

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Objeto – Sobrecostos

La Sala evidencia que, a pesar de que tanto en el libelo introductorio como en el recurso de apelación, la parte actora reiteradamente sostuvo que el supuesto fáctico de su reclamación se apoyaba en la ruptura del equilibrio del Contrato No. 173/2005, lo cierto es que el hecho generador de esa situación obedeció, en esencia, a la inobservancia de las obligaciones contraídas por la entidad pública, que aludían a la obtención de la licencia de construcción, a la entrega de planos y diseños para la ejecución y al pago oportuno del anticipo y de las actas parciales de obra. [...] Para la Sala emerge con claridad que lo que en realidad se encuentra en discusión, más allá de corresponder a un evento de ruptura del equilibrio económico del contrato, obedece a un caso en el cual se atribuye responsabilidad al ente público por inobservar el principio de planeación e incurrir en incumplimiento contractual de sus obligaciones negócias, de tal suerte que es desde esta última perspectiva desde la cual debe emprenderse el análisis relativo a ese punto [...] Pese a que en el contenido de la salvedad se dejó consignada que la causa de la reclamación era el desequilibrio económico del contrato, en aplicación del principio que orienta la prevalencia de la sustancia sobre la forma y en acatamiento del principio de acceso a la Administración de Justicia, la Sala habrá de resolver el asunto bajo la comprensión de que los sobrecostos en que incurrió el contratista por la mayor permanencia en obra, ciertamente, se atribuyen al incumplimiento contractual de la entidad pública.

CONSEJO DE ESTADO – Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Caducidad – Terminó

La Sala precisa que, de conformidad con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cómputo del término de caducidad de la acción contractual seguía las siguientes reglas [...] El 18 de noviembre de 2009, faltando 25 de días para vencerse los dos años de caducidad, la parte actora presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 55 Judicial Administrativa, trámite que culminó el 5 de marzo de 2010, tras declararse fallida la audiencia de conciliación por ausencia de ánimo conciliatorio. [...] Según los mandatos del artículo 21 de la Ley 640 de 2001, el término de caducidad de la acción se suspendería desde el recibo de la solicitud de conciliación prejudicial en la Procuraduría, sin que dicha suspensión pudiera exceder de tres [3] meses. [...] La Sala concluye que la acción se ejerció dentro del término legalmente establecido.

EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO – Régimen aplicable – Régimen aplicable

Esta Sala se ha ocupado de delimitar el alcance y el contenido de las figuras del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual, con el inequívoco propósito de precisar que, pese al tratamiento similar que se les ha brindado por diferentes sectores de la academia, la doctrina y la jurisprudencia, lo segundo no constituye una causa de lo primero. [...] No han sido pocos los pronunciamientos de este Subsección en los cuales se ha enfatizado que la conservación del sinalagma prestacional propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y que le sirvieron de cimiento a la misma. [...] En ese sentido, ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos a las partes cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como «Hecho del Príncipe» o «lus variandi», dependiendo de la entidad de donde emanen, pero que no se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante. [...] Este acontecimiento da lugar a que la parte afectada solicite a su co-contratante la adopción de los mecanismos de ajuste y revisión de precios, así como la implementación de los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución del contrato. [...] El incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato. [...] La configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico. [...] El incumplimiento se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos co-contratantes que, de manera injustificada se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulada. Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y

desde esa perspectiva, la parte cumplida podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligación, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados.

ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL – Vicios de consentimiento – Error – Fuerza – Dolo – Sobrecostos

El Contrato de Obra No. 173/2005 fue liquidado bilateralmente por el Distrito Capital – Secretaría de Educación y el consorcio Reforzamiento, mediante acta suscrita el 12 de diciembre de 2007 y, en tal virtud, la prosperidad de las pretensiones aquí formuladas se encuentra supeditada a las salvedades que el demandante hubiere consignado en el mencionado documento. [...] La Sección Tercera de esta Corporación, de manera uniforme y reiterada ha considerado que una vez el contrato se liquida por mutuo acuerdo entre las partes, el documento en el que consta la misma contiene un consenso de los extremos contratantes que no puede ser desconocido posteriormente ante la instancia judicial por parte de quien lo suscribe, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento [error, fuerza o dolo] o se deje expresa constancia de la existencia de salvedades o discrepancias respecto del cruce de cuentas que allí se consigna. [...] El ejercicio de la acción contractual se encuentra circunscrito a la posibilidad de controvertir exclusivamente aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el accionante hubiere manifestado expresamente su disconformidad en el acto de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, quedando excluido aquello respecto de lo cual se hubiere guardado silencio. [...] El alcance y el sentido de la liquidación definitiva de un contrato es el de un verdadero balance o corte de cuentas, de tal suerte que solo a partir de su contenido será posible determinar si alguno de los extremos de un contrato le debe algo al otro [...] Siguiendo la referida orientación jurisprudencial procede la Sala a examinar el acta de liquidación final del Contrato No. 173, suscrita entre las partes con el fin de determinar: i) si el contratista en realidad consignó algunas salvedades acerca de su contenido y ii) en caso de ser así, si dichas inconformidades guardan coincidencia con las pretensiones que se ventilan. [...] El Tribunal a quo estimó que existía una correspondencia absoluta entre lo que se consignaba a título de salvedad en el acta de liquidación y lo que se pretendía en la presente causa, razón por la cual se pronunció frente a cada una de las reclamaciones elevadas. [...] Así las cosas, el estudio del recurso de apelación que aquí se resuelve abarcará exclusivamente la materia que fue objeto de salvedad expresa en el acta de liquidación bilateral, esto es, aquella relacionada con los sobrecostos en que habría incurrido por la mayor permanencia en obra, quedando por fuera del alcance del pronunciamiento judicial los demás aspectos que no se encuentran allí insertados.

SUSPENSIÓN DEL PLAZO – Incumplimiento

Tanto en la demanda como en el recurso de apelación se indicó que la suspensión de la obra ocurrió por causas imputables a la entidad pública contratante, relacionadas con la necesidad de efectuar un ajuste a los planos hidrosanitarios para permitir la conexión directa de las redes internas a las tuberías colectoras, debido a que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá consideró inviable la conexión directa a las tuberías colectoras que se indicaban en los diseños realizados por la Consultoría. [...] El fallo de primera instancia consideró que el ajuste al diseño sanitario requerido para las conexiones a las redes colectoras no podía ser trasladado a la entidad distrital contratante porque correspondía a una obligación del contratista. [...] Del recuento fáctico que acaba de efectuarse, la Sala observa que durante los primeros cuatro meses del plazo de ejecución contractual, el consorcio demandante halló algunas dificultades relativas a los planos hidrosanitarios suministrados por la entidad pública y elaborados por el contratista consultor. [...] La Sala concluye que la suspensión del Contrato No. 173 acordada desde el 23 de marzo de 2007 y prolongada de común acuerdo hasta el 6 de diciembre de 2007 se produjo por causas imputables al incumplimiento de la entidad pública contratante consistente en la entrega de planos hidrosanitarios inadecuados. [...] En el plenario se encuentra acreditada la mayor permanencia en obra por parte del contratista particular por cuenta de las prórrogas sucesivas de la suspensión de que fue objeto el Contrato No. 173, no puede perderse de vista que para que el contratista pueda hacer efectivo su derecho se encuentra en el deber de demostrar que efectivamente sufrió perjuicios con ocasión de dicha circunstancia.

AMPLIACIÓN DEL PLAZO – Perjuicios – Objeto

En orden a probar los perjuicios sufridos como consecuencia de la extensión del plazo contractual, el demandante solicitó la práctica de un peritazgo, prueba que fue ordenada por el Tribunal en la providencia que abrió el debate probatorio. [...] El dictamen fue rendido por el perito, quien conceptuó que los perjuicios sufridos por el consorcio Reforzamiento, como consecuencia del retardo en el inicio de las obras, la extensión del plazo del contrato derivada de las tres modificaciones y de la suspensión. [...] En lo que concierne al balance de costos administrativos por mayor permanencia en obra durante el período de suspensión del plazo contractual, el peritazgo adujo que la parte actora solicitó

\$148'622.213,34, sumas que, en criterio del auxiliar, se encontraban soportadas en la contabilidad y en los certificados expedidos por el gerente y contador de cada una de las personas jurídicas y naturales que conformaban el consorcio, calculado con base en gastos reales tomados de la respectiva contabilidad y totalizado por períodos trimestrales. [...] Al respecto, la Sala observa con cierta extrañeza que los anexos a los que alude la experticia están compuestos por unas gráficas adjuntas al dictamen, que son idénticas a las aportadas por la parte actora junto con la demanda y en las cuales se resumieron los perjuicios padecidos por el demandante en cuantía de \$1.263'511.613. [...]La Sala advierte que los anexos a los que se ha hecho referencia están integrados por los balances financieros generales de la sociedad P& P Construcciones S.A., de Olga Pinzón y José Alonso Prieto Pinzón y los estados de resultados de cada uno de ellos, obtenidos durante los años 2005 a 2010. [...]La Sala advierte que el objeto de la prueba se limitó a demostrar el déficit que afrontó cada uno de los miembros del consorcio contratista, por razón de la diferencia entre los ingresos y los egresos, pero en manera alguna identificó una causa atribuible a la mayor permanencia en obra del Contrato No. 173. Menos aún se refirió a los gastos asociados y conexos al proyecto, pues partió de la generalidad de los componentes que integraban el patrimonio de los consorciados. [...]Los estados financieros en los que se apoyó el perito para rendir su experticia no podrían ser útiles como soporte de su concepto, toda vez que de su contenido no se obtendría la información relativa al costo efectivo que le habría de generar la mayor permanencia en obra por el aludido concepto. [...]El dictamen no aportó elementos de juicio para determinar la causación de los perjuicios reclamados por el apelante. [...]No por ello la Sala desconoce que, en efecto, durante el período de suspensión del plazo contractual el contratista debió incurrir en gastos por la mayor permanencia en obra relacionados con el proyecto en examen. [...]Prueba de ello son los trámites que debió adelantar el personal de proyecto dirigidos a obtener la legalización de los servicios públicos durante el término de suspensión de la obra, tal cual se desprende de la Resolución No. 5708 del 19 de noviembre de 2007, por la cual el IDU amplió el plazo de la licencia de excavación, en cuyo contenido consta que entre agosto y octubre de 2007 el consorcio contratista llevó a cabo las diligencias orientadas a la obtención de dicho permiso y a la ampliación de su vigencia.

