**ACTA DE LIQUIDACIÓN – Liquidación bilateral del contrato – Salvedades – Acto bilateral – Alcance – Vinculatoriedad**

En reiteradas providencias emanadas de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha considerado que en aquellos casos en los cuales el contrato se liquida por mutuo acuerdo entre las partes, el documento en que se plasma dicho acto contiene un consenso acerca de los datos y valores allí establecidos y no puede ser controvertido posteriormente por vía jurisdiccional, salvo en los siguientes puntos: i) en los aspectos que hayan sido materia de salvedad expresa o ii) en aquellas partidas en relación con las cuales pueda probarse un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo).(…) El contenido del acta de liquidación bilateral del contrato reviste obligatoriedad para las partes y no puede ser desestimado en los estrados judiciales toda vez que con ella se desarrolla la obligación legal de establecer el finiquito de la cuenta contractual, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, el cual se impone como regla general en los contratos de tracto sucesivo cuando se rigen por la referida ley.(…) En el inciso primero del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 existió norma expresa que sometió el acta de liquidación bilateral a acuerdo entre “las partes”, lo cual se consideró por la jurisprudencia como indicativo del requisito de la firma del representante legal de ambas partes, para concluir sobre la obligatoriedad del acta y derivar de allí el efecto de la firma sin salvedades.

**ACTA DE LIQUIDACIÓN – Acta terminación del contrato – No suscrita por representante legal – Inexistencia de acuerdo – Ausencia de salvedades – No aplica tesis jurisprudencial – Valor probatorio**

(…) En este proceso se acreditaron los documentos contentivos del acta de terminación y de liquidación del contrato, sin la firma del representante legal de la entidad contratante. (…) En los antedichos documentos se advierte la firma del Subdirector de Plantas Físicas de la Secretaría de Educación, quien tenía la función de obrar como supervisor del contrato, mas no se acreditó un acto administrativo de delegación, que le hubiera permitido asumir la función de representar al Distrito Capital en el acuerdo de voluntades propio de la liquidación bilateral del contrato.(…) Es claro que no puede atribuirse el efecto del acuerdo de voluntades al acta de liquidación del contrato que se exhibió en este proceso, sin la firma del representante legal de la entidad contratante, toda vez que no provino de una de parte contractual del mismo, en la forma y términos en que ella ha debido ser representada en tratándose del acta de liquidación del contrato.(…) Ante la ausencia de firma del representante legal o del delegatario con funciones de tal en representación de la entidad estatal contratante, no resulta viable para este caso aplicar la interpretación jurisprudencial consistente en la fuerza imperativa de la ausencia de salvedades en el acta de liquidación bilateral, siendo necesario entrar a valorar la prueba de las discrepancias o inconformidades que el demandante expuso acerca del finiquito de cuentas de la liquidación.(…) Las actas de terminación y liquidación del contrato solo se tienen como prueba de los hechos, en tanto acreditan que se adelantó el trámite contractual de elaborar y aprobar dichas actas, pero no se deriva de ellas la fuerza de un acuerdo de voluntades acerca del finiquito de cuentas del contrato, ni la imposición de un paz y salvo presuntamente expedido por el contratista.

EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Desequilibrio – Reclamación judicial – Contenido en acta de liquidación

Tratándose de los contratos objeto de liquidación bilateral, el Consejo de Estado ha advertido que el desequilibrio financiero del contrato debe ser alegado como salvedad en el acta de liquidación respectiva, en forma concreta y específica (…) En este caso no se realizó la salvedad al acta de liquidación, lo cierto es que dicha acta no fue firmada por el representante legal de la entidad contratante, es decir, no se acreditó un acuerdo bilateral de liquidación del contrato y por ello la ausencia de salvedades no se puede imputar como una renuncia del contratista al derecho a alegar su disconformidad, en este caso, el supuesto desequilibrio económico del contrato.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCION A

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 26000-23-26-000-2007-00622-01(43764)**

**Actor: CONSORCIO CONSTRUCTOR VISIÓN 2004**

**Demandado: BOGOTA DISTRITO CAPITAL – SECRETARIA DE EDUCACION**

**Referencia: APELACION DE SENTENCIA - ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

**Temas:** ACTA DE LIQUIDACIÓN. Efecto de la ausencia de firma del representante legal en vigencia de la Ley 80 de 1993. / DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL. Falta de prueba

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera Subsección C de Descongestión, el 28 de octubre de 2011, mediante la cual se dispuso:

*“****PRIMERO****:* ***NEGAR*** *las pretensiones de la demanda****.***

***”SEGUNDO****: Sin condena en costas”*

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

Mediante demanda presentada el 8 de noviembre de 2007, el Consorcio Constructor Visión 2004 en ejercicio de la acción de controversias contractuales, obrando con fundamento en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra Bogotá Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital - Unidad Ejecutiva de Localidades UEL – Fondo de Desarrollo Local de Tunjuelito y de Puente Aranda.

*“****A. DECLARATIVAS:***

*“1. Se declare que las entidades demandadas incumplieron el contrato estatal y en consecuencia se ordene su terminación y a su vez la liquidación definitiva del contrato de Consultoría y Obra No.* ***UEL-SED-VL-115-00-04.***

*“2. Se ordene el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato estatal de Consultoría y Obra No.* ***UEL-SED-VL-115-04****, ocurrido como consecuencia del aumento inusitado y grave de los precios de los insumos debido a la mayor permanencia en obra.*

*“3. Se declare que las entidades demandadas incumplieron el contrato estatal de Consultoría y Obra No.* ***UEL-SED-VL-115-00-04****, al no cumplir en la oportunidad contractual con la entrega de documentos, planos y diseños necesarios para la cabal ejecución de los frentes del contrato, así como por el no pago oportuno de las actas No. 13, 14 y 15, de la consultoría realizada para el IED MARCO ANTONIO CARREÑO SEDE A (EL REMANSO) que se encuentra sin aprobar, y por el pago tardío de las demás actas parciales.*

*“4. Se ordene el pago de los mayores costos de obra, mayor permanencia en obra sobre costos administrativos y financieros, intereses por cuentas pendientes de pago, reajustes, utilidad frustrada para el IED MARCO ANTONIO CARREÑO SEDE A (EL REMANSO) y las actas parciales de obra números 13, 14 y 15, dada la conmutatividad del contrato estatal de Consultoría y Obra No.* ***UEL-SED-VL-115-00-04.***

*“****B. CONDENATORIAS:***

*“1. Como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al DISTRITO CAPITAL – SED – UEL - FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE TUNJUELITO y de PUENTE ARANDA al pago de las siguientes sumas de dinero:*

***CONTRATO UEL-SED-VL-115-00-04***

|  |  |
| --- | --- |
| *DESCRIPCIÓN DEL RECLAMO* | ***VALOR*** |
| *COSTOS POR MAYOR PERMANENCIA EN OBRA* | *$398’961.201,40* |
| *PÉRDIDA FINANCIERA (UTILIDAD NO RECIBIDA EN EL TIEMPO CONTRACTUAL )* | *$4’328.523,63* |
| *REAJUSTES AL CONTRATO ( ACTUALIZACIÓN DE PRECIOS FECHA DE PAGO DEL ACTA )* | *$17’581.322,97* |
| *INTERESES AL CONTRATO SIN TRAMITAR LAS ACTAS ( A NOVIEMBRE 6 DE 2007)* | *$1’314.428,64* |
| *INDEMNIZACIÓN A CONTRATO DE OBRA NO EJECUTADO* | *$8’942.400,00* |
| *INDEMNIZACIÓN A CONTRATO DE DISEÑO NO EJECUTADO* | *$683.640,00* |
| *COBRO POR LUCRO CESANTE* | *-* |
| *COBRO POR DAÑO EMERGENTE* | *-* |
| *VALOR DE ACTAS PENDIENTES DE PAGO (13, 14 Y 15)* | *$43’845.840,00* |
| *VALOR TOTAL RECLAMACIÓN* | *$475’657.356,64* |

*“2. Se ordene la actualización de las sumas pretendidas teniendo en cuenta la pérdida del valor adquisitivo.*

*“3. Se ordene a las entidades públicas convocadas dar cumplimiento al pago de las condenas de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.*

*“4. Se condene en costas y gastos a las entidades públicas convocadas”.*

**2. Los hechos**

En el escrito de demanda la parte actora narró los hechos que dieron lugar a la controversia, los cuales se resumen de la siguiente manera:

**2.1.** El demandante suscribió el contrato de obra y consultoría número UEL-SED-VL-115-00-04, celebrado el 30 de diciembre de 2004 con la Secretaria de Educación del Distrito Capital de Bogotá, en desarrollo del cual se comprometió a realizar el diseño y posterior ejecución de las obras necesarias para seis instituciones educativas distritales (IED) ubicadas en diferentes localidades, de acuerdo con las labores de consultoría y de obra descritas para cada sede, dentro del referido contrato.

