**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Controversias contractuales – Contratos objeto de liquidación**

En efecto, se dijo que, vencidos los términos para liquidar consensual y unilateralmente, iniciaba el cómputo del bienio de la caducidad de la acción contractual, aun si dentro de ese interregno se producía una liquidación bilateral o unilateral, por cuanto tal acto en modo alguno revivía términos para computar la caducidad que ya había empezado a correr.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Oportunidad**

Ahora bien, dada la nueva integración de la Sala, el criterio preponderante apunta a tener como parámetro para determinar la oportunidad del medio de control de controversias contractuales, la fecha de suscripción del acta de liquidación bilateral o la ejecutoria del acto de liquidación unilateral, según fuere el caso.

**LUCRO CESANTE – Indemnización – Disponibilidad de la maquinaria – Sobrecostos**

En consecuencia, para la Sala la certificación aportada con la oferta no constituye prueba fehaciente de disponibilidad de la maquinaria ofrecida por el contratista, para la época de la suscripción del contrato. Razón suficiente para concluir que no es procedente el reconocimiento de indemnización por lucro cesante reclamada frente a este punto. (…) Tampoco basta con afirmar la existencia de sobrecostos por la disponibilidad de maquinaria, por cuanto resulta indispensable acreditarlos. Además, le correspondía a la parte interesada demostrar que el perjuicio económico se produjo por una conducta atribuible de manera exclusiva a la entidad contratante. Toda vez que estas circunstancias no fueron probadas por la parte actora, no es posible acceder al reconocimiento del perjuicio por concepto de lucro cesante reclamado por el contratista.

**RECLAMACIÓN PECUNIARIA – Remuneración de la actividad de excavación**

En tal sentido no está llamado a prosperar el reclamo, en lo que al presunto yerro de la entidad al catalogar las excavaciones como explanaciones se refiere. En este evento, la diferencia en la labor ejecutada se mantuvo en el plano de las afirmaciones del contratista, a quien le correspondía demostrar que ejecutó la actividad y no lo hizo.

**OBRAS ADICIONALES – Concepto**

Con el fin de esclarecer la apreciación manifestada por el contratista, es preciso advertir que la Sección Tercera ha definido las obras adicionales como obras distintas de las inicialmente previstas en el objeto contractual, o ítems no previstos pero cuya ejecución se torna necesaria para cumplirlo a cabalidad, en tal sentido su reconocimiento implica variación del contrato. Bajo esta línea, su reconocimiento implica que la entidad contratante las haya autorizado y se consagren en el contrato a través de modificación de mutuo acuerdo o de manera unilateral, y no obedezcan a la iniciativa del contratista de realizarlas sin consentimiento de la entidad.

**CONTRATO ADICIONAL – Reclamación posterior**

Encuentra la Sala que el contratista, a través de su manifestación de voluntad consignada en el contrato adicional, aceptó que la ampliación en el plazo era suficiente para ejecutar las obras pendientes, lo cual se colige, toda vez que no formuló reparo o reclamación expresa frente a los efectos económicos que pudiera tener esta ampliación en el plazo. En consecuencia, no resulta procedente una reclamación posterior a través del ejercicio de la acción de controversias contractuales. En este evento, no es admisible entender del silencio del contratista una ausencia de renuncia de los efectos económicos de la adición en plazo del contrato, sino su aceptación, en tanto el asentimiento a la variación en el plazo, informa una aprobación de las condiciones en las que a partir de la prórroga se ejecutaría el contrato de obra. En consecuencia, no resulta admisible obtener el reconocimiento de los perjuicios presuntamente causados con la ampliación del plazo contractual.

**ANTICIPO – Ammortización del anticipo – Elemento de prueba**

La Sala observa que no fue aportado elemento de prueba a partir del cual se pueda considerar, en primer lugar, el tiempo y la forma en que se produjo el pago del anticipo al contratista por parte del municipio de Medellín, y en segundo término, cómo se produjo durante la ejecución contractual su amortización.

**MULTAS – Contrato de obra**

La Sala considera que en vigencia de la Ley 80 de 1993 era posible pactar cláusulas relacionadas con multas; no obstante, en modo alguno el pacto llevaba a la asignación de facultad a la entidad para hacerlas efectivas directamente, toda vez que era preciso acudir al juez del contrato. (…) En el caso concreto, resulta evidente que las partes pactaron en la cláusula octava, los supuestos frente a los cuales el contratista se hacía merecedor de multas, ya por mora o por incumplimiento de sus obligaciones, pero no se atribuyó facultad para que el municipio de Medellín mediante acto administrativo las hiciera efectivas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá., D.C., 3 de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 50001-23-31-000-2000-03535-01(37281)**

**Actor: CARLOS MARIO HINCAPIE MOLINA**

**Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLÍN**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Temas: Oportunidad de la demanda cuando ocurre la liquidación del contrato. Nulidad de acto de liquidación unilateral. Respuesta a reclamaciones del contratista y responsabilidad por presunto incumplimiento. Carga de la prueba para desvirtuar presunción de legalidad de acto administrativo contractual.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 15 de abril de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual declaró la nulidad del literal D) del artículo primero de la resolución n.º 08 de 1998, por medio de la cual el municipio de Medellín ordenó la liquidación del contrato 2060 de 1665 (sic) y negó las demás pretensiones de la demanda (fl. 608 a 647, c. ppal., segunda instancia).

**SÍNTESIS DEL CASO**

El 18 de diciembre de 1995, el municipio de Medellín celebró el contrato nº. 2060 con Carlos Mario Hincapié Molina, cuyo objeto fue la “Ampliación de la avenida de Los Industriales”, entre las calles 10ª y 29, de acuerdo con los ítems de cantidades y precios de la propuesta presentada por el oferente y corregida por el Municipio - Unidad Ejecutora. El contrato en mención fue prorrogado en plazo a través del contrato adicional n. º 2489 del 6 de diciembre de 1996 (f. 356 a 357 c. ppal.) y en valor mediante contrato adicional n.º 2577 del 27 de diciembre de 1996 (fl. 358 a 359 c. ppal.1)

Mediante resolución n.º 1639 del 18 de noviembre de 1996, el Alcalde de Medellín impuso sanción de multa al contratista Carlos Mario Hincapié Molina (fl. 442 a 444 c. ppal. 1)

El 26 de mayo de 1997, el contratista Carlos Mario Hincapié Molina formuló reclamación a la entidad (fl. 389 a 399 c. ppal. 1). Mediante resolución n. º 1103 del 4 de agosto de 1997, el alcalde de Medellín, en respuesta a la reclamación formulada por el contratista, negó el pago de los conceptos reclamados (fl. 400 a 405 c. ppal.).

El municipio de Medellín liquidó unilateralmente el contrato 2060 de 1995 y sus adicionales 2489 y 2577 de 1996, mediante resolución nº. 8 de 1998 (fl. 448 a 456 c. ppal.)

El demandante pretende la nulidad de i) las resoluciones n.° 1103 de 1997 y 1586 de 1997, por las cuales el municipio de Medellín negó la reclamación presentada por el contratista el 26 de mayo de 1997 ii) la resolución que liquidó unilateralmente el contrato 2060 de 1995 y sus adicionales 2489 y 2577 de 1996 (Resolución n.º 08 de junio 16 de 1998), y iii) la resolución n°. 1639 de 1996, mediante la cual el municipio de Medellín multó al contratista por la mora en la entrega de las obras convenidas en el contrato 2060 de 1995.

1. **ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

El 28 de agosto de 2000 (fl. 28 c.ppal), Carlos Mario Hincapié Molina presentó demanda en contra del municipio de Medellín, en ejercicio de la acción contractual (fls. 1 a 28, c. ppal).

**1.1. Síntesis de los hechos**

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 4 a 25, c. ppal.):

1.1.1. El ingeniero Carlos Mario Hincapie Molina participó como oferente en la licitación pública n. º 01 de 1995, abierta por el municipio de Medellín para contratar la “ampliación de la avenida de Los Industriales” entre calles 10 y 29.

1.1.2. El 17 de agosto de 1995, el ingeniero Hincapié, se desplazó a la ciudad de Medellín para notificarse personalmente de la adjudicación del contrato, que se había efectuado por el municipio demandado veintisiete días antes, en resolución 1458 del 21 de julio de 1995.

1.1.3. El ingeniero contratista decidió acogerse a lo estipulado en el numeral 2.4. del pliego de condiciones de la licitación, según el cual el municipio dispondría de siete días hábiles, a partir de la notificación de la adjudicación, para entregarle el contrato, y el contratista de diez para, una vez recibido, devolverlo legalizado con la documentación exigida. A su vez, el municipio contaría con cuarenta (40) días hábiles a partir de la fecha de adjudicación para perfeccionar y legalizar el contrato.

1.1.4. El 12 de septiembre de 1995, el ingeniero Hincapié se trasladó a la ciudad de Medellín para firmar y legalizar el contrato, a pesar del incumplimiento del municipio demandado. El funcionario Pablo Jaramillo, de la Unidad Ejecutora de Obras del municipio de Medellín, le manifestó que no podía entregarlo por instrucciones del director de la unidad, toda vez que los términos establecidos para su firma habían vencido el 11 de septiembre de 1995.

1.1.5. Ante la negativa, el ingeniero Hincapié Molina radicó un oficio en el que dejó constancia escrita de su presencia el 12 de septiembre de 1995, en las oficinas del municipio de Medellín.

1.1.6. El 22 de septiembre de 1995, el ingeniero Hincapié recibió vía fax un aviso suscrito por Rodrigo Caicedo Villegas, director de la unidad ejecutora de obras del municipio de Medellín, por el cual se le citaba para ser notificado de un acto administrativo expedido por el municipio. El 27 de septiembre le fue notificada personalmente la resolución 1821 Bis del 12 de septiembre de 1995, por la cual se hizo efectiva la garantía de seriedad presentada en su oferta, por un monto de sesenta y nueve millones novecientos tres mil seiscientos dieciséis pesos con cincuenta centavos ($69.903.616,50), y como consecuencia revocó la adjudicación hecha en su favor y lo inhabilitó para contratar con el Estado por un término de cinco años.

1.1.7. El ingeniero Hincapié Molina formuló recurso de reposición contra la resolución 1821 Bis, que decidido a favor del recurrente mediante resolución n.º 2247 de noviembre 21 de 1995.

1.1.8. El 18 de diciembre de 1995, el ingeniero Hincapié suscribió con el municipio de Medellín el contrato n.º 2060 de 1995, para la *“Ampliación de la Avenida de Los Industriales entre calles 10 y 29”*. En los términos del numeral 2.4 del pliego de condiciones, la firma del contrato debió realizarse noventa y ocho días antes, el 12 de septiembre.

1.1.9. La obra se inició el 12 de febrero de 1996, cincuenta y seis días después de firmado el contrato. En el evento de haberse iniciado en el término fijado en el pliego de condiciones, las obras debieron iniciarse a más tardar el 17 de octubre de 1995.

1.1.10. Debido a una conducta contraria al principio de legalidad por parte del municipio, la iniciación de la obra se realizó con un atraso de 117 días, circunstancia que le produjo perjuicios al contratista, quien en razón a las obligaciones legales del acto de adjudicación, mantuvo disponibles para la ejecución de la obra, la maquinaria y equipo de su propiedad ofrecido en su propuesta. El contratista reclamó el reconocimiento de indemnización por concepto de lucro cesante en la suma de doscientos treinta y seis millones trescientos cuarenta mil pesos ($236.340.000) por el tiempo en que la maquinaria estuvo disponible para la ejecución de las obras.

1.1.11. Además, desde el inicio y durante la ejecución de la obra se evidenciaron errores por parte del municipio de Medellín, en la planeación, concepción y adjudicación de la obra, que el demandante resume de la siguiente manera:

a. Clasificó de manera confusa algunas de las obras a ejecutar haciendo incurrir en error al contratista en la elaboración de su propuesta, específicamente al reconocerle excavaciones como explanaciones.

b. Hizo incurrir al contratista en error, al solicitarle ofertar un precio para el suministro y colocación de dos controladores de semáforos, descritos en el ítem 5.521., del pliego de condiciones como *“controladores locales AD 1820”*; no obstante, el 5 de noviembre de 1996, varió la especificación por otra distinta, y requirió al contratista la instalación de controladores *“Peek AD 1820”*, situación que le generó un perjuicio económico.

c. Desnaturalizó la actividad de explanación y nivelación del terreno a nivel de la subrasante, que es como se denomina el nivel de terreno sobre el cual se construye la estructura del pavimento.

d. No fue claro en cuanto a la calidad y cantidad de los bienes requeridos. Dentro de las actividades licitadas incluyó el suministro y colocación de liga (material que se usa para ligar o unir materiales asfalticos).Toda vez que dentro de los ítems contratados se contempló el suministro y colocación de liga, el contratista reclamó su pago; sin embargo el municipio negó su reconocimiento al considerar que la actividad de colocación de la mezcla incluía la liga.

e. Confundió los conceptos de obras adicionales y obras extras o complementarias. Las primeras corresponden a mayores cantidades de obra de las inicialmente pactadas dentro del objeto del contrato pero necesarias para su cumplimiento; las segundas, a las no pactadas. En el contrato no se incluyeron las obras ejecutadas por el contratista para la construcción de las calles 17 y 18 entre la avenida de Los Industriales y la avenida Regional, ni las realizadas para los empalmes de las calles 16, 16A y 14 con la vía que se amplió. Las obras excluidas fueron pagadas al ingeniero Hincapié con los precios del contrato 2060 de 1995, sin considerar que eran obras extras, por un valor de $110.685.400 cuando correspondía reconocerlas por un valor de $158.173.490, teniendo en cuenta los precios vigentes al momento de la presentación de la propuesta.

f. Modificó las especificaciones del contrato. El contratista propuso un precio de $38.000,oo para la actividad *“suministro y montaje de luminarias de sodio 250w, 240v, RA5-202; incluye balasto reactor, bombilla y fotocontrol, brazo de 240 mm”,* por su parte, el municipio modificó la longitud del brazo de las lámparas a 1.50 mts. Posteriormente modificó la especificación al ordenar nuevamente que el brazo de la luminaria debería ser de 240 mm. El contratista reclamó un nuevo precio ajustado a la realidad del mercado, el municipio rechazó esta pretensión alegando que la variación en la longitud del brazo no modificaba el precio.

g. Retardo injustificado en la iniciación de las obras y descuento del porcentaje correspondiente al anticipo, en los ajustes pactados. Las obras se iniciaron siete meses después de adjudicadas por razones no imputables al contratista. El anticipo no fue concedido con la adjudicación del contrato sino con el inicio de las obras, por lo que no era procedente descontar de los ajustes el porcentaje equivalente.

h. Rompió el equilibrio económico del contrato, cuando para ocultar sus imprevisiones y bajo la amenaza de multa hizo que el contratista financiara las obras faltantes y las ejecutara en un tiempo mínimo de veinte días, haciéndole aumentar sus costos administrativos. Resaltó que restando un día para el vencimiento del plazo contractual adicionado, es decir el 27 de diciembre de 1996, legalizó a través del contrato n.º 2577 de 1996, el valor de las obras que no previeron y que tuvieron que ser financiadas por el contratista; igualmente lo conminó bajo amenaza de multa, a ejecutar obras extras por un valor de $202.120.806,oo, en veinte días, sin consideración a que este valor representaba el 29% del valor del contrato inicial y que de acuerdo a ello, si el plazo de este era de 300 días solares, el plazo para la adición debería ser de 87 días.

1.1.12. El 26 de mayo de 1997, el contratista Carlos Mario Hincapié Molina presentó una reclamación al municipio de Medellín en la que solicitaba el reconocimiento económico por las irregularidades anotadas. La reclamación fue negada mediante resolución n.º 1103 del 4 de agosto de 1997, recurrida el 22 de septiembre de 1997 y confirmada mediante resolución n.º 1586 del 6 de noviembre de 1997.

1.1.13. Para la parte demandante la resolución n.º 1586 adolece de falsedad ideológica, por cuanto existen dos textos diferentes de una misma resolución, suscritos por el alcalde de Medellín.

1.1.14. En Resolución n.º 1639 de 1996, la alcaldía de Medellín multó anticipadamente al contratista por una presunta mora en la entrega de las obras objeto del contrato 2060 de 1995; sin embargo, conforme acredita el acta de recibo final, las obras fueron entregadas en tiempo y con sujeción a lo previsto en el numeral 4.29 del pliego de condiciones de la licitación.

1.1.15. El municipio de Medellín liquidó unilateralmente el contrato 2060 de 1995 y sus adicionales 2489 y 2577 de 1996.

**1.2. Las pretensiones**

Con fundamento en los anteriores hechos, el actor deprecó las siguientes pretensiones (fls. 3 a 4 c. ppal):

*PRIMERO. Que se decrete la nulidad de la Resolución n.º 08 de junio 16 de 1998 por medio de la cual el Municipio de Medellín liquidó unilateralmente el contrato 2060 de 1995 y sus adicionales 2489 y 2577 de 1996, negocios jurídicos celebrados entre el municipio y el ingeniero Carlos Mario Hincapie Molina.*

*SEGUNDO. Que se decrete la nulidad de los actos administrativos Resoluciones nos. 1103 de agosto 4 de 1997 y 1586 del 6 de noviembre del mismo año, mediante los cuales el municipio de Medellín negó, con la primera, la reclamación presentada por mi poderdante el 26 de mayo de 1997, y confirmó, con la segunda, esta negación, ante el recurso interpuesto contra la primera, el 22 de septiembre del mencionado año.*

*TERCERO. Que se decrete la nulidad de la Resolución no. 1639 de noviembre 6 de 1996, mediante la cual el Municipio de Medellín multó (sin determinar la cuantía) anticipadamente al contratista por una presumible mora en la entrega de las obras objeto del contrato 2060 de 1995, en razón de que, como consta en el Acta de Recibo Final de Obra que se adjunta, las obras fueron entregadas en tiempo y de conformidad con lo previsto en el numeral 4.29 del pliego de condiciones de la licitación.*

*CUARTO.- Que se ordene al Municipio de Medellín renunciar a la pretensión consignada en el literal D. de la parte resolutiva del acto administrativo impugnado, resolución 08 de 1998, por no tener un sustento legal, ya que el valor reclamado no le ha sido demostrado al contratista, es decir no se le han especificado las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron origen a tal evaluación. Pretender la reparación o reconocimiento monetario de unos presumibles daños, argumentando como lo hace el municipio en el numeral 9 de la parte motiva de la resolución 08 de 1998, que se realizó una visita al sitio de la obra; que se presentó un informe; que se detallaron los trabajos a corregir y se calculó su respectivo valor, no tiene validez legal por cuanto en dicho numeral, no se dice: “en qué fecha se realizó la visita, cuáles y en que sitio fueron las fallas encontradas y cual el valor estimado de cada una de ellas. El ingeniero Hincapié desconoce este informe y por lo tanto con la aludida pretensión se está violando su derecho de defensa, adicionalmente porque nunca se le notificó la visita para asistir a ella a lo cual tenía derecho de conformidad con el art. 34 del C. C. A.”*

*QUINTO.- Que se liquide correctamente el contrato 2060 de 1995 y sus adicionales 2489 y 2577 de 1996, restableciendo el equilibrio económico reclamado por el contratista, negado por la administración, y hoy en esta demanda corregido, cuya suma asciende a CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS MCTE. ($477.889.935,95), conforme a la estimación razonada de la cuantía que más adelante se estipula.*

**Concepto de la violación**

Invocó como normas violadas los artículos 83 y 209 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 3, 4 numeral 8 y 9, numeral 1º artículo 5, 23, 26 numerales 1 y 3 y 27 de la Ley 80 de 1993, y el numeral 2.4. del pliego de condiciones.

Acusó al municipio de Medellín de violar las normas aludidas por los supuestos que se relacionan a continuación:

a. El municipio demandado no adoptó las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento en que el contratista presentó su propuesta. i) Le causó lucro cesante al contratista que no le fue reconocido, por cuanto puso a disposición del municipio la maquinaria para la ejecución de las obras. ii) Al momento del pago el municipio modificó las condiciones técnicas y económicas propuestas por el contratista en su oferta.

b. El municipio de Medellín causó mayor onerosidad en las obligaciones del contratista, por cuanto no planificó de manera adecuada las obras a ejecutar en la Avenida de Los Industriales (fl. 17 a 25 c. ppal.)

**2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

2.1. El municipio de Medellín se opuso a las pretensiones formuladas por la parte actora. En relación con el concepto de la violación indicó que los argumentos expuestos en la demanda son similares a los esgrimidos en la reclamación formulada a la entidad con ocasión del citado contrato 2060/1995 y sus adicionales, por ello, el municipio se mantiene en los mismos criterios que en su momento expuso para rechazar la reclamación presentada.

Frente a la presunta falsedad de la resolución 1586 de 1997, el municipio demandado estimó que el origen de esta acusación radica en la existencia de dos resoluciones firmadas por el alcalde municipal con la misma fecha e igual número de radicación. Señaló que un acto administrativo de carácter particular, sólo surte efectos luego de ser notificado al interesado, en consecuencia es posible la existencia de dos o más actos administrativos, en borrador y aún firmados, pero no se puede hablar de una falsedad, entre un documento final debidamente notificado y un borrador.

Agregó que la única resolución 1586 de 1997 jurídicamente oponible, es aquella que a continuación de la firma del Alcalde contempla la nota de ejecutoria y no fue aportada por el demandante.

Solicitó que se desestimen las pretensiones de la demanda y se declaren ajustados a derecho los actos administrativos acusados.

Invocó la excepción de caducidad de la acción al estimar que el acto administrativo por el cual el municipio de Medellín liquidó unilateralmente el contrato 2060 de 1995 y sus adicionales 2489 y 2577 de 1996, se notificó por edicto en Bogotá a través de la agencia fiscal que el municipio tiene en esta ciudad. Teniendo en cuenta la fecha de notificación (27 de agosto de 1998), la presentación de la demanda, se produjo por fuera de los dos años previstos por el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del C. C. A. (fl. 486 a 487 c. ppal.)

2.2. Mediante auto del 22 de septiembre de 2000, el Tribunal Administrativo de Antioquia dispuso vincular al proceso a la sociedad Aseguradora Latinoamericana de Seguros S.A., debido a su interés directo como garante del cumplimiento contractual (f. 460 a 461 c. ppal.).

La sociedad Latinoamericana de Seguros S.A., hoy Liberty Seguros S.A., intervino en la actuación procesal. Indicó que la aseguradora expidió la póliza n.º 219194 C, del 4 de septiembre de 1995 para afianzar, entre otros, el cumplimiento del contrato de obra n.º 2060 de 1995 del municipio de Medellín.