PRUEBAS DOCUMENTALES – Valor probatorio – Carga probatoria

Para hallar el valor de lo que se debe reconocer a favor del contratista por concepto de costos de administración causados durante el período de suspensión del Contrato No. 173, la Sala se apartará del dictamen rendido por el auxiliar de la justicia y acudirá al examen de cada uno de los elementos de prueba que reposan dentro del expediente y que fueron aportados por el demandante oportunamente para ese propósito. [...] Se advierte que aunque no todos ellos reflejan la asunción de erogaciones realizadas por el contratista durante el interregno total de la suspensión, ya que esos documentos muestran gastos realizados por un lapso menor, será con base en ellos en que se profiera la condena que corresponde y no con la proyección que sobre los mismos habría de realizarse respecto del período completo de la suspensión. [...] La Sala puntualiza que el reconocimiento de esos gastos por el término total de suspensión del plazo contractual se supeditaba a la consecuencial demostración de que fueran objeto por parte del demandante, carga probatoria que no fue debidamente satisfecha por la interesada.

LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO – Alcance

Procede la Sala a relacionar los conceptos y los valores que serán tenidos en cuenta para efectos de liquidar la respectiva indemnización. [...]Para la Sala es del caso precisar que aun cuando en el plenario reposan las planillas de consignación de aportes al sistema de seguridad social del personal en referencia, de esos mismos documentos también se desprende que en el mes de septiembre de 2007 se produjo el retiro del mismo o, al menos, cesó el respectivo pago de aportes, cuestión que impide presumir que por el término restante de la suspensión los trabajadores en comento continuaron vinculados laboralmente a la contratista.

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

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

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

Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00128-01(46297)

Actor: CONSORCIO REFORZAMIENTO

Demandado: DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO - Salvedades / EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO E INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Diferencias / MAYOR PERMANENCIA EN OBRA – Prórroga y Suspensión del plazo contractual.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del seis (06) de septiembre de dos mil doce (2012), dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO. - DECLARAR no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el Distrito Capital de Bogotá – Secretaría de Educación, conforme a la parte considerativa de la sentencia.

“SEGUNDO. - NEGAR las pretensiones de la demanda.

“TERCERO. - Sin condena en costas.

“CUARTO. - Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por Secretaría de la Sección los gastos ordinarios del proceso y en caso de remanentes devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad a (sic) lo establecido por el Artículo 7° y 9° del Acuerdo No. 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura”.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 11 de marzo de 2010 los señores José Alonso Prieto, Olga Pinzón y la sociedad P&P Construcciones S.A., en calidad de integrantes del consorcio Reforzamiento, presentaron demanda, en ejercicio de la acción contractual, en la cual solicitaron que se declarara la ruptura de la ecuación económica del Contrato de Obra No. 173 de 2005, ocasionada por causas imputables a la entidad contratante, Distrito Capital – Secretaría de Educación. Igualmente se pretendió la declaratoria de existencia del nexo causal entre la actuación de la demandada y el daño antijurídico sufrido por el consorcio contratista y consecuentemente que se condenara al Distrito Capital – Secretaría de Educación al pago de indemnización de los perjuicios en cuantía de MIL DOSCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS ONCE MIL SEISCIENTOS TRECE PESOS CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$1.263'511.613,49), a favor de la consorcio demandante por concepto de los gastos adicionales no previstos en el referido contrato, y que se condenara en costas.

2. Los hechos

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. El 5 de diciembre de 2005 el Distrito Capital - Secretaría de Educación y el consorcio Reforzamiento celebraron el Contrato No. 173, cuyo objeto consistió en la ejecución de obras para el mejoramiento y reforzamiento de la institución educativa Castilla Sede A, por un valor de \$1.944'067.722,93 M/cte y un plazo de siete meses.

2.2. Se indica en la demanda que aun cuando el 20 de diciembre de 2005 fue la fecha estimada para el inicio de actividades, la misma se aplazó hasta el 8 de mayo de 2006 debido a la falta de obtención oportuna de la licencia de construcción, omisión que se imputó a la indebida planeación de la entidad contratante.

2.3. El retardo descrito dio lugar a que la ejecución del contrato iniciara en una vigencia fiscal distinta a la acordada.

2.4. El 21 de noviembre de 2006, las partes suscribieron la modificación No. 01 al Contrato No. 173, a través de la cual se incrementó su valor en \$416'750.587 y se extendió su plazo en 45 días calendario. Esta modificación, en criterio del actor, provino

de la inadecuada estimación del presupuesto necesario para la ejecución de las obras contratadas y de los errores presentados en los diseños elaborados por el contratista consultor.

2.5. El 15 de enero de 2007, las partes efectuaron la modificación No. 2 al Contrato No. 173, en cuya virtud se amplió el plazo en 36 días por causa de: i) las modificaciones a los diseños y la necesidad de suspender las obras en los lugares sobre los que recayeron las variaciones y ii) por la demora en la entrega de la zona administrativa correspondiente.

2.6. El 26 de febrero de 2007 los extremos contratantes realizaron la modificación No. 3 al contrato No. 173, mediante la cual prorrogaron el plazo por 30 días, esta vez por la necesidad de utilizar un tiempo adicional para la ejecución de actividades de cerramiento tipo SED, cuya construcción inicialmente no estaba prevista.

2.7. El 23 de marzo de 2007 se produjo la suspensión No. 1 al Contrato de obra No. 173, suspensión que, luego de ser prorrogada en siete ocasiones, se prolongó hasta el 7 de diciembre de 2007, fecha en que se reanudó el plazo contractual restante.

2.8. De acuerdo con lo consignado en la demanda, la suspensión de las obras se atribuyó a la necesidad de efectuar un ajuste al proyecto sanitario en relación con la conexión de las redes colectoras, dado que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá consideró inviable la conexión directa a las tuberías indicada en los diseños iniciales suministrados por la entidad.

2.9. La extensión del plazo del Contrato No. 173 derivada de las modificaciones y la suspensión de su ejecución, en criterio del demandante, le ocasionó sobrecostos por la mayor permanencia en obra.

2.11. Así mismo, se sostuvo en la demanda que desde el 11 de junio de 2006 hasta el 7 de febrero de 2008 la entidad incurrió en mora por la tardanza en el pago de las actas parciales de obra.

2.12. Finalmente, se indicó que el contratista incurrió en gastos de financiación del anticipo por cuanto su valor fue desembolsado tardíamente.

3. Fundamento de derecho

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora partió de explicar que el equilibrio contractual hallaba su cimiento en el principio *pacta sunt servanda*, cuya regulación legal se encontraba en el artículo 1602 del Código Civil.

Advirtió que al tenor de ese postulado se concluía que todo aquello que las partes hubieran acordado en el contrato constituía la máxima a la cual debían someterse, sin que ello vulnerara la autonomía de la voluntad, las normas de orden público y las buenas costumbres.

Señaló que la Ley 80 de 1993 consagraba la posibilidad de obtener el restablecimiento de la ecuación económica del contrato cuando sobreviniera una circunstancia que la alterara, situación en la cual la entidad debía adoptar las medidas necesarias para mantenerla.

A la par con lo anterior, se refirió a varios pronunciamientos jurisprudenciales en los que esta Corporación ha reflexionado acerca de la ruptura del equilibrio económico provocada por los supuestos de incumplimiento contractual atribuible a la entidad pública y, al efecto indicó que uno de los eventos que daba lugar a esa situación era que se había presentado en ese caso una suspensión del plazo del contrato y su ejecución se prolongó en el tiempo.

Al descender lo expuesto al caso concreto observó que el contratista vio truncada su expectativa de utilidad por causa de las circunstancias que en forma sobreviniente originaron la excesiva prolongación del contrato de obra, lo cual acarreó mayores costos directos y costos administrativos y el derecho a ser compensado a través del reconocimiento de intereses moratorios por el retardo en que incurrió la entidad en el pago de las actas de obra, así como en el desembolso del anticipo.

Añadió que la certeza sobre el incumplimiento imputable a la entidad contratante se desprendía de la simple lectura del objeto contractual en el que se consignó la obligación del contratista de realizar las obras de mejoramiento de conformidad con los planos, los detalles y las especificaciones suministrados por la Secretaría de Educación, los que, a la postre, durante su ejecución presentaron defectos y falencias que hicieron más oneroso su cumplimiento.

4. Actuación procesal

4.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 10 de junio de 2010, admitió la demanda y ordenó notificar de la misma a la demandada. El 30 de septiembre del mismo año admitió la corrección del libelo introductorio y dispuso surtir las notificaciones de ley.

4.2. Por auto del 5 de mayo de 2011, la primera instancia abrió el debate probatorio.

5. Contestación de la demanda – Distrito Capital – Secretaría de Educación

Mediante escrito allegado dentro del término legal, Distrito Capital – Secretaría de Educación ejerció su derecho de contradicción.

En primer término, se opuso a las pretensiones, por considerar que carecían de fundamento tanto de orden fáctico como jurídico y, con apoyo en ello, solicitó que se le absolviera de responsabilidad y se condenara en costas a la parte demandante.