**2.2.** Una vez suscrita el acta de inicio, el contrato fue suspendido mientras la Secretaría de Educación cumplía con la entrega de los estudios técnicos a su cargo. La entrega y aprobación de los nuevos estudios ocurrió en forma demorada y, finalmente, según afirmó el demandante, la entidad contratante no cumplió con facilitar el objeto contratado para la sede IED Marco Antonio Carreño - Sede A (El Remanso)-, toda vez que se presentaron fallas en el deber de planeación a cargo del Distrito Capital.

**2.3**. En el contrato se estableció un término de duración de 90 días contado a partir del acta de inicio suscrita el 26 de enero de 2005, empero las autorizaciones se retardaron y no se entregaron los estudios oportunamente, todo lo cual ocasionó que el plazo previsto llegó a extenderse por más de mil días, hasta el año 2008, en atención a los nuevos requerimientos.

**2.4.** El 30 de octubre de 2007 el consorcio contratista hizo evidente el incumplimiento contractual por parte de la Administración y le informó su intención de terminar el contrato.

**2.5.** La Secretaría de Educación propuso un acta transaccional la cual no se llegó a firmar debido a las salvedades que el contratista solicitó incluir para efectos de las reclamaciones pendientes.

**3. Concepto de violación**

La parte actora invocó como normas violadas los numerales 4º, 5º y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 acerca del principio de economía y el deber de planeación.

En igual forma indicó el rompimiento del equilibrio contractual por causas imputables al Distrito Capital, el cual reclamó con fundamento en lo previsto en el numeral 9º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 27 de la misma ley.

En relación con el pago oportuno de las actas de obra números 13, 14 y 15, invocó que debió realizarse en el término de 30 días de acuerdo con la costumbre mercantil y que procede el reconocimiento de los intereses de mora hasta la fecha del pago, en los términos del artículo 1617 del Código Civil y del numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993.

Finalmente, reseñó la violación a la regla de conmutatividad del contrato bilateral en la cual fundó su derecho para que se le reconozca el mayor valor de la utilidad dejada de percibir en la ejecución del contrato.

**4. Actuación procesal**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda mediante auto de 8 de mayo de 2008 y, habiendo recibido la contestación proveniente de la parte demandada, decretó las pruebas solicitadas por las partes.

**4.1. Contestación de la demanda**

En la contestación de la demanda, la entidad demandada observó que los hechos de la demanda eran parcialmente ciertos, toda vez que no relacionaron el acuerdo al que llegaron las partes sobre el restablecimiento económico en razón de las distintas variaciones de las obras, tal como se hizo constar en las actas de 13 de febrero[[1]](#footnote-1) y 23 de abril de 2008[[2]](#footnote-2).

En relación con los centros educativos España y Marco Antonio Carreño expuso la demandada que existieron varias actas de suspensión del plazo, empero advirtió que en relación con esas sedes el contratista sí llegó a ejecutar las labores de la consultoría y las obras correspondientes y que finalmente ejecutó las obras aprobadas y alcanzó a suscribir el acta de terminación y el acta de liquidación del contrato.

Narró que los valores ajustados por la modificación de la obra ejecutada fueron reconocidos en la vía gubernativa como consecuencia de las reclamaciones del contratista y se refirió en forma concreta a la fuerza obligatoria de la liquidación final del contrato y al contenido de las actas que aportó como pruebas.

Afirmó que el tiempo empleado para el pago de las actas, 13, 14 y 15 se debió a la culpa o negligencia del contratista por cuanto dilató la firma y el trámite de los soportes requeridos para la aprobación y cancelación de los valores correspondientes.

Aclaró que las actas números 1 a la 17 se encontraban pagadas a la fecha de contestación de la demanda y afirmó que el saldo correspondiente al acta número 18 y al acta final se pagaría como consecuencia de la liquidación del contrato, de acuerdo con el acta que había sido aprobada por la interventoría.

Destacó que según lo establecido en el acta de liquidación el valor no ejecutado equivalía únicamente a 2.21% del contrato. Recordó que de acuerdo con el contrato, el 20% de su valor se debía pagar en los 30 días hábiles siguientes al acta de liquidación final de la obra.

Invocó como **excepciones** las siguientes: **i)** ausencia del requisito de conciliación prejudicial; **ii)** excepción de no agotamiento de la vía gubernativa, la cual hizo consistir en que el contrato fue objeto de liquidación y la parte demandante no hizo constar salvedad alguna en el acta correspondiente; **iii)** falta de causa en la demanda, teniendo en cuenta que la Administración obró conforme a derecho y **iv)** excepción genérica.

**4. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 28 de octubre de 2011, en la cual negó las pretensiones de la demanda.

El Tribunal *a quo* apoyó su decisión en las siguientes consideraciones: **i)** no hubo retardo en el pago de las actas parciales, puesto que se radicaron el 28 de noviembre de 2007 y se pagaron en diciembre del mismo año; **ii)** no se presentó el desequilibrio económico del contrato teniendo en cuenta que de conformidad con las actas aportadas al proceso, entre las partes tuvo lugar una negociación contractual acerca de la variación de cantidades y determinación de los precios correspondientes y, **iii)** en relación con la pretensión de terminación y liquidación se evidenció que el contrato fue objeto de liquidación mediante acta suscrita dentro del plazo de 4 meses establecido en la Ley 80 de1993, contado a partir del acta de terminación del contrato.

En relación con el acta de liquidación del contrato el Tribunal *a quo* tuvo en cuenta que el contratista la suscribió sin salvedades en su oportunidad y que en consecuencia, el acta de liquidación se entendió aceptada. Por tanto, no prosperaron las reclamaciones en sede judicial.

**6. El recurso de apelación**

El **demandante** impugnó la sentencia de primera instancia el 9 de febrero de 2012 y sustentó su recurso dentro del término procesal previsto para el efecto.

Manifestó su inconformidad con las consideraciones expuestas por el Tribunal *a quo* en la siguiente forma: **i)** las actas parciales de obra objeto del debate se suscribieron con la entidad interventora desde el 28 de diciembre de 2007, de manera que la fecha de pago desbordó el plazo de 30 días establecido por la costumbre mercantil; **ii)** el Tribunal *a quo* no tuvo en cuenta la aceptación expresa de la interventoría en relación con el desequilibrio financiero del contrato, ni los nuevos análisis de precios unitarios (APU) en que debió fundar sus apreciaciones y desconoció la prueba de la entrega de las obras ejecutadas a satisfacción y, **iii)** el acta de liquidación del contrato no fue bilateral, toda vez que dicho documento no fue suscrito por el representante legal de la entidad demandada, *“como ordenador del gasto y cabeza de la SED”*, de manera que la prueba careció de los requisitos de autenticidad probatoria, alcance, validez y oponibilidad, requeridos por la ley procesal, amén de que el propio Tribunal *a quo* hizo notar que se presentaron anomalías en el trámite de las actas que dieron lugar al proyecto de liquidación.

Por otra parte, destacó que el consorcio contratista presentó sus objeciones al acta de liquidación mediante la comunicación de 28 de julio de 2008 –la cual se decretó como prueba en segunda instancia mediante auto de 24 de agosto de 2012[[3]](#footnote-3)-.

En la misma forma reseñó que no se formalizó el documento de transacción en relación con el contenido del acta de liquidación.

Finalmente anotó que el Tribunal *a quo* dejó de apreciar los experticios practicados en el proceso.

En consecuencia, la parte actora estimó que el Tribunal *a quo* debió concluir que no existió documento liquidatorio definitivo.

En los fundamentos jurídicos de la apelación la parte actora invocó el artículo 831 del Código que establece la prohibición del enriquecimiento sin causa.

**7. Alegatos en segunda instancia**

El Distrito Capital, obrando como entidad **demandada,** presentó alegatos de conclusión, oportunidad en la cual solicitó desestimar los argumentos del recurso de apelación, para lo cual reseñó la carencia de la prueba acerca del cumplimiento oportuno de los requisitos requeridos para el pago de las actas de obra materia de la discusión.

En relación con el equilibrio económico del contrato destacó la prueba de las actas con las cuales se acreditó el reconocimiento de los nuevos precios unitarios (APU) y advirtió que sirvieron como base para liquidar el contrato y realizar los pagos.