Señaló que el 18 de noviembre de 1996, el municipio de Medellín expidió la resolución n. º 1639 en la cual impuso una multa equivalente al 1/1000 del valor del contrato por cada día de retardo en la entrega de las obras, por cuanto la obra no presentaba el avance al ritmo necesario para garantizar la entrega dentro del término estipulado en el contrato. Relató que el 9 de diciembre de 1996, el municipio de Medellín notificó a la representante legal de la aseguradora la resolución n. º 1639.

El 9 de diciembre de 1996 las partes suscribieron el contrato 2489, adicional al contrato 2060 de 1995, con el que se prorrogó la vigencia de este último hasta el 28 de diciembre de 1996. El 27 de diciembre de 1996, se suscribió el contrato 2577 de 1996, también adicional al contrato 2060 de 1995, por una suma de $202.120.806,oo.

Resaltó que el 16 de junio de 1998, el municipio de Medellín expidió la resolución no. 8 mediante la cual liquidó el contrato de obra 2060 de 1995 y sus adicionales 2489 y 2577 de 1996, en la suma de $1.053.291.911,50, en la que además impuso una multa del 1/1000 del valor del contrato por cada día de retardo en la entrega de las obras y se determinó un saldo en contra del contratista por la suma de $22.596.000, suma exigible de la póliza de cumplimiento n.º 219194 y su anexo modificatorio n.º 256769.

Como fundamento de defensa precisó que en caso de que las pretensiones invocadas por el demandante no sean acogidas y consecuencialmente se tenga que afectar la póliza única de cumplimiento, debe advertirse que el municipio de Medellín no presentó solicitud formal de indemnización y en la fecha de notificación de la actuación procesal, ya había transcurrido el tiempo que la ley le otorga al asegurado para hacerla efectiva.

Agregó que Latinoamericana de Seguros S.A. hoy Liberty Seguros no fue notificada en debida forma de la resolución n. º 1639 del 18 de noviembre de 1996, toda vez que no se puso en conocimiento que en la referida resolución se estaba imponiendo una multa. Esta circunstancia impidió controvertir la decisión del municipio demandado.

Finalmente resaltó que en caso de que en la liquidación del contrato quede algún saldo a favor del contratista y a la par se impongan multas o costos de reparación a aplicar a favor del municipio de Medellín, deben compensarse estas sumas. Solamente después se afectaría la póliza única de cumplimiento n. º 219194 C. (f. 464 a 469 c. ppal.).

**3. LOS ALEGATOS**

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda (f. 596 a 605 c. ppal.). La entidad demandada insistió en las razones de defensa invocadas en la contestación de la demanda (fl. 594 a 595 c. ppal.).

La aseguradora Liberty Seguros reiteró los argumentos expuestos en la contestación (fl. 590 a 593 c. ppal.)

**II. LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Antioquia, en sentencia del 15 de abril de 2009 (fls. 608 a 647, continuación c. ppal.) resolvió:

*PRIMERO: Declárese no probada la excepción de caducidad de la acción propuesta por el Municipio de Medellín.*

*SEGUNDO: Declárese la nulidad del literal D) del artículo primero de la Resolución n. º 08 de 1998, por medio del cual el Municipio de Medellín ordena la liquidación del contrato 2060 de 1665 (sic).*

*TERCERO: Niéganse las demás pretensiones de la demanda.*

*CUARTO: La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos establecidos en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.*

*QUINTO: Conforme al artículo 171 del C.C.A., subrogado por el 55 de la Ley 446 de 1998, no considera la Sala que sea dable la condena en costas a la parte demandada* (fl. 646 a 647).

El *a quo* negó la prosperidad de la excepción de caducidad de la acción invocada por el municipio de Medellín al considerar que la resolución n.º 8 de 1998, por la cual se liquidó unilateralmente el contrato, quedaba ejecutoriada el 2 de septiembre de 1998, en consecuencia, la presentación de la demanda ocurrida el 28 de agosto de 2000, fue oportuna.

En torno al fondo de la controversia resolvió en su orden los siguientes puntos:

*a. Atraso en la iniciación de obras*

Consideró que en caso de aceptarse el atraso de 117 días en la iniciación de las obras, a raíz de la mora en la suscripción del contrato atribuida al municipio de Medellín, no existe dentro del proceso ningún medio de prueba fuera de las afirmaciones del demandante, que demuestre la disponibilidad de maquinaria o equipo aludido en la demanda, único perjuicio reclamado por este motivo. Señaló que era necesario acreditar que dicho equipo estuvo efectivamente inmovilizado durante esos días, es decir, que no se utilizó en otros frentes distintos al de la obra.

*b. Clasificación de manera confusa de algunas obras a ejecutar, para hacer incurrir en error al contratista*

El *a quo* advirtió la ausencia de elemento de convicción a través del cual se pudiera aseverar que efectivamente la entidad le hubiera pagado al contratista las excavaciones realizadas como si se tratara de explanaciones.

*c. Suministro de controladores*

Consideró, a partir de los medios de prueba aportados al proceso, que no es posible concluir que el contratista fue inducido en error, por cuanto las especificaciones técnicas en relación con los controladores de semáforos, requirieron a un *“The AD1820 Urban Traffic Controller”*. A su vez, en el proceso no se acreditó que los controladores AD 1820 ofrecidos por el contratista eran diferentes a los AD 1820 que efectivamente fueron exigidos.

*d. La desnaturalización de las actividades de explanación y excavación*

Estimó que fuera de la simple afirmación del contratista sobre el mayor valor que debía pagar el municipio por estos conceptos, no existe ningún sustento técnico que lleve a predicar la razón de ser de lo solicitado.

*e. Falta de claridad en cuanto a la cantidad de bienes requeridos*

El *a quo* precisó que en el pliego de condiciones se estableció en el ítem 4.6. lo referente al *“suministro y colocación de liga”*, fijándose la oferta a $400 el metro cuadrado. Por su parte señaló que *“la administración al negarle el pago solicitado, fue clara en la resolución que resolvió el recurso de reposición, que el valor de la liga ésta incluido en el precio unitario del ítem 4.6.”.*

Concluyó que dentro del proceso no aparece ningún medio de prueba que indique que la forma como liquidó el municipio no fue la correcta y tampoco aparece acreditado que efectivamente el contratista, dada la forma como procedió, era acreedor de los $4.464.000 que solicita en la demanda.

*f. Obras extras y adicionales*

En este punto consideró que las partes debían establecer dentro del contrato adicional la forma como se deberían pagar las diferentes obras, bien sea extras o adicionales. Resaltó que no se acreditó con ningún medio de prueba la relación de obras extras o adicionales, así como que las primeras debieron haberse pagado a los precios vigentes al momento de proponerse y el monto de las mismas.

*g. Modificación de las especificaciones del contrato (luminarias)*

No quedó acreditado que la longitud del diámetro y la orientación del brazo sugerido por las empresas públicas implicara unos mayores costos que debieron ser asumidos por la demandada.

*h. Mayor permanencia en la obra. Tiempos comprimidos*

No hay prueba que acredite los sobrecostos que tuvo que asumir el contratista para “comprimir” los 67 días para realizar la obra cuya ejecución requería 87, en 20. De todas formas consideró, *“como lo señala el municipio el AIU obtuvo unos costos administrativos recuperados de $828.364 pesos diarios, que es muy superior a los $ 191.116 establecidos en el contrato original, lo cual lleva a pensar que aparece compensado ese “aceleramiento” en la ejecución de las obras”*.

*i. Los reajustes del anticipo*

Advirtió que en el proceso no se encuentra acreditado que el municipio haya desconocido lo pactado entre las partes en relación a la no reajustabilidad del anticipo, en los términos previstos por la cláusula décima del contrato 2060 de 1995.

Frente a la reparación de perjuicios solicitada por el contratista por la no suscripción del contrato en los tiempos estipulados, señaló que los mismos están relacionados con la disponibilidad de la maquinaria, aspecto que no fue acreditado dentro del proceso; en consecuencia, si no se acreditó el daño, no es del caso analizar a quién le es imputable la no suscripción del contrato en su debida oportunidad.

Resaltó que las pretensiones invocadas por el demandante no tienen respaldo probatorio que permita efectuar un análisis sobre la viabilidad de lo pedido. Agregó que frente a cada uno de los puntos reclamados por el demandante, el municipio demandado en dos de los actos administrativos cuestionados (resoluciones n.º 1103 de agosto 4 de 1997 y 1586 del 6 de noviembre del mismo año) expuso las razones por las cuales no accedió a la reclamación. Actos administrativos cuya legalidad no fue desvirtuada como era obligación de la parte actora.

En lo atinente a la pretensión de nulidad de la resolución n.º 1639 del 18 de noviembre 18 de 1996, por la cual se impuso una multa al contratista, el *a quo* sostuvo:

*Entre los actos administrativos demandados por la parte actora, se tiene la nulidad de la resolución n. º 1639 de noviembre 18 de 1996, en virtud de la cual se le impuso una multa al contratista. En dicho acto administrativo se sancionó al ingeniero Carlos Mario Hincapié Molina “… con multa del 1/1000 del valor del contrato por cada día de retardo en la entrega de las obras, por cuanto la obra no presenta el avance al ritmo necesario para garantizar la entrega dentro del plazo estipulado en el contrato n.º 2060 de 1995. El monto de la multa será liquidado por la Unidad Ejecutadora (sic), valor que se descontará de las cuentas pendientes a su favor, de la garantía de cumplimiento y en su defecto se cobrará por jurisdicción coactiva” (fls. 443)*

*La mencionada resolución fue notificada el 6 de diciembre de 1996, tal como se acredita en el numeral 10 del documento que obra a folios 504-505. Y si lo anterior es así, dicho acto administrativo debía demandarse dentro de los dos años siguientes a su notificación, esto es antes del 07 de diciembre de 1998, conforme al artículo 7 de la ley 589 de 2000. Y como dicho acto que declaró la multa solo fue demandado hasta el 28 de agosto de 2000 (fls. 1 vlto), no hay duda que frente al mismo se presentó el fenómeno jurídico de la caducidad.*

El tribunal de primera instancia decretó la nulidad del literal d) del artículo primero de la resolución n.º 08 de 1998, con fundamento en las consideraciones que se citan a continuación:

*Obras no realizadas*

*En el acta de liquidación unilateral por parte de la administración del contrato 2060 de 1995 y ss (sic) adicionales 2489 y 157 de 1996, se dijo en el numeral 9 de la parte motiva:*

*“9. Que en visita realizada al sitio de la obra por los Ingenieros Juan Fernando Molina Jaramillo y Héctor Alberto Bedoya Giraldo y los Tecnólogos Blanca Inés Escobar Montoya y Conrado López, se presentó un informe de las reparaciones que debía efectuar el contratista y que no calculó su respectivo valor en $22´596.000, el cual es exigible mediante las pólizas 219194 y 256769C de incremento y reclamación” (fls. 450)*

*Como consecuencia de lo anterior, el Municipio de Medellín consideró en el literal D) del artículo primero que:*

*“De acuerdo al numeral 9 de los considerandos, el contratista debe reparar por su cuenta las obras relacionadas o reintegrar al Municipio de Medellín la suma de VEINTIDÓS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS M.CTE ($ 22´596.000) por conceptos de reparaciones no efectuadas en trabajos con deficiencias de carácter técnico” (fls. 453).*

*En torno a lo anterior, en la demanda se solicita que el municipio renuncie a la pretensión anterior, dado que no se sabe “… en qué fecha se realizó la visita, cuáles y en que sitio fueron las fallas encontradas, y cual el valor estimado de cada una de ellas. El Ingeniero Hincapié desconoce este informe y por lo tanto con la aludida pretensión se está violando su derecho de defensa, adicionalmente porque nunca se le notificó la visita para asistir a ella a lo cual tenía derecho de conformidad con el artículo 34 del C. C. A.” (fls. 4)*

*Y para la Sala, le asiste razón a la parte demandante ya que dicha decisión no se encuentra debidamente fundamentada o motivada, no apareciendo el sustento fáctico y jurídico que lleven a la administración a tomar tal decisión.*

*Si la parte actora fue clara en su demanda al manifestar que no conocía ningún antecedente o procedimiento administrativo previo para concluirse que se debían haber efectuado cierto tipo de reparaciones por valor de $22.596.000.oo, la administración debió haber sustentado en esta etapa procesal los diferentes trámites administrativos que la llevaron a consignar en el acta de liquidación la razón de ser de esta suma, cosa que no hizo, así como que se vulneró el debido proceso, -derecho de audiencia- al ingeniero Hincapié Molina.*

*En otras palabras, el actor no tenía forma alguna de controvertir en esta etapa procesal una decisión que se tomó “a sus espaldas”. No hay que perder de vista, que una de las grandes innovaciones en el Decreto Ley 01 de 1984, era que cualquier actuación administrativa que iniciara la administración y que pudiera resultar afectados particular, se les debe citar a éstos desde un comienzo para hacer valer sus derechos.*

*Todo lo anterior lleva a que se decrete la nulidad del literal D) del artículo primero de la resolución n.º 08 de 1998, en virtud de la cual se liquidan los contratos objeto de la controversia. No se condenará a un restablecimiento monetario ya que la pretensión está dirigida a que el Municipio renuncie a lo estipulado en el artículo primero.*

1. **SEGUNDA INSTANCIA**

**1. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora formuló recurso de apelación[[1]](#footnote-1). La censura se funda en los siguientes puntos (fls. 655 a 663, c. segunda instancia):

(i) La disponibilidad del equipo durante la demora en el inicio de la ejecución contractual se acreditó con la certificación exigida por el pliego de condiciones sobre ese punto. No es de recibo la consideración según la cual el contratista tiene que demostrar que la maquinaria estuvo efectivamente disponible, es decir que no se utilizó en otras obras, porque ello contradice el principio de la buena fe y las reglas del pliego, además de desconocer la normatividad sobre la responsabilidad pre y contractual.

ii) A partir de las actas de recibo de obra está probado que el demandante dejó constancia de que la entidad demandada le estaba pagando las excavaciones como si fueran explanaciones, y que lo aceptaba con derecho a reclamación, para no paralizar el flujo de la obra.

iii) El contratista ofertó unos controladores AD 1820 genéricos y no unos controladores específicos del fabricante Peek Traffic descritos como *“The AD1820 Urban Traffic Controler”*, exigidos tardíamente, 33 días antes del vencimiento del plazo contractual y con amenaza de multa, por la demandada.

iv) El demandante solicitó al Tribunal ordenar al municipio pagarle en debida forma el ítem de explanación y nivelación del terreno a nivel de subrasante. La cara inferior de la excavación o fondo de la excavación, es una superficie, en consecuencia las actividades de su nivelación y explanación deben pagarse por m2 y no por m3. Este es el sustento técnico que extraña el Tribunal, pero que fue expuesto en la demanda.

v) El contratista solicitó al Tribunal ordenar al municipio de Medellín el reconocimiento del valor del material de liga asfáltica utilizado en la colocación de la carpeta asfáltica, no reconocido por el municipio. Las especificaciones técnicas sobre la actividad de pavimento asfaltico señalaron que las capas del pavimento deben unirse con liga asfáltica, sin embargo no incluye esta liga dentro del valor de la actividad. De suerte que en el proceso sí existe medio de prueba para establecer que el municipio no le pagó al demandante la liga utilizada prescrita por la norma.

vi) Reconocimiento de obras extras ejecutadas. El municipio desbordó el objeto del contrato al incluir en él la construcción de las calles 17 y 18 que comunican la avenida de los Industriales con la avenida Regional, obras que no atañen a la ampliación de la avenida y deben ser consideradas extras.

vii) Modificación de las especificaciones del contrato (luminarias). El municipio de Medellín modificó las especificaciones de las luminarias al ordenar el suministro e instalación de un brazo de soporte diferente al inicialmente solicitado. El Tribunal denegó la pretensión porque no se acreditó que la longitud del brazo y su diámetro implicaran mayores costos. La acreditación solicitada no es procedente porque el contratista no estableció un precio para el brazo. Su propuesta respecto a las luminarias fue global, lo que se reclama es que al modificar la especificación el municipio debe reconocer un nuevo precio, estimado y valorado en la demanda.

viii) Mayor permanencia en la obra. Para administrar $699.487.670, que era el valor del contrato inicial, se le concedieron al contratista 300 días; para administrar $202.120.806 se le debían haber concedido 87 días, y no 20 como sucedió. En consecuencia el contratista tuvo que comprimir en 67 días la ejecución de las obras, con mayores valores de mano de obra y horas extras.

ix) El demandante solicitó al tribunal ordenar al municipio el reconocimiento y pago de los valores de ajustes por amortización del anticipo descontados. Los mayores valores descontados se acreditan con las actas de ajuste del anticipo.

**2. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, la parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio (fl. 675, c. segunda instancia). La parte demandante presentó escrito de alegatos en el que reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fl. 608 a 674 c. ppal.).

1. **CONSIDERACIONES**

**1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

**1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente**

1.1.1. En tanto uno de los extremos está conformado por una entidad pública, el municipio de Medellín, es esta la jurisdicción a la cual le corresponde asumir el presente asunto.

1.1.2. Ahora, es esta Corporación la competente para conocer del mismo, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo[[2]](#footnote-2), le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos[[3]](#footnote-3).

1.1.3. De otro lado, frente a la acción procedente debe precisarse que las pretensiones de la parte demandante se agrupan en aquellas que persiguen la nulidad contra (i) *“el acto administrativo que resolvió una reclamación formulada por el contratista”*, (ii) el acto administrativo que liquidó unilateralmente el contrato y (iii) el que le impuso una multa.

Como consecuencia de la nulidad aludida, invoca (iv) la pretensión de liquidación judicial del contrato con el correspondiente reconocimiento de perjuicios causados, entre ellos, el pago de los sobrecostos generados al contratista por la mora en la firma del contrato adjudicado, sobrecostos generados por errores de planeación del municipio de Medellín, pago de obras extras y obras adicionales, además del restablecimiento económico del contrato.

Aunque el accionante optó por formular pretensión de nulidad contra la respuesta ofrecida por el Municipio de Medellín a la reclamación presentada el 26 de mayo de 1997, contenida en la Resoluciones n.º 1103 de 1997 y 1586 del mismo año, para la Sala no constituye una exigencia previa que en caso de no haberse formulado en esos términos, de lugar a un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda.

Al respecto ha de considerarse que no todo pronunciamiento de la entidad estatal, durante la ejecución contractual contiene una manifestación de voluntad tendiente a producir efectos jurídicos tales, para entrar en la categoría de acto administrativo, susceptible de enjuiciarse por vía de nulidad.

Ahora bien, es en la etapa de liquidación del contrato que las partes definen el estado financiero del mismo al momento de su terminación, con los reconocimiento pecuniarios que pudiera reclamar el contratista por las vicisitudes presentadas durante la ejecución. En consecuencia, ante la impugnación del acto de liquidación unilateral y la pretensión de liquidación judicial para incluir valores pretendidos por el contratista, no reconocidos en la liquidación unilateral corresponde la revisión de fondo de las reclamaciones económicas presentadas por el actor durante la vigencia del contrato 2060 de 1995, al tiempo que la nulidad del acto que impuso multa al contratista, a través de la acción contractual, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

**1.2. La legitimación en la causa**

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son extremos de la relación contractual en estudio.

**1.3. Oportunidad de la acción**

Debe tenerse en cuenta que el contrato enjuiciado es de aquellos cuya ejecución se prolongó en el tiempo y de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 pasible de liquidación[[4]](#footnote-4). Igualmente, es claro que la impugnación del acto de liquidación unilateral y la pretensión consecuencial de liquidación judicial permite la procedencia de la acción contractual en estudio.

Es del caso precisar, que la Subsección B en sala mayoritaria[[5]](#footnote-5) tuvo la oportunidad de fijar su posición frente a la forma de computar el término de caducidad respecto de las pretensiones de la demanda que involucren contratos que se liquidan o se liquidaron, como ocurre en el *sub lite*. En efecto, se dijo que vencidos los términos para liquidar consensual y unilateralmente, iniciaba el cómputo del bienio de la caducidad de la acción contractual, aun si dentro de ese interregno se producía una liquidación bilateral o unilateral, por cuanto tal acto en modo alguno revivía términos para computar la caducidad que ya había empezado a correr[[6]](#footnote-6).

Ahora bien, dada la nueva integración de la Sala, el criterio preponderante apunta a tener como parámetro para determinar la oportunidad del medio de control de controversias contractuales, la fecha de suscripción del acta de liquidación bilateral o la ejecutoria del acto de liquidación unilateral, según fuere el caso.

En el *sub lite,* encontrándose acreditado que el balance de las obligaciones contraídas por las partes quedó contenido en el acto de liquidación unilateral, también objeto de impugnación, se atenderá a la regla prevista por el literal d) del numeral 10) del artículo 136 del C. C. A., según la cual, en aquellos contratos que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, se impone la presentación de la demanda a más tardar dentro de los dos años contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe.

La Sala observa que no fue aportada constancia de ejecutoria de la Resolución n.º 8 del 16 de junio de 1998 por la cual se liquidó unilateralmente el contrato estatal, sin embargo, aun teniendo en cuenta la fecha de notificación de ese acto administrativo, necesariamente anterior a su ejecutoria, que tuvo lugar, el 26 de agosto de 1998 según la constancia allegada al proceso (fl. 456, c. ppal.), el término de los dos años para instaurar la demanda no había expirado. En consecuencia la demanda presentada el 28 de agosto de 2000 es oportuna[[7]](#footnote-7) (fl. 28, c. ppal. 2)

De otro lado, si bien el tribunal de primera instancia consideró que había operado el fenómeno de la caducidad de la pretensión de nulidad contra el acto que le impuso una multa al contratista, encuentra la Sala, que la eventual ejecución de la misma dependería igualmente del acto de liquidación unilateral[[8]](#footnote-8) en el que se identificó dentro del balance, la multa impuesta en Resolución 1639 y se dispuso hacer efectivas las garantías para obtener el recaudo de la suma impuesta como sanción, razón por la cual se justifica aplicar la regla temporal para enjuiciar dichos actos a partir de la firmeza de la liquidación, en aquellos contratos susceptibles de ser liquidados. En consecuencia se revocará la decisión del *a quo* que declaró la caducidad de la pretensión aludida y se analizarán de fondo los cargos de nulidad promovidos.

**2. EL PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en primer lugar, en el estudio de los fundamentos de apelación frente al reconocimiento de sobrecostos causados por concepto de mayor permanencia en obra, las circunstancias que presuntamente afectaron el equilibrio económico del contrato y la procedencia o no del reconocimiento de los perjuicios solicitados por la parte demandante, no incluidos en el acto de liquidación unilateral.