Frente a los hechos en los que se sustentó la demanda, específicamente en relación con el inicio tardío de las obras por no contar con licencia de construcción, la entidad estatal señaló que, según quedó consignado en los pliegos de condiciones, la obtención de la licencia por parte de la Secretaría constituyó una condición suspensiva en la medida en que únicamente a partir de su expedición el contratista podría iniciar las obras, cuestión que fue de su pleno conocimiento desde el momento en que adquirió los pliegos.

A ello agregó que, de acuerdo con el documento precontractual, el contratista solo podría hacer uso del anticipo una vez entregadas las respectivas licencias, de tal suerte que la ejecución de las obras y su plazo de duración se supeditó a este último hecho. En ese sentido, sostuvo que esta circunstancia fue aceptada por el contratista cuando presentó la propuesta.

Añadió que, no obstante lo anterior, la entidad, en atención a la necesidad de proteger a los niños que estudiaban en su institución educativa, el 13 de diciembre de 2005 autorizó el inicio de las obras.

Sin embargo, solo hasta el 23 de enero de 2006 el contratista allegó la documentación necesaria para la legalización del acta de inicio, documentación que fue complementada el 29 de marzo de 2006.

Siguiendo con el recuento de lo ocurrido, indicó que el contratista manifestó su intención de no suscribir el acta de inicio hasta tanto se expidiera la licencia de construcción, hecho que finalmente tuvo lugar el 8 de mayo de 2006 cuando la Secretaría le solicitó suscribir la referida acta tras haber obtenido la licencia correspondiente. En ese orden, señaló que el plazo de ejecución del contrato empezó a correr a partir de la suscripción de dicho documento.

En cuanto a las modificaciones del contrato, precisó lo siguiente:

La modificación No. 1 no fue impuesta por la Secretaría, dado que su celebración se llevó a cabo por mutuo acuerdo. Además, explicó que esa modificación comprendió la adición de recursos, la prórroga del plazo y que el contratista no manifestó oposición frente al hecho de que se habrían de mantener las condiciones económicas inicialmente pactadas en el contrato en relación con los precios unitarios y con porcentaje de AIU.

Al respecto consideró que la mayor permanencia por el lapso de esta modificación tuvo soporte financiero en la adición del precio, de manera que los gastos de administración, de utilidad y de imprevistos se encontraban allí amparados.

En cuanto a las modificaciones Nos. 1 y 2, la demandada afirmó que la primera obedeció a los ajustes en los diseños iniciales que debían sujetarse a las necesidades del colegio y la segunda, al hecho de que el cerramiento existente no presentaba características sismoresistentes de acuerdo con la norma NSR-98.

En relación con esto último manifestó que, luego de realizar un balance de las cantidades de obra ejecutada, se estableció la existencia de un superávit que permitía materializar el cerramiento tipo SED, actividad cuya ejecución el mismo contratista estimó en 30 días adicionales al plazo previsto.

Dentro del contexto en referencia, la demandada advirtió que era probable que se debieran realizar ajustes a los diseños efectuados por el consultor y que los mismos habrían de incidir en las cantidades de obra a ejecutar, situación que constituía un riesgo normal a cargo del contratista de la obra.

En lo que concierne a la suspensión del plazo de ejecución, la accionada observó que para la época en que se produjo la pausa, 23 de marzo de 2007, restaban cinco días para su vencimiento. A lo expuesto sumó que la suspensión inicial, junto con sus prórrogas, fueron producto de la falta de conexión definitiva de los servicios públicos, obligación que correspondía satisfacer al contratista dentro del término del contrato, de forma tal que fue por causa de su negligencia en el trámite de la solicitud y aprobación de acometidas que surgió la necesidad de suspender la obra.

En cuanto atañe al desembolso tardío del anticipo, la entidad señaló que, contrario a lo expresado en la demanda, el contratista pudo hacer uso del mismo a los seis días de haberlo solicitado, a la par con lo cual sostuvo que la iniciación de la obra no se había condicionado a su entrega.

Respecto de la mora en el pago de las actas parciales de obra, la entidad indicó que la interventoría actuó diligentemente al dar curso a las actas presentadas por el contratista una vez estas fueron allegadas en debida forma y como lo exigían las condiciones del contrato. Aunado a lo dicho, advirtió que la Secretaría realizó todos los pagos dentro de los plazos avalados por la jurisprudencia en términos de razonabilidad.

Sin perjuicio de lo anterior manifestó que, de conformidad con las estipulaciones contractuales, las partes habían eliminado la posibilidad de reclamar intereses moratorios derivados de los trámites presupuestales que implicaban los pagos respectivos.

Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones:

Ausencia de responsabilidad de la entidad por culpa exclusiva del contratista al iniciar las obras con pleno conocimiento de la situación fáctica y jurídica de las licencias

Como sustento de la excepción reiteró las argumentaciones esbozadas al pronunciarse frente a los hechos de la demanda, en el sentido de indicar que el inicio de las obras se condicionó a la expedición de la licencia, hecho que, por ser conocido y aceptado por el contratista, impedía que lo alegara ante la instancia judicial como determinante de la ruptura del equilibrio contractual.

Falta de legitimación en la causa por pasiva

Este medio de oposición se fundó en el hecho de que las causas de la presunta ruptura de la ecuación financiera del negocio jurídico resultaban atribuibles a la conducta negligente e imprudente del contratista y no a la actuación de la entidad estatal.

Inexistencia de nexo causal entre la conducta del demandado y el daño cuya reparación se demanda en cuanto al desembolso tardío

Explicó que, tal cual lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, los dineros que se entregaban a título de anticipo tenían la naturaleza de recursos públicos y, en ese orden, constituían un préstamo otorgado al contratista que generaba la obligación de trasladar a la entidad estatal los rendimientos generados y, a través del sistema de amortización, de devolver las sumas entregadas. Todo lo anterior, a juicio de la entidad, se oponía a que sobre esas sumas se reconociera lucro cesante o costo de oportunidad, en tanto de allí no se podrían obtener ganancias.

Inexistencia de la obligación de indemnizar por mayor permanencia en las obras

Para la demandada no se reunían los supuestos exigidos para el reconocimiento de una indemnización en favor del demandante por la mayor permanencia en obra, pues la Secretaría no intervino ni fue la causante del hecho generador del daño.

6. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones:

En primer lugar, abordó el examen de los presupuestos procesales, aspecto en relación con el cual consideró que la acción contractual resultaba procedente, habida consideración de que las pretensiones invocadas tenían origen específico en el contrato estatal de obra No. 173.

Adicionalmente, puso de presente que el 12 de diciembre de 2007 los extremos

cocontratantes suscribieron el acta de liquidación bilateral del negocio de obra pública No. 173, en cuyo acápite final el representante del consorcio contratista consignó una nota formulando salvedades frente al cruce de cuentas, cuestión que, a diferencia de lo sostenido por el Ministerio Público, abrió paso al análisis de fondo de sus pretensiones en la medida en que las mismas versaban sobre la materia de reparo registrada en el acta de liquidación.

Al abordar el examen relativo a la caducidad de la acción, advirtió que el acta de liquidación que finiquitó el contrato se suscribió el 12 de diciembre de 2007, lo que llevaría a que el término de caducidad venciera inicialmente el 13 de diciembre de 2009.

Sin embargo, advirtió que el 18 de noviembre de 2009, faltando 25 días para su vencimiento, la demandante presentó ante la Procuraduría solicitud de conciliación extrajudicial, trámite que, no obstante finalizarse el 5 de marzo de 2010, solo interrumpió el término de caducidad por tres meses, esto es, hasta el 19 de febrero de ese año, día en que se reanudó el computo respectivo.

En esa dirección, concluyó que, al haberse interpuesto la demanda el 11 de marzo de 2010, es decir, antes de cumplirse el término restante, la acción se ejerció oportunamente.

De otro lado, halló legitimadas en la causa por activa a las integrantes del consorcio Reforzamiento, en atención a su condición de contratistas dentro del negocio jurídico No. 173 y afectadas con la relación negocial, al tiempo que consideró que el Distrito Capital – Secretaría de Educación era la entidad llamada a ocupar el extremo pasivo de la litis por ser la entidad contratante en el asunto que dio origen a la demanda.

Consideró también que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el ente público no controvertía su ausencia de aptitud jurídica para responder eventualmente por una condena y, como tal, no constituía una excepción dirigida a atacar su legitimación, sino el fondo de las pretensiones.

Al abordar el examen del caso, se refirió a los principios que orientaban la contratación estatal, a la regulación de la ecuación del contrato y a las causas de su ruptura.

Luego de valorar el recaudo probatorio, el Tribunal *a quo* puntualizó que, aun cuando resultaba contrario a los principios de planeación y de economía iniciar un

procedimiento licitatorio que finalizara con la adjudicación y celebración de un contrato sin haber obtenido previamente las licencias de construcción requeridas, no existía duda acerca del conocimiento previo por parte del consorcio contratista sobre la ausencia de este documento, situación que además fue consentida por este al presentar la propuesta allanándose así a los efectos derivados de esta falencia.

Bajo esa comprensión, el fallador de primer grado estimó carente de sentido alegar la aludida situación como determinante de un supuesto desequilibrio contractual y trasladar la responsabilidad a la entidad pública, cuando ambos extremos convinieron en firmar el acuerdo de voluntades con pleno conocimiento de la existencia de la condición suspensiva que llevaba a la imposibilidad de iniciar labores hasta tanto se obtuviera la licencia de construcción.

En lo atinente a la suscripción de la modificación No. 1, la primera instancia partió de la base de que la misma fue suscrita de manera consensual y libre por las partes, sin mediar imposición alguna por el extremo contratante.