Acerca de las pretensiones de liquidación del contrato, reiteró que el demandante no hizo salvedad o reserva alguna en el acta correspondiente y que a su juicio el contrato fue objeto de liquidación bilateral de acuerdo con la ley.

La parte actora y el **Ministerio Público** guardaron silencio en su oportunidad.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; **2)** caducidad de la acción contractual; **3)** legitimación en la causa por activa; **4)** pruebas aportadas al proceso; **5)** consideración acerca de las variaciones en el contrato que tiene por objeto el diseño y la construcción de obra; **6)** no obligatoriedad del acta de liquidación; **7)** el caso concreto y **8)** costas.

**1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado**

**1.1. Jurisdicción competente en materia de controversias contractuales en las cuales es parte una entidad estatal**

Con fundamento en el criterio orgánico que se adoptó en la Ley 80 de 1993[[4]](#footnote-4), en concordancia con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo[[5]](#footnote-5), se confirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de la controversia sobre el contrato *sub judice,* teniendo en cuenta que la parte contratante, ahora demandada, es el Distrito Capital – Secretaría de Educación, la cual ha sido calificada como entidad estatal de conformidad con el artículo 2º de la Ley 80 de 1993.

**1.2. Cuantía para determinar la competencia en segunda instancia**

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que de acuerdo con la demanda la sumatoria de pretensiones se estimó en $475’567.356[[6]](#footnote-6), valor que resulta superior al monto equivalente a 500 S.M.L.M.V ($433.700 x 500 = $216’850.000)[[7]](#footnote-7), exigido para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 1395 de 12 de julio de 2010, vigente para la fecha en que se presentó el recurso de apelación[[8]](#footnote-8).

**1.3. No existió cláusula compromisoria**

La Sala advierte que la cláusula décima tercera del contrato UEL-SED-VL-115-00-04, titulada *“DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES*”, enuncia que dichas diferencias *“serán dirimidas mediante mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley, tales como arreglo directo, amigable composición, conciliación y transacción, de conformidad con lo establecido en las normas vigentes”.*

Teniendo en cuenta que la antedicha cláusula no se refirió al Tribunal de Arbitramento y en todo caso no constituyó una intención expresa de someter las diferencias a la justicia arbitral, se concluye que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para conocer de la controversia contractual que ahora se desata.

**2. Caducidad de la acción contractual**

De acuerdo con el numeral 10 del artículo 136 del C.C.A[[9]](#footnote-9) -vigente para la época de la expedición de los actos contractuales que ahora se controvierten y para la fecha en la cual se presentó la demanda- se tiene presente que la caducidad de la acción contractual, en tratándose de contratos sometidos a liquidación, corre por el término de dos (2) años a partir del vencimiento del plazo establecido contractual o legalmente para liquidar el contrato.

La Sala observa que el contrato terminó el 29 de enero de 2008, la liquidación extendió hasta el 28 de abril de 2008, de conformidad con el acta de terminación allegada al plenario y por tanto, la demanda en este proceso se presentó oportunamente el 8 de noviembre de 2007, no habiendo aún concluido el plazo del contrato[[10]](#footnote-10), es decir que la acción se ejerció dentro del plazo de dos años que fijó el numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.

En consecuencia, no operó la caducidad de la acción contractual.

**3. Legitimación en la causa por activa**

Es pertinente observar que el consorcio contratista acudió al proceso a través de su representante legal, con poder otorgado por las tres personas naturales que lo conformaron, de manera que se encontró debidamente acreditada la legitimación activa en la causa por parte del consorcio demandante, de acuerdo con la sentencia de unificación de 25 de septiembre de 2013[[11]](#footnote-11).

**4. Pruebas aportadas al proceso**

En su gran mayoría los documentos que obran en el expediente se aportaron en copias autorizadas por funcionario competente de la Secretaría de Educación y solo algunos documentos se allegaron en copia simple. Sin embargo, todas las copias se tienen como pruebas válidas en los términos de los artículos 252 a 254 del Código de Procedimiento Civil[[12]](#footnote-12), de conformidad con la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2013[[13]](#footnote-13).

**4.1. Pruebas documentales**

A continuación se relacionan las siguientes pruebas documentales aportadas en el presente proceso:

Documentos contentivos de la Convocatoria Pública PMC-SED-DSA-272 de 2004[[14]](#footnote-14).

Contrato de Obra y Consultoría No. UEL-SED-VL-115-00 -04 suscrito el 30 de diciembre de 2004.

Comunicaciones relacionadas con la suspensión del contrato[[15]](#footnote-15).

Actas de entrega física de obras[[16]](#footnote-16).

Actas de Comité de interventoría[[17]](#footnote-17).

Oficios de aprobación a las correcciones de la consultoría estructural y de geotecnia presentadas por el contratista, en relación con la sede IED MARCO ANTONIO CARREÑO[[18]](#footnote-18).

Acta de fijación y aprobación de precios unitarios No. 2, suscrita el 23 de abril de 2008, con la firma de la representante legal del Consorcio Constructor Visión, el gerente de la interventoría y el visto bueno del Subdirector de Plantas Físicas de la Secretaria de Educación Distrital´. Junto a la rúbrica, en nota a mano se lee: “*se firma de acuerdo con la aprobación de interventoría”[[19]](#footnote-19)*

Acta de recibo final y liquidación del contrato UEL-SED-VL-115-00-05 suscrita por la representante del consorcio constructor, el interventor del contrato y el Subdirector de Plantas Físicas de la Secretaría de Educación. Según se acredita en este documento, en el espacio correspondiente a fecha de radicación se indicó mayo de 2008 y junto a la firma del Subdirector de Plantas Físicas se indicó la fecha de 31 de mayo de 2008[[20]](#footnote-20).

Actas de los Comités celebrados entre el contratista y la interventoría en las cuales se relacionan los temas tratados con respecto a las modificaciones de los proyectos y las fechas de entrega de los estudios requeridos[[21]](#footnote-21).

Comunicaciones relacionadas con el proyecto de transacción acerca de los cambios de obra y de presupuesto[[22]](#footnote-22).

**4.2. Dictámenes**

Obran en el plenario dos dictámenes sobre diversos aspectos: el primero, practicado por contador público acerca del valor de los sobrecostos que se habrían originado por las suspensiones del contrato[[23]](#footnote-23) y el segundo, en relación con los términos de ejecución de la obra, el cual fue presentado por el perito profesional de la ingeniería civil. Este último dictamen fue objeto de la aclaración solicitada por la parte demandante[[24]](#footnote-24).

**5. Consideración acerca de las variaciones en el contrato que tiene por objeto el diseño y la construcción de obra**

En el presente caso las partes celebraron un contrato de *“OBRA Y CONSULTORÍA”* el cual tuvo por objeto dos tipos de actividades: el diseño y la posterior ejecución de las obras correspondientes.

La precisión enunciada permite entender las cláusulas contractuales que se refirieron a la labor inicial de revisión del anteproyecto arquitectónico y a la definición del diseño final.

De acuerdo con el contrato estaba previsto que dentro de la ejecución del mismo se desplegaría una dinámica entre las partes para la determinación y aprobación del diseño estructural y del diseño hidráulico en forma previa a la realización de las obras que fueran aprobadas y que, por tanto, en su caso el contratista tenía que adelantar el consecuente ajuste en las especificaciones y los presupuestos de la obra inicialmente definida en el contrato. Se estableció que dichas variaciones de las obras solo podrían aprobarse dentro del monto del presupuesto total fijado para el contrato.

Lo anterior se comprueba con la descripción de actividades contenida en el documento de Términos de Referencia - acápite de las condiciones técnicas para la ejecución del contrato[[25]](#footnote-25).

Se advierte, entonces, que tratándose de un contrato para el diseño y construcción, se reunieron dos tipos contractuales: el contrato de consultoría y el contrato de obra. Dentro de ese contexto es viable establecer que las especificaciones de la obra podían sufrir ajustes o variaciones en desarrollo del contrato, sin exceder el presupuesto fijado para el contrato, tal como se puso de presente en el documento de Términos de Referencia.

Vale la pena agregar que con este tipo de acuerdos sobre modificaciones contractuales no se puede terminar trocando el objeto del contrato, es decir que las especificaciones deben enmarcarse dentro de la misma obra para la cual se adelantó el procedimiento de selección del contratista y la adjudicación del contrato, pues de lo contrario, mutando el objeto del contrato inicialmente adjudicado, se burlaría el principio de la selección objetiva y de libre concurrencia de los oferentes.