A su vez la Sala determinará si i) la resolución que liquidó unilateralmente el contrato 2060 de 1995 y sus adicionales 2489 y 2577 de 1996 (Resolución n.º 08 de junio 16 de 1998), y ii) la resolución n.° 1639 de 1996, mediante la cual el municipio de Medellín multó al contratista por la mora en la entrega de las obras convenidas en el contrato 2060 de 1995, contravienen las disposiciones legales, estudio que se adelantará a la luz de los cargos formulados en la demanda.

3. LA CUESTIÓN DE FONDO: INCUMPLIMIENTO ATRIBUIDO A LA ENTIDAD DEMANDADA Y LOS CARGOS DE NULIDAD CONTRA LOS ACTOS AMINISTRATIVOS ACUSADOS

**3.1. De los hechos probados**

Es dable aclarar que las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. De todo ese conjunto probatorio se tiene:

3.1.1. El 18 de diciembre de 1995, el municipio de Medellín celebró el contrato 2060 de 1995, con Carlos Mario Hincapié Molina, en virtud del cual el contratista se obligó para con el municipio a ejecutar la “ampliación de la avenida de Los Industriales”, entre las calles 10ª y 29, de acuerdo con los ítems de cantidades y precios de la propuesta presentada por el proponente y corregida por el Municipio - Unidad Ejecutora. El valor del contrato se fijó en la suma de seiscientos noventa y nueve millones cuatrocientos ochenta y siete mil seiscientos setenta pesos ($699´487.670), con un plazo de ejecución de *“trescientos (300) días solares contados a partir de la fecha de iniciación de las mismas; en todo caso el acta de iniciación deberá suscribirse, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a aquel en que le es entregado el anticipo al contratista”* (f. 349 a 355 c. ppal. 1).

3.1.2. El 18 de noviembre de 1996, el Alcalde de Medellín impuso sanción de multa al contratista Carlos Mario Hincapié Molina, al considerar:

*1. Que el Municipio de Medellín suscribió con el señor CARLOS MARIO HINCAPIÉ MOLINA, el contrato n. º 2060 de 1995, cuyo objeto consiste en la “AMPLIACIÓN DE LA AVENIDA DE LOS INDUSTRIALES”, entre Cl 10 y Cl 29, por un valor original de SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA PESOS ($699´487.670,00) y un plazo de trescientos (300) días solares, iniciando el 12 de febrero de 1996 y con fecha de terminación el 8 de diciembre del presente año.*

*2. Que al 30 de octubre de 1996 llevábamos transcurrido un 87% del plazo de ejecución y solamente se ha facturado obra por el 66.25%, lo que demuestra un desfase físico entre el plazo transcurrido y la obra ejecutada.*

*3. Que a 21 días del vencimiento del plazo para la entrega de la obra, ésta se encuentra considerablemente retrasada, no obstante las llamadas de atención al contratista, según constan en la bitácora o libro de obra y en las actas del Comité.*

*4. Que el plazo para la terminación de la obra vence el día 8 de diciembre de 1996, razón por la cual tanto la interventoría como la Unidad Ejecutora del Municipio de Medellín, preveen (sic) que el contratista no alcanzará a terminar y entregar la obra en el tiempo previsto y bajo la calidad que se exige, por lo tanto se debe aplicar la cláusula octava, literal a) del contrato n.º 2060 de 1995: “Multa del uno por mil (1/1000) del valor del mismo por cada día de retardo en la entrega de las obras, por la obra no presentar un avance al ritmo necesario que garantice la entrega dentro del plazo estipulado.*

*RESUELVE*

*ARTÍCULO PRIMERO: Sancionar al señor CARLOS MARIO HINCAPIÉ MOLINA con multa del 1/1000 del valor del contrato por cada día de retardo en la entrega de las obras, por cuanto la obra no presenta el avance al ritmo necesario para garantizar la entrega dentro del plazo estipulado en el contrato n.º 2060 de 1995. El monto de la multa será liquidado por la Unidad Ejecutora, valor que se descontará de las cuentas pendientes a su favor, de la garantía de cumplimiento y en su defecto se cobrará por jurisdicción coactiva.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar la presente resolución a la compañía de seguros LATINOAMERICANA DE SEGUROS S.A. y al señor CARLOS MARIO HINCAPIÉ MOLINA, adjudicatario del contrato.*

*PARAGRAFO: En caso de no hacerse la notificación personal dentro de los cinco (5) días siguientes al envío de la citación correspondiente se notificará por edicto que permanecerá fijado en la Unidad Ejecutora por diez (10) días hábiles, a partir de la fecha de fijación. Desfijado el edicto se entenderá surtida la notificación (Art. 45 C.C.A.)*

*ARTÍCULO TERCERO: Contra la presente resolución procede el recurso de reposición que deberá interponerse ante el señor Alcalde dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al de la notificación.*

*ARTÍCULO CUARTO: La presente resolución presta mérito ejecutivo de conformidad con el artículo 68 del código contencioso administrativo, Decreto 01 de 1984.* (fl. 442 a 444 c. ppal.)

3.1.3. El 6 de diciembre de 1996, el municipio de Medellín y el contratista Carlos Mario Hincapié Molina suscribieron adicional n. º 2489 al contrato 2060, a través del cual ampliaron el plazo concedido en el contrato original en veinte días solares contados a partir del día nueve (9) de diciembre hasta el veintiocho (28) de diciembre de 1996 (inclusive), para la *“ampliación de la avenida de Los Industriales”* entre calle 10ª y calle 29 (f. 356 a 357 c. ppal. 1).

3.1.4. El 27 de diciembre de 1996, el municipio de Medellín y el contratista Carlos Mario Hincapié Molina suscribieron adicional n. º 2577 al contrato 2060, a través del cual incrementaron del valor del contrato original la suma correspondiente a doscientos dos millones ciento veinte mil ochocientos seis pesos ($202´120.806), por obra adicional y por obra extra (fl. 358 a 359 c. ppal.1)

3.1.5. El 2 de enero de 1997, el contratista y los interventores del Área Metropolitana del Vallé de Aburrá suscribieron acta de recibo de obra del contrato 2060 de 1996, en la que consignaron: *“se hizo el recorrido a la obra notándose que el contratista atendió las observaciones hechas por la interventoría en días anteriores, razón por la cual la interventora del Área Metropolitana del Valle de Aburrá da la obra por terminada y recibida”* (fl. 445 a 446 c. ppal.).

3.1.6. El 26 de mayo de 1997, el contratista Carlos Mario Hincapié Molina formuló reclamación para obtener el pago de los “costos de maquinaria, equipo y personal dispuestos para la obra e inactivos por causas no imputables al contratista”, “gastos causados directamente en la defensa de la sanción impuesta”, “pago incorrecto de obras ejecutadas” por “inexactitud en la clasificación y pago de una actividad realizada para ejecución de la obra”, “pago por obras no canceladas” y “obras extras o complementarias canceladas como obras adicionales”, “cambio de especificaciones, suministro e instalación de luminarias”, “reajuste sobre el anticipo”, “mayor permanencia en obra. Tiempos comprimidos para cumplir con el municipio” (fl. 389 a 399 c. ppal. 1).

3.1.7. Mediante resolución n.º 1103 del 4 de agosto de 1997, el alcalde de Medellín, en respuesta a la reclamación formulada por el contratista, negó el pago de los conceptos reclamados (fl. 400 a 405 c. ppal.).

3.1.8. Con ocasión del recurso de reposición formulado por el contratista, el municipio de Medellín confirmó la resolución 1103, a través de la resolución n. º 1586 del 6 de noviembre de 1997 (fl. 38 a 45 c. ppal.)

3.1.9. En resolución 8 de 1998, el municipio de Medellín liquidó unilateralmente el contrato 2060 de 1995 y sus adicionales 2489 y 2577 de 1996 (fl. 448 a 456 c.ppal 1).

**4. De las pretensiones de nulidad formuladas por la parte demandante**

Reitera la Sala que el actor pretende la nulidad de i) las resoluciones n.° 1103 de 1997 y 1586 de 1997, por las cuales el municipio de Medellín negó la reclamación presentada por el contratista el 26 de mayo de 1997 ii) la resolución que liquidó unilateralmente el contrato 2060 de 1995 y sus adicionales 2489 y 2577 de 1996 (Resolución n.º 08 de junio 16 de 1998), y iii) la resolución n.° 1639 de 1996, mediante la cual el municipio de Medellín multó al contratista por la mora en la entrega de las obras convenidas en el contrato 2060 de 1995.

**4.1. De la nulidad de las resoluciones n.° 1103 de 1997 y 1586 de 1997, por las cuales el municipio de Medellín negó la reclamación presentada por el contratista el 26 de mayo de 1997**

Conforme se precisó en el acápite de procedencia de la acción, en estricto sentido la respuesta a las reclamaciones formuladas por el contratista por parte de la entidad contratante durante la ejecución del contrato no tiene la categoría de acto administrativo, pasible de enjuiciamiento por vía de nulidad.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala encuentra que del concepto de violación invocado por el actor subyacen cargos de incumplimiento imputados a la entidad demandada cuyo estudio resulta pertinente.

El demandante atribuye las siguientes conductas al municipio de Medellín:

a. El municipio demandado no adoptó las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento en que el contratista presentó su propuesta. i) Le causó lucro cesante al contratista que no le fue reconocido, por cuanto puso a disposición del municipio la maquinaria para la ejecución de las obras. ii) Al momento del pago el municipio modificó las condiciones técnicas y económicas propuestas por el contratista en su oferta.

b. El municipio de Medellín causó mayor onerosidad en las obligaciones del contratista y no planificó de manera adecuada las obras a ejecutar en la Avenida de Los Industriales (fl. 17 a 25 c. ppal.)

Para abordar los cargos de incumplimiento planteados, la Sala tendrá en cuenta los argumentos de apelación invocados por la parte demandante, a la par con el concepto de violación con el que pretende desvirtuar la legalidad del acto de liquidación unilateral.

**4.1.1. Lucro cesante por maquinaria disponible**

4.1.1.1.El demandante reclama el reconocimiento de la suma correspondiente por lucro cesante como consecuencia de la disponibilidad para la obra de la maquinaria y equipo ofrecidos conforme al pliego de condiciones y la responsabilidad que implica una adjudicación, por un periodo de atraso en la iniciación de la obra de 117 días. Señala que debe reconocerse indemnización por este concepto, desde el momento en que legalmente han debido iniciarse las obras, hasta el momento en que realmente se iniciaron.

Se encuentra acreditado que en reclamación del 26 de mayo de 1997, el contratista solicitó el reconocimiento y pago de la suma correspondiente por lucro cesante, en relación con los *“costos de maquinaria, equipo y personal dispuestos para la obra e inactivos por causas no imputables al contratista”* debido a que el municipio de Medellín dejó transcurrir 206 días entre la fecha de adjudicación de la licitación n. º 01 de 1995 y la iniciación de las obras del contrato 2060/95 (fl. 389 a 391 c. ppal.).

Mediante Resolución n.º 1103 de 1997, el municipio de Medellín respondió a la reclamación formulada por el contratista, en la cual consideró, frente a la solicitud de reconocimiento de lucro cesante por la disponibilidad de maquinaria:

*“A. El pliego de condiciones, en el numeral 4.10, estipula:*

*“EQUIPO….. El contratista deberá mantener en el sitio de las obras un número suficiente de equipo aprobado por el interventor y en buen estado con el objeto de evitar demora o interrupciones debidas o daños”.*

*En ningún momento informó el contratista la disponibilidad de equipo y maquinaria en el sitio de la obra, cuando aún no se habían cumplido todos los requisitos de legalización del contrato para dar inicio a la obra.*

*De acuerdo con los reportes del libro diario (bitácora), se observa que el contratista sólo dispuso maquinaria y/o equipo a partir del 21 de marzo de 1996, cuarenta y nueve (49) días después de iniciada la obra, por lo tanto no había disponibilidad del equipo, como lo afirma el ingeniero Hincapié Molina en su reclamación.*

Por su parte, en la resolución n.º 1586 de 1997, el municipio de Medellín resaltó:

*“A. CON RESPECTO AL LUCRO CESANTE.*

*Es importante resaltar que en ningún momento el contratista informó sobre la disponibilidad del equipo y la maquinaria en el sitio de la obra; lo corrobora el libro diario (bitácora) cuando consigna la disponibilidad de maquinaria y/o equipo a partir del 21 de marzo de 1996. Se anexa a la presente Resolución como prueba solicitada por el reclamante.”* (fl. 40. c.ppal)

Encuentra la Sala que el fundamento de apelación invocado por la parte demandante frente a la solicitud de reconocimiento de indemnización por lucro cesante, es que según su apreciación se acredita la disponibilidad del equipo requerido para adelantar las obras objeto del contrato 2060 de 1995, con la certificación exigida al oferente por el pliego de condiciones. Resalta además, que exigir al contratista la demostración de disponibilidad de la maquinaria porque no se utilizó en otras obras, contradice el principio de buena fe y las reglas del pliego de condiciones.

La Sala precisa que la razón expuesta por el municipio de Medellín frente a este reclamo, indica que el contratista no demostró, para la fecha de iniciación de las obras, que la maquinaria ofrecida en su propuesta hubiere estado disponible. Para arribar a esta conclusión se valió del contenido del pliego de condiciones y la bitácora de obra diligenciada por el interventor.

Cabe precisar que el pliego de condiciones de la licitación pública 01 de 1995, dispuso en lo concerniente al equipo que implementaría el contratista en la ejecución de la obra, lo siguiente:

*4.10. EQUIPO*

*El equipo que utilice el contratista, su depreciación y mantenimiento correrá por su cuenta, así como la operación, bodegaje, etc. Igualmente deberá mantener en el sitio de las obras un número suficiente de equipo aprobado por el interventor y en buen estado con el objeto de evitar demora o interrupciones debidas a daños. La mala calidad de los equipos, la deficiencia en el mantenimiento o los daños que ellos puedan sufrir, no será causal que exima el cumplimiento de sus obligaciones.*

*El Municipio podrá hacer retirar del sitio de la obra cualquier equipo o herramienta que a su juicio esté defectuoso o no recomendable para ser utilizado. El contratista deberá reponer a la mayor brevedad el equipo que haya sido retirado por causa de daños o mantenimiento, con el fin de que no haya ningún retraso en las obras.* (fl. 89 c. ppal.)

A su vez, implementó el formulario n.º 5 para que el oferente relacionara el equipo propuesto para la ejecución de la obra, en donde debía especificarse el tipo de máquina, el lugar donde se hallaba, su propietario, marca, modelo, año y capacidad. Igualmente resaltó que en caso de utilizarse equipo alquilado debía adjuntarse certificado de disponibilidad.

El formulario que diligenció el proponente Carlos Mario Hincapié, en su oportunidad, reportó el equipo que se relaciona a continuación:

*FORMULARIO n.º 5: EQUIPO PROPUESTO PARA ESTA OBRA*

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| *TIPO DE MÁQUINA* | *LUGAR DONDE SE HALLA* | *MARCA* | *MODELO* | *AÑO* | *CAPAC.* | *ESTAD. GRAL MAQUINA* | *PROPIET.* | *COSTO HORARIO* |
| *Finisher* | *Santafé de Bogotá* | *Barger Greene* | *Sb-131* | *1980* | *4m3 –Tolua* | *Bueno* | *Carlos M Hincapié.* | *25.000* |
| *Compactador de rodillos* | *Santafé de Bogotá* | *Dynapac* | *cc-42 A* | *1980* | *28m3* | *Bueno* | *Carlos M Hincapié.* | *30.000* |
| *Recicladora* | *Santafé de Bogotá* | *Bomac* |  | *1987* | *40 m3* | *Bueno* | *Carlos M Hincapié.* | *150.000* |
| *Cilindro Compactadora* | *Santafé de Bogotá* | *Fergusan* |  | *1972* | *B, Tonelada* | *Bueno* | *Carlos M Hincapié.* | *22.000* |
| *Volqueta* | *Santafé de Bogotá* | *Chevrolet* |  | *1981* | *B.Tone* | *Bueno* | *Carlos M Hincapié.* | *15.000* |
| *Volqueta* | *Santafé de Bogotá* | *Kamaz* | *1994* | *1994* | *B.Tonelada 20* | *Bueno* | *Carlos M Hincapié.* | *28.000* |
| *Volqueta* | *Santafé de Bogotá* | *Mack* | *1986* |  | *20 Tonelada* | *Bueno* | *Carlos M Hincapié.* | *28.000* |
| *Volqueta* | *Santafé de Bogotá* | *Kamaz* | *1994* | *1994* | *B.Tone* | *Bueno* | *Carlos M Hincapié.* | *28.000* |
| *Tanque irrigador* | *Santafé de Bogotá* | *Irrigador* | *1995* | *1995* | *1000 Tonelada, galones* | *Bueno* | *Carlos M Hincapié.* | *35.000* |
| *Vibro compactador* | *Santafé de Bogotá* | *Yamaha* | *1994* | *1994* |  | *Bueno* | *Carlos M Hincapié.* | *2.000* |
| *Motobomba* | *Santafé de Bogotá* | *Caterpilar* | *1994* |  | *2 hp* | *Bueno* | *Carlos M Hincapié.* | *1.000* |
| *Motoniveladora* | *Santafé de Bogotá* | *Caterpilar* |  |  | *8T* | *Bueno* | *Carlos M Hincapié.* | *18.000* |
| *Compresor* | *Santafé de Bogotá* |  |  |  |  | *Bueno* | *Carlos M Hincapié.* | *2.000* |
| *Herramienta menor* | *Santafé de Bogotá* |  |  |  |  | *Bueno* | *Carlos M Hincapié.* | *200* |

El demandante señala que la disponibilidad de maquinaria se acreditó con la certificación diligenciada dentro de la licitación pública al momento de presentar su propuesta. El contenido del formulario muestra una relación del equipo que utilizaría el contratista cuando le fuera adjudicado el contrato, cuya ubicación, para ese momento, era la ciudad de Bogotá, como se reconoce de manera expresa en el documento antes referido.

Adicionalmente en el formulario se indicó que la maquinaria era de propiedad del contratista, por lo que no aplicaba el condicionamiento requerido por el pliego, según el cual, *“en caso de utilizarse equipo alquilado debía adjuntarse certificado de disponibilidad”.*

Aunado a ello, se evidencia, acorde con el pliego de condiciones, que el contratista debía mantener en el sitio de las obras un número suficiente de equipo aprobado por el interventor y en buen estado, por lo que de esta exigencia se demuestra la necesidad de aprobación del interventor del equipo, quien se encargaría de verificar su idoneidad para la ejecución de las obras, aprobación que no se acreditó hubiera tenido lugar antes de la suscripción del contrato[[9]](#footnote-9).

En consecuencia, para la Sala la certificación aportada con la oferta no constituye prueba fehaciente de disponibilidad de la maquinaria ofrecida por el contratista, para la época de la suscripción del contrato. Razón suficiente para concluir que no es procedente el reconocimiento de indemnización por lucro cesante reclamada frente a este punto.

4.1.1.2. Ahora bien, conviene precisar que la prosperidad del reclamo relacionado con sobrecostos por el periodo de atraso en la iniciación de las obras, al que el contratista hizo alusión en esta oportunidad, depende de la acreditación de este periodo de atraso a consecuencia de una circunstancia atribuible exclusivamente a la entidad contratante, y de la demostración del costo excesivo de esta permanencia adicional en la obra en relación con los propios contemplados por la ejecución contractual.

En la actuación se acreditó que el 17 de agosto de 1995, el Municipio de Medellín notificó al ingeniero Carlos Mario Hincapié Molina la Resolución n.º 1458 del 21 de julio de 1995, por medio de la cual se le adjudicó el contrato de obra pública para la “ampliación de la avenida de Los Industriales”, entre calles 10 y 29 (fl. 296 c. ppal.).

En comunicación del 5 de septiembre de 1995, el adjudicatario solicitó al municipio de Medellín remitirle el contrato para proceder a su firma (fl. 300 c. ppal.)

El 6 de septiembre de 1995, en respuesta a la solicitud formulada, el municipio de Medellín le comunicó que debía comparecer a las instalaciones de la Unidad Ejecutora, por cuanto esta entidad no estaba autorizada para remitir documentos a domicilio (fl. 298 a 299 c. ppal).

El 12 de septiembre de 1995, Carlos Mario Hincapié Molina hizo constar a la Unidad Ejecutora del Municipio de Medellín su presencia en las instalaciones de la entidad para suscribir el contrato de obra adjudicado, pero se le impidió firmarlo (fl. 302 c. ppal).

Mediante Resolución n.º 1821 BIS del 12 de septiembre de 1995, el alcalde de Medellín hizo efectiva la póliza de seriedad de la propuesta presentada por el ingeniero Carlos Mario Hincapié Molina, por cuanto a la fecha de la resolución el adjudicatario no se hizo presente para suscribir el contrato (fl. 303 a 306 c. ppal).

En escrito radicado el 3 de octubre de 1995, Carlos Mario Hincapié Molina interpuso recurso de reposición contra la Resolución 1821 (fl. 307 a 337 c. ppal).

En Resolución n.º 2247 de 21 de noviembre de 1995, el Alcalde de Medellín revocó la resolución n.º 1821 BIS de 1995 y ordenó al contratista Carlos Mario Hincapié Molina, que dentro de los diez (10) días siguientes al de la notificación de la resolución debería suscribir el contrato y aportar la documentación necesaria para su legalización (fl. 339 a 348 c.ppal).

El 18 de diciembre de 1995, el Alcalde de Medellín y el contratista suscribieron el contrato 2060, para la ampliación de la avenida de Los Industriales entre calles 10 y 29 (fl. 349 a 355 c. ppal).

A partir de la certificación expedida por la Unidad Ejecutora del municipio de Medellín, aportada al proceso (fl. 447 c. ppal.), y el acto de liquidación unilateral, se encuentra acreditado que el inicio de la ejecución contractual se produjo el 12 de febrero de 1996 (fl. 452 c. ppal.)

Del contenido del pliego de condiciones y el texto contractual se observa que el plazo de ejecución comenzaría a partir de la fecha del acta de iniciación de la obra firmada por el interventor y el contratista[[10]](#footnote-10), que en todo caso, debería suscribirse dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la entrega del anticipo al contratista. Por su parte, la entidad se obligó a reconocer el anticipo, una vez perfeccionado el contrato, previo el otorgamiento y aprobación de la respectiva garantía, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la formulación de la cuenta respectiva[[11]](#footnote-11).

De lo anterior, advierte la Sala que durante el periodo previo a la firma del contrato no resulta procedente el reconocimiento de sobrecostos por disponibilidad de maquinaría, en tanto la mora obedeció a la falta de comparecencia oportuna del contratista a las instalaciones de la entidad donde debía suscribirlo.