Además, observó que allí se previó un aumento en el valor y una prórroga del plazo, lo que constituyó un reconocimiento bilateral en cuanto a la variación de las condiciones iniciales.

A igual conclusión arribó el *a quo* acerca de las modificaciones Nos. 2 y 3 al Contrato de Obra No. 173 y adujo que en ambas oportunidades el contratista estuvo al tanto de las razones que llevaron a su suscripción y, pese a ello, no expresó reparo alguno, lo cual permitía colegir que la ampliación del plazo instrumentada en esos documentos no contuvo alteración al precio inicial, ni a las demás condiciones económicas del contrato.

A ello sumó el hecho de que en la modificación No. 3 expresamente se acordó que la extensión en el tiempo no daría lugar a reclamaciones posteriores de ninguna índole por el contratista y agregó que en ese documento modificadorio se estableció la existencia de un superávit para cubrir el cerramiento tipo SED, de tal suerte que se hallaba soportado presupuestalmente el objeto de esa reforma.

De otra parte, el Tribunal evidenció que la suspensión al plazo de ejecución, prorrogada en varias oportunidades, se produjo por causas imputables al contratista, toda vez que la carga de legalización de los servicios públicos se radicó en cabeza del consorcio, quien incurrió en un retraso para iniciar los trámites pertinentes relacionados con la

aprobación de acometidas ante la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

En lo referente a la tardanza en el desembolso del anticipo, el *a quo* destacó que el término para entregar esos recursos igualmente se supeditó a la condición suspensiva pactada en el contrato en relación con la obtención de la licencia de la cual pendería el inicio de ejecución de las obras.

En este punto, igualmente fue categórico en señalar que el término para su desembolso dependía de la duración del trámite necesario para su legalización, por lo que el tiempo transcurrido entre la solicitud elevada por el contratista para su pago -5 de junio de 2006- y su entrega efectiva -26 de junio de 2006-, no obedeció a una actuación dilatoria o reprochable de la entidad sino al giro normal de la gestión.

En lo que respecta a la mora en el pago de las actas parciales de obra, el Tribunal encontró que, según la relación presentada por la interventoría, los pagos respectivos se realizaron con sujeción a los términos pactados en el contrato y con el cumplimiento de los requisitos estipulados cuya observancia era exigible con anterioridad al respectivo desembolso.

Finalmente, advirtió que, si bien en el proceso se había practicado un dictamen pericial en cuyo desarrollo se había conceptuado que existió un desequilibrio económico del Contrato No. 173, ciertamente para al *a quo* el análisis efectuado por el perito no atendió a cada uno de los aspectos reclamados por los demandantes, omisión que le sustrajo vocación probatoria.

Con apoyo en todo lo anotado, la primera instancia no halló acreditado el alegado desequilibrio económico del Contrato No. 173 y procedió a negar las pretensiones de la demanda.

7. El recurso de apelación

La parte actora, a través de su apoderado, presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Como premisa general, la parte recurrente consideró que el desequilibrio económico del Contrato No. 173 se imputaba a un hecho de la Administración, consistente en la violación al principio de planeación.

Al inicio de su argumentación reiteró todo lo expuesto en la demanda en torno al contenido y alcance normativo, jurisprudencial y doctrinario de la institución del equilibrio económico del contrato, al cabo de lo cual concluyó que la parte actora vio truncada su expectativa de obtener una utilidad por causa de la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes que originaron la excesiva prolongación del plazo de ejecución del contrato de obra y, con ello, mayores costos administrativos y el derecho a percibir intereses moratorios por la dilación en el pago de anticipos y de actas parciales de obra.

Reiteró que el incumplimiento de la entidad se evidenciaba en las falencias halladas en los planos y diseños entregados por la Secretaría, lo cual dio lugar a las modificaciones de que fue objeto el Contrato No. 173.

Para el extremo activo resultaba claro que el inicio de las obras se supeditaba a la obtención de la licencia por parte de la entidad, carga que no fue satisfecha oportunamente y en debida forma por el ente territorial.

Sobre el particular refutó el hecho de que el Tribunal concibiera el trámite de la obtención de la licencia como una condición suspensiva y su término de consecución como un plazo indefinido, pues, en su sentir, aceptar tal planteamiento equivaldría a sostener que aquella constituía una obligación potestativa que debía entenderse nula en cuanto su realización quedaba sometida a la mera voluntad de la Administración y que, por tanto, no habría de resultarle exigible.

Según sostuvo el censor, una interpretación que defendiera tal postura desconocería el principio de la buena fe contractual.

Sin perjuicio de lo expuesto, consideró que una condición de esa índole no podía erigirse como una excusa para desconocer el desequilibrio económico generado al contratista por causa del retardo en el inicio de actividades.

Además, destacó que el curso natural de todos los procedimientos de selección indicaba que previamente a su apertura la entidad convocante debía contar con las respectivas licencias o permisos requeridos para la ejecución de las obras que pretendía contratar.

Estimó reprochable el hecho de que la entidad en su defensa hubiera esgrimido que previamente a la obtención de la licencia le solicitó al contratista dar inicio a las obras, dado que esa conducta traía implícita una actuación irregular que se traducía en sugerir el inicio de unas obras por fuera del marco de la legalidad.

Indicó además que la ejecución contractual se inició mucho después de la fecha proyectada, no solo por los inconvenientes presentados en torno a la licencia sino por la falta de entrega de los planos definitivos y la demora en la entrega de los espacios por el Colegio Castilla.

En cuanto a la anuencia del contratista respecto de la suscripción de las tres modificaciones que tuvo el contrato de obra, expresó que al contratista le asistía el deber de suscribirlas, pues de lo contrario incurriría en incumplimiento; sin embargo, para el libelista, ello no excluía la posibilidad de elevar reclamaciones por ese concepto.

En este punto explicó que no se estaba solicitando un valor determinado por la ejecución de mayores cantidades de obra con ocasión a la modificación al alcance del contrato, lo que se hallaba en discusión era *“el INCUMPLIMIENTO de la entidad contratante de sus obligaciones referidas al mantenimiento de los detalles de especificaciones técnicas y planos conforme con los cuales la contratista, única y exclusivamente debía ejecutar la obra, (sic) la causa eficiente del desequilibrio financiero que ahora le perjudica”*.

Aclaró que el contratista solo se hallaba obligado a la ejecución material de las obras y que nada distinto se había pactado en el negocio jurídico.

También señaló que los mayores gastos de administración, generados por el tiempo que duró la suspensión de la obra, no se alcanzaron a cubrir con el porcentaje inicial previsto dentro del AIU.

Anotó que no era cierta la afirmación de la defensa según la cual la suspensión de la obra y sus prórrogas obedecieron al incumplimiento del contratista. Por el contrario, estimo que *“si la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá desaprobó o consideró inviable la conexión directa de las tuberías colectoras que se indican en los diseños efectuados por el contratista es porque este consultor incumplió con sus obligaciones contractuales, y la SED nada hizo en forma oportuna para que tales*

efectos de sustracción a los deberes contractuales no recayeran en el contratista de obra”.

Puso de relieve que aunque la actividad de legalización de los servicios públicos se encontraba a cargo del demandante, no ocurría lo mismo en el caso de los planos correspondientes a los diseños hidráulicos e hidrosanitarios, cuya elaboración incumbió al contratista consultor. En su criterio, no había lugar a confundir la legalización de los servicios públicos con la aprobación de los diseños necesarios para su legalización.

Para el recurrente, la desaprobación de estos últimos por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá fue lo que, en todo caso, causó la demora en la ejecución del contrato, debido a que ello originó a su turno la imposibilidad de obtención de la licencia de excavación y del plan de manejo de tráfico.

Sostuvo que la suspensión de la obra por 252 días, causada por los hechos anteriormente descritos, generó al contratista mayores costos por valor de \$214'649.235.

Precisó una vez más que el consorcio contratista no solicitaba el reconocimiento de valores por mayores cantidades de obra u obras complementarias o adicionales; contrario sensu, su reclamación se circunscribía a los gastos administrativos por mayor permanencia de la obra.

Reiteró que la modificación No. 01 se atribuyó a los errores en los diseños presentados y la falta de planeación del presupuesto realmente requerido para la realización de los trabajos contratados. Refirió que la prórroga del plazo en 45 días ocasionó al contratista mayores gastos administrativos por concepto de personal asociado al proyecto, los que calculó en la suma de \$65'119.817.

En relación con la modificación No. 2 sostuvo que el valor del desbalance por causa de la ampliación en el plazo acordada en ese documento fue de \$53'913.298.

Sobre el tema del desembolso del anticipo adujo que su pago tardío otorgaba al contratista el derecho a obtener el reconocimiento de la indexación por ese concepto, valor que ascendía a la suma de \$162'967.432. Esa misma conclusión la hizo extensiva al desembolso tardío del anticipo correspondiente a la adición del precio, cuyos costos de financiación, según los denominó la parte actora, fueron \$29'592.400.

También insistió en que, contrario a lo colegido por el *a quo*, efectivamente existió mora en el pago de las actas parciales, por cuanto su desembolso superó con amplitud los 30 días previstos para ese efecto. Siguiendo esa dirección, adujo que los intereses moratorios que debían reconocerse en su favor por esa tardanza ascendían a \$54'803.144.

8. Actuación en segunda instancia

8.1. Mediante providencia del 15 de abril de 2013, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

8.2. Por medio de providencia del 20 de mayo de 2013, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

En el término otorgado, tanto la parte actora como la demandada presentaron sus escritos de alegaciones, en los cuales, en esencia, insistieron en los argumentos en que soportaron la causa y la contradicción, respectivamente.