En lo que importa para este caso, se evidenció la dinámica de ejecución del contrato por etapas sucesivas en el tiempo: **i)** definición de los diseños, **ii)** ajuste de las especificaciones de obra a los diseños aprobados y **iii)** finalmente, la construcción de la obra de acuerdo con lo definido. En ese contexto se entiende la parte final de la cláusula primera del contrato, de conformidad con la cual se dispuso:

*“Las especificaciones de construcción y las cantidades de obra serán resultado de los estudios específicos realizados para el proyecto”.*

Por ello, en relación con el cumplimiento del deber de planeación, se puede establecer como suficiente que los estudios previos se presentaron a nivel del proyecto general aprobado para el Distrito Capital y que correspondieron a los desarrollados específicamente por cada localidad, tal como se hizo constar en los documentos contentivos de la Convocatoria Pública PMC-SED-DSA-272 de 2004, elaborados por la Secretaría de Educación, dentro de los cuales se encuentran los Términos de Referencia y los antecedentes correspondientes al Proyecto No. 6011 correspondiente al mejoramiento de la infraestructura de los centros educativos de acuerdo con los estudios elaborados por las oficinas de planeación de las respectivas localidades[[26]](#footnote-26).

De esta manera, se establece que las variaciones que se pudieron ocasionar a partir de los estudios realizados en el proyecto de reforzamiento estructural de las sedes educativas del Distrito Capital, se deben apreciar de acuerdo con la solicitud de ordenación de la contratación y los términos de referencia de la convocatoria que antecedió al contrato, en los cuales se incluyó la posibilidad de obras no previstas inicialmente y de ajustes, pero que fueran necesarias para el proyecto siguiendo con las recomendaciones técnicas –sin lugar a adiciones presupuestales-, caso para el cual se dispuso:

*“(…) su valor será propuesto por EL CONSTRUCTOR, revisado y visado por el interventor, con visto bueno del Subdirector de Plantas Físicas de la SED para su aprobación (…). // Las actividades que se ejecuten como obras no previstas no aumentarán en ningún caso el valor del contrato. El resultado será un ajuste en las especificaciones de construcción, en las cantidades de obra sin que haya lugar a detrimento en la terminación completa de la obra y en ningún caso dará lugar a adiciones presupuestales”.*

En conclusión, de acuerdo con el texto del contrato de consultoría y obra, la variación de alcance en las obras era viable en desarrollo de lo establecido en el contrato, como consecuencia de los cambios requeridos por la contratante y de los nuevos diseños aprobados de conformidad con lo allí previsto.

**6. No obligatoriedad del contenido del acta de liquidación**

En reiteradas providencias emanadas de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha considerado[[27]](#footnote-27) que en aquellos casos en los cuales el contrato se liquida por mutuo acuerdo entre las partes, el documento en que se plasma dicho acto contiene un consenso acerca de los datos y valores allí establecidos y no puede ser controvertido posteriormente por vía jurisdiccional, salvo en los siguientes puntos: **i)** en los aspectos que hayan sido materia de salvedad expresa o **ii)** en aquellas partidas en relación con las cuales pueda probarse un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo).

El contenido del acta de liquidación bilateral del contrato reviste obligatoriedad para las partes y no puede ser desestimado en los estrados judiciales toda vez que con ella se desarrolla la obligación legal de establecer el finiquito de la cuenta contractual, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, el cual se impone como regla general en los contratos de tracto sucesivo cuando se rigen por la referida ley.

Nótese que en el inciso primero del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 existió norma expresa que sometió el acta de liquidación bilateral a acuerdo entre *“las partes”,* lo cual se consideró por la jurisprudencia como indicativo del requisito de la firma del representante legal de ambas partes, para concluir sobre la obligatoriedad del acta y derivar de allí el efecto de la firma sin salvedades.

Dar cabida a una interpretación contraria a lo expuesto equivaldría a formular una posición que desconoce: **i)** la regla derivada del derecho romano, “n*emo auditur propiam turpidetudinem allegans”*, según la cual nadie puede alegar su propia culpa para fundar una pretensión; **ii)** la obligatoriedad de soportar los efectos de los actos propios, de conformidad con la cual *“venire contra factum proprium non valet”,* es decir que a nadie le es lícito venir contra sus propios actos *y iii)* el principio de la buena fe o “*bona fides*” que debe imperar en las relaciones jurídicas y en el proceso judicial[[28]](#footnote-28).

Sin perjuicio de lo antes expuesto, la Sala observa que en este proceso se acreditaron los documentos contentivos del acta de terminación y de liquidación del contrato, **sin** la firma del representante legal de la entidad contratante, que lo era la Secretaría de Educación del Distrito Capital.

En los antedichos documentos se advierte la firma del Subdirector de Plantas Físicas de la Secretaría de Educación, quien tenía la función de obrar como supervisor del contrato, mas no se acreditó un acto administrativo de delegación, que le hubiera permitido asumir la función de representar al Distrito Capital en el acuerdo de voluntades propio de la liquidación bilateral del contrato.

En este sentido es claro que no puede atribuirse el efecto del acuerdo de voluntades al acta de liquidación del contrato que se exhibió en este proceso, sin la firma del representante legal de la entidad contratante, toda vez que no provino de una de parte contractual del mismo, en la forma y términos en que ella ha debido ser representada en tratándose del acta de liquidación del contrato.

Se advierte, entonces, que ante la ausencia de firma del representante legal o del delegatario con funciones de tal en representación de la entidad estatal contratante, no resulta viable para este caso aplicar la interpretación jurisprudencial consistente en la fuerza imperativa de la ausencia de salvedades en el acta de liquidación bilateral, siendo necesario en consecuencia, entrar a valorar la prueba de las discrepancias o inconformidades que el demandante expuso acerca del finiquito de cuentas de la liquidación.

Para corroborar lo anterior se observa que de acuerdo con el documento de Términos de Referencia y con el Contrato UEL-SED-VL 115, la Subdirección de Plantas Físicas de la Secretaria de Educación tenía la función de aprobar con su firma el recibo a satisfacción de los avances parciales de obra y el acta de liquidación final de obra[[29]](#footnote-29) para efecto de los pagos correspondientes. Igualmente, de acuerdo con el Contrato UEL-SED-VL 115, se requirió la participación del Subdirector de Plantas Físicas para recibir, a la terminación de la obra, todos los documentos relacionados con la consultoría, planos récord, manuales y otros documentos a efectos de incorporar las obras actualizadas a la información de la Secretaría de Educación[[30]](#footnote-30).

No obstante – se reitera- el Subdirector de Plantas Físicas de la Secretaría de Educación no representó a la entidad estatal contratante para efectos de acordar en forma bilateral el acta de liquidación del contrato, ni para dar finiquito a la cuenta final en nombre de la entidad contratante.

Como consecuencia, se reafirma que las actas de terminación y liquidación del contrato solo se tienen como prueba de los hechos, en tanto acreditan que se adelantó el trámite contractual de elaborar y aprobar dichas actas, pero no se deriva de ellas la fuerza de un acuerdo de voluntades acerca del finiquito de cuentas del contrato, ni la imposición de un paz y salvo presuntamente expedido por el contratista.

De esta manera, el solo hecho de la firma del acta de liquidación por parte de la representante legal del consorcio contratista no se puede entender como una conducta equivalente de la renuncia al derecho de discutir en vía judicial acerca de los ítems que le fueron negados en la cuenta final de liquidación del citado contrato.

**7. El caso concreto**

El problema jurídico materia del debate que ahora se desata en segunda instancia se sitúa en la debida apreciación de las pruebas en relación con la oportunidad en el pago de las actas números 13, 14 y 15 y con la inclusión de los montos correspondientes al incumplimiento y desequilibrio económico en la liquidación del contrato. Sobre el particular se considera lo siguiente:

**7.1. La oportunidad en el pago de las actas No. 13, 14 y 15**

Con el propósito de estimar la supuesta mora en el pago de las actas 13, 14 y 15 debe tenerse presente la forma de pago que fue establecida en el contrato, así:

*“El 80% del valor total de la obra del contrato se cancelará mediante pagos parciales mensuales de acuerdo con el avance de los trabajos previa presentación de actas parciales suscritas por el contratista y el interventor. El saldo de Obra: El saldo 20% del valor del contrato de obra se cancelará dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firma y aprobación del acta de liquidación final de obra”[[31]](#footnote-31).*

De acuerdo con la relación de actas contenida en el dictamen pericial de enero 12 de 2009, se establece que las tres actas referidas se presentaron a la interventoría inicialmente, así: acta 13, el 3 de agosto de 2007; actas 14 y 15, el 3 de septiembre de 2007. No obstante, en la relación de oficios cruzados con la interventoría, de acuerdo con el dictamen, se observa que para la aprobación de las actas fue necesario remitir los análisis de precios unitarios en agosto 28, octubre 8 y octubre 18 de 2007; atender las observaciones relacionadas con la acreditación del pago de parafiscales el 4 de septiembre de 2007; surtir el proceso de entrega de la ficha técnica de recepción de planos y manuales el 4 de octubre de 2007 y el 19 de octubre de 2007. Además, de acuerdo con la relación presentada por el perito, solo hasta el 31 de octubre de 2007 se remitieron las actas nuevamente con las cantidades ajustadas, luego de lo cual se surtieron los trámites de aprobación, según dio cuenta el oficio de 19 de noviembre de 2007, emitido por la interventoría.

