3ED_00IndiceExpedienteEI(.xslm) NroActua 2.

³ Mediante apoderado (índice 002 SAMAI archivo denominado 3ED_00IndiceExpedienteEI(.xslm) NroActua 2).

"Principales

"Primera: Que se declaren NULAS aquellas cláusulas del Contrato de Interventoría 1773 del 30 de diciembre de 2013, suscrito con DAIMCO S.A.S. mediante las cuales el pago al Interventor se "condiciona" al avance de obra de Obra por atentatorias del principio del Equilibrio Financiero del Contrato Estatal como norma de orden público.

Segunda: Que en subsidio de la pretensión anterior, se declaren INEFICACES DE PLENO DERECHO aquellas cláusulas del Contrato de Interventoría 1773 del 30 de Diciembre de 2013, suscrito con DAIMCO S.A.S. mediante las cuales el pago al Interventor se condiciona al avance de obra del Contratista de Obra por atentatorias del principio del Equilibrio Financiero del Contrato Estatal como norma de orden público.

Tercera: Que se declare que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF, en adelante el ICBF, debió pagar al Contratista Interventor la totalidad de su contraprestación pactada para el Contrato de Interventoría No. 1733 de 2013 suscrito con la sociedad DAIMCO S.A.S.

Cuarta: Que se condene al ICBF, a pagar al contratista Interventor el valor total correspondiente a la contraprestación del contratista por la completa ejecución de su contrato.

(...).

Subsidiarias

Primera: Que se declaren NULAS aquellas cláusulas del Contrato de Interventoría 1773 del 30 de diciembre de 2013 suscrito con DAIMCO S.A.S. mediante las cuales el pago al Interventor se condiciona al avance de obra del Contratista de Obra por atentatorias contra el principio del Equilibrio Financiero del Contrato Estatal como norma de orden público.

Segunda: Que, en subsidio de la pretensión anterior, se declaren INEFICACES DE PLENO DERECHO aquellas cláusulas del Contrato de Interventoría 1773 del 30 de diciembre de 2013 suscrito con DAIMCO S.A.S. mediante las cuales el pago al Interventor se condiciona al avance de obra del Contratista de Obra por atentatorias del principio del Equilibrio Financiero del Contrato Estatal como norma de orden público.

Tercera: Que se declare que en el Contrato de Interventoría No. 1733 de 2013 suscrito entre el ICBF y DAIMCO S.A.S. el contratista prestó sus servicios de interventoría.

Cuarta: Que se declare que, por causas ajenas a la voluntad del Interventor, no resultó posible la facturación del contratista de obra que permitiera al interventor su facturación correspondiente, conforme estaba planeado inicialmente en el contrato de interventoría.

Quinta: Que se declare que el contratista interventor al prestar sus servicios durante el plazo acordado y no poder facturar por causas ajenas a su voluntad sufrió un daño antijurídico originado en un desequilibrio financiero del contrato, que no está obligado a soportar.

Sexta: Que en consecuencia se condene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF, a pagar al contratista el valor total correspondiente a su contraprestación por la completa ejecución del contrato.

Séptima: Aue la condena se actualice, con la indexación correspondiente y conforma la ley, desde el momento de la causación de los respectivos pagos hasta el momento en que se haga efectivo el pago de la obligación correspondiente.

Octavo: Que se liquide judicialmente el contrato de interventoría.

Novena: Que se condene al pago de las actualizaciones y moras a que haya lugar conforme a la tasa que determine la ley

Décima: que se condene en costas a la entidad demandada”.⁴ (índice 002 SAMAI- mayúsculas sostenidas del texto original.

2. Hechos

Las pretensiones de la demanda se sustentan, en síntesis, en lo siguiente:

1) El 30 de diciembre de 2013 Daimco SAS y el ICBF suscribieron el contrato de interventoría no. 1773 con el objeto de hacer el seguimiento técnico, financiero y jurídico de los proyectos “*para la construcción de nuevos módulos y mejoramiento del centro de atención de menores en Turbaco, Bolívar; y la realización de la obra pública consistente en un módulo integral nuevo denominado Pola III para la ampliación de la capacidad instalada en el centro de atención Carlos Lleras Restrepo en Medellín Antioquia* (índice 002 SAMAI)⁵, el plazo del contrato era de 12 meses desde su perfeccionamiento y su valor de ochocientos cuarenta y cinco millones ciento ochenta y ocho mil cuatro pesos (\$845.188.004).

2) La cláusula novena del contrato estipuló que el pago se realizaría en un porcentaje del noventa por ciento (90%) del valor acordado de conformidad con el avance de los proyectos objeto de interventoría, y el diez por ciento (10%) restante a la firma de las liquidaciones del contrato de obra objeto de interventoría y del contrato de interventoría; la referida cláusula fue modificada mediante un documento otrosí no. 1 del 10 de julio de 2014 en el que se estableció que el pago total se realizaría únicamente con base en el avance de los proyectos que eran supervisados por el interventor.

⁴ Archivo denominado 3ED_00IndiceExpedienteEl(.xism) NroActua 2.