Así, respecto al periodo que comprende la fecha de suscripción del contrato y la firma del acta de inicio, la Sala encuentra que no hay lugar a reconocer los sobrecostos reclamados, por cuanto la parte demandante no acreditó la causa atribuible a la entidad contratante, determinante de la demora en el inicio de la ejecución contractual.

Por el contrario, del contenido de las estipulaciones contractuales se colige que resultaba razonable este periodo debido a lo convenido por las partes, que otorgaron un plazo de 20 días hábiles para el pago del anticipo, una vez suscrito el contrato, otorgada y aprobada la garantía y formulada la respectiva cuenta. A su vez, las partes convinieron un plazo de cinco días hábiles siguientes al pago del anticipo para la firma del acta de inicio.

Tampoco basta con afirmar la existencia de sobrecostos por la disponibilidad de maquinaria, por cuanto resulta indispensable acreditarlos. Además le correspondía a la parte interesada demostrar que el perjuicio económico se produjo por una conducta atribuible de manera exclusiva a la entidad contratante. Toda vez que estas circunstancias no fueron probadas por la parte actora, no es posible acceder al reconocimiento del perjuicio por concepto de lucro cesante reclamado por el contratista.

**4.1.2.** **Remuneración de la actividad de excavación**

4.1.2.1. El demandante acusa a la entidad contratante de clasificar de manera errada algunas de las obras a ejecutar, conducta que lo hizo incurrir en error en la elaboración de su propuesta. Según su afirmación, el municipio reconoció al contratista las excavaciones efectuadas como explanaciones, actividades distintas en su ejecución y en su valoración económica.

Se encuentra acreditado que en reclamación del 26 de mayo de 1997, el contratista resaltó la alegada inexactitud en la clasificación y pago de una actividad realizada para la ejecución de la obra, así:

*El municipio de Medellín no canceló en la forma correcta, al ingeniero Hincapié, las excavaciones realizadas para la construcción de la estructura del pavimento ampliado.*

*Esta situación la hizo ver el Ing. Hincapié desde el inicio mismo de las obras consignando en las actas de recibo parcial que no aceptaba la clasificación de explanación que el municipio estaba dando a las excavaciones realizadas, reservándose el derecho de reclamar su correcta denominación, reconocimiento y pago.*

*Las Normas y Especificaciones Generales de Construcción de las Empresas Públicas de Medellín, que hacían parte del pliego de condiciones, ubican las explanaciones dentro del grupo de actividades preliminares, sobre cuya definición dicen –Numeral 100- “Comprende la ejecución de todos los trabajos necesarios para la instalación e inicio de las obras”.*

*Es claro que el sentido y alcance que quieren dar las Empresas Públicas a la actividad de explanación, esta orientado a la nivelación y despeje de las (sic) donde se van a iniciar las obras. El mismo desarrollo de las actividades agrupadas como preliminares ratifica esta afirmación. De acuerdo a la norma son actividades preliminares: 1.1. Trabajos preliminares (Demoliciones, campamento, cerramientos…) 1.2. Desmontes y limpieza; 1.3. Explanación y nivelación de terreno y 1.4. Terraplenes.*

*Sabido es que cuando se va a dar comienzo a una construcción una de las actividades preliminares es la explanación. Así sucede cuando se va a edificar en un lote, donde una vez hecha la explanación se ejecutan las excavaciones para la construcción de la cimentación del edificio.*

*En la construcción y/o ampliación de una vía urbana acontece igual. Se hace la explanación, si ello es necesario para despejar el terreno donde se va a construir, procediendo luego a realizar la excavación de la caja donde se va a colocar la estructura del pavimento.*

*Puede hablarse de explanación en la construcción de una carretera porque realmente en ella no se hacen excavaciones, o cavidades sino cortes a nivel de subrasante con ejecución o no de terraplenes.*

*De acuerdo al significado de las palabras excavar es practicar una cavidad o hoyo en el suelo y explanar es nivelar un terreno. En la ampliación de la Avenida de Los Industriales se construyó una caja, conforme a los planos, practicando una cavidad en el suelo existente. Para ello se utilizó, con el visto bueno de la interventoría, una retroexcavadora o máquina de excavar. Por demás, en el libro de obra, las referencias a la excavación se citan como cajeo.*

*El municipio no puede confundir explanación por excavación. Las explanaciones se realizan con máquinas de cuchilla en un proceso de corte (que no significa excavación) y arrastre, actividad inadecuada en una vía urbana, de alto tránsito vehicular, y con existencia de redes de servicio que deben ser removidas o trasladadas.*

*No podríamos imaginarnos una Buldozer haciendo las excavaciones que se hicieron para la ampliación de la avenida, porque el desastre hubiera sido total en consideración a las redes de servicio existentes y que tuvieron que ser trasladadas. Esta máquina corta y arrastra el material apilándolo, lo que era imposible en una vía en servicio, de las características de Los Industriales.*

*En razón de lo expuesto se le solicitó a la Interventoría la utilización de una retroexcavadora para ejecutar las excavaciones. La retroexcavadora como su nombre lo indica es una máquina para excavar.*

*El mismo manual de normas y especificación de construcción de las Empresas Públicas dedica el capítulo 2 a las excavaciones y llenos estructurales haciendo referencia en el numeral 2.1., parágrafo tercero, a los cuidados que hay que tener cuando se ejecutan excavaciones en sitios por donde pasan redes existentes del servicio y ello como se sabe ocurre sobre vías y andenes.*

*Pasen redes de servicio (sic).*

*El municipio debe reconocer lo debido, valor que se deduce de la siguiente operación:*

*Valor por excavaciones clasificadas como explanaciones $22.143.424*

*Valor debido cancelar por las excavaciones realizadas $55.358.560*

*Saldo a favor del contratista $33.215.136*

*(fl. 394 c. ppal)*

En Resolución n.º 1103, el municipio de Medellín indicó frente este punto de la reclamación:

*C. Con respecto al pago incorrecto de obras ejecutadas, el Comité señala:*

*Que el ítem 1.3. del pliego de condiciones no estipula la forma o sistema mediante el cual se debe adelantar la explanación. Es una definición concreta y es necesario hacer las aclaraciones con las normas de Empresas Públicas de Medellín, las cuales son muy claras en su definición de explanación y nivelación. El contratista queda en libertad de adelantar el trabajo por medios manuales o mecánicos.*

*En caso de existir alguna duda en las definiciones del formulario de cantidades de obra con las normas de EE.PP.MM. prima el documento de cantidades de obra.*

*Por lo tanto el saldo reclamado por treinta y tres millones doscientos quince mil ciento treinta y seis pesos ($33.215.136), no se le debe cancelar, ya que “no existe inexactitud en la clasificación y pago de una actividad realizada para la ejecución de la obra.* (fl. 402 a 403 c. ppal.)

Por su parte, en la resolución n.º 1586 de 1997, el municipio de Medellín confirmó la resolución 1103, que había negado la solicitud presentada frente a esta actividad, bajo el siguiente razonamiento:

*C.1 Pago incorrecto de obras ejecutadas, inexactitud en la clasificación y pago de una actividad realizada para la ejecución de la obra-Con respecto al referido punto, la Administración nuevamente se ratifica en lo establecido en el ítem 1.3. del formulario de cantidades de obra de la licitación pública 01 de 1995, paquete 1.*

*Además, consideramos que no es necesario solicitar a la SAI que defina la diferencia entre explanación y excavación y en caso de existir alguna duda en las definiciones del formulario de cantidades de obra con las normas de Empresas Públicas, prima el documento de cantidades de obra. Por lo tanto no es de recibo la discusión planteada por el contratista* (fl. 32 a 33. c.ppal)

La Sala evidencia que el fundamento de apelación invocado por la parte demandante, alrededor de la solicitud de reconocimiento de la actividad de excavación, se contrae a señalar que a través de las actas de recibo de obra es posible advertir que el contratista dejó constancia del pago que la entidad demandada realizó de la actividad de excavación como si fuera explanación, circunstancia que aquel aceptó para no paralizar el flujo de la obra. La parte actora señala que la sentencia de primera instancia no efectuó ningún análisis al respecto.

En primer lugar, la razón expuesta por la entidad demandada informa que la actividad de explanación contenida en el “*numeral 1.3. del capítulo 1 “movimiento de tierra y demoliciones”* del pliego de condiciones, no estipuló la forma o sistema mediante el cual debía adelantarse la explanación, en consecuencia, el contratista era libre de escoger si la misma se adelantaría a través de medios manuales o mecánicos. Ante cualquier duda se estipuló que entre las definiciones del formulario de cantidades de obra y las normas de “*EE.PP.MM”* prevalecía el documento de cantidades de obra.

El apelante refiere que el *a quo* no tuvo en cuenta las actas de recibo de obra en las que el contratista dejó constancia del pago de la entidad demandada de la actividad de excavación como si fuera explanación.

Frente a este punto conviene precisar que fueron aportadas las actas de recibo de obra anunciadas por el demandante, a través de las cuales se concluya que la entidad demandada confundió el desarrollo de la actividad de excavación con la de explanación, con una valoración pecuniaria inferior a la prevista en el contrato de obra.

La Sala encuentra que en el pliego de condiciones se establecieron las siguientes actividades en el *“Paquete 1: Construcción ampliación de la vía”*, *“capitulo 1 Movimiento de tierra y demoliciones”* (fl. 171 c. ppal. 1)

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| *ITEM* | *DESCRIPCIÓN* | *CANT* | *UND* | *V. UNIT* | *V. TOTAL* |
| *1.3.* | *Explanación y nivelación del terreno a nivel de subrasante* | *15500* | *M3* | *1.280* | *19.840.000* |
| *1.4.* | *Excavación a mano o a máquina de material heterogéneo bajo cualquier grado de humedad:* |  |  |  |  |
| *1.4.1.* | *De 0 a 2 metros de prof.* | *1000* | *M3* | *3.200* | *3.200.000* |
| *1.5.* | *Explanación en roca* | *1500* | *M3* | *2.820* | *4.230.000* |
| *1.6.* | *Excavación en roca bajo cualquier grado de humedad y profundidad* | *100* | *M3* | *10.880* | *1.088.000* |

A su vez, las partes al pactar el valor del contrato n.º 2060 de 1995, estipularon:

*Clausula segunda- valor del contrato*

*El valor de este contrato, se estima en: PAQUETE 1 sujeto a contribución especial $530´961.000; PAQUETES 2+3+4+5 $168´526.670. El valor total del contrato es de seiscientos noventa y nueve millones cuatrocientos ochenta y siete mil seiscientos setenta pesos ($699´487.670) m/cte.* ***El valor real, será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el contratista y recibidas a satisfacción por el municipio, por los precios unitarios estipulados en el formato de cantidades de obra, más el valor de las obras extras y adicionales ejecutadas por el contratista y recibidas a satisfacción por el Municipio- Unidad Ejecutora*** *y los otros pagos a que se haga acreedor el contratista en razón de este contrato.* (Negrillas fuera de texto original) (Fl. 349 c. ppal.)

Para establecer si el municipio demandado hizo una clasificación inapropiada de las actividades ejecutadas por el contratista, debía acreditarse las cantidades de obra que fueron recibidas a satisfacción por la entidad, confrontadas con los precios unitarios estipulados en el formato de cantidades de obra (cláusula segunda del contrato 2060); sin embargo no fue aportada prueba alguna que documentara la entrega de las obras y la valoración económica que de ellas se hiciera, a través de su representante o del interventor del contrato.

En su lugar, la parte demandante aportó comunicación del 29 de abril de 1996, en la que informó al interventor del contrato 2060, en respuesta al oficio del 26 de abril de 1996:

*Me refiero a su oficio fechado abril 26 de 1996, al que respetuosamente doy respuesta.*

*La modificación unilateral de las condiciones contractuales no es potestativa de los contratistas.*

*En el acta de recibo parcial de obra que entregó a usted el ingeniero Edilberto Mateus, residente de las obras, se liquidaron las excavaciones realizadas para la construcción de la caja con el ítem 1.4.1. “Excavación a mano o a máquina de material heterogéneo a cualquier grado de humedad de cero a dos metros”, porque este ítem existe en el contrato y específicamente dentro del grupo de obras relacionadas a la ampliación de la vía.*

*La medición de las obras ejecutadas realizada en conjunto por el contratista y/o su representante y la interventoría, no implica que el contratista deba aceptar la denominación y clasificación que a ellas quiera dársele.*

*Se pretende que la obra se reciba como excavación, porque efectivamente es una excavación, actividad que, entre otras, se realiza con una retroexcavadora- máquina para excavar- y de conformidad con su instrucción de no utilizar buldozer por razones obvias que tienen que ver con la no alteración del medio ambiente y las condiciones mismas de la obra, su ubicación y nivel de tránsito. Concluida la excavación, se ejecuta la “explanación y nivelación del terreno a nivel de subrasante”, explanándola y nivelándola para luego compactarla, y así debe considerarse en el acta.*

*Esta compactación no está incluida dentro de los ítems del grupo de vías y debe incluirse para lo cual solicito su oportuna diligencia e intervención, aprovechando la oportunidad para manifestarle que otra actividad no considerada y que debe incorporarse es la de descapote.*

*Igualmente le solicito la inclusión, en el próximo recibo de obra, de las excavaciones efectuadas en el trasplante de árboles.*

*Finalmente y como quiera que tiene usted razón al manifestar que el no trámite del acta de recibo de obra perjudica la obra y en especial el flujo de fondos necesario para atenderla, le informo que firmaré el acta anotando en ella mi inconformidad con la clasificación dada por ustedes a las excavaciones.* (fl. 375 a 376 c. ppal. 1)

La Sala colige, a partir de la comunicación aludida, la pretensión del contratista de reconocimiento de una cantidad de obra ejecutada como excavación, en tal sentido anunció que firmaría el acta de recibo de obra “*anotando en ella”* su “*inconformidad con la clasificación dada”* por la entidad *“a las excavaciones”* (fl. 375 a 376 c. ppal. 1).

Sin embargo, de la referida comunicación no es admisible concluir que la entidad hizo una clasificación de alguna obra ejecutada como excavación cuando correspondía catalogarla como explanación o viceversa, por lo que, más allá de lo afirmado en el mencionado documento, correspondía al demandante acreditar que la labor realizada fue distinta a la reconocida y pagada, lo que no hizo; tampoco se advierte que de la misma se hiciera una valoración económica apartada del listado de precios unitarios, y que este ejercicio se viera reflejado en alguna prueba documental aportada a la actuación procesal.

Aunado a ello, si bien el apelante refiere que a través de las actas parciales de recibo de obra se demuestra que el contratista no estuvo de acuerdo con la clasificación que se hizo de la actividad de explanación porque en realidad se trataba de una excavación, no se advierte que hubiere desplegado alguna actividad para obtenerlas, toda vez que las aludidas actas no fueron aportadas al proceso, ni fueron objeto de solicitud probatoria.

Por su parte, el actor allegó con la demanda acta de recibo final de obra suscrita por el contratista Carlos Mario Hincapié Molina y la interventoría del área metropolitana el día 2 de enero de 1997, en la cual se consignó:

*ACTA DE RECIBO DE OBRA*

*CONTRATO n.º 2060 de 1995*

*OBJETO: “Ampliación de la Avenida Los Industriales” entre calles 10 y 29*

*VALOR INICIAL DE LA OBRA: $ 699´487.670,00*

*PLAZO: Trescientos (300) días solares*

*FECHA DE INICIACIÓN: 12 de febrero de 1996*

*QUIEN ENTREGA: Carlos Mario Hincapié Molina (Contratista)*

*QUIEN RECIBE: Área Metropolitana del Valle de Aburrá*

*PRIMERA FECHA DE TERMINACIÓN: 7 de diciembre de 1996*

*PRIMERA AMPLIACIÓN DE PLAZO: Veinte (20) días solares*

*SEGUNDA FECHA DE TERMINACIÓN: Veintisiete de diciembre de 1996*

*FECHA FINAL DE LA ENTREGA: 28 de enero de 1997*

*VALOR TOTAL REAJUSTE: 157´403.270,40*

*VALOR TOTAL FINAL DE OBRA: 1.053´291.911,60*

*El día 2 de enero de 1997, se reunieron en el sitio de la obra las siguientes personas:*

*Ing. Carlos Mario Hincapié Molina-Representante firma contratista*

*Ing. Benjamín Benítez Cardeño- Interventoría Área Metropolitana*

*Ing. Gloria E. Saldarriaga Londoño- Interventoría Área Metropolitana.*

*Se hizo el recorrido a la obra notándose que el contratista atendió las observaciones hechas por la interventoría en días anteriores, razón por la cual la interventora del Área Metropolitana del Valle de Aburrá da la obra por terminada y recibida.”* (fl. 445 a 446 c. ppal. 1)

El acta de recibo final aportada como prueba no indica lo afirmado por el demandante; en su lugar, quienes la suscriben ratifican que efectuado el recorrido a la obra se advierte que el contratista atendió las observaciones que hiciera la interventoría y en consecuencia la obra se daba por terminada y recibida.

En tal sentido no está llamado a prosperar el reclamo, en lo que al presunto yerro de la entidad al catalogar las excavaciones como explanaciones se refiere. En este evento, la diferencia en la labor ejecutada, se mantuvo en el plano de las afirmaciones del contratista, a quien le correspondía demostrar que ejecutó la actividad y no lo hizo.

**4.1.3. De las especificaciones convenidas en relación con los controladores de semáforo**

La parte actora señala que el contratista ofertó unos controladores de semáforo AD 1820 genéricos. Refiere que posteriormente, 33 días antes del vencimiento del plazo contractual y con amenaza de multa la entidad varió las especificaciones a controladores del fabricante Peek Traffic descritos como *“The AD1820 Urban Traffic Controler”*.

En la reclamación del 26 de mayo de 1997, el contratista solicitó el reconocimiento del valor real de los controladores de semáforo requeridos por la entidad:

*El municipio de Medellín debe reconocer el valor real de los controladores Peek AD 1820, suministrados y colocados por el ingeniero Hincapié para la vía.*

*Las especificaciones de estos controladores no fueron entregadas con los pliegos de condiciones de la licitación conforme al ordenamiento del estatuto contractual o Ley 80 de 1993.*

*Como quedo consignado en las comunicaciones de octubre 22 de 1996, dirigida por el contratista a la interventoría, y de noviembre 29, diciembre 3 y diciembre 5 de 1996, dirigidas a la Unidad Ejecutora, los controladores ofertados por el contratista no correspondían a los requeridos por el municipio.*

*El contratista llevó a la obra los controladores ofertados en su propuesta, consistentes en un control intermitente con un amperaje directo (AD) de 18 a 20 Amperios, calculados sobre la base de ocho semáforos en cada cruce, con 24 lámparas para 2400 Wats y 120-128 Voltios.*

*El día 5 de noviembre de 1996, faltando 33 días para el vencimiento del contrato, el municipio de Medellín, por intermedio de la interventoría entregó al contratista las especificaciones de los controladores que requería.*

*Posteriormente, el día 1 de diciembre de 1996, la interventoría conmina a contratista a colocar los controladores de acuerdo a las especificaciones entregadas en noviembre 5.*

*Si el municipio cometió una equivocación al no entregar oportunamente, con los pliegos de la licitación, las especificaciones de los bienes requeridos, ha debido corregirla pero sin perjuicio de un particular obligándolo a entrar en quiebra.*

*El estatuto contractual en sus ordenamientos obliga a las entidades del estado a especificar claramente los bienes y servicios requeridos a fin de que las licitaciones, futuros contratantes, no comentar error.*

*El enriquecimiento sin justa causa no tiene cabida dentro de nuestro ordenamiento legal. El municipio, cuando por su omisión dio lugar a error, no puede adquirir un bien por veinte nueve mil (sic) doscientos pesos que, incluido el A.I.U., costó cincuenta y tres millones setecientos setenta y siete mil seiscientos pesos mcte.*

*El municipio debe cancelar al ingeniero Hincapié la diferencia entre lo cancelado y lo debido cancelar*

*Valor debido cancelar por dos (2) controladores $53´777.600.00*

*Valor cancelado $ 29,200.00*

*Saldo a favor del contratista $53´748.400.00*

(fl. 394 a 395 c. ppal)

En Resolución n.º 1103 del 4 de agosto de 1997, el municipio de Medellín respondió a la reclamación:

*Que con respecto a los controladores Peek AD 1820, el contratista en ningún momento se asesoró de un persona experta en el tema y además no se solicitaron semáforos intermitentes, por lo tanto no se le deben cincuenta y tres millones setecientos cuarenta y ocho mil cuatrocientos pesos ($53.748.400) por concepto del suministro e instalación de controladores, la diferencia entre lo cancelado y lo debido cancelar obedece a un error suyo como tal debe asumirlo, así lo consagra el artículo 26, numeral 6º de la Ley 80 de 1993: “Del Principio de Responsabilidad. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.* (fl. 403 c. ppal.)

En la resolución n.º 1586 de 1997, al confirmar lo considerado en la resolución 1103, el municipio de Medellín informó:

*C.2 Controladores Peek AD 1820. El debido pago.*

*En cuanto al punto en referencia, el paquete n.º 5 de la licitación pública sobre semaforización y señalización, exige “Suministro y colocación de controladores locales AD 1820”. Este tipo de controladores cumple con los requerimientos de la Secretaría de Transportes y Tránsito de Medellín, acorde con los demás equipos instalados en toda la ciudad, para efectuar tanto el control vehicular como peatonal en una vía.*

*Nuevamente nos remitimos al artículo 26, numeral 6º. De la Ley 80 de 1993: “Del principio de responsabilidad. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato”.*

*El contratista no puede alegar el desconocimiento del pliego de condiciones, por cuanto al presentar la propuesta las aceptó y las especificaciones entregadas eran claras, en consecuencia la Administración ratifica su decisión al respecto.”* (fl. 33. c.ppal)

El tribunal de primera instancia negó las pretensiones del demandante frente al tema, al considerar que *“en el proceso no se acreditó que los controladores ofrecidos AD 1820 por el contratista (fls. 194), eran totalmente diferentes a los AD 1820 que efectivamente fueron exigidos y cuyas características técnicas aparecen de folios 364 y siguientes”*.

El argumento de apelación planteado por el recurrente refiere que el *a quo* omitió valorar los medios de prueba, a partir de los cuales es posible inferir que la entidad contratante indujo en error al contratista, en tanto las especificaciones del controlador de semáforo requerido no fueron entregadas en la licitación, tampoco fueron enviadas al interventor del contrato y a menos de dos meses de vencerse el plazo contractual, el municipio demandado identificó aquellas que correspondían a un fabricante específico (Peek Traffic), circunstancia que le generó condiciones más onerosas frente al cumplimiento de esta obligación.