El Ministerio Público, dentro del término de traslado especial, rindió concepto en el cual consideró que la sentencia impugnada debía ser revocada para, en su lugar, declarar la responsabilidad contractual de la demandada y condenar en abstracto.

La vista fiscal estimó que se encontraba demostrado el incumplimiento contractual de la entidad pública consistente en la tardanza en la obtención y legalización de las licencias urbanas correspondientes, así como en la demora en la entrega de los planos y diseños, cuestión que dio lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuanto generó mayores erogaciones al contratista.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo; **2)** presupuestos procesales; **2.1)** procedencia y

oportunidad de la acción; **2.2)** legitimación en la causa; **3)** precisiones en torno a los institutos del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual. Causas y consecuencias; **4)** los alcances del recurso de apelación en relación con los puntos materia de salvedad en el acta de liquidación bilateral del contrato; **5)** Análisis de la apelación; **5.1)** sobrecostos en que incurrió el contratista como consecuencia de la tardanza en el inicio de las obras; **5.2)** de la mayor permanencia en obra por causa de la ampliación del plazo derivado de la suscripción de tres contratos modificatorios; **5.3)** de la mayor permanencia en obra por causa de la suspensión del plazo contractual; **5.4)** de los perjuicios sufridos por el Consorcio Reforzamiento por la mayor permanencia en obra por razón de la suspensión del Contrato de Obra No. 173 producida desde el 23 de marzo de 2007 hasta el 6 de diciembre del mismo año y **6)** de la costas.

1.- Competencia del Consejo de Estado

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75¹ de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por su parte, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, normas vigentes para la época de presentación de la demanda, consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes a la presunta ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 173 de 2005, celebrado entre el Distrito Capital – Secretaría de Educación y el consorcio Reforzamiento.

Así las cosas, se precisa que la entidad contratante, Distrito Capital – Secretaría de Educación, de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del numeral primero del

¹ Artículo 75, Ley 80 de 1993. *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”.*

artículo 2º de la Ley 80 de 1993², es un ente territorial y, por tanto, tiene el carácter de entidad estatal.

Hechas las anteriores precisiones, se concluye que es esta Jurisdicción la competente para conocer de la presente controversia.

También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de \$1.263'511.613, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$257'500.000)³, exigida en la Ley 954, promulgada el 28 de abril de 2005, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

2. Presupuestos procesales

2.1.- Procedencia y oportunidad de la acción

El presente debate versa sobre la presunta ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 173 de 2005 celebrado entre el Distrito Capital – Secretaría de Educación, aspecto que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., corresponde ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada.

Ahora bien, en orden a determinar la oportunidad de su interposición, la Sala precisa que, de conformidad con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cómputo del término de caducidad de la acción contractual seguía las siguientes reglas:

2 Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los 2 departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

“(…)”.

³ El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 11 de marzo de 2010, correspondió a \$515.700.00.

“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

“En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

“c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta; (...).”

En consonancia con lo anterior, resulta pertinente destacar que milita en el expediente⁴ el acta de liquidación bilateral del Contrato No. 173, celebrada el 12 de diciembre de 2007, cuestión que, en aplicación de la norma que se cita, permite concluir que el término de caducidad se habría de vencer el 13 de diciembre de 2009.

En este punto, cobra relevancia señalar que el 18 de noviembre de 2009, faltando 25 de días para vencerse los dos años de caducidad, la parte actora presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 55 Judicial Administrativa, trámite que culminó el 5 de marzo de 2010, tras declararse fallida la audiencia de conciliación por ausencia de ánimo conciliatorio.

A este respecto debe tomarse en consideración que, según los mandatos del artículo 21 de la Ley 640 de 2001, el término de caducidad de la acción se suspendería desde el recibo de la solicitud de conciliación prejudicial en la Procuraduría, sin que dicha suspensión pudiera exceder de tres (3) meses, atendiendo a las siguientes reglas:

*“**ARTICULO 21.** Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”.*

Así pues, aun cuando el trámite conciliatorio finalizó el 5 de marzo de 2010, la suspensión del término de caducidad por cuenta del mismo se produjo por tres meses, es decir, hasta el 19 de febrero de 2010, data a partir de la que se reanudó el plazo

⁴ Folios 94 a 97 del C44.

restante para cumplir los dos años, el cual finalmente venció el 15⁵ de marzo de 2010.

En consecuencia, al haberse interpuesto la demanda el 11 de marzo del 2010, la Sala concluye que la acción se ejerció dentro del término legalmente establecido.

2.2 Legitimación en la causa

La Sala encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa a los señores José Alonso Prieto Garzón, Olga Pinzón y a la sociedad P&P Construcciones para integrar el extremo demandante, en su condición de miembros del consorcio contratista dentro del negocio jurídico No. 173, en cuyo desarrollo se produjo la supuesta ruptura del equilibrio económico que constituye la materia de reclamación.

Igualmente, halla la Sala legitimado en la causa por pasiva al Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital, dada su condición de entidad contratante del negocio jurídico presuntamente alterado por la ruptura de su equilibrio económico.

3.- Precisiones en torno a los institutos del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual. Causas y consecuencias

La presente reclamación tiene como fundamento la supuesta ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 173/2005, ocurrida, según afirma la parte actora, como consecuencia de:

- a) La tardanza en el inicio de la ejecución de las obras atribuido al incumplimiento de la entidad pública respecto de la obligación de obtener oportunamente la licencia de construcción.
- b) La falta de entrega oportuna y adecuada de los planos y diseños de la obra y de los espacios sobre los que recaería la misma, lo cual motivó que se extendiera el plazo inicialmente acordado, a través de tres contratos modificatorios y siete suspensiones al término de ejecución.
- c) La demora en el desembolso del anticipo.
- d) El retraso en el pago de las actas parciales de obra.

⁵ El plazo restante estrictamente vencía el 14 de marzo de 2010. Sin embargo, teniendo en cuenta que ese día era domingo la fecha límite para interponer la demanda se trasladó hasta el día hábil siguiente, 15 de marzo de 2010.

Todo lo anterior, según la demandante, evidenció la inobservancia del principio de planeación y el incumplimiento contractual de las obligaciones contraídas por la entidad pública y, como consecuencia, generó al contratista una mayor onerosidad en la ejecución de las actividades contratadas.

Teniendo en cuenta el escenario argumentativo puesto de presente, la Sala advierte la necesidad de realizar algunas puntualizaciones sobre el particular, con el fin de determinar el tratamiento jurídico que debe dispensarse para resolver el caso concreto.

En distintas oportunidades esta Sala se ha ocupado de delimitar el alcance y el contenido de las figuras del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual, con el inequívoco propósito de precisar que, pese al tratamiento similar que se les ha brindado por diferentes sectores de la academia, la doctrina y la jurisprudencia, lo segundo no constituye una causa de lo primero.

En efecto, no han sido pocos los pronunciamientos de esta Subsección en los cuales se ha enfatizado que la conservación del sinalagma prestacional propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y que le sirvieron de cimiento a la misma.

En ese sentido, ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos a las partes cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como "*Hecho del Príncipe*" o "*ius variandi*", dependiendo de la entidad de donde emanen, pero que no se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante.

Ahora bien, este acontecimiento dará lugar a que la parte afectada solicite a su co-contratante la adopción de los mecanismos de ajuste y revisión de precios, así como la implementación de los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución del contrato.

Contrario seunsu, el incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que

bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato.

Cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico.

Así mismo, tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación estatal y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral⁶.

Como se aprecia, el incumplimiento se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos co-contratantes que, de manera injustificada se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulados. Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y desde esa perspectiva, la parte cumplida podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligación, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados.

Siguiendo con el estudio del tema, se recuerda que esta Subsección se ha ocupado de puntualizar las múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, así como los efectos que de uno y otro caso se desprenden⁷.

Ahora bien, aunque las figuras analizadas obedecen a causas diferentes y tienen consecuencias distintas, la jurisprudencia de esta Subsección ha reconocido que en algunas oportunidades las decisiones judiciales han adoptado posturas que permiten identificar impropriamente el incumplimiento contractual como causa de la ruptura económica del contrato:

⁶ Sobre el particular consultar sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 22 de agosto de 2013, dentro del expediente No. 22.947, C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

⁷ Ver sentencia proferida por la Sección Tercera Subsección A, Consejo de Estado, 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Becerra.

“Realizadas las anteriores precisiones conceptuales en torno a la figura del restablecimiento del equilibrio económico, conviene agregar que el tratamiento jurisprudencial en torno al tema de incumplimiento contractual, como causal generadora de la ruptura del equilibrio económico del negocio jurídico, ha sido pendular en cuanto en veces se han adoptado posturas que permiten que su ubicación se radique en el terreno de la responsabilidad contractual⁸ aceptando así la inobservancia del contenido obligacional de uno de los extremos contratantes como causa eficiente de dicho quebranto, mientras que en otras tantas se ha hecho y mantenido la distinción para efectos de identificar el equilibrio económico y su ruptura como un fenómeno ajeno por completo a las nociones de incumplimiento y/o de responsabilidad contractual⁹.

“(…).

“Para la Sala, en estricto rigor, aun cuando las normas vigentes propician ese tratamiento indiscriminado de la figura del incumplimiento contractual como una de las génesis del desbalance de la ecuación contractual, imperativo resulta puntualizar, una vez más, que el instituto del equilibrio económico en materia de contratación estatal tiene y ha tenido como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo”¹⁰.

De cualquier modo, en atención al principio constitucional que impone la prevalencia de lo sustancial sobre la forma, corresponderá al Juez de la causa determinar en cada caso concreto desde cuál óptica debe emprenderse el respectivo análisis.