De esta manera, no se encontró acreditada la mora en el pago, toda vez que las actas No. 13. 14 y 15 se pagaron el 28 de diciembre de 2007, dentro del el plazo contractual de 30 días hábiles contado a partir de la aprobación de las mismas.

**7.2. No existió prueba del incumplimiento del contrato**

Se precisa que con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda[[32]](#footnote-32) y antes de la admisión y notificación de la misma, las partes suscribieron varios documentos que se allegaron al plenario por parte de la entidad demandada y se decretaron como pruebas, dentro de los cuales se encontraron los que dieron cuenta de la terminación del contrato, de la entrega de la obra ejecutada y del valor aprobado por la interventoría.

En dichos documentos se destacan los siguientes:

**7.2.1.** El acta de terminación del contrato UEL-SED-VL-115-00-04, suscrita por la representante legal del Consorcio Constructor Visión 2004, el interventor y el Subdirector de Plantas Físicas de la Secretaría de Educación, en la cual se hizo constar que se suscribió de mutuo acuerdo entre los firmantes y allí fijaron las condiciones de finalización del contrato y recibo de la obra así:

*“ACTA DE TERMINACIÓN*

*“En Bogotá a los veinte y cuatro días (24) del mes de abril del año dos mil ocho (2008) se reunieron las siguientes personas: CLARA INÉS VARGAS MADRID, identificada con la cédula de ciudadanía No.52.598.946 de Bogotá en su calidad de representante legal del Consorcio CONSTRUCTOR VISIÓN 2004 (…) para suscribir de común acuerdo el Acta de Terminación del Contrato de Consultoría y Obra No. UEL-SED-VL-115-000-04 de 31 de diciembre de 2004 y dejar constancia del recibo del objeto contratado cuyas condiciones al momento de la finalización se transcriben a continuación: (…)”[[33]](#footnote-33).*

En la parte final del acta de terminación se lee:

*“El interventor certifica que el objeto contractual fue ejecutado a entera satisfacción y de conformidad con lo estipulado en la orden, por esta razón se procede a autorizar el pago final, el cual corresponde a $22’742.334 m/c, dando cumplimiento a la forma de pago pactada, quedando un saldo a la fecha de $7’392.217,80. Se certifica que a la fecha el porcentaje de ejecución es: 97.79%”[[34]](#footnote-34).*

De este documento se deriva que ocurrió la terminación del contrato por el vencimiento del plazo acordado y que tuvo lugar el recibo de la consultoría prestada y de la obra aprobada.

**7.2.2.** Por otra parte, obra en el expediente el “*ACTA DE RECIBO FINAL Y DE LIQUIDACIÓN”* del contrato *sub judice*, en la cual se estableció el balance de liquidación actualizado a mayo de 2008[[35]](#footnote-35).

Tal como se ha establecido en este proveído dicho documento no tenía la fuerza obligatoria de liberar a la Secretaría de Educación de las reclamaciones relacionadas con el incumplimiento y el desequilibrio económico que se debaten en este proceso.

Sin embargo, lo que sí prueba el acta de liquidación es que el contratista, el interventor y el Subdirector de Plantas Físicas de la Secretaria de Educación, en desarrollo de lo previsto en el contrato, suscribieron una cuenta final de liquidación y que en ese momento se dio el visto bueno del interventor del contrato a la ejecución de la obra y a la aprobación de las actas con los valores allí relacionados, de acuerdo con las funciones previstas para la interventoría dentro del referido contrato.

Pasa ahora la Sala a esclarecer las consideraciones que tuvo la interventoría para no aceptar pago adicional a los mayores valores relacionados en las actas, por concepto de los ajustes derivados del cambio de especificaciones, sobre lo cual se trae a colación la comunicación de 4 de octubre de 2007, en la cual la interventoría expresó:

*“La interventoría Universidad Distrital de igual manera le informa que los cambios al diseño arquitectónico del ED El Remanso corresponden a la solicitud directa de los supervisores del frente por parte de la SED, modificaciones que por supuesto entendemos conllevan el ajuste en planos hidrosanitarios, eléctricos, estructurales y por lo mismo a un nuevo ajuste presupuestal, sin embargo y teniendo en cuenta que el contrato* ***UED-SED-VL-115-00-04,*** *es un contrato de* ***Obra y Consultoría*** *está sujeto a los ajustes necesarios hasta que se de por aprobada la consultoría por parte de interventoría y recibida a satisfacción por parte de la SED, por tanto la interventoría Universidad Distrital considera* ***no*** *apropiada su inquietud sobre el pago adicional pactado por consultoría para el frente IED El Remanso.[[36]](#footnote-36).”* (La negrilla no es del texto).

Se encuentra la razón a la consideración de la entidad interventora, toda vez que de conformidad con la cláusula primera del contrato, dentro del alcance del Contrato UEL-SED-VL-115-00-04 -en la etapa de consultoría- antes de iniciar la ejecución de las obras era preciso que el contratista presentara los ajustes al anteproyecto aprobado por la Secretaría de Educación y que le correspondía al contratista presentar “*tantos detalles como sea necesario para la comprensión y construcción de los planos y de las especificaciones de diseño del proyecto.”*

De lo anterior se establece que de acuerdo con el alcance del objeto del Contrato UEL –SED-VL 115-00-04, era obligación del contratista realizar los cambios y ajustes del anteproyecto arquitectónico y que si ellos fueron reconocidos desde el punto de vista económico – como se explica más adelante- no se puede imputar un incumplimiento de la Secretaría de Educación en este aspecto.

En materia del supuesto incumplimiento del contrato, es de la mayor importancia establecer que la demandante no probó que los cambios en las especificaciones hubieran constituido una trasgresión del contrato, toda vez que estaban previstos como una eventualidad posible dentro del acuerdo contractual de consultoría y obra y de conformidad con ello debían ser ejecutados por la entidad contratista, bajo su propio cargo.

**7.3. El desequilibrio contractual fue restablecido**

En tratándose de los contratos objeto de liquidación bilateral, el Consejo de Estado ha advertido que el desequilibrio financiero del contrato debe ser alegado como salvedad en el acta de liquidación respectiva, en forma concreta y específica[[37]](#footnote-37).

Se reitera que aunque en este caso no se realizó la salvedad al acta de liquidación, lo cierto es que dicha acta no fue firmada por el representante legal de la entidad contratante, es decir, no se acreditó un acuerdo bilateral de liquidación del contrato y por ello la ausencia de salvedades no se puede imputar como una renuncia del contratista al derecho a alegar su disconformidad, en este caso, el supuesto desequilibrio económico del contrato.

Sin embargo, siguiendo las reglas de la carga de la prueba la ruptura del equilibrio económico debe ser probada por quien la alega (art. 177 C.P.C.).

De acuerdo con lo probado en el proceso, en el trámite del proyecto de transacción que no llegó a firmarse, el interventor inicialmente indicó en comunicación CSEDUD-07-04667 de 19 de noviembre de 2007, que, en su criterio, se debían seguir las conversaciones – como en efecto ocurrió, de conformidad con el contenido de las pruebas- en relación con las obras pendientes, con el fin de definir un acta de fijación de precios:

*“Con respecto al frente IED Marco Antonio Carreño sede A (El Remanso) y una vez descartada la posibilidad de realizar el equilibrio económico mediante una Transacción por negativa del contratista Consorcio Constructor Visión 2004, la interventoría considera que la entidad contratante SED de oficio tiene la obligación legal de equilibrar las finanzas del contrato para hacer viable la ejecución inmediata de la obra para lo cual se propone realizar un acta de fijación de precios de común acuerdo entre las partes en donde se incluyen algunos ítems con precios contractuales 2004, ítems con precios de listado de referencia SED 2006 e ítems con análisis de Precios Unitarios (APU) presentados por el contratista constructor Visión 2004 en el año 2007 pactados de acuerdo a los precios de mercado, para el efecto se cita al contratista Consorcio Constructor 2004 el día 20 de noviembre de 2007[[38]](#footnote-38)”*

Ahora bien, con posterioridad a esa comunicación, según aprecia la Sala, las conversaciones acerca del valor del desequilibrio económico del contrato, surtieron fruto, toda vez que el contratista obtuvo que los precios utilizados para definir los costos finales de la obra en las sedes España y Marco Antonio Carreño fueran actualizados tal como se estableció en el *“ACTA DE FIJACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PRECIOS UNITARIOS No. 2”,* suscrita el 23 de abril de 2008 por la representante legal del contratista, el interventor y el Subdirector de Plantas Físicas de la Secretaría de Educación.