La Sala evidencia que la entidad demandada negó la reclamación pecuniaria formulada por el contratista por este concepto, al considerar que el pliego de condiciones exigió el suministro y colocación de controladores locales AD 1820, debido a que cumplían con los requerimientos de la Secretaría de Transportes y Tránsito de Medellín además de ser compatibles con los equipos instalados en toda la ciudad para realizar tanto el control vehicular como peatonal en una vía. A su vez, la entidad estimó, en virtud de lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, según el cual se consagra la responsabilidad del contratista cuando formule propuestas en las que fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato, que no le era admisible alegar el desconocimiento del pliego de condiciones, por cuanto al presentar la propuesta las aceptó y las especificaciones entregadas eran claras.

Para obtener el reconocimiento pecuniario reclamado, el demandante debía demostrar, en su orden: i) Los requerimientos técnicos de la entidad en relación con los controladores de semáforo al momento de la licitación pública, y las especificaciones técnicas del contrato, ii) que lo ofertado por el contratista al momento de presentar su propuesta cumplía con las especificaciones técnicas exigidas en el pliego de condiciones, iii) a su vez, que la entidad varió arbitrariamente las especificaciones técnicas de los controladores, en relación con el pliego y el contrato original.

Al confrontar los elementos de convicción aportados al plenario se obtiene:

a. No hay certeza de las especificaciones técnicas del controlador de semáforo contenidas en los pliegos de condiciones, toda vez que el pliego fue aportado en forma incompleta. El documento que reposa en el expediente no cuenta con los formularios anexos de la propuesta, especialmente el formulario de cantidades de obra, con la relación de ítems solicitados y la determinación de los precios unitarios, del cual se pudiera determinar la referencia de este aditamento.

El numeral 5 de las condiciones generales del contrato contenidas en el pliego de condiciones estipuló:

*5. Normas y especificaciones de construcción*

*Para la ejecución de las obras objeto de este contrato y para la determinación de los precios unitarios, el contratista deberá ceñirse a la descripción de los itemes del formulario de cantidades de obra, a los planos y a las especificaciones generales de construcción y de diseño de las Empresas Públicas de Medellín, vigentes a la fecha de presentación de la propuesta y a los diseños y demás normas que se entreguen; estos documentos son complementarios entre sí; en caso de contradicción se preferirá lo descrito en el formulario de cantidades de obra.*

*Los anteriores documentos forman parte integral del pliego de condiciones y especificaciones y por consiguiente del contrato que se suscribe.* (fl. 101 c. ppal.)

En ausencia de las especificaciones técnicas iniciales requeridas para los controladores de semáforos además de la referencia pedida por la entidad demandada en la etapa precontractual, no es posible concluir cuál fue el tipo de controlador de semáforo solicitado inicialmente a los proponentes[[12]](#footnote-12).

Debe advertirse que las piezas aportadas del documento de *“especificaciones técnicas para semáforos vehiculares”* (fl. 124 a 140 c. ppal.) contiene detalles relacionados con el exterior de las caras de los semáforos vehiculares, el sistema óptico (conformado por lente, reflector, porta lámpara, soporte del reflector, alambrado), las estructuras de soporte de los semáforos (postes metálicos y ménsulas), pero no se menciona las especificaciones que en la etapa precontractual se exigieron en relación con los controladores de semáforo.

b. Ahora bien, en la propuesta presentada por el oferente Carlos Mario Hincapié Molina (fl. 171 a 197 c. ppal.), se aportó el listado de precios unitarios, por actividades denominadas paquetes, de acuerdo a lo dispuesto en la licitación n.º 01 de 1995, así:

*Objeto: Ampliación de la avenida de Los Industriales entre Cls 10 y 29.*

*Paquete 1: Construcción ampliación de vía*

*Paquete 2: Domiciliarias de acueducto, hidrantes y obras complementarias*

*Paquete 3: Canalización telefónica*

*Paquete 4: Redes de energía e iluminación*

*Paquete 5: Semaforización y señalización*

En el paquete n.º 5 denominado *“semaforización y señalización”* (fl. 194 c. ppal.), numeral *“5.52 semaforización”*, el proponente describió el ítem n.º 1:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| *ITEM* | *DESCRIPCIÓN* | *CANT* | *UND* | *V. UNIT* | *V. TOTAL* |
| *1.* | *suministro y colocación de controladores locales AD 1820* | *2* | *UND* | *14.600* | *29.200* |

La Sala encuentra que en la propuesta presentada, Carlos Mario Hincapié Molina ofreció el suministro y colocación de controladores locales AD 1820. Si bien no existe certeza del origen de la referencia ofrecida ni de las especificaciones técnicas requeridas por la entidad contratante, el precio ofertado podría resultar indicativo, en la medida en que ofreció el suministro y colocación de dos controladores de semáforo por una suma correspondiente a veintinueve mil doscientos pesos ($ 29.200), a un precio unitario de catorce mil seiscientos pesos ($14.600).

Si bien la propuesta presentada en estos términos y la adjudicación del contrato al ahora demandante, indicaría que se aceptaron unos controladores de semáforo que costaban $29.200 ($14.600 cada uno), lo cierto es que de acuerdo con la afirmación del actor, se instalaron unos controladores que costaron cincuenta y tres millones setecientos setenta y siete mil seiscientos pesos ($53´777.600)[[13]](#footnote-13).

c. Ahora bien, a partir del objeto del contrato n. º 2060 de 1995, la Sala evidencia que el contratista se obligó con el municipio de Medellín a ejecutar la ampliación de la avenida de Los Industriales entre calles 10 y 29, *“de acuerdo con los ítemes de cantidades y precios de la propuesta presentada por el proponente y corregida por el Municipio – Unidad Ejecutora si a ello hubiere lugar”* (fl. 349 c. ppal.). Las partes estipularon que se entendían incorporados, el texto completo del contrato, el pliego de condiciones y especificaciones con sus respectivos adendos y anexos, los planos de construcción, la propuesta presentada por el contratista con sus respectivos adendos y corregida por la entidad contratante, además del acta de iniciación de obra suscrita por el interventor y el contratista con sus respectivos anexos.

No hay certeza de las especificaciones iniciales que para los controladores de semáforos quedaron consignadas en el contrato 2060 de 1995, toda vez que no se aportaron sus documentos anexos que daban cuenta de las cantidades de obra con los detalles técnicos.

d. Durante la ejecución contractual el contratista pidió aclaración a la entidad demandada en relación con las especificaciones de los controladores de semáforo que debía instalar en la obra.

Mediante oficio del 22 de octubre de 1996, el contratista solicitó al interventor del contrato, *“definir las especificaciones de los controladores que figuran en el contrato, porque el controlador descrito no corresponde, aparentemente, al esperado por el municipio. El propuesto por el contratista es un control intermitente, conforme al precio propuesto.”* (fl. 379 a 380 c. ppal.).

Igualmente, se encuentra acreditado que a través de memorando del 5 de noviembre de 1996, el interventor del contrato comunicó al contratista:

*En la fecha le hago entrega de las especificaciones del controlador para semáforos AD 1820 según las especificaciones tal como están en el contrato original en el cual solo faltó indicarle la marca del equipo*. (fl. 362 c. ppal.)

Este memorando se emitió a raíz del oficio UE211J del 29 de octubre de 1996, a través del cual, el Director de la Unidad Ejecutora del municipio de Medellín informó al interventor del área metropolitana:

*Con el ánimo de hacer claridad en itemes del paquete de semaforización y señalización para la obra de la Avenida de los Industriales, me permito enviarle copia de la norma para los controladores locales AD1820 requeridos en la licitación.* (fl. 363 c. ppal.)

El 29 de noviembre de 1996, el contratista reiteró la solicitud de aclaración de las especificaciones técnicas de los controladores de semáforo, en los siguientes términos:

*Finalmente debo insistir ante el municipio, a través de su digno conducto, en una aclaración ya solicitada, sobre lo esperado por ustedes en relación con el ítem 5.52.1. del contrato “suministro y colocación de controladores locales AD 1820”, por cuanto al pliego de condiciones que le dio origen, no se anexaron las especificaciones que permitieran una plena identificación del producto requerido y por lo tanto lo ofrecido es totalmente distinto.*

*Recordará usted, que estas especificaciones me fueron apenas entregadas el pasado 5 de noviembre, por lo que solicito se pacte un precio para estos equipos y se conceda un plazo para su instalación por tratarse de un producto importado.* (fl. 381 a 382 c. ppal.)

En memorando del 1º de diciembre de 1996, el interventor del contrato requirió al contratista:

*Ampliación Avenida Industriales*

*La interventoría de la obra adscrita al Área Metropolitana del Valle de Aburrá le recuerda que los controladores AD1820 deben estar instalados para el próximo 8 de diciembre, fecha de terminación del contrato.*

*Ellos deben cumplir con las especificaciones suministradas a usted el día 5 de noviembre/96*

*De no cumplirse lo anterior al contratista podrá aplicársele la cláusula octava del contrato.* (fl. 374 c. ppal.)

A través de comunicación del 3 de diciembre de 1996, el contratista solicitó al Director de la Unidad Ejecutora del municipio de Medellín:

*Por otra parte, aprovecho la oportunidad para insistir, nuevamente, en una respuesta escrita a las inquietudes, tantas veces, planteadas por mí sobre los controladores locales AD 1820 requeridos por el municipio.*

*Como usted sabe, el municipio no entregó, en el proceso licitatorio ni después, los detalles de estos controladores, y por tanto los ofrecidos por mí no corresponden con los hoy pretendidos, conforme a las especificaciones que me fueron suministradas el pasado 5 de noviembre. Lo ofertado es un sistema de control intermitente con un amperaje directo [AD] de 18 a 20 amperios, calculado sobre la base de 8 semáforos por cruce con 24 lámparas para 2400 Wats, y 120 voltios.*

*Siendo obligación de las entidades suministrar la información completa para que los oferentes no incurran en error, no puede cargárseme una culpa que no es propia, para que suministre e instale unos controladores cuyas especificaciones recién se entregan.*

*Sobre esta base, y si el municipio conviene en ello, yo estaría dispuesto a colocar los hoy requeridos, de acuerdo a las especificaciones recibidas, previo acuerdo de pago. Si ello no es viable ruégole un pronunciamiento sobre si coloco los ofertados por mí, o si de acuerdo a lo expuesto los suministra la administración. (fl. 383 c. ppal.)*

De lo anterior, la Sala advierte que el contratista solicitó aclaración en torno a las especificaciones técnicas de los controladores de semáforo requeridos en el contrato de obra objeto de controversia. A lo cual accedió la entidad demandada.

Si bien refiere el contratista que esta aclaración constituyó una variación de las condiciones técnicas inicialmente solicitadas en la etapa precontractual y una modificación del contrato original.

Aunque las partes no discuten la entrega de los controladores, la cuestión que subsiste es ¿cuál es el precio de los instalados?, duda que no ha sido despejada a través de las pruebas allegadas, toda vez que se desconoce por qué la diferencia tan dramática entre ambos controladores. En tal sentido, la demandada se limita a señalar que el contratista instaló lo pedido en el pliego, que según las pruebas muestran, serían los controladores ofertados a un costo de $29.200.

La parte actora sostiene que instaló unos controladores de $53´777.600 sin que aporte prueba que soporte dicho valor, tales como facturas, cotizaciones, además de la constancia de recibo de la entidad en la que se avale el costo de los controladores por su suministro e instalación.

La Sala advierte que en la oportunidad probatoria[[14]](#footnote-14) correspondiente el demandante no aportó los soportes que acreditaran el costo real de los controladores de semáforo, tampoco formuló solicitud para obtener prueba con tal propósito. En escrito posterior, fueron aportadas dos facturas de venta[[15]](#footnote-15) que darían cuenta del costo de los controladores, sin embargo no pueden ser valoradas en esta instancia, de un lado porque no se aportaron en la oportunidad que tenía el demandante para ello, no fueron objeto de pronunciamiento por parte del juez de primera instancia frente a su admisibilidad y no se sometieron a contradicción de la parte contraria.

En consecuencia, bajo estas condiciones no es posible afirmar que existió el sobrecosto que señala la parte actora, por cuanto se insiste, debió demostrar el costo de los controladores instalados y recibidos a satisfacción por la entidad; de lo contrario se patrocinaría el reconocimiento de un bien por dos valores (el ofrecido y el entregado) abismalmente distintos. Esa duda correspondía disiparla a la parte actora.

En consecuencia, incumbe negar la reclamación por el incumplimiento invocado frente a este punto, teniendo en cuenta que lo discutido se concreta en la diferencia entre lo pagado y lo que el actor estimaba como justo precio, cuestión que no quedó despejada por lo aquí expuesto.

**4.1.4. Remuneración de la actividad de explanación y nivelación del terreno en relación con la subrasante**

El accionante señala que el municipio de Medellín desnaturalizó la actividad de explanación y nivelación del terreno a nivel de la subrasante. En la demanda resaltó que la subrasante es el nivel del terreno sobre el cual se construye la estructura del pavimento. La actividad de explanación y nivelación en relación con la subrasante, para colocar sobre ella los materiales que constituyen la estructura del pavimento, se paga por metro cuadrado (m2).

Manifiesta el accionante que el contratista informó al municipio que la actividad requerida debía reconocerse pecuniariamente en metros cuadrados, sin embargo la entidad dispuso en el contrato su pago por metro cúbico. El demandante reclama el reconocimiento de $8.140.500,oo, suma que remunera, según su apreciación, la ampliación de la vía de 13.567,50 m2.

Como fundamento de apelación contra la sentencia de primera instancia refiere que solicitó al *a quo* ordenar al municipio pagarle en debida forma el ítem de explanación y nivelación del terreno a nivel de subrasante. Apunta que la cara inferior de la excavación o fondo de la excavación, es una superficie, en consecuencia las actividades de su nivelación y explanación deben pagarse por metros cuadrados y no por metros cúbicos.

Debe precisarse que el tribunal de primera instancia no emitió consideración alguna sobre este tema específico, relacionado con el reconocimiento pecuniario de la actividad de explanación a nivel de la subrasante, reclamado por la parte actora (fl. 625 c. ppal. 2).

De los elementos de convicción aportados al plenario se extrae que en la reclamación del 26 de mayo de 1997, el contratista solicitó:

*4-OBRAS NO CANCELADAS*

*4.1. Explanación y compactación de la subrasante*

*El municipio no ha cancelado la explanación y compactación de la subrasante. Realizada la excavación se procedió a ejecutar la explanación y compactación de la subrasante. Esta actividad no fue cancelada por el municipio, y no pretendemos cobrarla por el existente ítem de explanación y nivelación del terreno a nivel de subrasante, por que no sería lo correcto.*

*El precio que debe reconocerse es el comercial para la época de los trabajos de $600/m2, que para la obra ejecutada daría un valor de:*

*Valor explanación y compactación de la subrasante:*

*13,567.5 M2X $600/m2= $8,140,500.oo (fl. 396 c. ppal.)*

En Resolución n.º 1103, el municipio de Medellín comunicó frente este tema de la reclamación:

*D. a. Considera el Comité que el contratista no tiene derecho a los ocho millones ciento cuarenta mil quinientos pesos solicitados ($ 8.140.500) por las mismas razones estipuladas en el ítem 1.3. del pliego de condiciones y especificaciones.* (fl. 403 c. ppal.)

En la resolución n.º 1586 de 1997, que confirmó la resolución 1103, el municipio de Medellín indicó:

*…1 7789*

*D. OBRAS NO CANCELADAS*

*D.1. Explanación y compactación de la subrasante. Con respecto a este punto, el Comité se ratifica por las mismas razones estipuladas en el ítem 1.3. Esta actividad es parte integral del itma (sic) 1-3 del paquete 1 de la licitaciones (sic) 01 de 1995, formulario de cantidades de obra.* (fl. 33. c.ppal)

La Sala advierte que el demandante no acreditó la unidad de medida en que fue requerida por la entidad, la actividad de *“explanación y nivelación del terreno a nivel de subrasante”*, toda vez que no fue aportado el listado de cantidades de obra ni de precios unitarios anexo al pliego de condiciones.

A su turno, la propuesta presentada por Carlos Mario Hincapié Molina, obrante del folio 151 al 282 del cuaderno principal, contiene el listado de precios unitarios ofrecidos por el proponente en las actividades requeridas dentro de la licitación 01 de 1995. En el *“paquete 1: construcción ampliación de la vía”*, “*capítulo 1. movimiento de tierra y demoliciones”,* el proponente ofertó la actividad de *“explanación y nivelación del terreno a nivel del subrasante”* (fl. 171 c. ppal.), así:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| *ITEM* | *DESCRIPCIÓN* | *CANT* | *UND* | *V.UNIT.* | *V. TOTAL* |
| *1.3.* | *Explanación y nivelación del terreno a nivel de subrasante* | *15500* | *M3* | *1.280* | *19.840.000* |

A partir del contenido de la propuesta en su aparte pertinente, se acredita que la unidad de medida ofrecida para la actividad de explanación y nivelación del terreno en relación con la subrasante fue en metros cúbicos.

Ante la carencia de documentos anexos al contrato 2060 de 1995, no existe prueba de que se hubiera convenido entre la partes una unidad de medida diferente a la ofertada.

Lo determinante es que si desde el punto de vista técnico para el oferente no resultaba admisible la remuneración de dicha actividad en metros cúbicos, y lo procedente era valorarla en metros cuadrados, no se encuentra acreditado que esta situación se haya puesto de presente como observación a las condiciones de la licitación 01 de 1995; En sentido contrario, la presentación de la propuesta en la que se valora el precio de la actividad teniendo como unidad de medida los metros cúbicos, no admite otro entendimiento distinto a que el contratista lo ofreció así en su propuesta, a partir de la experticia en la materia y el conocimiento en el caso particular.

Con todo, tampoco demostró la forma en que fue reconocida y pagada esta actividad por la entidad contratante. A partir de la motivación expuesta por el municipio de Medellín en el acto administrativo que negó la reclamación del contratista, se tiene, que para el reconocimiento de la actividad de explanación y nivelación del terreno a nivel de subrasante se contó con lo estipulado en el ítem 1.3. del pliego de condiciones.

Si bien no se aportó el anexo que contenía este ítem en el pliego de condiciones, lo cierto es que el reclamo de la parte demandante es contradictorio con la oferta misma, en donde se valoró la actividad tomando como unidad de medida los metros cúbicos, valoración que es objeto de reparo en sede judicial, sin que fuera aportado un criterio técnico que indique su procedencia.

Aunado a ello, conviene señalar que el contratista se benefició con la adjudicación en esos términos, cuando desde su conocimiento técnico esta valoración no resultaba procedente. En consecuencia, el cargo de incumplimiento propuesto en este aspecto no está llamado a prosperar.

**4.1.5. Reconocimiento del valor del material de liga asfáltica utilizado en la colocación de la carpeta asfáltica**

El accionante reclama la suma de $4.464.000,oo por concepto de suministro y colocación de liga asfáltica, en 11600 metros cuadrados de asfalto ligado, actividad que señala fue incluida de manera independiente como ítem en el contrato 2060 de 1995. Según su afirmación, el municipio de Medellín negó el pago de la suma solicitada porque en la actividad de colocación de mezcla estaba contenida la liga asfáltica.

Al respecto, el fallo de primera instancia consideró:

*En el pliego de condiciones se estableció en el ítem 4.6. lo referente al “suministro y colocación de liga”, estableciéndose la oferta a $400 el metro cuadrado.*

*La administración al negarle el pago solicitado, fue clara en la resolución que resolvió el recurso de reposición, que el valor de la liga está incluido en el precio unitario del ítem 4.6.*

*Ahora bien, dentro del proceso no aparece ningún medio de prueba que indique que la forma como liquidó el Municipio no fue la correcta, como tampoco aparece acreditado que efectivamente el contratista, dada la forma como procedió, era acreedor al pago de los $4´464.000.oo que solicita en la demanda.* (fl. 630 a 631 c. ppal.)

Como fundamento de apelación el recurrente sostuvo:

*El contratista demandante solicitó al Tribunal ordenar al municipio de Medellín el reconocimiento del valor del material de liga asfáltica utilizado en la colocación de la carpeta asfáltica, no reconocido por el municipio. El Tribunal denegó esta pretensión argumentando que en el proceso no aparece ningún medio de prueba que indique que la forma como liquido el municipio no fue la correcta. Apelo esta determinación, con sustento en lo siguiente:*

*Por norma cuando se está colocando un pavimento asfáltico, las capas no pueden ser superiores a 5 cms. Si el pavimento tiene un espesor mayor, se debe colocar por capas que deben ser unidas o ligadas. En el caso de la ampliación de la avenida de Los Industriales el espesor del pavimento a colocar era de 10 cms, por lo que se instalaron dos capas de 5 cms que conforme a la especificación fueron unidas, ligadas, mediante una liga asfáltica. Eso es lo que dice la especificación técnica sobre la realización de esta actividad: que las capas del pavimento deben ligarse con liga asfáltica. Lo que no dice es que esta liga esta incluida dentro del valor de la actividad. De suerte, que en el proceso sí existe medio de prueba para establecer que el municipio no le canceló al demandante la liga utilizada prescrita por la norma. Simplemente no se la pagó, aun cuando en las obras a ejecutar existe el ítem 4.6., suministro y colocación de liga. La prueba está en la especificación sobre el suministro y colocación de mezcla asfáltica, que esta en los documentos del proceso, y que incluye la liga como un procedimiento constructivo y no como un valor incorporado a la actividad.* (fl. 660 a 661 c. ppal. 2)

El recurrente refiere que solicitó al tribunal de primera instancia el pago del valor del material de liga asfáltica utilizado en la colocación de la carpeta asfáltica, no reconocido por el municipio de Medellín. En consecuencia afirma que en el proceso existe medio de prueba para establecer que el municipio no le pagó al demandante la liga utilizada, pactada como ítem en el contrato.

La Sala deberá determinar si existen pruebas que acrediten lo afirmado en sede de apelación sobre este particular aspecto. Para el efecto encuentra que en la reclamación del 26 de mayo de 1997, el contratista pretendió en relación con este asunto:

*4.2. Suministro y colocación de liga*

*4.1. El municipio no ha cancelado el suministro y colocación de la liga utilizada en la extensión de la mezcla de concreto asfáltico. Este ítem fue eliminado del acta número 11 de liquidación final de obra. Su cancelación debe efectuarse porque como lo ordena el numeral 3.6.4.5. de las normas y especificaciones generales de construcción de las Empresas Públicas de Medellín, la mezcla se extendió en dos capas de 5 cms., que se ligaron con asfalto de liga.*

*El valor que debe ser cancelado por este concepto es:*

*11.600 m2 X$400/m2 =$4.464.000 (fl. 394 c. ppal)*

En Resolución n.º 1103, el municipio de Medellín respondió frente a la solicitud de reconocimiento de la actividad de suministro y colocación de liga asfáltica:

*b. Igualmente recomienda el comité, no aceptar la solicitud de cuatro millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil pesos ($ 4.464.000), reclamados por concepto de suministro y colocación de liga, ya que este valor está incluido en el precio unitario del ítem 4.1. de la licitación, en su paquete 1, el cual trata sobre el suministro y colocación de carpeta asfáltica.* (fl. 403 c. ppal.)