Descendido lo anterior al caso concreto, la Sala evidencia que, a pesar de que tanto en el libelo introductorio como en el recurso de apelación, la parte actora reiteradamente sostuvo que el supuesto fáctico de su reclamación se apoyaba en la ruptura del equilibrio del Contrato No. 173/2005, lo cierto es que el hecho generador de esa situación obedeció, en esencia, a la inobservancia de las obligaciones contraídas por la entidad pública, que aludían a la obtención de la licencia de construcción, a la entrega

⁸ Original de la cita: “Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia del 15 de febrero de 1999, Exp. 11194, C.P Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 21 de junio de 1999, Exp. 14943, C.P Daniel Suárez Hernández; sentencia del 31 de agosto de 2011, Exp. 18080, C.P Ruth Stella Correa Palacio”.

⁹ Original de la cita: “Sobre el particular pueden leerse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 26 de febrero de 2004, Exp: 14043, C.P Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 4 de septiembre de 2003, Exp. 10883, C.P Alier Hernández Enríquez; sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera”.

¹⁰ Subsección A Sección Tercera del Consejo de Estado, 22 de agosto de 2013, expediente: 22.947, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

de planos y diseños para la ejecución y al pago oportuno del anticipo y de las actas parciales de obra.

Esta circunstancia, en criterio de la parte actora, constituyó en gran medida una clara inobservancia del principio de planeación, pues, la entidad dispuso la apertura de un procedimiento de selección sin contar previamente con las licencias requeridas para realizar las obras y sin los planos y diseños adecuados para el mismo fin, en tanto los entregados al contratista presentaron defectos y falencias que condujeron a la prolongación excesiva del plazo de ejecución.

Así las cosas, para la Sala emerge con claridad que lo que en realidad se encuentra en discusión, más allá de corresponder a un evento de ruptura del equilibrio económico del contrato, obedece a un caso en el cual se atribuye responsabilidad al ente público por inobservar el principio de planeación e incurrir en incumplimiento contractual de sus obligaciones negociales, de tal suerte que es desde esta última perspectiva desde la cual debe emprenderse el análisis relativo a ese punto.

4.- Los alcances del recurso de apelación en relación con los puntos materia de salvedad en el acta de liquidación bilateral del contrato

Ahora bien, antes de iniciar el estudio de los argumentos presentados en el recurso de apelación, concierne determinar si jurídicamente resultaba procedente, en sede judicial, formular las pretensiones invocadas en la demanda.

Para ese propósito debe tenerse en consideración que el Contrato de Obra No. 173/2005 fue liquidado bilateralmente por el Distrito Capital – Secretaría de Educación y el consorcio Reforzamiento, mediante acta suscrita el 12 de diciembre de 2007 y, en tal virtud, la prosperidad de las pretensiones aquí formuladas se encuentra supeditada a las salvedades que el demandante hubiere consignado en el mencionado documento.

A propósito del tema relativo a la liquidación bilateral de los contratos, la Sección Tercera de esta Corporación, de manera uniforme y reiterada ha considerado¹¹ que una vez el contrato se liquida por mutuo acuerdo entre las partes, el documento en el que consta la misma contiene un consenso de los extremos contratantes que no puede ser

¹¹Ver entre otras: sentencia de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 22 de agosto de 2013, Exp. 22.947, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida el 20 de octubre de 2014, Exp. 27.777, C.P. Enrique Gil Botero.

desconocido posteriormente ante la instancia judicial por parte de quien lo suscribe, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) o se deje expresa constancia de la existencia de salvedades o discrepancias respecto del cruce de cuentas que allí se consigna.

Atendiendo a esa lógica, el ejercicio de la acción contractual se encuentra circunscrito a la posibilidad de controvertir exclusivamente aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el accionante hubiere manifestado expresamente su disconformidad en el acto de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, quedando excluido aquello respecto de lo cual se hubiere guardado silencio¹².

Se impone agregar que el alcance y el sentido de la liquidación definitiva de un contrato es el de un verdadero balance o corte de cuentas, de tal suerte que solo a partir de su contenido será posible determinar si alguno de los extremos de un contrato le debe algo al otro y, de ser así, en qué cuantía¹³.

Siguiendo la referida orientación jurisprudencial procede la Sala a examinar el acta de liquidación final del Contrato No. 173, suscrita entre las partes con el fin de determinar: i) si el contratista en realidad consignó algunas salvedades acerca de su contenido y ii) en caso de ser así, si dichas inconformidades guardan coincidencia con las pretensiones que se ventilan.

Examinado el contenido del acta de liquidación del negocio jurídico antes referido, se observa que consta una anotación en los siguientes términos:

“El contratista se reserva el derecho a reclamar judicial o extrajudicialmente el reconocimiento y pago de: sobrecostos y perjuicios generados por alzas

¹² Consultar sentencia del 27 de mayo de 2015, Exp.38.695, C.P. (E) Hernán Andrade Rincón.

“En efecto, la finalidad y propósito de las salvedades que se plasman en el acta de liquidación consiste en reservar el derecho del contratista para acudir posteriormente ante la autoridad judicial a reclamar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato que considera insatisfechas. De ahí que las constancias concretas de inconformidad, en ese único y preciso momento, sean las que definan el futuro procesal de los reclamos, debido a los efectos que en el mundo del derecho están llamadas a producir las manifestaciones de voluntad, cuestión que cobra mayor importancia si se tiene presente que en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes tienen la facultad y el poder de disponer, o no, de los derechos derivados del contrato”.

¹³ Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 22 de noviembre de 2011, Exp. 19.931, C.P. Danilo Rojas Betancourth, reiterada en sentencia del 12 de diciembre de 2014, Exp. 27.426, proferida por esa misma Subsección con ponencia del doctor Ramiro Pazos Guerrero. *“25. De igual forma, se ha indicado que las observaciones de inconformidad deben formularse de manera clara, concreta y específica, sobre aspectos que se pacten en el acta de liquidación bilateral respectiva, toda vez que sólo se podrá acudir ante la jurisdicción para reclamar el reconocimiento de las observaciones efectuadas en estas condiciones”.*

exorbitantes en materiales como hierro, concreto y material eléctrico y otros mayores valores y cantidades asumidos por el contratista derivados de la mayor permanencia en la obra y por el cambio de vigencias, por causas no imputables al contratista y afectó de forma sustancial el equilibrio económico del contrato. Así mismo el contratista se reserva el derecho a reclamar por actualización de precios, revisión de precios y los mayores costos administrativos y financieros generados por las causas anteriormente expuestas, además se reserva el derecho de reclamar intereses de mora y mayor costo en el pago de parafiscales de los consorciados presentados durante la ejecución del contrato. Por lo anterior el contratista no renuncia y no está de acuerdo con declararse a paz y salvo por todo concepto”.

Frente a la anterior anotación, el Tribunal *a quo* estimó que existía una correspondencia absoluta entre lo que se consignaba a título de salvedad en el acta de liquidación y lo que se pretendía en la presente causa, razón por la cual se pronunció frente a cada una de las reclamaciones elevadas.

No obstante, del contenido del texto transcrito se observa que el contratista manifestó su inconformidad frente a la liquidación final del contrato, en relación con los siguientes aspectos puntuales: i) los sobrecostos en que incurrió por el alza exorbitante de materiales por cambio de vigencias; ii) los sobrecostos en que incurrió por la mayor permanencia en obra por causas no imputables al contratista; iii) actualización de precios, revisión de precios, mayores costos administrativos y financieros por las causas antes anotadas; iv) intereses de mora y sobrecostos en el pago de parafiscales a los consorciados.

Confrontado lo anterior con el *petitum* de la demanda se evidencia que existe coincidencia en lo que concierne a los sobrecostos en que incurrió el contratista por el cambio de vigencias fiscales marcada, según el actor, por el retardo en el inicio de las obras y por la mayor permanencia en obra, prolongación que en términos de la demanda, generó un desequilibrio económico del contrato y ocurrió por tres aspectos : a) inicio tardío de las obras por ausencia de licencia de construcción; b) tres modificaciones al contrato que extendieron el plazo de ejecución por falta de entrega oportuna de los planos y diseños y defectos en los mismos; c) suspensión en el plazo de ejecución de la obra por la falta de aprobación de los diseños hidrosanitarios por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado.

Sobre el tema, vale reiterar que los institutos del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual tienen un tratamiento jurídico distinto y que en el caso concreto la base de reclamación, en realidad, se estructuró en la ocurrencia del segundo de los fenómenos enunciados y no del primero.

Sin embargo, pese a que en el contenido de la salvedad se dejó consignada que la causa de la reclamación era el desequilibrio económico del contrato, en aplicación del principio que orienta la prevalencia de la sustancia sobre la forma y en acatamiento del principio de acceso a la Administración de Justicia, la Sala habrá de resolver el asunto bajo la comprensión de que los sobrecostos en que incurrió el contratista por la mayor permanencia en obra, ciertamente, se atribuyen al incumplimiento contractual de la entidad pública.

No ocurre lo mismo en relación con las pretensiones dirigidas a obtener el pago de perjuicios por razón del desembolso tardío del anticipo y por la demora en el pago de las actas parciales de obra, pues sobre los mismos nada se consignó en la analizada salvedad.

Si bien allí se registró que el contratista se reservaba el derecho a reclamar el reconocimiento de intereses moratorios, lo cierto es que no se identificó la causa de los mismos, ambigüedad que, en sentir de la Sala, impide abrir paso a la reclamación elevada en relación con estos últimos dos conceptos.

Así las cosas, el estudio del recurso de apelación que aquí se resuelve abarcará exclusivamente la materia que fue objeto de salvedad expresa en el acta de liquidación bilateral, esto es, aquella relacionada con los sobrecostos en que habría incurrido por la mayor permanencia en obra, quedando por fuera del alcance del pronunciamiento judicial los demás aspectos que no se encuentran allí insertados.