En dicha acta se hizo constar el rubro de *“ACTIVIDADES ACTUALIZADAS CON PRECIOS DEL LISTADO DE REFERENCIA SED 2007”* y el correspondiente a “ACTIVIDADES NO PREVISTAS CON ANÁLISIS DE PRECIOS UNITARIOS”[[39]](#footnote-39),

En el encabezado de dicha acta se establece que:

*“(…) con esta acta de fijación se pactó de común acuerdo que con el fin de* ***equilibrar las finanzas*** *del Contrato No. UEL-SED-VL-115-00-04 de 30 de Diciembre de 2004, las partes proceden a la correspondiente Fijación y Aprobación de Precios Unitarios así: (…)”.* (La negrilla no es del texto).

En la misma forma obran en el plenario los anexos contentivos de los cuadros firmados por la representante legal del contratista, el interventor y el Subdirector de Plantas Físicas de la Secretaria de Educación, en los cuales se relacionaron los valores de los jornales, el costo de equipos, materiales y mano de obra. Se observa que los ítems aludidos corresponden a los componentes del costo directo de la obra que se soportó en el acta de liquidación[[40]](#footnote-40), ante lo cual se tiene probado que el resarcimiento del desequilibrio económico fue incluido en las cifras de las actas de liquidación del contrato, las cuales fueron pagadas de conformidad.

Por esta razón se entiende probado que la entidad contratante accedió a restablecer el equilibrio económico del contrato e incluyó las sumas correspondientes en las actas cuyo valor pagó al contratista[[41]](#footnote-41).

En virtud de lo expresado se concluye que los aspectos relacionados con la ruptura del equilibrio económico del contrato que planteó inicialmente el contratista, finalmente fueron materia de tasación en forma posterior a la fecha de la demanda y se incluyeron en el acta de liquidación y en los pagos correspondientes, de acuerdo con lo que se desprende de las pruebas-.

Se advierte que el demandante argumentó en materia de desequilibrio económico el “*aumento inusitado y grave en los precios de los insumos debido a la mayor permanencia en obra”* y que de acuerdo con lo que se acreditó en este proceso tal aumento fue el establecido en el acta de ajuste de 23 de abril de 2008, con fundamento en los precios de 2007, la cual se utilizó como base de las cifras finales reconocidas y pagadas con fundamento en el acta No. 18 de julio 28 de 2008.

De esta manera se confirma la apreciación del Tribunal *a quo* en cuanto a que el interventor aprobó dentro de las cuentas presentadas por el contratista el valor del desequilibrio económico causado para los distintos frentes de obra y que, por ello, desapareció el objeto de la reclamación que se indicó en este proceso.

La Sala confirma que la pretensión de desequilibrio económico fue superada con posterioridad a la presentación de la demanda, que la prueba de ello se allegó al proceso en la contestación de la demanda y fue debidamente decretada y debatida en el *sub lite.*

**7.4. Apreciación de las pruebas aportadas en segunda instancia.**

Procede esclarecer si las comunicaciones aportadas por el contratista constituyeron salvedad en relación con el contenido de la liquidación, asunto que tiene que ser considerado especialmente frente al hecho de que en este caso no hubo una constancia de paz y salvo ni de transacción entre las partes.

La Sala advierte que el acta de recibo final y liquidación discriminó la información en tres cuadros: en el primero las condiciones de cantidades y precios originales del contrato, rubro a rubro; en el segundo, el valor ejecutado en cantidades y precios de cada uno de los ítems y en el tercero, los valores acumulados. Adicionalmente en la parte final del acta, dentro del cuadro denominado “*RESUMEN EJECUTIVO”,* se consolidó el valor total de los costos directos, el AIU y se indicó el saldo resultante a favor de la Administración por $7’392.219,29.

No se pasa por alto que para la fecha en que se suscribió el acta de liquidación el contratista ya había presentado la demanda. Se precisa que el referido documento fue aportado como prueba en la contestación de la demanda[[42]](#footnote-42) y acogido por el Tribunal *a quo* para su valoración en este proceso mediante auto de 14 de agosto de 2008.

Ahora bien, en este proceso el contratista no probó ejecución del contrato por valor superior al que presentó para la aprobación de las cifras en el acta de liquidación y como ya se estableció, dicho contratista –ahora demandante- no puede salir avante con un reconocimiento del desequilibrio económico toda vez que está demostrado que el valor correspondiente fue incorporado en el ajuste de precios que se tramitó y pagó en su momento.

**7.4.1 Las comunicaciones posteriores a la firma del acta de liquidación no aportan nueva prueba acerca de los supuestos derechos que ahora se debaten**

La demandante indicó que con posterioridad al acta de liquidación, mediante comunicaciones de 19 de junio y de 28 de julio de 2008, hizo constar las *“anomalías*” en relación con el trámite del acta de liquidación.

La Sala se detiene a continuación en el análisis de las pruebas correspondientes:

**7.4.1.1.** Comunicación de 19 de junio de 2008. Se precisa que en la comunicación de 19 de junio de 2008 dirigida a la interventoría, el contratista dio contestación a una solicitud de soportes requerida para el pago de los saldos pendientes relacionados en el acta de liquidación, contenidos en el acta número 18 y en el acta final.

En esa comunicación el contratista rechazó el requerimiento de nuevos soportes y relacionó diez puntos referidos a la ejecución del contrato y a la *“tolerancia”* que había tenido el consorcio al admitir los requerimientos anteriores de la interventoría para finiquitar el trámite de pago correspondiente.

Allí enumeró sus afectaciones por el aumento de gastos de administración, la pérdida financiera por utilidades que no pudo facturar en el tiempo inicialmente previsto para el contrato, el aumento de aportes parafiscales de las integrantes del consorcio por la mayor duración del contrato, el lucro cesante y el interés de mora que se habría causado por los mayores tiempos de ejecución del contrato.

En esa comunicación el consorcio contratista se refirió a conceptos no pactados en el contrato, teniendo en cuenta que la remuneración del mismo estaba prevista bajo la modalidad de “*precios unitarios fijos, sin fórmula de reajuste”*[[43]](#footnote-43).

Por otra parte, debe tenerse presente que el tiempo de suspensión del contrato del que pretendió derivar perjuicios, surgió como fruto de los sucesivos acuerdos entre las partes de conformidad con el texto de las actas de suspensión y que no se ocasionó extralimitación del plazo de 90 días de *ejecución* contractual, además de que no tuvo lugar una sobre ejecución de obra o de actividades ni se afectó mayor valor del presupuesto asignado al contrato.

Se agrega que con esa comunicación no se demostraron actividades adicionales a las acordadas e incorporadas en las actas de obra, ni costos distintos de los que se reconocieron en el acta de ajuste de precios de 23 de abril de 2008.

Las anteriores consideraciones se corroboran con la aclaración del dictamen presentado por el perito ingeniero civil, toda vez que en la experticia relacionó las sucesivas suspensiones e indicó que el aplazamiento de los términos contractuales correspondió a las actas suscritas entre las partes[[44]](#footnote-44).

Por tanto, las suspensiones surgieron en desarrollo del contrato, tuvieron por efecto aplazar la época en la que se ejecutó el mismo y conllevaron el ajuste de los precios de referencia entre 2004 y 2007, el cual surgió precisamente de la propuesta del contratista, el cual logró la aprobación de la interventoría y del Subdirector de Plantas Físicas de la Secretaria de Educación y se encontró reconocido en el acta de fijación de precios suscrita el 23 de abril de 2008.

Por todo lo anterior, la comunicación de junio 19 de 2008, no pasó de constituir una exposición de argumentos con el objeto de rechazar la solicitud de nuevos soportes y urgir la aprobación y el pago del acta número 18 y del acta final de liquidación, la cual se realizó el 31 de julio de 2008, de conformidad con el dictamen pericial.