Por su parte, en la resolución n. º 1586 de 1997, el municipio de Medellín resaltó:

*D.2. Suministro y colocación de liga. En relación con el pago de CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL PESOS, la Administración confirma que dicho valor está incluido en el precio unitario del ítem 4.1. de la licitación, en su paquete 1, el cual trata sobre el suministro y colocación de carpeta asfáltica.*(fl.33 a 34 c.ppal)

La propuesta presentada por el ahora demandante (fls. 151 al 282 c. ppal.), en la licitación 01 de 1995, en el *“paquete 1: construcción ampliación de la vía”*, “*capítulo 4. pavimentos”,* contempló los siguientes ítems(fl. 173 a 174 c. ppal.):

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| *ITEM* | *DESCRIPCIÓN* | *CANT* | *UND* | *V.UNIT.* | *V. TOTAL* |
| *4.1.* | *Suministro y colocación de mezcla asfáltica para carpeta, preparada en planta en caliente, según especificaciones.* |  |  |  |  |
| *4.1.1.* | *De e=0.10 mts para vía* | *1350* | *M3* | *90.000* | *121.500.000* |
| *4.5.* | *Suministro y colocación de imprimación* | *13500* | *M2* | *320* | *4.320.000* |
| *4.6.* | *Suministro y colocación de liga* | *50* | *M2* | *400* | *20.000* |
| *4.7.* | *Construcción de pavimento rígido en concreto de fc=280 Kg/cm2 de e= 0.20 m (módulo de rotura mínimo 40 kg/cm2); incluye mater. sellante para juntas según especificaciones, formaleta, protección y curado. (corresponde a la const. de pavim. rígido que se demuele según ítem 1.14).* | *700* | *M2* | *34.000* | *23.800.000* |
| *TOTAL CAPITULO 4* | | | | | *149.640.000* |

Debe precisarse, como fue considerado por el *a quo*, que en el presente evento el demandante, no demostró la ejecución de la actividad de suministro y colocación de 11600 m2 de liga asfáltica reclamados en esta oportunidad; tampoco la forma de liquidación de este ítem.

De acuerdo con lo estipulado en el contrato 2060 de 1995, la forma en que se reconocerían las cantidades de obra ejecutadas, se previó en la cláusula segunda:

*Cláusula segunda- valor del contrato*

*El valor de este contrato, se estima en: Paquete 1 sujeto a contribución especial $530´961.000; paquetes 2+3+4+5 $168´526.670*

*El valor total del contrato es de SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA PESOS ($699´487.670) M/CTE. El valor real, será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el contratista y recibidas a satisfacción por el municipio, por los precios unitarios estipulados en el formato de cantidades de obra, más el valor de las obras extras y adicionales ejecutadas por el contratista y recibidas a satisfacción por el Municipio- Unidad Ejecutora y los otros pagos a que se haga acreedor el contratista en razón de este contrato.* (fl. 349 c. ppal.)

Más allá de la afirmación de la parte demandante no existe prueba que acredite la presunta liquidación indebida de esta actividad, apartada de los parámetros convenidos en el contrato. A su vez, en la medida en que no se aportó el anexo de cantidades de obra, componente del contrato 2060, es incierta la forma en que quedaron integrados y valorados los ítems de la actividad de pavimentos.

Por las anteriores razones, la Sala advierte que el demandante no acreditó el supuesto de incumplimiento atribuido a la entidad por este concepto.

**4.1.6. Reclamo por obras extras**

El actor refiere que la entidad contratante confundió de manera engañosa los conceptos de obras adicionales y obras extras o complementarias. Estima que dentro del objeto del contrato 2060 de 1995, no se incluyeron las obras ejecutadas por el contratista para la construcción de las calles 17 y 18 entre la avenida de Los Industriales y la Avenida Regional, ni las realizadas para los empalmes de las calles 16, 16 A y 14 con la vía que se amplió. Las obras aludidas le fueron canceladas al contratista con los precios del contrato 2060 de 1995, sin considerar que se trataba de obras extras.

En consecuencia reclama el reconocimiento de la suma de $47´488.090 como diferencia no pagada por la entidad.

El *a quo* negó la pretensión formulada bajo la siguiente consideración:

*Frente a la anterior pretensión, cabe anotar que el ítem 2.12 del pliego se dijo:*

*“CONTRATOS ADICIONALES*

*Cuando haya necesidad de ejecutar obra extra y/o adicional o de modificar el plazo o el valor convenido inicialmente, se suscribirán contratos adicionales que serán autorizados por el Alcalde.*

*Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales, vigentes en el momento de su adición” (fls. 75-76).*

*Y en desarrollo de lo anterior, se suscribió el contrato adicional al 2060 de 1995, el n.° 2577 de 27 de diciembre de 1996, en el cual se contempló:*

*“Cláusula primera: objeto del contrato.*

*El objeto del contrato adicional consiste en: incremento del valor del contrato original n.° 2060/95 por obra adicional y por obra extra en la “Ampliación de la Avenida de los Industriales”, entre las calles 10 y 29” (fls. 358).*

*Y si lo anterior es así, resulta claro que las partes debían haber establecido dentro de dicho contrato adicional la forma como se deberían pagar las diferentes obras, bien sea extras o adicionales.*

*Y dentro del proceso, no se acredita con ningún medio de prueba la relación de obras extras o adicionales, así como que las primeras debieron haberse pagado a los precios vigentes al momento de proponerse y el monto de las mismas.* (fl. 631 a 632 c. ppal. 2)

El recurrente por su parte impugnó la decisión adoptada con base en el argumento que se cita a continuación:

*Como se sabe las obras adicionales son aquellas que inicialmente previstas en el contrato, son necesario adicionar para cumplir con su objeto. Las extras son aquellas no determinadas inicialmente en el contrato, pero necesarias para su correcta ejecución. En el contrato 2060 de 1995 se estableció como objeto “la ampliación de la avenida de Los Industriales entre calle 10 y 29”. Las obras extras y adicionales inherentes a este objeto no están en discusión. Lo que se reclama, lo que fue denegado por el Tribunal, el que el municipio desbordó el objeto del contrato al incluir en él la construcción de las calles 17 y 18 para comunicar la Avenida de Los Industriales con otra Avenida: La Regional. Estas obras que obviamente no tienen nada que ver con la ampliación de la avenida deben ser consideradas como obras extras. Así se lo expresó el demandante al Tribunal, relacionándoselas y valorándolas en la demanda, por lo que no es aceptable la afirmación del tribunal en el sentido de que no se acreditaron en el proceso.* (fl. 661 c. ppal. 2)

La Sala observa que en escrito del 26 de mayo de 1997, el contratista reclamó el reconocimiento pecuniario de obras extras o complementarias (fl.397 c.ppal.) canceladas como obras adicionales:

*5.- OBRAS EXTRAS O COMPLEMENTARIAS CANCELADAS COMO OBRAS ADICIONALES*

*El objeto del contrato 2060/95 estaba referido a la “AMPLIACIÓN DE LA AVENIDA DE LOS INDUSTRIALES” ENTRE LA CLS 10 Y 29…”. En el no se incluyeron la construcción de las calles 17 y 18 entre la Avenida de Los Industriales y la Avenida Regional, ni en los empalmes de las calles 16, 16 A y 14 con la vía que se amplió.*

*Si el municipio tenía prevista la contratación de estas obras ha debido consignarlo en el objeto contractual, y entregar al contratista la topografía y diseños respectivos. Desafortunadamente ello no sucedió así. La topografía fue realizada por el contratista y los diseños suministrados por la interventoría.*

*Las obras adicionales nacen dentro del objeto contractual. No se originan por la vecindad y necesidad de ejecutarlas, por lo que el municipio debe liquidar las obras ejecutadas, en los empalmes de las calles 16, 16 A y 14 y en la construcción de las calles 17 y 18, para cancelarlas conforme a las actividades realizadas, a los precios comerciales vigentes en el momento de su ejecución, así:*

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| *Demolición de pavimento flexible, de cualquier espesor, cargue y botada de escombros* | *M2* | *309* | *4.800* | *1.483.200* |
| *Excavación a máquina o a mano hasta h=2 mts* | *M3* | *2.903* | *3.500* | *10.160.500* |
| *Cargue y botada de escombros provenientes de excavación* | *M3* | *2.903* | *7.700* | *22.353.100* |
| *Base granular* | *M3* | *2.145* | *31.122* | *66.756.690* |
| *Construcción de cordones prefabricados f´c=210 Kgg/cm2, incluye juntas, formaleta, protección, curado, excavación y botada de escombros* | *ML* | *1.042* | *19.000* | *19.798.000* |
| *Construcción de anden en concreto de f´c= 210 Kg/cm2 de e= 0.08 mts., 0.15 mts. de entresuelo en piedra y 0.05 m. de recebo en cascajo; incluye excavación, cargue y botada de escombros, formaleta, protección y curado.* | *M2* | *1541* | *22.000* | *33.902.000* |
| *Concreto asfáltico e= 10 cms.* | *M3* | *31* | *120.000* | *3.720.000* |
| *Total debido a pagar* | | | | *158.173.490* |
| *Menos valor pagado* | | | | *110.685.400* |
| *Saldo a favor* | | | | *$47.488.090* |

En Resolución n.º 1103, el municipio de Medellín respondió frente a esta solicitud:

*E. Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución y las pretensiones del reclamante están fuera de la realidad, ya que todos los trabajos reclamados como extras, están dentro del objeto contractual de la obra y como tal fueron cancelados oportunamente. En consecuencia no se autoriza el pago de cuarenta y siete millones cuatrocientos ochenta y ocho mil noventa pesos ($ 47´488.090).* (fl. 403 c. ppal.)

Por su parte, en la resolución n.º 1586 de 1997, el municipio de Medellín señaló:

*E. OBRAS EXTRAS COMPLEMENTARIAS CANCELADAS COMO ADICIONALES*

*En la visita oficial se informó verbalmente a todos los interesados en el proyecto, sobre la construcción de las calles 17 y 18 y que los empalmes eran parte inseparable de la obra a construir.*

*La Ley 80 de 1993, en su artículo 16, señala: “DE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fue necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.*

*Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución…”*

*De acuerdo con las anteriores apreciaciones, consideramos que las pretensiones del contratista están fuera de la realidad, ya que todos los trabajos reclamados como extras, están dentro del objeto contractual de la obra y como tal fueron cancelados oportunamente. En consecuencia, no existe sustento legal sobre esta reclamación. Toda apertura o ampliación de vía lógicamente implica los empalmes necesarios.* (fl. 42 a 43 c. ppal.)

La Sala evidencia, a partir de las pruebas traídas a colación, que el contratista en su reclamación inicial puso de presente a la entidad contratante la ocurrencia de las siguientes circunstancias: i) La construcción de las calles 17 y 18 entre la avenida de Los Industriales y la avenida Regional y los empalmes de las calles 16, 16 A y 14 con la vía ampliada, no se incluyeron en el objeto del contrato 2060 de 1995, ii) La ausencia de planificación de estas actividades hizo que los estudios topográficos se realizaran por el contratista y los diseños suministrados por la interventoría, iii) en consecuencia pretende que el municipio liquide las obras ejecutadas en los empalmes de las calles 16, 16 A y 14 y en la construcción de las calles 17 y 18, a los precios comerciales vigentes en el momento de su ejecución.

El contratista solicitó el pago de la diferencia entre lo asumido por la entidad y los precios comerciales existentes al momento de la ejecución de las obras.

Por su parte, la entidad contratante negó la solicitud, por cuanto estimó que los trabajos reclamados como extras se encontraban incluidos en el objeto contractual y a su vez fueron cancelados oportunamente al contratista.

Al respecto, la Sala no desconoce que el contratista aceptó el pago efectuado por parte del municipio de Medellín, de las obras referidas; sin embargo su objeción se centra en la forma en que fue liquidado este pago, toda vez que, al ser ajenas al objeto pactado en el contrato 2060 de 1995, correspondía liquidarlas con los precios comerciales vigentes para la fecha de su ejecución.

La parte actora estima que las obras deben liquidarse con los precios vigentes al momento de su ejecución y no con los precios vigentes para la fecha de celebración del contrato 2060 de 1995 (18 de diciembre de 1995).

Con el fin de esclarecer la apreciación manifestada por el contratista, es preciso advertir que la Sección Tercera ha definido las obras adicionales como obras distintas de las inicialmente previstas en el objeto contractual, o ítems no previstos pero cuya ejecución se torna necesaria para cumplirlo a cabalidad, en tal sentido su reconocimiento implica variación del contrato[[16]](#footnote-16). Bajo esta línea, su reconocimiento implica que la entidad contratante las haya autorizado y se consagren en el contrato a través de modificación de mutuo acuerdo o de manera unilateral, y no obedezcan a la iniciativa del contratista de realizarlas sin consentimiento de la entidad[[17]](#footnote-17).

Descendiendo al caso concreto, se encuentra acreditado que el contrato 2060 de 1995, fue prorrogado en plazo, a través del contrato adicional n. º 2489 del 6 de diciembre de 1996 (f. 356 a 357 c. ppal.) y en valor mediante contrato adicional n.º 2577 del 27 de diciembre de 1996 (fl. 358 a 359 c. ppal.1).

El contrato adicional n.° 2577 de 1996 incrementó el valor del contrato original n.° 2060 de 1995, para cubrir *“obra adicional y obra extra en la ampliación de la avenida de Los Industriales” entre calles 10 y 29”* conforme se extrae del contenido de sus cláusulas primera y segunda:

*CLÁUSULA PRIMERA- OBJETO DEL CONTRATO*

*El objeto del contrato adicional consiste en: Incremento del valor del contrato original n.° 2060/95 por obra adicional y por obra extra en la “Ampliación de la Avenida de Los Industriales” entre Cls 10 y 29.*

*CLÁUSULA SEGUNDA- VALOR DEL CONTRATO ADICIONAL*

*El presente contrato adicional, se estima en la suma de Ocho (sic) Doscientos dos millones ciento veinte mil ochocientos seis pesos ($202´120.806,oo) m/cte, conforme con la relación de cantidades que se adjunta.* (fl. 358 y 359 c. ppal.)

En principio, como lo acepta la parte demandante y la entidad demandada, las obras consideradas como adicionales fueron integradas al contrato original a través del contrato modificatorio no. 2577. De la afirmación expuesta por el reclamante se tiene que le fueron reconocidas pero no en la forma que pretendía.

La Sala colige de lo anterior, que aquellas obras inicialmente catalogadas como adicionales, en virtud del contrato modificatorio 2577 se integraron posteriormente al objeto del contrato de obra 2060 de 1995 y bajo su régimen debieron valorarse pecuniariamente, salvo que las partes del contrato hubieran pactado un trato distinto, circunstancia que en este caso no se demuestra.

En tal sentido, al suscribir el contrato adicional 2577, el contratista manifestó su aceptación a los efectos económicos generados, especialmente porque la finalidad del contrato modificatorio fue reconocer las obras extras y adicionales en la *“Ampliación de la Avenida de Los Industriales entre Cls 10 y 29”,* es decir aceptó que la adición en valor cubría las obras referenciadas en el contrato modificatorio y al no pactar valores diferentes a los inicialmente convenidos, consintió recibir su pago conforme a los precios unitarios acordados.

La Sala evidencia que en realidad el contratista pretende un reajuste de precios de las obras ejecutadas con ocasión del contrato adicional n.º 2577, que como lo ha entendido la Sección Tercera de esta Corporación *“es un mecanismo para calcular los valores que se le deben reconocer al contratista, por las variaciones que se hayan presentado en los costos de los componentes básicos que integran la obra, durante la ejecución del contrato*”[[18]](#footnote-18), situación cuya ocurrencia no se respaldó probatoriamente.

Bajo las consideraciones expuestas, la parte demandante no logró acreditar el incumplimiento atribuido a la entidad en el punto particular analizado.

**4.1.7. Modificación de las especificaciones del contrato (luminarias)**

El demandante refirió que la entidad contratante modificó las especificaciones del contrato, frente a la actividad de suministro y montaje de luminarias, toda vez que en el pliego de condiciones de la licitación el municipio de Medellín asignó una longitud del brazo de las lámparas a 1.50, posteriormente modificó la especificación a una longitud del brazo de 240 mm. Sostuvo que el precio unitario para este ítem se ofreció en conjunto con luminaria, *“balasto, reactor, bombilla, fotocontrol y brazo de 240 mm”.*

A partir de la discriminación de sus componentes, señaló que la variación de la longitud del brazo de las luminarias generó un perjuicio económico al contratista, teniendo en cuenta los costos del mercado.

Al respecto, el *a quo* consideró que en el presente caso no se acreditó *“que la longitud del diámetro y la orientación del brazo sugerido por las Empresas Públicas implicaran unos mayores costos que debieron ser asumidos por la demandada.”* (fl. 633 c. ppal. 2)

Como argumento de apelación, el actor advirtió: *“la acreditación solicitada no es procedente porque el contratista no estableció un precio para el brazo. Su propuesta respecto a las luminarias fue global. Lo que se reclama es que al modificar la especificación el municipio debe reconocer un nuevo precio, estimado y valorado en la demanda.”* (fl. 662 c. ppal. 2)

La Sala encuentra que el punto materia de apelación se centra en la acreditación de los costos que presuntamente se ocasionaron con la modificación de un brazo de soporte diferente al inicialmente solicitado, en la actividad de suministro y montaje de luminarias.

En la reclamación del 26 de mayo de 1997 el contratista solicitó:

*6. CAMBIO DE ESPECIFICACIONES, SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE LUMINARIAS*

*El municipio contrató con el ingeniero Hincapié el suministro e instalación de luminarias de sodio, con las especificaciones que aparecen en el contrato. Estas especificaciones fueron modificadas al ordenar un cambio en la longitud y orientación del brazo, y por lo tanto debe reconocerse un nuevo precio para la actividad, que a los precios del mercado para el momento de la obra era de $280.000 la unidad.*

*El análisis unitario presentado al municipio, con la iniciación de las obras, lo fue por la unidad sin discriminar cuanto valían cada uno de los componentes, por lo que al variar uno de ellos debe fijarse un nuevo precio.*

*El valor a reconocer se deduce de la siguiente relación:*

*Valor cancelado por 56 lámparas a $38.000/Unidad = $2.128.000*

*Valor debido cancelar = $16.240.000*

*Valor a reconocer = $14.112.000* (fl. 398 c. ppal. 1)

En Resolución n.º 1103, el municipio de Medellín respondió:

*F. Que con relación al cambio de especificaciones en el suministro e instalación de luminarias, con respecto a la longitud, el diámetro y la orientación del brazo sugerido por el Departamento de Alumbrado de Empresas Públicas y reclamado por el contratista, no aumenta el costo del ítem, pues comercialmente ambos brazos tiene (sic) el mismo valor en el mercado.* (fl. 404 c.ppal.)

Por su parte, en la resolución n.º 1586 de 1997, el municipio de Medellín consideró:

*F. CAMBIO DE ESPECIFICACIONES EN SUMINISTROS E INSTALACIÓN DE LUMINARIAS.*

*Es importante anotar que EE.PP.MM., mediante oficio 713217 del 15 de septiembre de 1997, informa que se había sugerido brazos de 1½¨ y el contratista colocó de 1¨, violando las normas, se anexa a la presente resolución copia del oficio. No se acepta la reclamación por cuanto el costo ítem no varía, pues comercialmente los brazos de 2½¨ de diámetro por 1.5 metros de longitud y los de 1 ½ ¨ por 2.4. metros tienen el mismo valor en el mercado.* (fl. 35 c. ppal.)

La Sala encuentra que la entidad estimó que el cambio de especificaciones en la actividad de suministro e instalación de luminarias, en lo concerniente a la longitud, el diámetro y la orientación del brazo sugerido para las mismas no aumentó el costo del ítem, en la medida en que ambos brazos tienen el mismo valor en el mercado. El demandante tenía la carga de acreditar que se produjo una variación en la longitud del brazo de las luminarias, que no fue inicialmente pactada y a su vez, que esta variación generó un costo no previsto por el contratista, circunstancia que hizo más gravosa el cumplimiento de esta actividad.

La parte demandante no aportó medio de prueba en tal sentido. En su lugar, refiere que es un supuesto de difícil acreditación, en tanto, la forma en que se ofertó el ítem impide discriminar el valor de los elementos que integraban la actividad de suministro e instalación de luminarias.

Para la Sala no es de recibo lo afirmado por el demandante, toda vez que con independencia de la forma en que se ofertó el ítem de *“suministro y montaje de luminarias de sodio de 250 W, 240V, RA5-202; incluye balasto reactor, bombilla y fotocontrol, brazo de 240 mm”* (fl. 191 c. ppal.) le correspondía demostrar que se generó un costo mayor al inicialmente previsto al momento de presentar su oferta, de otra forma no podría estar acreditado el perjuicio reclamado en esta oportunidad.

Ante la ausencia de demostración del perjuicio reclamado a consecuencia de la variación atribuida a la entidad contratante, corresponde negar la reclamación pecuniaria por este aspecto.

**4.1.8. Mayor costo de administración**

El actor reclamó el reconocimiento de la suma correspondiente a $12´804.828,95 por sobrecosto de administración. El contratista señaló que con ocasión del contrato adicional suscrito con la entidad, tuvo que ejecutar en 20 días una obra que ameritaba 87 días de plazo adicional.

Frente al pedimento formulado, el juez de primera instancia consideró:

*Como puede apreciarse, en éste punto se presentan dos criterios, el de la administración y el del demandante, sin que aparezca ninguna prueba en que se acredite los sobrecostos que tuvo que asumir el contratista para “comprimir” los 67 días para poder realizar la obra que normalmente era de 87 días en 20.*

*De todas formas, como lo señala el Municipio el AIU obtuvo unos costos administrativos recuperados de $828.364 pesos diarios, que es muy superior a los $191.116 establecidos en el contrato original, lo cual lleva a pensar que aparece compensado ese “aceleramiento” en la ejecución de las obras.*

*Por lo demás parece extraño que en la ejecución de una obra pública, en 20 días puedan ejecutarse obras que normalmente y según las voces de la demanda, ameritarían 87 días, lo cual lleva a pensar más bien que cuando se suscribió el contrato adicional 2577 por $202.120.806 muchas de las obras contratadas ya estaban realizadas.* (fl. 635 c. ppal. 2)

En sede de apelación el demandante se opuso a las consideraciones del *a quo.* Sostuvo que para administrar $699.487.670, que era el valor del contrato inicial, se le concedieron al contratista 300 días, en consecuencia, para administrar $202.120.806 le debieron conceder 87 días, y no 20 como sucedió. Según su afirmación, el contratista tuvo que comprimir en 67 días la ejecución de las obras, con mayores valores de mano de obra y horas extras.