Para efectos de abordar el análisis, la Sala partirá de referirse, de manera general, a:

Lo probado en el proceso:

-. El 5 de diciembre de 2005, el Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital y el consorcio Reforzamiento celebraron el Contrato de Obra Pública No. 173, cuyo objeto lo constituyó la ejecución de las obras para el mejoramiento integral (incluye reforzamiento y mejoramiento), de acuerdo con los planos, los detalles, las especificaciones y las cantidades de obra entregadas por la entidad. El precio acordado ascendió a

\$1.944'067.722,93 y el plazo se convino en 7 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio de obras¹⁴.

-. El acta de inicio de obras se suscribió el 8 de mayo de 2006¹⁵.

-. El 21 de noviembre 2006, las partes suscribieron el contrato modificatorio No. 1 al Contrato No. 173, a través del cual se amplió el plazo en 45 días calendario, valga decir, hasta el 21 de enero de 2007 y se aumentó el valor del precio en \$416.750.587¹⁶.

-. El 15 de enero de 2007 las partes celebraron el contrato modificatorio No. 2 al Contrato No. 173, en cuya virtud se prorrogó el plazo en 36 días calendario, esto es, hasta el 26 de febrero de 2007.

-. El 26 de febrero de 2007, las partes nuevamente suscribieron documento modificatorio No. 3 al Contrato No. 173, por medio del cual se extendió su término de ejecución en 30 días calendario que vencían el 28 de marzo de 2007¹⁷.

-. El 23 de marzo de 2007 se suscribió la suspensión No. 1 al Contrato de Obra No. 173¹⁸, por 31 días calendario que culminaban el 23 de abril 2007. La suspensión en comento sufrió siete prórrogas que se reflejan así¹⁹:

No. de la prórroga	Fecha de celebración	Tiempo de la prórroga / días
1	23 de abril de 2007	35
2	28 de mayo de 2007	42
3	9 de julio de 2007	31
4	9 de agosto de 2007	32
5	10 de septiembre de 2007	28
6	8 de octubre de 2007	30
7	7 de noviembre de 2007	30

-. El 7 de diciembre de 2007 se reanudó el plazo contractual y su vencimiento se produjo el 12 de diciembre del mismo año²⁰.

¹⁴ Folios 7-22 C2.

¹⁵ Folios 44 C2.

¹⁶ Folios 23-24 C2.

¹⁷ Folios 27-28 C2.

¹⁸ Folios 29 C2.

¹⁹ Folios 29-36 C2.

²⁰ Folio 36 C2.

- El 12 de diciembre de 2007 las partes suscribieron de común acuerdo el acta de liquidación del Contrato No. 173²¹.

5.- Análisis de la apelación

5.1). - Sobrecostos en que incurrió el contratista como consecuencia de la tardanza en el inicio de las obras

Sostuvo el libelista que el inicio de las obras se encontraba previsto para el 20 de diciembre de 2005. Sin embargo, la fecha estimada se extendió hasta el 8 de mayo de 2006 debido a la falta de obtención oportuna de la licencia de construcción, circunstancia que configuró un incumplimiento contractual atribuible a la entidad pública por cuanto era su obligación atender dicho trámite y obtener el referido documento antes de abrir el procedimiento de selección.

Esta situación, en criterio del libelista, hizo más onerosa la ejecución del contrato por el cambio de vigencia, dado que no se realizó un reajuste o actualización de precios por haber iniciado las obras en el año 2006 y no en el año 2005 como estaba previsto.

Frente a este punto el Tribunal de primera instancia consideró que aun cuando estaba acreditado que el inicio de las obras tuvo lugar en mayo de 2006, esto es, cinco meses después de haberse celebrado el Contrato de Obra No. 173, como consecuencia de la tardanza en la obtención de la licencia de construcción por parte de la entidad pública, tal acontecer, no obstante ir en contravía del principio de planeación, no podría ser objeto de reclamo por parte del contratista quien tenía conocimiento previo de la ausencia de ese documento, al punto que en su propuesta había consentido expresamente que el inicio de las obras quedaba supeditado a su posterior obtención.

Al respecto, la Sala encuentra que al tenor del numeral 1.1.1. del pliego de condiciones²² que sirvió de base para el procedimiento de selección No. LP-SED-SPF-017-2005, al referirse a la justificación del proyecto se estableció:

“1.1.1 JUSTIFICACIÓN.

“(…).

²¹ Folios. 39-41 C2.

²² Folios 4-115 C11.

“La Secretaría de Educación Distrital, a través de la Subdirección de Plantas Físicas, realizó los estudios de viabilidad del cumplimiento con las normas de urbanismo, uso del suelo y construcción, a fin de obtener las respectivas licencias y permisos, trámite que se está adelantado paralelo [al de] de selección. Las licencias y permisos serán entregados al proponente favorecido al inicio de la construcción, en concordancia con lo establecido en la Ley 388 de 1997 y demás normas que regulan el tema. No obstante, el inicio de la obra quedará sujeto a la obtención de la licencia y tratándose de una condición de carácter suspensivo, solo en este momento el contratista adquirirá el derecho a su ejecución de la obra, acorde a (sic) lo señalado en el Código Civil artículos 1530 a 1536”.

En el numeral 2.1.2. de ese documento, la iniciación de las obras se previó en los siguientes términos:

“2.1.2. INICIACIÓN DEL PLAZO.

“El acta de iniciación, será suscrita entre EL CONSTRUCTOR y el INTERVENTOR que para tal fin designe la Secretaría de Educación del Distrito Capital dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de entrega oficial por parte de la SED de las licencias correspondientes. El acta de iniciación de la ejecución del contrato de obra no se supedita al pago del anticipo”.

En armonía con lo anterior, evidencia la Sala que en la propuesta presentada por el consorcio Reforzamiento, ahora demandante, para participar dentro de la Licitación No. LP-SED-SPF-017-2005, en su literal L), se expresó²³:

“L.- Aceptamos que las obras se ejecutaran sólo una vez se obtengan las licencias necesarias y tratándose de una condición de carácter suspensivo, solo en este momento adquiriremos el derecho a su ejecución, acorde a lo señalado en el Código Civil Artículos 1530”.

Esta previsión fue igualmente incorporada en el texto contractual celebrado el 5 de diciembre de 2005, como producto del procedimiento de selección antes aludido, en los siguientes términos:

“CUARTA- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:

“(…).

²³ Folio 146 C10.

“Las obras se ejecutarán una vez la Secretaría de Educación obtenga y entregue al contratista las licencias necesarias y tratándose de una condición de carácter suspensivo, solo en este momento el contratista adquirirá el derecho a su ejecución, acorde a lo señalado en el Código Civil artículos 1530 al 1536”.

Está igualmente demostrado en el plenario que, mediante oficio del 4 de mayo de 2006²⁴, la Secretaría de Educación del Distrito solicitó al consorcio Reforzamiento que suscribiera el acta de inicio, con sujeción a lo dispuesto en el Contrato No. 173, para cuyo efecto adjuntó la modificación de la Licencia de Construcción y Reforzamiento Estructural No. RES 05-4-0497, en las modalidades de ampliación, modificación, demolición parcial y cerramiento.

Como consecuencia de lo anterior, el 8 de mayo de 2006 las partes del Contrato de Obra No. 173, junto con el interventor, suscribieron el acta de inicio de obras²⁵, sin que en ella se hubiere consignado por el contratista constancia alguna de inconformidad con la fecha de suscripción de la misma.

Se precisa que entre la fecha de celebración del Contrato de Obra No. 173 y la suscripción del acta de inicio de actividades transcurrieron 5 meses en atención a que la suscripción de esta última se supeditó a la consecución de la licencia correspondiente por parte de la entidad pública.

En consideración a lo expuesto, la Sala estima que aun cuando tal acontecer, según lo advirtió el Tribunal, eventualmente podría dejar en entredicho la debida observancia del principio de planeación²⁶ que orienta la actividad contractual del Estado, lo cierto es que en este caso no puede dejarse de lado el hecho de que el trámite de la obtención de las licencias y permisos constituyó una actuación que se adelantó por la Secretaría de Educación de manera paralela al procedimiento de selección y, tal cual fue puesto de manifiesto cuando se convocó a los interesados en presentar propuestas, que existía la posibilidad de que se obtuvieran los permisos respectivos incluso antes de que se llevara a cabo la escogencia del contratista.

²⁴ Folio 36-38 C44.

²⁵ Folio 44 C44.

²⁶ Ver sentencia del 13 de noviembre de 2013, proferido por la Subsección A dela Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del expediente 23829, C.P. Hernán Andrade Rincón.

Sin embargo, consciente de que la culminación del procedimiento de selección podría ocurrir antes de la obtención de las licencias respectivas, la entidad pública ensambló en el documento precontractual la condición de conformidad con la cual el inicio de las obras quedaría sujeto a la entrega de las licencias correspondientes por parte de la entidad contratante.

Si bien la obtención de licencias, permisos o autorizaciones debe efectuarse por la entidad de manera previa al procedimiento de selección según los dictados del artículo 25-6 de la Ley 80 de 1993, en este caso, dicha regla fue conocida de antemano por el demandante, a tal punto que al presentar su oferta manifestó expresamente su aquiescencia respecto del hecho de que el inicio de la ejecución de las obras tendría lugar una vez adquirida la licencia de construcción por parte de la Secretaría de Educación.

Bajo ese entendido, la Sala considera alejado al principio de la buena fe que el contratista hubiera aceptado la circunstancia relativa a la imposibilidad de ejecutar el contrato hasta tanto contara con las licencias respectivas y al tiempo pretenda el reconocimiento de los sobrecostos supuestamente generados por el aumento de precios de los insumos y materiales producido desde la fecha en que se suscribió el contrato y la fecha en que se inició su ejecución por causa del cambio de vigencia fiscal.