⁵ Archivo denominado 3ED_00IndiceExpedienteEl(.xism) NroActua 2.

3) El contrato de interventoría fue suspendido en diversas ocasiones por acuerdo entre las partes y su plazo terminó el 1° de octubre de 2015.

4) El interventor cumplió todas sus obligaciones contractuales, dentro de las cuales informó al ICBF los incumplimientos del contratista de obra.

5) Al finalizar el contrato de interventoría los proyectos objeto de la misma solo alcanzaron un dieciocho punto cuarenta por ciento (18,40%) de ejecución, por lo cual, de conformidad con la forma de pago pactada la demandante solo pudo facturar ese porcentaje del valor de su contrato, pese a que cumplió todas sus obligaciones.

6) La forma en la que se pactó el pago en el contrato de interventoría desconoció las normas sobre equilibrio económico del contrato que tienen carácter de orden público, además, impone al interventor una condición para el reconocimiento de la remuneración que no depende de su voluntad o de su labor sino la del contratista de obra, razones por las cuales la referida estipulación adolece de nulidad.

7) No recibió el pago del valor total del contrato no obstante a haber ejecutado la totalidad de sus obligaciones, lo que constituye un desequilibrio económico que no está obligado a soportar.

3. Contestación de la demanda

En forma oportuna El ICBF contestó la demanda (índice 002 SAMAI)⁶, se opuso a la prosperidad de las súplicas, porque no estaba probado que en el contrato de interventoría se hubiese vulnerado el equilibrio financiero, pues no se encuentra ninguna alteración grave que fuera imputable al ICBF o a hechos imprevisibles.

4. La sentencia apelada

El 17 de noviembre de 2023 el Tribunal Administrativo de Bolívar denegó todas las súplicas de la demanda (índice 002 SAMAI)⁷, con apoyo el siguiente razonamiento:

⁶ Archivo denominado 3ED_00IndiceExpedienteEI(.xism) NroActua 2.

⁷ Archivo denominado: 29ED_26SenContDaimcolcbfC(.pdf) NroActua 2.

1) La condición pactada en la forma de pago del contrato de interventoría consistente en que se pagaría de conformidad con el porcentaje de avance del contrato de obra objeto de dicha interventoría no es nula, pues, no está prohibida por la Ley 80 de 1993 ni por las normas civiles o comerciales.

2) Tampoco puede considerarse que la forma de pago pactada generó un desequilibrio económico del contrato por ser una estipulación aceptada voluntariamente por las partes cuya ejecución era previsible.

5. El recurso de apelación

En el término legal, la parte demandante apeló el fallo de primera instancia (índice 002 SAMAI)⁸ con el fin de que se revoque lo resuelto por el tribunal y se acceda a las súplicas, con sustento en lo siguiente:

1) El tribunal desconoció que en la aceptación de la forma de pago del contrato no existió autonomía de la voluntad, porque la entidad tenía una posición dominante por lo que se trataba de una cláusula abusiva y por tanto nula.

2) En este caso concreto se acreditó que el interventor cumplió la totalidad de sus obligaciones y que a pesar de ello no recibió el pago total del contrato, lo que constituyó un desequilibrio económico en su contra.

6. Actuación surtida en segunda instancia

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 23 de julio de 2024 (índice 004 SAMAI), de conformidad con el numeral 4 del artículo 247 del CPACA las partes y el Ministerio Público tenían hasta la ejecutoria de este último auto para pronunciarse, la parte demandada recorrió el traslado de la apelación, el Ministerio Público no rindió concepto.

⁸ Archivo denominado: 35ED_32RecursoApelacionDa(.pdf) NroActua 2.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite procesal sin que se advierta nulidad que lo invalide procede la Sala a resolver de fondo el asunto, para lo cual se seguirá el siguiente derrotero: *(i) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, (ii) caducidad de la pretensión de nulidad de la cláusula de pago del contrato, (iii) la forma en que se acordó el reconocimiento de la remuneración del contratista no constituye desequilibrio económico del contrato, ni una cláusula ineficaz y (iv) costas.*

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

1) La demanda está dirigida a que se declare que la cláusula del contrato que prevé la forma de pago es nula por contrariar normas sobre el equilibrio económico, por el hecho de imponer al contratista una condición (avance del contrato de obra) que no depende de su voluntad, en subsidio de lo anterior, se solicita que se declare el desequilibrio económico del contrato porque la manera en que se pactó el reconocimiento de la remuneración no le permitió obtenerla en su totalidad pese a haber cumplido la totalidad de sus obligaciones.

2) El tribunal de primera instancia denegó las súplicas de la demanda; las principales por considerar que la estipulación que condicionaba el pago de la interventoría al avance de los contratos objeto de la misma no era una cláusula prohibida y, las subsidiarias, porque la cláusula de pago fue acordada por las partes, por lo cual no podía considerarse un hecho imprevisto.