La Sala parte por precisar que en la reclamación del 26 de mayo de 1997, el contratista solicitó:

*Para la ejecución de las obras del contrato 2060/95 estimadas en $699.487.640 el municipio concedió un plazo de 300 días solares. El contrato se adicionó en $202.120.806 para lo cual solo se concedieron 20 días.*

*Esta desproporción tuvo que ser asumida por el contratista en tiempos extras lo que le ocasionó una mayor administración.*

*El valor adicionado corresponde al 29% del valor del contrato inicial, porcentaje que aplicado al plazo nos indica el plazo adicional ha debido ser de 87 días. La diferencia de tiempos entre el plazo adicional concedido y el que ha debido concederse fue comprimida en la obra y representan 67 días de administración que deben ser reconocidos por el municipio.*

*Si los trescientos días iniciales tuvieron un costo diario de administración de $229.340, el valor a reconocer por estos 67 días es de: $15.365.795* (fl. 398 c. ppal. 1)

Observa la Sala que en la resolución 1103 de 1997 no se brindó respuesta a la solicitud formulada por el contratista. Entre tanto, la resolución 1586 advirtió:

*H. MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA*

*Analizando los costos administrativos diarios del contrato 2060 de 1995, tenemos:*

*La administración diaria para el contrato original, fue estimada por el contratista en $191.116, (AIU: 22%, A:10%)*

*Para el contrato adicional por $202.120.806, el contratista obtuvo una ampliación del plazo de veinte (20) días y de acuerdo con el AIU del contrato adicional obtuvo unos costos administrativos recuperados de $828.364 diarios.*

*De acuerdo con los resultados anteriores, por la ejecución del contrato adicional en veinte (20) días, los costos administrativos recuperados fueron superiores en un 433% (sic) a los esperados de acuerdo con el contrato original, así:*

*$828.364-$191.116.84= $637.247.16 día o sea que por ejecutar el contrato adicional en 20 días, fue compensado en $637.247.16 adicionales por día, que equilibra la mayor administración reclamada en estos 20 días.*

*Como conclusión para este punto, al contratista no se le adeuda suma alguna por este concepto, por el contrario recuperó mayor administración.* (fl. 35 a 36 c. ppal.)

Con el propósito de resolver el tema de apelación propuesto, debe la Sala determinar la causa de la ampliación del plazo contractual frente al inicialmente pactado por las partes y la procedencia del reconocimiento de los sobrecostos reclamados por administración.

Evidencia la Sala que el plazo de *trescientos días solares contados a partir de la fecha de iniciación* de las obras, pactado en el contrato 2060[[19]](#footnote-19), se vio alterado por el contrato adicional n.º 2489 de 1996, que amplió el plazo inicial en *veinte días solares contados a partir del nueve de diciembre hasta el veintiocho de diciembre de 1996 (inclusive)* (fl.356 a 357 c. ppal. 1)

Advierte la Sala que el contrato modificatorio que afectó el plazo de la obra se suscribió de mutuo acuerdo por la entidad contratante y el contratista, sin que en los documentos relacionados se formulara reparo frente a los efectos económicos de la ampliación del plazo contractual.

Al respecto, la Sección Tercera de esta Corporación ha considerado que las reclamaciones objeto de demanda resultan prósperas cuando previamente el contratista demandante las incluye en los actos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensión:

*En relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato.*[[20]](#footnote-20)

Encuentra la Sala que el contratista, a través de su manifestación de voluntad consignada en el contrato adicional, aceptó que la ampliación en el plazo era suficiente para ejecutar las obras pendientes, lo cual se colige, toda vez que no formuló reparo o reclamación expresa frente a los efectos económicos que pudiera tener esta ampliación en el plazo. En consecuencia, no resulta procedente una reclamación posterior a través del ejercicio de la acción de controversias contractuales.

En este evento, no es admisible entender del silencio del contratista una ausencia de renuncia de los efectos económicos de la adición en plazo del contrato, sino su aceptación, en tanto el asentimiento a la variación en el plazo, informa una aprobación de las condiciones en las que a partir de la prórroga se ejecutaría el contrato de obra.

En consecuencia, no resulta admisible obtener el reconocimiento de los perjuicios presuntamente causados con la ampliación del plazo contractual.

Por lo anterior, se negará el reconocimiento pecuniario por este concepto.

**4.1.9. Reconocimiento y pago de valores por amortización indebida de anticipo**

El demandante acusa a la entidad contratante de amortizar el anticipo cuando estaba más que agotado, en junio de 1996, y el contratista había invertido en obra más de ciento cuarenta millones de pesos. Estimó que desde ese mes en adelante y hasta febrero de 1997, se le descontaron de las actas mensuales de reajuste, treinta y seis millones ciento cincuenta y seis mil doscientos ochenta y un pesos ($ 36.156.281), cuando lo correcto era descontar de las actas de ajuste el porcentaje del anticipo concedido, solo hasta cuando el anticipo se agotara.

*El a quo* motivó la decisión de negar la pretensión formulada por el actor, bajo las siguientes consideraciones:

*(…) [D]entro del proceso no se acreditó que el Municipio haya desconocido lo pactado entre las partes en relación a la no reajustabilidad del anticipo, tal como quedó plasmado en la cláusula décima del contrato 2060 de 1995 (fls. 352), lo cual el mismo contratista acepta cuando en su demanda plantea que la ecuación consignada en dicha cláusula no era la correcta, aspecto éste que debió haberse tenido en cuenta en su debida oportunidad para pedir aclaración a la administración, o bien en la elaboración de la propuesta dados los mayores costos que ello significaría.* (fl. 637 c. ppal. 2)

El apelante precisó que su solicitud se encaminó a obtener del tribunal *a quo* el reconocimiento y pago de los valores de ajustes por amortización del anticipo descontados indebidamente por el municipio de Medellín. Los mayores valores descontados se acreditan con las actas de ajuste del anticipo, a su vez, la valoración se realizó en la demanda.

Se encuentra acreditado que en el pliego de condiciones de la licitación pública 01 de 1995, la entidad pública contratante dispuso frente al anticipo:

*1.20 ANTICIPO*

*Una vez perfeccionado el contrato y previo el otorgamiento y aprobación de la respectiva garantía, el municipio entregará a el (sic) contratista que resulte favorecido con la adjudicación de la presente licitación un anticipo equivalente al VEINTE POR CIENTO (20%) del valor total del contrato, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la formulación de la cuenta respectiva.*

*Para los efectos de pago, manejo, administración y amortización del anticipo, se tendrán en cuenta las normas que sobre la materia se encuentran contenidas en el acuerdo n.º 46 de 1987 y Resolución 095/89 de la Contraloría Municipal, para asegurar que su producto se destine íntegra, exclusiva y oportunamente al desarrollo directo del objeto contratado.*

*El contratista reintegrará al Municipio el anticipo, descontando de cada acto de obra ejecutada la misma proporción porcentual que se utilizó para fijar su cuantía, hasta su completa cancelación, sin perjuicio de que en determinados eventos puedan efectuarse retenciones mayores para lograr su completa amortización.* (fl. 69 c. ppal. 1)

La cláusula tercera del contrato 2060 de 1995 estableció:

*Cláusula tercera- Anticipo. El municipio entregará al contratista a manera de anticipo, la suma de CIENTO TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS ($139`897.534,00) M/CTE, equivalentes al veinte (20%) del valor inicial del contrato. Su pago, manejo, inversión y amortización, se hará conforme a como aparece en el pliego de condiciones.* (fl. 349 a 350 c. ppal. 1)

En la reclamación formulada el 26 de mayo de 1997, el contratista requirió:

*Aun cuando las obras ejecutadas fueron reajustadas partiendo de los índices correspondientes al mes de adjudicación, estos fueron afectados por el anticipo como si este se hubiera entregado en el momento de la adjudicación. El municipio debe reliquidar estos ajustes que estimamos deprimidos en $39.350.817.6, valor correspondiente a los descuentos efectuados y que estimamos deben ser cancelados en razón a la mora en la iniciación de las obras y al equilibrio económico normado en la Ley 80/93. (fl. 398 c. ppal)*

En Resolución n.º 1103, el municipio de Medellín respondió frente este punto de la reclamación:

*G. Que la Cláusula Décima-Reajustes del contrato n.° 2060/95, plantea en su fórmula que el anticipo no es reajustable y como tal se descuenta de las actas de obra ejecutada.*

*Con fundamento en lo explicado en este literal, la suma de treinta y nueve millones trescientos cincuenta mil ochocientos diecisiete pesos con sesenta centavos ($39.350.817.60), no es susceptible del reajuste solicitado.*

*La entrega del anticipo estuvo de acuerdo con lo estipulado en el pliego de condiciones y con lo establecido en el citado contrato, por lo tanto no era posible entregarlo al momento de la adjudicación de la licitación pública.* (fl. 404 c. ppal.)

Por su parte, en la resolución n.º 1586 de 1997, el municipio de Medellín comunicó:

*G. REAJUSTE DEL ANTICIPO. La cláusula décima-reajustes del contrato n.° 2060 de 1995 y sus adicionales, plantea en su fórmula que el anticipo no es reajustable y como tal se descuenta de las actas de obra ejecutada y a reajustar. El factor multiplicador de la fórmula de reajuste es (1-A).*

*Con base en lo establecido en el contrato 2060 de 1995, y lo estipulado en el pliego de condiciones la Administración considera que no es aceptable el reconocimiento de treinta y nueve millones trescientos cincuenta mil ochocientos dieciocho pesos ($39.350.818). Pues la entrega del anticipo se dio de acuerdo a lo establecido en la licitación* (fl. 32 a 33. c.ppal)

Si bien sostiene el apelante que la amortización del anticipo se acredita con las actas de reajuste del mismo, la Sala observa que no fue aportado elemento de prueba a partir del cual se pueda considerar, en primer lugar, el tiempo y la forma en que se produjo el pago del anticipo al contratista por parte del municipio de Medellín, y en segundo término, cómo se produjo durante la ejecución contractual su amortización.

Las aludidas actas de reajuste no fueron aportadas como prueba. Por su parte, el acto administrativo de liquidación unilateral relacionó los pagos efectuados por la entidad al contratista (fl. 452 c.ppal) y las actas de reajuste que durante el periodo contractual fueron aprobadas; sin embargo a partir de este documento no es posible distinguir los montos que corresponden al anticipo, tampoco en el balance se relacionaron los conceptos que por amortización del anticipo fueron descontados por la entidad demandada.

Como se ha considerado a lo largo de la providencia, correspondía al demandante desvirtuar la presunción de legalidad del acto de liquidación unilateral demostrando a partir de las pruebas válidamente aportadas al expediente, que la motivación expuesta por la entidad demandada se apartaba de la realidad del negocio jurídico. La Sala reitera, con sustento en el contenido del pliego de condiciones, que el anticipo sería reintegrado al Municipio con el descuento correspondiente de cada obra ejecutada hasta su pago definitivo, sin perjuicio de aquellos eventos de retención mayor para obtener una amortización completa (fl. 69 c. ppal. 1).

En consonancia el contrato previó el pago del anticipo, cuyo manejo, inversión y amortización estaría sometido a las reglas del pliego de condiciones (fl. 349 a 350 c. ppal. 1).

Entre tanto, la entidad en respuesta a la reclamación formulada por el contratista, concluyó la improcedencia del reclamo pecuniario pretendido en torno a la reliquidación de obras reajustadas por un anticipo que no se había entregado al momento de la adjudicación. La razón de la entidad se centró en la imposibilidad de reajuste del anticipo, además del acatamiento del pliego de condiciones y el contrato en el momento de su entrega (fl. 404 c. ppal.)

Baste señalar que la parte demandante no logró desvirtuar que la razón expuesta por la entidad para negar su solicitud estuviera desfasada del pacto contractual. Así las cosas, el pago del anticipo se sujetó a las previsiones del pliego de condiciones y el contenido del contrato 2060 de 1995.

**4.2. Nulidad de la resolución n.° 1639 del 18 de noviembre de 1996, por la cual se impuso una multa al contratista**

El demandante pretende la nulidad de la Resolución n. º 1639 del 18 de noviembre de 1996. Estima que el acto administrativo adolece de nulidad porque multó anticipadamente al contratista *“por una presumible mora en la entrega de las obras objeto del contrato 2060 de 1995, en razón de que, como consta en el Acta de Recibo Final de Obra que se adjunta, las obras fueron entregadas en tiempo y de conformidad con lo previsto en el numeral 4.29 del pliego de condiciones”.* (fl. 4 c. ppal.)

Conviene precisar que el *a quo* declaró la caducidad de la pretensión de nulidad formulada contra el acto administrativo aludido, sin embargo, la Sala revocó esta decisión por las consideraciones expuestas en el acápite de oportunidad de la acción, en consecuencia, procederá al estudio de fondo de la pretensión anulatoria.

Es del caso señalar que el cargo de nulidad invocado por la parte demandante ataca la motivación expuesta en el acto que impuso multa al contratista. Pese a no haberse alegado la falta de competencia del municipio de Medellín en la imposición de la multa, la Sección Tercera de la Corporación ha considerado que la ausencia de competencia constituye causal de nulidad insaneable que exige pronunciamiento judicial[[21]](#footnote-21). Recuerda la Sala que a través de la Resolución n.º 1639 de 1996, el municipio de Medellín impuso sanción de multa al contratista Carlos Mario Hincapié Molina, al considerar:

*1. Que el Municipio de Medellín suscribió con el señor CARLOS MARIO HINCAPIÉ MOLINA, el contrato n. º 2060 de 1995, cuyo objeto consiste en la “AMPLIACIÓN DE LA AVENIDA DE LOS INDUSTRIALES”, entre Cl 10 y Cl 29, por un valor original de SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA PESOS ($699´487.670,00) y un plazo de trescientos (300) días solares, iniciando el 12 de febrero de 1996 y con fecha de terminación el 8 de diciembre del presente año.*

*2. Que al 30 de octubre de 1996 llevábamos transcurrido un 87% del plazo de ejecución y solamente se ha facturado obra por el 66.25%, lo que demuestra un desfase físico entre el plazo transcurrido y la obra ejecutada.*

*3. Que a 21 días del vencimiento del plazo para la entrega de la obra, ésta se encuentra considerablemente retrasada, no obstante las llamadas de atención al contratista, según constan en la bitácora o libro de obra y en las actas del Comité.*

*4. Que el plazo para la terminación de la obra vence el día 8 de diciembre de 1996, razón por la cual tanto la interventoría como la Unidad Ejecutora del Municipio de Medellín, preveen (sic) que el contratista no alcanzará a terminar y entregar la obra en el tiempo previsto y bajo la calidad que se exige, por lo tanto se debe aplicar la cláusula octava, literal a) del contrato n.º 2060 de 1995: “Multa del uno por mil (1/1000) del valor del mismo por cada día de retardo en la entrega de las obras, por la obra no presentar un avance al ritmo necesario que garantice la entrega dentro del plazo estipulado.*

*RESUELVE*

*ARTÍCULO PRIMERO: Sancionar al señor CARLOS MARIO HINCAPIÉ MOLINA con multa del 1/1000 del valor del contrato por cada día de retardo en la entrega de las obras, por cuanto la obra no presenta el avance al ritmo necesario para garantizar la entrega dentro del plazo estipulado en el contrato n.º 2060 de 1995. El monto de la multa será liquidado por la Unidad Ejecutora, valor que se descontará de las cuentas pendientes a su favor, de la garantía de cumplimiento y en su defecto se cobrará por jurisdicción coactiva.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar la presente resolución a la compañía de seguros LATINOAMERICANA DE SEGUROS S.A. y al señor CARLOS MARIO HINCAPIÉ MOLINA, adjudicatario del contrato.*

*PARAGRAFO: En caso de no hacerse la notificación personal dentro de los cinco (5) días siguientes al envío de la citación correspondiente se notificará por edicto que permanecerá fijado en la Unidad Ejecutora por diez (10) días hábiles, a partir de la fecha de fijación. Desfijado el edicto se entenderá surtida la notificación (Art. 45 C.C.A.)*

*ARTÍCULO TERCERO: Contra la presente resolución procede el recurso de reposición que deberá interponerse ante el señor Alcalde dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al de la notificación.*

*ARTÍCULO CUARTO: La presente resolución presta mérito ejecutivo de conformidad con el artículo 68 del código contencioso administrativo, Decreto 01 de 1984.* (fl. 442 a 444 c. ppal.)

La motivación expuesta en la resolución impugnada señala que a 21 días del vencimiento del plazo para la entrega de la obra, la mismo no presenta “*el avance al ritmo necesario para garantizar la entrega dentro del plazo estipulado en el contrato n.º 2060 de 1995.”.* Por tanto, en aplicación de lo dispuesto en el literal a) de la cláusula octava del contrato, la entidad demandada sancionó al contratista con una multa “*del 1/1000 del valor del contrato por cada día de retardo en la entrega de las obras”,* monto que sería liquidado por la Unidad Ejecutora y sería descontado de las cuentas pendientes a favor del contratista, de la garantía de cumplimiento o en su defecto se cobraría por jurisdicción coactiva.

Es del caso precisar, que el contrato 2060 incluyó en su cláusula octava las condiciones de imposición de multas al contratista, bajo los parámetros que a continuación se transcriben:

*Cláusula octava-Multas*

*a. En los eventos en que el contratista incurra en mora o en incumplimiento parcial de los obligaciones que por este contrato adquiere, se le aplicarán multas sucesivas hasta por la cantidad del uno por mil (1/1000) del valor del contrato por cada día de retardo en la entrega de las obras; o cuando los trabajos no avanzaren al ritmo necesario que permita garantizar la entrega de la obra dentro del plazo estipulado; o cuando no diere principio a los trabajos en forma oportuna o se negare a efectuar las reparaciones y modificaciones que le ordene el interventor, previo el cumplimiento de los trámites vigentes.*

*b. Por no tener un ingeniero o arquitecto graduado y matriculado que tenga a su cargo la residencia de la obra, de conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones, multa de 0.5 por mil (0.5/1000) del valor total del contrato por cada día calendario de mora, en el cumplimiento de esta obligación.*

*c. Por no acatar las órdenes de la interventoría, multa del 0.1 por mil (0.1/1000) del valor total del contrato por cada orden no cumplida. Esta multa no atenúa las demás atribuciones del municipio establecidas en el pliego de condiciones.*

*d. Por perjuicios en las vías y ausencia de medidas de seguridad y señalización establecidas en el pliego de condiciones, multa de un salario mínimo legal vigente por cada vez que se incumpla una orden.*

*e. Por utilizar materiales o equipos diferentes a los aprobados por el municipio, multa de un salario mínimo legal vigente, además del retiro de los elementos rechazados, por cada día de permanencia.*

*f. Por no liquidar el contrato a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses de haber elaborado la última acta de obra ejecutada, multa del cero punto uno por mil (0.1./1000) del valor total del contrato por cada día, si la causa o las causas son imputables a el contratista. (fl. 351 a 352 c. ppal. 1)*

Ahora bien, el pacto de multas en el contrato de obra no asigna *per se* la imposición y declaratoria por parte de la entidad contratante y en contra del contratista, cuando el contrato esta regido por la Ley 80 de 1993. La Sección Tercera ha considerado en este sentido que “*con la expedición de la Ley 80 de 1993, desapareció la competencia que había sido otorgada por el artículo 71[[22]](#footnote-22) del Decreto-ley 222 de 1983, a las entidades estatales para imponer unilateralmente multas a los contratistas en caso de mora o incumplimiento parcial de sus obligaciones, mediante la expedición de un acto administrativo, sin necesidad de acudir al juez del contrato.”[[23]](#footnote-23)*

La Sala considera que en vigencia de la Ley 80 de 1993 era posible pactar cláusulas relacionadas con multas; no obstante, en modo alguno el pacto llevaba a la asignación de facultad a la entidad para hacerlas efectivas directamente, toda vez que era preciso acudir al juez del contrato[[24]](#footnote-24).

En el caso concreto, resulta evidente que las partes pactaron en la cláusula octava, los supuestos frente a los cuales el contratista se hacía merecedor de multas, ya por mora o por incumplimiento de sus obligaciones, pero no se atribuyó facultad para que el municipio de Medellín mediante acto administrativo las hiciera efectivas.

Ante la falta de competencia de la entidad contratante para imponer directamente al contratista multa por la mora en el cumplimiento de su obligaciones, se declarará la nulidad de la Resolución n.º 1639 de 1996, que había sancionado al contratista Carlos Mario Hincapié Molina.

**4.3. Nulidad de la Resolución n.º 8 de junio 16 de 1998, que liquidó unilateralmente el contrato 2060 de 1995 y sus adicionales 2489 y 2577 de 1996.**

El demandante pretende la nulidad de la Resolución n.º 8 de 1998 que liquidó unilateralmente el contrato 2060 de 1995, y a su vez, que se ordene al municipio de Medellín renunciar a la pretensión consignada en el literal d) de la parte resolutiva del referido acto administrativo. La razón de su impugnación en primer lugar, se contrajo a la inclusión en el balance, de los conceptos pecuniarios inicialmente reclamados en la petición del 26 de mayo de 1996.