**7.4.1.2.** Comunicación de 28 de julio de 2008, la cual que se allegó al proceso por la vía del decreto de pruebas en segunda instancia. En la comunicación de 28 de junio de 2008 el contratista no concretó una mayor valor de la liquidación sino que explicó a la Contraloría Distrital, con copia a la Secretaría de Educación, las circunstancias acerca de las *“anomalías”* que se habían presentado en el trámite del Acta de Liquidación, en la medida en que se habrían cambiado algunos datos de las hojas intermedias del acta, con posterioridad al 24 de abril de 2008, fecha que se indicó en la referida acta.

A juicio de la Sala tal comunicación no acreditó una reclamación de mayor valor, ni atacó el contenido de las cifras de la liquidación, toda vez que los montos del cuadro resumen y el saldo final de liquidación no fueron cuestionados ni afectados por la comunicación contentiva de las explicaciones a la Contraloría Distrital, que ahora se reseña.

Se agrega que aunque hubiera ocurrido una variación o ajuste en los datos de las hojas intermedias, el resultado final de ejecución y liquidación del contrato no varió ni se cuestionó en las aclaraciones que fueron expuestas a la Contraloría Distrital.

Por otra parte, se puntualiza que la comunicación de julio 28 de 2008 evidencia un proceso de formación de la voluntad en la aprobación de la cuenta final de liquidación por parte del contratista toda vez que indicó a la Contraloría Distrital que el 13 de junio de 2008 la interventoría y el contratista revisaron el proyecto y que en relación con la sede IED Marco Antonio Carreño se firmó un acta corregida el 20 de junio de 2008, radicada con el número 2414. Ese número coincide con el que aparece en la parte superior del acta de terminación aportada al proceso.

Es decir que si hubo cambios posteriores a la fecha que se dejó consignada en el acta de liquidación, ellos no incidieron en el contenido final de las cifras aprobadas por la representante legal del contratista.

Por último, con fundamento en la comunicación de julio 28 de 2008 se corrobora que la última hoja del acta contentiva del cuadro resumen de la liquidación y de la firmas, no se desconoció por parte del contratista, así:

**“***Más extrañeza de parte nuestra, fue que, con el oficio CSEDUD-08-03087 la interventoría niega el arreglo efectuado en el proyecto de Acta de Liquidación presentado por nosotros, siendo que el día 17 de julio los funcionarios de la misma habían aceptado el cambio de las ocho primeras hojas,* ***dejando únicamente la última, la de la firma del proyecto de Acta de Liquidación,*** *entregada a la mano para la revisión de la Arq, Directora de obra Luz Stella Alvarado Uribe, Copia radicada a ese Despacho por la Interventoría”.* (La negrilla no es del texto).

**7.5. Consideración final acerca del dictamen del contador público**

Aunque las consideraciones antes expuestas soportan en este caso la confirmación de la sentencia de primera instancia, la Sala estima útil realizar unas anotaciones finales sobre el contenido del dictamen presentado por el perito contador público.

De acuerdo con el dictamen se corrobora que mediante actas de suspensión sucesivas las partes aplazaron los tiempos de espera para iniciar y continuar la ejecución contractual por más de mil días, por lo cual finalmente indicaron que la ejecución del contrato terminó el 29 de enero de 2008 y que el plazo total del contrato –incluyendo la etapa de liquidación- terminó el 28 de abril de 2008[[45]](#footnote-45).

Desde la perspectiva que otorga el conjunto de actas referidas por el perito debe anotarse que de acuerdo con los términos de referencia y con el acta de prórroga No. 1 a la suspensión No. 1, la suspensión inicial – que luego se amplió- obedeció a un factor que estaba previsto en los Términos de Referencia, esto es, al tiempo requerido para la entrega de los trámites correspondientes a las licencias de construcción y/o ampliación que debían ser asumidos por el contratista, algunos de los cuales se estaban adelantando por la Secretaría de Educación dentro del proyecto integral de infraestructura y prevención de riesgos de los centros educativos[[46]](#footnote-46), tal como se advirtió desde los Términos de Referencia.

De esta manera, resulta equivocado estimar los tiempos de espera (dispuestos para recibir los estudios y aprobaciones requeridas en orden a iniciar la consultoría) como tiempos que habrían causado mayores costos a cargo de la entidad contratante en la ejecución de la obra contratada.

En consecuencia, en la medida en que los cálculos del perito contador no se apoyaron en una evidencia de actividades que puedan enmarcarse en el rubro de mayor permanencia en obra, sino en la sumatoria de días sin distingo del contenido de tales plazos, sus conclusiones carecieron de idoneidad probatoria para llevar a la evidencia de un sobrecosto a cargo de la Secretaría de Educación del Distrito Capital efectivamente sufrido por el referido concepto y tampoco era indicativas del incumplimiento o desequilibrio financiero.

Por otra parte, para el caso en cuestión se estima improcedente adoptar la metodología de cálculo de ajuste de la utilidad final que realizó el perito, toda vez que no era pertinente en relación con un contrato pactado bajo la modalidad de precio fijo sin ajuste, en el cual la utilidad se debía determinar como un porcentaje de los costos de obra -como en efecto lo fue en el acta de liquidación-.

Se observa que el monto de la utilidad fue ajustado de acuerdo con el procedimiento específico de que dieron cuenta los informes de interventoría, bajo el cual se definieron y valoraron las modificaciones de obra que fueron acordadas con los ajustes a precios de 2007 propuestos por el contratista y sobre ellos se aplicó el porcentaje de AIU. Por ende se determinó la correspondiente utilidad de acuerdo con el contrato, sin exceder el monto total del presupuesto y con la aprobación de la interventoría. Es decir que el ajuste de la utilidad fue considerado al definir los precios y cantidades ejecutados.

Los gastos administrativos liquidados por el perito en relación con la extensión de las pólizas de seguro por razón del mayor lapso en que el contrato estuvo vigente, tampoco pueden ser involucrados dentro del concepto de incumplimiento o de desequilibrio contractual, en relación con un contrato en el cual el AIU se determinó y reconoció como un porcentaje de los costos directos y en el cual no existió la modalidad de reembolso de los gastos.

Es decir, el gasto correspondiente a la extensión de la póliza de seguro provino de un hito posible en el contrato, el cual generó unos tiempos de espera a riesgo del contratista, por tanto a su cargo, amén de que sobre lo ejecutado se reconoció el ajuste del gasto de administración con base en los costos correspondientes, es decir se remuneró el referido gasto de acuerdo con la fórmula de precio establecida en el contrato.

**7.6. Conclusiones acerca de la improcedencia de las pretensiones**

La Sala concluye que no hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que no se demostró incumplimiento del contrato por parte de la entidad demandada y tampoco un supuesto desequilibrio económico que no hubiera sido restablecido.

Por ello aunque no se firmó un documento de transacción, como tampoco se exhibió un acta de liquidación suscrita por el representante de la entidad estatal, lo cierto es que el demandante no probó derecho a mayores valores que los que allí le fueron relacionados y posteriormente pagados, de acuerdo con lo que indicó la prueba pericial proveniente del perito ingeniero civil.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el contratista no probó la ocurrencia de un incumplimiento a cargo de la contratante, ni demostró un valor por desequilibrio económico que no le hubiera sido reconocido, se confirma que el demandante no puede salir avante con las reclamaciones tendientes a que se revoque la sentencia y se le reconozca un mayor valor a pagar.

**8. Costas**

Habida cuenta que para el presente proceso tiene lugar la aplicación del artículo 55 de la Ley 446 de 1998 de acuerdo con el cual debe tenerse en cuenta la conducta de las partes para la imposición de costas y que en el *sub lite* ninguna de las partes obró en forma temeraria, se concluye que en el presente asunto no habrá lugar a imponer condena en costas.

##### F A L L A

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión, el 28 de octubre de 2011.