3) La parte apelante cuestiona que el tribunal no tuvo en cuenta que la cláusula de pago era abusiva debido a que la entidad se aprovechó de su posición dominante por lo que debía accederse a su nulidad y, el hecho de que el contratista no hubiese obtenido la totalidad de la remuneración por un hecho que dependía de un tercero constituye un desequilibrio económico del contrato.

4) La Sala declarará la caducidad de las pretensiones relativas a la nulidad de las cláusula de pago del contrato de interventoría porque la demanda se presentó cuando

ya habían pasado más de dos (2) años desde el perfeccionamiento del contrato y, este no estaba vigente; confirmará la negativa de las pretensiones subsidiarias de desequilibrio porque la forma de pago pactada entre las partes no es un hecho imprevisto que afecte la ecuación contractual.

2. Caducidad de la pretensión de nulidad de la cláusula de pago del contrato

El literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA dispone *“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”*, en el presente caso el contrato se perfeccionó el 30 de diciembre de 2013, por lo que el plazo para demandar su nulidad o la de cualquiera de sus estipulaciones vencía el 31 de diciembre de 2015; de otra parte, el contrato finalizó el 1° de octubre de 2015, con fundamento en lo anterior, para la fecha en que se presentó la demanda (3 de mayo de 2018) había operado la caducidad de las pretensiones de nulidad, por consiguiente, la demanda en lo referente a la nulidad es extemporánea.

3. La forma en que se acordó el pago al contratista no constituye desequilibrio económico del contrato

1) Las pretensiones subsidiarias dirigidas a que se condene a la entidad demandada por no pagar la totalidad del valor del contrato por motivo de un desequilibrio económico fueron presentadas dentro del término de legal para hacerlo⁹ por lo cual es procedente su análisis de fondo.

2) El numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 establece que el contratista tendrá *“derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la*

⁹ De conformidad con el aparte v) del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, por ser el contrato objeto de estudio liquidable el término debía contarse desde la fecha máxima para liquidarlo unilateralmente: el plazo terminó el 1° de octubre de 2015 las partes tenían hasta el 2 de febrero de 2016 para liquidarlo bilateralmente; como no hubo liquidación bilateral, el ICBF tenía hasta el 3 de abril de 2016 para liquidarlo unilateralmente. Por no haberse liquidado unilateralmente, el término de caducidad empezó a correr el 4 de abril de 2016 y vencía el 4 de abril de 2018, la demandante presentó solicitud de conciliación el 12 de mayo de 2017, la cual se declaró fallida el 12 de agosto de 2017, este trámite amplió el plazo de caducidad en tres meses, y vencía el 4 de julio de 2018, en consecuencia, la demanda presentada el 3 de mayo de 2018 fue radicada en tiempo oportuno.

ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas”, marco legal en el cual la forma de pago pactada entre las partes en el contrato no es un hecho imprevisto que afecte la ecuación contractual, por lo tanto no es dable reconocer un desequilibrio con base en dicha estipulación.

3) En este caso concreto, las partes acordaron libre y autónomamente, que el pago de la interventoría se realizaría de acuerdo con el avance de los proyectos objeto de la misma, por lo que una de las eventualidades previsibles en la ejecución del contrato era que la remuneración se viera afectada por el hecho de que los proyectos objeto de interventoría no se ejecutaran en su totalidad, situación que además el demandante aceptó tanto al firmar el contrato como al suscribir el otrosí no. 1 el 14 de julio de 2014, sin que en ninguno de dichos actos hubiese realizado ninguna observación o salvedad que permita considerar que la estipulación le causaría un desequilibrio o que su aceptación se debiera a la posición dominante de la entidad como lo alega en su apelación.

4) Adicionalmente, la forma de pago pactada constituye un aspecto del negocio jurídico perfectamente válido y no fue objeto de observación durante el proceso de selección, razón por la cual fue conocido por la parte actora desde el inicio y determinante al momento de presentar la propuesta que finalmente fue seleccionada, por lo cual su fuerza jurídica vinculante no afecta ningún tipo de cuestionamiento ni excepción que pueda hacerla considerar como ineficaz.

4. Costas

Como el recurso de apelación no prospera, los apelante debe ser condenado en costas y agencias en derecho de conformidad con lo ordenado en el artículo 188 del CPACA. Las costas serán tasadas y liquidadas en forma concentrada por el tribunal de primera instancia, de acuerdo con los artículos 365 y 366 del CGP.

Expediente: 13001-23-33-000-2018-00354-02 (71.503)
Demandante: Daimco SAS
Controversias contractuales

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1º) Modifícase la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2023 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, la cual quedará así:

*“PRIMERO: **Declárase** la caducidad de las pretensiones de nulidad presentadas en la demanda.*

*SEGUNDO: **Niéganse** las demás pretensiones de la demanda*

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia, de conformidad con lo expuesto en este proveído.

*CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, **archívase** el expediente, previa devolución del remanente, si existiere”.*

2º) Condénase en costas y agencias en derecho a la parte demandante, las cuales se fijarán y liquidarán en forma concentrada por el tribunal de primera instancia de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

3º) En firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

Constancia: la presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.