Igualmente impugnó el acto administrativo de liquidación unilateral por las siguientes razones contenidas en la pretensión cuatro de la demanda:

*Que se ordene al Municipio de Medellín renunciar a la pretensión consignada en el literal D. de la parte resolutiva del acto administrativo impugnado, Resolución 08 de 1998, por no tener sustento ya que el valor reclamado no le ha sido demostrado al contratista, es decir no se le han especificado las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron origen a tal evaluación. Pretender la reparación o reconocimiento monetario de unos presumibles daños, argumentando, como lo hace el municipio en numeral 9 de la parte motiva de la resolución 08 de 1998, que se realizó una visita al sitio de la obra; que se presentó un informe; que se detallaron trabajos a corregir y se calculó su respectivo valor, no tiene validez legal por cuanto en dicho numeral, no se dice: en qué fecha se realizó la visita, cuáles y en que sitio fueron las fallas encontradas, y cuál el valor estimado de cada una de ellas. El ingeniero Hincapié desconoce este informe y por lo tanto con la aludida pretensión se está violando su derecho de defensa, adicionalmente porque nunca se le notificó la visita para asistir a ella a lo cual tenía derecho de conformidad con el art. 34 del C.C.A.* (fl. 4 c. ppal. 1)

La Sala recuerda que en resolución 8 de 1998, el municipio de Medellín liquidó unilateralmente el contrato 2060 de 1995 y sus adicionales 2489 y 2577 de 1996. Las consideraciones expuestas en el acto administrativo de liquidación resaltaron:

*El Alcalde de Medellín,*

*En uso de sus atribuciones legales y contractuales, y*

*Considerando:*

*1. Que el Municipio de Medellín suscribió con CARLOS MARIO HINCAPIE MOLINA el contrato 2060 de 1995, cuyo objeto consistió en “Ampliación de la Avenida de los Industriales, entre calles 10 y 29”, por valor de SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA PESOS M.CTE ($699´487.670) y un plazo inicial para su ejecución de trescientos (300) días solares, el cual se dará por liquidado en forma unilateral.*

*2. Que por acuerdo entre las partes y conforme con la autorización del señor Alcalde, del 6 de diciembre de 1996, se convino en ampliar el plazo contractual en veinte (20) días solares, contados a partir del día nueve (9) de diciembre de 1996 y formalizado en contrato 2489 de 1996, de acuerdo con las pólizas 219194, 912810 y 235198.*

*3. Que la obra no ha sido entregada a satisfacción al Municipio de Medellín de acuerdo a lo estipulado en el numeral 4.29 del pliego de condiciones entregado al contratista en la licitación pública 01 de 1995.*

*En el proyecto aún existen trabajos con deficiencias de carácter técnico sin propuestas de correctivos por parte del ingeniero Hincapié Molina para hacer las reparaciones necesarias y entregar la obra en forma satisfactoria; como es el caso de las obras de servicios públicos construidas para Empresas Públicas de Medellín y que en oficios del 18 de febrero de 1997 de la Unidad Ejecutora y 10 de abril de 1997 del Área Metropolitana enviados al ingeniero Hincapié Molina se le hizo saber cuáles obras puntuales era necesario corregir, haciendo caso omiso a esta situación.*

*4. Que por Resolución 1639 del 18 de noviembre de 1996, se resolvió imponer una multa de 1/1000 del valor del contrato por cada día de retardo en la entrega de las obras por cuanto la obra no presentaba el avance necesario para su oportuna entrega.*

*5. Que las obras correspondientes a redes de servicio público, no han sido realizadas de acuerdo a las especificaciones y por lo tanto no fueron recibidas por las Empresas Públicas de Medellín, tal como consta en los oficios 67147 de febrero 7 de 1997, 713217 de septiembre 15 de 1997 y 095891 de septiembre 24 de 1997. Estos comunicados, en su orden, fueron enviados por telecomunicaciones, alumbrado público y nuevamente telecomunicaciones.*

*6. Que en sus comunicados Empresas Públicas de Medellín, manifiesta que se encontraron errores en la construcción de las obras, trabajos no realizados, mal situados o no cumplieron con las especificaciones originalmente contratadas.*

*7. Que mediante comunicado de abril 10 de 1997, el Área Metropolitana por medio del doctor Mauricio Duque Jaramillo, Gerente General y del Ingeniero John Jairo García Vanegas, Jefe del Departamento de Diseño; le manifestaron al ingeniero Hincapié Molina algunos detalles de obra para reparar, necesarios también para el recibo por parte de Empresas Públicas de Medellín y del Municipio de Medellín.*

*8. Que mediante oficio del 18 de julio de 1997, el doctor Juan Bautista Giraldo Arbeláez, Director de Interventoría del INVAL y el ingeniero Héctor Alberto Bedoya Giraldo, le comunicaron al ingeniero Hincapié Molina que es obligación del contratista entregar las obras de redes a Empresas Públicas de Medellín a entera satisfacción, mediante un documento donde conste que la obra fue entregada sin ningún contratiempo y se cumplió con todas las normas y especificaciones requeridas. Se le informó, además, que a la fecha existían trabajos que no cumplían los requerimientos exigidos y por lo tanto no eran recibidos por Empresas Públicas de Medellín.*

*9. Que en visita realizada al sitio de la obra por los ingenieros Juan Fernando Molina Jaramillo y Héctor Alberto Bedoya Giraldo y los Tecnólogos Blanca Inés Escobar Montoya y Conrado López, se presentó un informe de las reparaciones que debía efectuar el contratista y que no las ha hecho; se detallaron los trabajos a corregir y se calculó su respectivo valor en $22´596.000, el cual es exigible mediante las pólizas 219194 y 256769C de incremento y aclaración.*

*10. Que tal como lo manifiesta el Ingeniero Carlos Mario Hincapié Molina en su oficio de mayo 26 de 1997, él se niega a firmar el acta de liquidación presentada por la entidad contratante.*

*11. Que el 26 de mayo de 1997 el señor Hincapié Molina presentó al Municipio de Medellín una reclamación por un valor de CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS M.CTE ($483´645.438).*

*12. Que el Alcalde de Medellín por medio de la resolución 1103 de agosto de 1997, resolvió la reclamación negando en su artículo primero, al ingeniero Hincapié Molina el pago de todos los conceptos formulados en su reclamación.*

*13. Que el ingeniero Carlos Mario Hincapié Molina, por intermedio de su apoderado doctor Jaime Hernando Hincapié Molina, presentó al Municipio de Medellín el 22 de septiembre de 1997, el recurso de reposición contra la resolución 1103 de agosto de 1997.*

*14. Que el Municipio de Medellín por medio de la Resolución 1586 de 1997 (6 de noviembre), resolvió el recurso de reposición contra la Resolución 1103 de 1997. En la Resolución 1586 de 1997 en su artículo primero se resolvió “no reponer la resolución 1103 del 4 de agosto de 1997” y en su artículo segundo “negar” la petición contenida en el numeral octavo del recurso de reposición.*

*15. Que el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, establece que, si el contratista no se presenta a la liquidación, será practicada directa y unilateralmente por el Municipio de Medellín y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.*

*RESUELVE*

*ARTÍCULO PRIMERO: Declarar liquidado el contrato 2060 de 1995, en forma unilateral.*

*A. DATOS GENERALES DEL CONTRATO*

*CONTRATO: 2060 de 1995*

*TIPO CONTRATO: Precios Unitarios Reajustables*

*CONTRATISTA: Carlos Mario Hincapié Molina*

*CONTRATANTE: Municipio de Medellín*

*Obra: “Ampliación de la Avenida de los Industriales”, entre las calles 10 y 29.*

*VR. INICIAL OBRA: $699´487.670*

*PLAZO: Trescientos (300) días solares*

*FECHA DE INICIACIÓN: Febrero 12 de 1996*

*1ª fecha terminación: Diciembre 7 de 1996*

*Ampliación de plazo: Veinte (20) días solares*

*2ª fecha terminación: Diciembre 27 de 1996*

*Vr. CTTO. ADIC. 2577/96 $202´120.806.oo*

*Vr. Obra ejecutada: $895´888.641.16*

*Vr. Reajustes: $157´403.270.40*

*Valor Total: $1.053´291.911.60*

*B. PAGOS EJECUTADOS*

*ACTA No. FECHA VALOR VALOR ACUMULADO*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| *ACTA n.º* | *Fecha* | *Valor* | *Valor Acumulado* |
| *01* | *29 Abril/96* | *42´200.873.80* | *42´200.873.80* |
| *02* | *31 Mayo/96* | *43´044.731.00* | *85´245.604.80* |
| *03* | *28 Junio/96* | *56´476.676.00* | *141´722.280.00* |
| *04* | *29 Julio/96* | *38´396.727.20* | *180´119.008.00* |
| *05* | *06 Sept. /96* | *55´197.934.10* | *235´316.942.10* |
| *06* | *04 Oct. /96* | *87´933.210.00* | *323´250.152.10* |
| *06ª* | *01 Oct./96* | *65´358.638.70* | *388´608.790.80* |
| *07* | *05 Nov./96* | *74´845.625.00* | *463´454.415.80* |
| *08* | *02 Dic./96* | *103´178.900.00* | *566´633.315.80* |
| *09* | *16 Dic./96* | *62´761.613.70* | *629´394.929.50* |
| *10* | *18 Dic./ 96* | *69´883.081.08* | *699´278.010.60* |
| *11* | *Dic.28/96* | *196´610.630.56* | *895´888.641.16* |
| *VALOR TOTAL OBRA EJECUTADA* | | | *$895´888.641.16* |

*ACTA DE REAJUSTE:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| *Acta n.º* | *Fecha* | *Valor* | *Valor Acumulado* |
| *01* | *Marzo* | *5´425.033.88* | *5´425.033.88* |
| *02* | *Mayo* | *7´353.112.14* | *12´778.146.02* |
| *03* | *Junio* | *9´895.132.64* | *22´673.278.66* |
| *04* | *Julio* | *6´827.100.89* | *29´500.379.55* |
| *05* | *Agosto* | *10´740.371.66* | *40´240.751.21* |
| *06* | *Sept.* | *18´107.206.60* | *58´347.957.81* |
| *06a* | *Sept.* | *6´295.276.57* | *64´643.234.38* |
| *07* | *Octubre* | *16´069.346.09* | *80´712.580.47* |
| *08* | *Nov.* | *22´408.939.84* | *103´121.520.30* |
| *09 Prov.* | *Dic.* | *13´830.104.30* | *116´951.624.60* |
| *10 Prov* | *Dic.* | *557.261.51* | *117´508.886.11* |
| *09 Final* | *Febrero* | *397.451.03* | *117´906.337.10* |
| *10 Final* | *Febrero* | *20.512.69* | *117´926.849.80* |
| *11* | *Febrero* | *39´476.420.56* | *157´403.270.40* |
| *VALOR TOTAL REAJUSTES* | | | *$ 157´403.270.40* |

*VALOR TOTAL FINAL DE LA OBRA*

*(INCLUYE REAJUSTES): …………………………… $1.053´291.911.60*

*C. SANCIONES:*

*Que mediante resolución 1639 del 18 de noviembre de 1996, se resolvió imponer una multa de 1/1000 del valor del contrato por cada día de retardo en la entrega de las obras.*

*D. SUMA A FAVOR DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN:*

*De acuerdo al numeral 9., de los considerandos, el contratista debe reparar por su cuenta las obras relacionadas o reintegrar al Municipio de Medellín la suma de VEINTIDÓS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS M.CTE. ($22´596.000) por concepto de reparaciones no efectuadas en trabajos con deficiencias de carácter técnico.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: El Municipio de Medellín, a través de su División Jurídica, hará efectivas las garantías del contrato para hacer cumplir los conceptos relacionados en los literales C. y D. (Sanciones y suma a favor del Municipio de Medellín) del Artículo 1º de esta resolución.*

*ARTÍCULO TERCERO: Notificar la presente resolución al señor CARLOS MARIO HINCAPIÉ MOLINA y a la compañía aseguradora Latinoamericana de Seguros S.A., haciendo saber que contra la misma procede el recurso de reposición que deberá interponerse directamente por escrito ante el señor Alcalde de Medellín, en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a esta.*

*PARÁGRAFO: En caso de no efectuarse la notificación en forma personal, se notificará por edicto, que permanecerá fijado en la Secretaría General de la Alcaldía por diez (10) días contados a partir de la fecha de su fijación.*

*ARTÍCULO CUARTO: La presente resolución presta mérito ejecutivo de conformidad con el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo para efecto del cobro de las sumas a favor del Municipio de Medellín.* (fl. 448 a 456 c. ppal.)

Frente a la pretensión de nulidad formulada contra el acto administrativo de liquidación unilateral, la Sala encuentra que ante la falta de prosperidad de los conceptos pecuniarios reclamados en la petición del 26 de mayo de 1996 decididos en las resoluciones 1103 y 1586 de 1997, carece de procedencia incluir valores no contemplados en el ejercicio de liquidación unilateral.

Por su parte, la Sala mantendrá la decisión de nulidad del literal d) de la parte resolutiva de la Resolución 8 de 1998, porque no fue objeto de impugnación por parte del único apelante.

Como consecuencia de la nulidad de la resolución 1639 de 1996, en la cual el municipio de Medellín había impuesto una multa al contratista, la Sala declarará la nulidad del literal c) del artículo primero de la resolución n.º 8 de 1998. A su vez, se declarará la nulidad del artículo segundo de la misma resolución, en tanto ordenaba al municipio de Medellín a través de su División Jurídica, hacer efectivas las garantías del contrato para obtener el pago de los conceptos relacionados en los literales c) y d), y ante la declaratoria de nulidad del literal d) de la Resolución 8 de 1998 en el fallo de primera instancia y la nulidad del literal c) en la presente providencia, es un asunto que por consecuencia deber ser objeto de pronunciamiento por el *a quem,* en virtud de lo dispuesto en el artículo 357 del C. P.C.[[25]](#footnote-25).

Por las razones expuestas en precedencia la Sala modificará la sentencia de primera instancia para declarar la nulidad de la resolución 1639 de 1996, expedida por el municipio de Medellín, la nulidad de los literales c) y d) del artículo primero y el artículo segundo de la resolución 8 de 1998.

5.Por último, no hay lugar a condena en costas, en tanto se echa de menos lo exigido en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, es decir que exista una conducta temeraria de las partes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en 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**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia de 15 de abril de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y en su lugar se dispone:

3

***PRIMERO.- Declarar*** *la nulidad de la Resolución n.º 1639 del 18 de noviembre de 1996, proferida por el Municipio de Medellín por medio de la cual impuso una multa al contratista, en el contrato n.º 2060 de 1995.*

***SEGUNDO.- Declarar*** *la nulidad de los literales c) y d) del artículo primero de la Resolución 8 de 1998, proferida por el Municipio de Medellín por medio de la cual se liquidó el contrato 2060 de 1995 y sus adicionales 2489 y 2577 de 1996, y del artículo segundo de la misma resolución.*

***TERCERO.- Negar*** *las restantes súplicas de la demanda.*

**SEGUNDO: SIN COSTAS**.

**TERCERO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

**Magistrada (E)**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**Magistrada (E)**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Presidente de la Sala**

1. El recurso fue interpuesto el 19 de mayo de 2009 (fl.649 c. segunda instancia) y sustentado el 11 de septiembre de 2009 (fl. 655 a 663, c. segunda instancia). [↑](#footnote-ref-1)
2. Subrogado por el Decreto 597 de 1988 y modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998. [↑](#footnote-ref-2)
3. La cuantía de la pretensión relacionada con la liquidación del contrato y los valores reclamados por desequilibrio económico corresponden a la suma de $477.889.935,95 (fl. 4 c. ppal.). Para el año 2000, cuando se presentó la demanda (fl. 28, c. ppal.), la controversia contractual tenía un valor superior a $130´050.000 y, por consiguiente, vocación de doble instancia. [↑](#footnote-ref-3)
4. El contrato 2060 de 1995 no incluyó cláusula en la que se dispusiera el trámite de liquidación, empero resultan plenamente aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, por ser el estatuto que rige en la relación negocial, además de haberse estipulado en la cláusula décima primera su aplicación (fl. 353 c. ppal.) [↑](#footnote-ref-4)
5. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de diciembre de 2016, exp. 37.069, M.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-5)
6. Postura que no se compartía por el ponente pero que se acogía por respeto a la Sala Mayoritaria. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corresponde al día siguiente hábil al vencimiento del término de caducidad, en consideración a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 4ª de 1913 – Sobre Régimen Político y Municipal-, que extiende el plazo para la presentación de la demanda, cuando en el cómputo de años o meses, el último día a tal vencimiento fuere feriado. El 27 de agosto de 2000, fecha en la que debía radicarse a más tardar la demanda era un día feriado, razón por la cual se extendió el plazo al 28 de agosto de 2000. [↑](#footnote-ref-7)
8. Mediante Resolución n.º1639 del 18 de noviembre de 1996, el Municipio de Medellín sancionó *“al señor Carlos Mario Hincapié Molina con multa del 1/1000 del valor del contrato por cada día de retardo en la entrega de las obras”* y a su vez dispuso que el monto de la multa seria liquidado por la Unidad Ejecutora y se descontaría de las cuentas pendientes a favor del contratista, de la garantía de cumplimiento o en su defecto se cobraría por jurisdicción coactiva (fl. 442 a 444 c. ppal.). A la par, del contenido de la Resolución n.º 08 de 1998 se evidencia que el Municipio de Medellín, además de liquidar el contrato, relacionó en el literal c) del artículo primero la sanción de multa impuesta al contratista mediante Resolución 1639 del 18 de noviembre de 1996 y a su vez en el artículo segundo de la parte resolutiva del acto de liquidación dispuso: *“El Municipio de Medellín, a través de su División Jurídica, hará efectivas las garantías del contrato para hacer cumplir los conceptos relacionados en los literales C. y D. (sanciones y suma a favor del Municipio de Medellín) del artículo 1º de esta resolución.”* (fl. 448 a 455 c. ppal.) [↑](#footnote-ref-8)
9. Se ratifica esta consideración, en tanto únicamente fue aportada copia del libro de bitácora de obra donde se reportó anotación del 21 de marzo de 1996 que indica que el contratista puso a disposición de la obra la siguiente maquinaria, “*1 retroexcavadora Caterpillar, 4 volquetas dobletroques, 1 vibrocompactador, y herramienta menor”* (fl. 48 c. ppal.) [↑](#footnote-ref-9)
10. Numeral 1.24 del pliego de condiciones (fl. 71 c. ppal.) y cláusula sexta del contrato (fl. 350 c. ppal.) [↑](#footnote-ref-10)
11. Numeral 1.20 del pliego de condiciones (fl. 69 c. ppal.) y cláusula tercera contrato 2060 de 1995 (fl. 349 a 350 c. ppal.) [↑](#footnote-ref-11)
12. Al respecto ha de precisarse que la carga probatoria se encontraba en cabeza del contratista, quien estaba obligado a acreditar las condiciones técnicas inicialmente pactadas y su variación arbitraria durante la ejecución del contrato. Advierte la Sala que el demandante no aportó en la oportunidad procesal correspondiente los anexos del pliego de condiciones de la licitación pública n.º 01 de 1995, tampoco se acompañó el contrato n.º 2060 de 1995 y los contratos adicionales, de los anexos respectivos.

    A su vez, no formuló solicitud probatoria para obtener de la entidad contratante los documentos anexos del pliego de condiciones y del contrato donde estuvieren contenidas las especificaciones técnicas requeridas para los controladores de semáforo (fl. 26 a 28 c. ppal.). [↑](#footnote-ref-12)
13. De acuerdo con la reclamación que obra a fls. 394 a 395 c. ppal [↑](#footnote-ref-13)
14. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 168 del C.C.A. que remite al Código de Procedimiento Civil, en su artículo 183, donde se consagran las oportunidades probatorias. [↑](#footnote-ref-14)
15. 521 y 522 c. ppal [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de julio de 2002, exp.22178, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de febrero de 2012, exp. 16371, M.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de treinta y uno de agosto de dos mil quince, exp. 27881, C.P. Olga Melida Valle de De la Hoz. [↑](#footnote-ref-18)
19. Cláusula sexta del contrato 2060 de 1995, en la cual se contempló el plazo (fl. 350 c. ppal. 1). [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección B. sentencia del treinta y uno (31) de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-20)
21. Al pronunciarse frente a un asunto similar al que ocupa la atención de la Sala, en providencia del 7 de octubre de 2009, la Sección Tercera consideró: *“Sin embargo, repara la Sala que, teniendo en cuenta que no existía norma legal en vigencia de la Ley 80 de 1993 -original- que facultara al Ministerio de Defensa Nacional para imponer unilateralmente la multa pactada, carecía éste de competencia para tomar dicha decisión, lo cual significa que las resoluciones números 05493 de 19 de mayo de 1995 y 07975 de 1 de agosto de 1995, mediante las cuales se adoptó la medida sancionatoria cuestionada, se encuentran viciadas de ilegalidad, motivo suficiente para anularlas, sin que para ello sea menester; acudir a otro cargo, pues, como se sabe, el vicio de incompetencia es insaneable.”*(Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 7 de octubre de 2009, exp. 17936, C.P. Ruth Stella Correa Palacio). [↑](#footnote-ref-21)
22. Cita original: *La norma citada disponía lo siguiente:*

    “*En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.*

    *Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 645 de este estatuto*.

    *En los contratos de empréstito no habrá lugar a inclusión de esta cláusula.”* [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de veintitrés de septiembre de 2009, exp. 24639, C.P. Myriam Guerrero de Escobar. [↑](#footnote-ref-23)
24. (i) En un primer momento, esta Corporación, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, sostuvo que *“esa facultad de imponer multas en forma unilateral, no puede ser usada sino en los casos en los cuales expresamente lo autoriza la ley, es decir, en los contratos administrativos, hoy denominados contratos estatales, sin que pueda una entidad de derecho público extenderla a otros eventos no consagrados en la norma, bajo el argumento de que ese es un contrato de naturaleza especial”*(Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de octubre de 1994, exp. 9.288, M.P. Carlos Betancur Jaramillo).

    (ii) En vigencia de la Ley 80 de 1993, con base en las potestades de aututela, se dijo: *“[s]i la contratación estatal en los términos del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan “los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”, bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista”*(Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 4 de junio de 1998, exp. 13.988, M.P. Ricardo Hoyos Duque. En igual sentido, entre otras: providencia del 20 de junio de 2002, exp. 19.488, del mismo ponente).

    (iii) La anterior postura jurisprudencial fue revisada así:

    *“No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002,****pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada****. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente*(se destaca) (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 14.579, M.P. German Rodríguez Villamizar. En igual sentido: sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17.009, M.P. Enrique Gil Botero).

    (iv) Por último, ratificando la anterior postura y precisando el alcance de la facultad retrospectiva que otorgó el parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, para imponer multas de forma unilateral a la administración, esta Corporación consideró:

    *“El parágrafo transitorio transcrito, debe entenderse, en el sentido, de que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia  a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley.”* (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, exp. 21.574, M.P. Enrique Gil Botero).

    [↑](#footnote-ref-24)
25. Artículo 357. Modificado por el artículo 1, numeral 175 del Decreto 2282 de 1989. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

    En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, liquidar costas y decretar copias y desgloses. Si el superior observa que en la actuación ante el inferior se incurrió en causal de nulidad que no fuere objeto de la apelación, procederá en la forma prevista en el artículo 145. Para estos fines el superior podrá solicitar las copias adicionales y los informes del inferior que estime conveniente.

    Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante. [↑](#footnote-ref-25)