**SEGUNDO:** SIN condena en costas.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Acta de reinicio a la Prórroga No.2 – anexo fijación de precios unitarios. [↑](#footnote-ref-1)
2. Acta de fijación y determinación de precios unitarios [↑](#footnote-ref-2)
3. Comunicación 64 del 28/07/08, dirigida a la Contraloría y a la Personería de Bogotá, radicada ante la Secretaría de Educación, obrante en los folio 222 a 225, cuaderno principal y auto de 24 de agosto de 2012, folios 248 a 250, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículos 2 y 75. [↑](#footnote-ref-4)
5. El criterio orgánico se refiere a la asignación de la jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales con base en la naturaleza de entidad pública de cualquiera de las partes del contrato, definida de acuerdo con la enumeración del artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Este criterio fue corroborado como regla general para la determinación de la jurisdicción competente, de acuerdo con las modificaciones introducidas por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, la cual entró a regir el 8 de julio de 1998 y por el artículo 1º de la Ley 1106 de 27 de diciembre 2007. Igualmente constituye la regla general de jurisdicción y competencia en el medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) el cual entró a regir el 2 de julio de 2012. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 8 cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2007, toda vez que la demanda se presentó el 8 de noviembre de 2007. [↑](#footnote-ref-7)
8. El recurso de apelación se presentó el 9 de febrero de 2012. Se observa que no hay lugar a estudiar la aplicación de la Ley 1437 de 2011, contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo -C.P.A.C.A.- de conformidad con el artículo 308 de la citada codificación, además de que entró a regir con posterioridad a la apelación, el 2 de julio de 2012. [↑](#footnote-ref-8)
9. *“d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;”* [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 8 y 9, tomo 14. cuaderno 18. [↑](#footnote-ref-10)
11. El Consejo de Estado en Sala Plena de la Sección Tercera, mediante sentencia de 25 de septiembre de 2013 resolvió *“****UNIFICAR la Jurisprudencia*** *en relación con la capacidad con la cual cuentan los consorcios para comparecer como partes en los procesos judiciales en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen”.* [↑](#footnote-ref-11)
12. En el mismo sentido que lo dispone el artículo 146 del Código General del Proceso (C.G.P.). [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2013. M.P.: Dr. Enrique Gil Botero. Expediente: 25.022. [↑](#footnote-ref-13)
14. Tomo 1 y 2 de pruebas, correspondientes a los cuadernos 5 y 6. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 284 y 245, Folios 259 y 260, cuaderno tomo 3, cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 54 a 65, tomo 12, cuaderno 14, Folios 35 a 38, tomo 14, cuaderno 18. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 14, 21 y 22, tomo 12, cuaderno 14. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 182 y 183, tomo 12, cuaderno 14. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 53, tomo14, cuaderno 18. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 34, tomo 14, cuaderno 18. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 373 a 378, cuaderno 1.

    [↑](#footnote-ref-21)
22. CSEDUD-07-3962, de 4 de octubre de 2007 suscrita por el Gerente de Interventoría, folios 379 y 380, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-22)
23. Cuaderno 19. [↑](#footnote-ref-23)
24. Cuaderno 20. [↑](#footnote-ref-24)
25. Punto 3.1.4. de los términos de referencia, el cual aparece descrito en el dictamen del perito ingeniero civil obrante en los folios 17 y 18 del cuaderno 20. [↑](#footnote-ref-25)
26. Tomo 1 y 2 de pruebas, correspondientes a los cuadernos 5 y 6. [↑](#footnote-ref-26)
27. “*La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe a quién y cuánto. Como es lógico se trata de un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad. La jurisprudencia de la Sección Tercera reiteradamente ha sostenido y así lo confirma ahora, que una vez el contrato haya sido liquidado de mutuo acuerdo entre las partes, dicho acto de carácter bilateral no puede ser enjuiciado por vía jurisdiccional, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), o alguna otra causal de nulidad que tienda a invalidarla”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 4 de diciembre de 2006, radicación número: 76001-23-31-000-1996-03097-01(16541), actor: Javier Alonso Quijano Alomia, demandado: Departamento del Valle, referencia: contractual - apelación sentencia.

    En el mismo sentido se ha reiterado la jurisprudencia en diversas oportunidades, por ejemplo, en la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente (E): Hernán Andrade Rincón, sentencia de 27 de mayo de 2015, radicación: 540012331000200001661 01, expediente: 38695, actor: Consorcio Construcar, demandado: INPEC, referencia: contractual – apelación sentencia. En esta última sentencia se citó el recuento de los pronunciamientos anteriores en el mismo orden, así: “*Consejo de Estado, Sección Tercera, entre otras sentencias se citan las siguientes: Sentencias de 25 de noviembre de 1999, Exp. 10893; de 6 de mayo de 1992; exp. 6661, de 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165, de 30 de mayo de 1991, Exp. 6665, de 19 de julio de 1995, Exp. 7882; de 22 de mayo de 1996, Exp. 9208”.* [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 11 de abril de 2012, radicación número: 52001-23-31-000-1996-07799-01(17434), Actor: Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., demandado: Municipio de Chachaguí; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente (E): Hernán Andrade Rincón, sentencia de 27 de mayo de 2015, radicación: 540012331000200001661 01, expediente: 38695, actor: Consorcio Construcar, demandado: INPEC, referencia contractual – apelación sentencia. [↑](#footnote-ref-28)
29. Cláusula novena, forma de pago, folio 88, cuaderno 20. [↑](#footnote-ref-29)
30. Cláusula Cuarta, numeral 15, Contrato UEL-SED-VL-115, obrante al folio 85, cuaderno 20, texto similar al contenido en el numeral 17), punto 3.1.3., página 42, Convocatoria Pública No. PMC-SED-DSA-UEL-272-2004, folio 43, tomo 1 de 14. [↑](#footnote-ref-30)
31. Cláusula Novena, filio 73, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-31)
32. 8 de noviembre de 2007. [↑](#footnote-ref-32)
33. Páginas 8 y 9, tomo 14, cuaderno 18. [↑](#footnote-ref-33)
34. Páginas 8 y 9, tomo 14, cuaderno 18. [↑](#footnote-ref-34)
35. De acuerdo con la fecha en que fue suscrita por el Subdirector de Plantas Físicas de la Secretaría de Educación, según hizo constar junto a su firma. [↑](#footnote-ref-35)
36. Oficio CSEDUD-07-3962 de octubre 4 de 2007, folios 109 y 110, cuaderno 19. [↑](#footnote-ref-36)
37. *“En consecuencia, el recurrente no podría, so pretexto de haber consignado en el acta de liquidación que no está de acuerdo con los valores tasados y ‘****que se reserva el derecho a la reclamaciòn’****, acudir a esta vía –jurisdiccional– a formular como pretensiones aquellas que en el momento oportuno no manifestó como motivos de inconformidad respecto de la misma, pues, además, no basta con la manifestación de cualquier reclamo, ni mucho menos, de la expresión genérica de dejar constancia de no estar de acuerdo con los valores o de ‘reservarse el derecho a reclamar’, sino de aquél que deviene claro, concreto y expreso, tal como se ha venido reiterando de manera consistente por esta Corporación*”. Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, Magistrado Ponente Hernán Andrade Rincón, sentencia de 31 de marzo de 2011, radicación: 68001-23-15-000-1997-00942-01(16246), actor: Ever Alfonso Suárez Lagos, demandado: Empresa Colombiana de Petróleos, referencia: contractual - apelación sentencia. [↑](#footnote-ref-37)
38. Folios 129 a 133, tomo 12, cuaderno 14. [↑](#footnote-ref-38)
39. Folio 52 y 53, tomo 14, cuaderno 18. [↑](#footnote-ref-39)
40. Folios 54 a 65, tomo 14, cuaderno 18. [↑](#footnote-ref-40)
41. La conclusión sobre el pago de la totalidad de las actas de obra, coincide con lo que afirmó la entidad demandada y se apoya en la relación de actas y fechas de pago contenidas en el dictamen del perito ingeniero civil, presentado el 12 de enero de 2009, de acuerdo con el cuadro obrante en los folios 72 y 73 del cuaderno contentivo del dictamen.

    [↑](#footnote-ref-41)
42. Folio 140 cuaderno 1 [↑](#footnote-ref-42)
43. Cláusula primera, folio 79, cuaderno 20 [↑](#footnote-ref-43)
44. Folios 61 a 63, cuaderno 20, contentivo de la relación de las suspensiones del contrato. [↑](#footnote-ref-44)
45. De acuerdo con la cláusula décima octava del contrato, sub judice se aprecia, el siguiente pacto contractual acerca del término y el procedimiento para liquidar el contrato:

    **“***Dentro del término de cuatro (4) meses contados desde la fecha de finalización del contrato o de la fecha de expedición del acto que ordene la terminación o de la fecha del acuerdo que lo disponga, el Contratista y el interventor suscribirán un acta de liquidación en donde se incluirá el estado contable del contrato, el valor final del mismo, los datos de la garantía única con sus respectivos amparos y vigencias, así como la certificación del cumplimiento del Contratista de las obligaciones adquiridas por el y la descripción de los trabajos adelantados con sus respectivas fechas de iniciación y terminación”,* [↑](#footnote-ref-45)
46. Acta de 16 de abril de 2005, folio 235, cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-46)