El conocimiento y la aceptación previa de esa circunstancia le imponía al contratista el deber de actuar precavidamente a la hora de estructurar su propuesta, a efectos de prevenir que el consuntivo transcurso del tiempo entre la presentación de la propuesta, la suscripción del contrato y el inicio de las obras causara un impacto negativo en la economía de su oferta.

Ahora, para la Sala no es de recibo el argumento del recurso según el cual la previsión en comento, que posteriormente quedó incorporada en las estipulaciones contractuales, se encuentra viciada de nulidad por corresponder, como lo afirma el censor, a una condición suspensiva potestativa cuya ocurrencia habría quedado al arbitrio exclusivo de la entidad pública contratante y que por esa razón no estaría llamada a producir efecto alguno.

En relación con este tópico, es del caso recordar que, al tenor del artículo 1535 del Código Civil, *“son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga”*.

Con todo, sobre el particular conviene destacar que el supuesto normativo que viene de reseñarse no tuvo ocurrencia en el caso concreto. Ciertamente, desde que se publicó el pliego de condiciones se puso en conocimiento de los interesados en presentar propuestas que la entidad se encontraba adelantando, de manera alterna, el trámite relacionado con la obtención de las licencias respectivas para ejecutar las obras producto del procedimiento de selección.

Es importante precisar también que, según se desprende del contenido de la Licencia de Construcción No.RES 05-4-0497²⁷, la misma había sido expedida desde el 29 de julio de 2005, es decir, al día de siguiente de haberse ordenado la apertura de la licitación de la referencia. No obstante, fue necesario realizar una modificación a su contenido en la modalidad de ampliación, modificación, demolición parcial, reforzamiento estructural y cerramiento, razón por la cual el 3 de noviembre de 2005 se radicó ante la Curaduría la solicitud en ese sentido.

Así pues, la condición relativa a la expedición de las mismas no era una actuación que se encontrara sometida a la potestad de la entidad pública, pues una vez iniciado el trámite tendiente a obtenerlas, como ya lo habría hecho para la época en que se publicó el pliego²⁸, sería la Curaduría Urbana correspondiente la autoridad competente que en adelante definiría la procedencia de su otorgamiento. Bajo esa comprensión, la suscripción del acta de inicio de obra, contrario a lo sostenido por el libelista, pendía de la decisión de la Curaduría Urbana que conoció del asunto y no de la voluntad de la Administración.

Tanto es así que una vez obtenida la modificación a la licencia de construcción por parte de la Curaduría Urbana No. 1, la Secretaría de Educación, a través de comunicación del 4 de mayo de 2006²⁹ solicitó al contratista que se suscribiera el acta de inicio de obras, actuación que finalmente se llevó a cabo el 8 de mayo de 2006, cuatro días después de haber recibido dicha comunicación.

²⁷ Folios 38 C44.

²⁸ Mediante Resolución No. 4790 del 28 de julio de 2005, el Distrito Capital- Secretaría de Educación ordenó dar apertura a la licitación pública No. LP-SED-SPF-017-2005.

La solicitud de modificación de licencia de construcción No. RES 05-4-0497 fue radicada el 29 de julio de 2005, un día después de ordenar la apertura de la licitación, ante la Curaduría Urbana No. 01 de Bogotá por la Secretaría de Educación Distrital.

La licitación se abrió el 12 de agosto de 2005 y se cerró el 19 de septiembre del mismo año.

²⁹ Folio 36-38 C44.

Sin perjuicio de lo expuesto, tampoco encuentra la Sala acreditado el dicho del libelista en cuanto hace relación con los mayores costos en que supuestamente debió incurrir por el aumento de precios de materiales derivado del cambio de vigencia fiscal, determinado por el inicio de las obras al año siguiente de haber suscrito el contrato.

Como primer aspecto cabe recordar que el Contrato No. 173 se celebró el 5 de diciembre de 2005, por un plazo inicial de siete meses contados a partir del acta de inicio de las obras. De esta premisa se colige con facilidad que aun en el evento de haber suscrito el acta de inicio de obras en el mes de diciembre de 2005, más del 80% de las actividades habrían de ejecutarse en la vigencia siguiente.

Esta certeza le imponía al contratista, a la hora de estructurar su propuesta, el deber de adoptar medidas encaminadas a contener el alza de precios de materiales e insumos que, por regla general marcaría el inicio de un nuevo año, y además las fluctuaciones en los valores que normalmente se presentan a lo largo del mismo por la dinámica económica propia del comercio y las finanzas para esas épocas.

En segundo lugar, revisadas en conjunto las pruebas documentales que obran en el plenario, la Sala evidencia que entre la fecha en que se suscribió el contrato y la fecha en que se iniciaron las actividades no se probó que hubiere ocurrido un aumento de costos de insumos y materiales por cuenta del cual el contratista hubiera sufrido perjuicios.

Solo por citar algunos ejemplos, la Sala observa lo siguiente:

De la lectura del análisis de precios unitarios contenido en varias actas³⁰ suscritas por el contratista y el interventor durante la ejecución del negocio jurídico, se advierte que en el ítem de placa contrapiso concreto (0.10), el precio unitario ofrecido en la propuesta por metro cúbico del concreto 3000 psi ascendió a \$207.187, incluido IVA³¹. Sin embargo, revisada la factura proforma No. 001 del 24 de julio de 2006 -fecha posterior al inicio de actividades- suscrita por el proveedor FT Ingeniería Ltda.³², se observa que el valor del metro cúbico del concreto 3000 psi adquirido en esa fecha por el contratista

³⁰ Folio 4329 C39

³¹ Según el párrafo de la cláusula séptima del contrato No. 0173, se entenderá que el valor de la propuesta presentada por el contratista incluye IVA.

³² Folio 4204 del C37.

ascendió a \$194.255, es decir, le costó \$12.932 menos que el valor unitario establecido en la propuesta.

En igual sentido, se anota que en una de las actas de análisis de precios unitarios, en el ítem 2.3.1 hierro de refuerzo 420 Mpa, el precio unitario ofrecido respecto del acero G-40 figurado fue de \$1.760, incluido IVA³³. Con todo en la factura de compraventa No. 82915³⁴, expedida el 6 de junio de 2006, el precio del kilo de acero figurado adquirido por el contratista fue \$1.728, incluido IVA. De ahí que el kilo del acero adquirido por el consorcio demandante fue \$32 menos que el valor ofrecido en la propuesta.

Para concluir la ilustración acerca de la ausencia de acreditación de los sobrecostos, en la descripción del ítem de la 5.1.1. *muro tbcon 24 prensa stafe* contenida en el análisis de precios unitarios³⁵ se advierte que el precio ofrecido para el ladrillo tolete prensado 12*25*6 correspondió a \$510 incluido IVA, mientras que, de conformidad con la factura proforma No. 07192006³⁶, expedida el 19 de julio de 2006 por Ladrillera Santa Fe, el costo de adquisición de la unidad de ladrillo con esas especificaciones ascendió a 345, exento de IVA, de lo cual se deduce que el valor ofrecido por ese material fue considerablemente mayor al que en realidad le costó su adquisición al contratista.

En consecuencia, la Sala encuentra que el cargo relativo a la causación de perjuicios por el retardo en el inicio de actividades y el impacto que ello tuvo en el aumento de los precios por el cambio de vigencia fiscal no está llamado a prosperar.

5.2) De la mayor permanencia en obra por causa de la ampliación del plazo derivado de la suscripción de tres contratos modificatorios

Se expuso en la demanda que las tres modificaciones que sufrió el Contrato de Obra No. 173, se originaron, en suma, por las deficiencias en los estudios y diseños iniciales, por la falta de planeación respecto del presupuesto realmente requerido para su ejecución y por la variación en el alcance del objeto del contrato, lo que motivó una ampliación en el plazo de ejecución que le generó al contratista sobrecostos por la mayor permanencia en obra.

³³ Folio 4330 C38.

³⁴ Folio 4221 del C38.

³⁵ Folio 4340 del C38.

³⁶ Folio 4244 del C37.

Posteriormente, en la sustentación del recurso de alzada, el censor reprochó la decisión del Tribunal de conformidad con la cual, al suscribir las tres modificaciones al contrato inicial, el contratista había puesto de manifestó su anuencia en relación con la ampliación del plazo, circunstancia que cerraba el paso a la prosperidad de sus pretensiones. Frente al particular, el apelante indicó que al contratista le asistía el deber de suscribir las referidas modificaciones, pues de lo contrario incurriría en incumplimiento, pero que ello no excluía la posibilidad de elevar reclamaciones por ese concepto.

Par resolver este cargo de inconformidad la Sala analizará las tres modificaciones que sufrió el contrato No. 173, así como las causas que las fundamentaron y las consecuencias que de allí se derivaron.

Modificación No. 01

De la revisión de las actas de comités de obra suscritas en los meses de junio, julio, agosto y noviembre de 2006, observa la Sala que al inicio de la ejecución del proyecto existió un retraso en la programación de la obra, debido a fuertes lluvias, inconsistencias en las especificaciones de las tejas de cubierta, a la necesidad de ejecutar mayores cantidades de obra sobre la ruta crítica, principalmente en actividades de excavación, recebo compactado y piedra rajón y a la necesidad de readecuar los espacios a las necesidades de la institución, según lo solicitó el rector del colegio, todo lo cual motivó el reajuste de los diseños iniciales.

Esta situación condujo a que el interventor, en conjunto con el contratista, desarrollara tres propuestas encaminadas a materializarse a través de una modificación al contrato. Las tres opciones previstas fueron las siguientes:

- a) Se proyecta la terminación total de la obra, según el proyecto de la consultoría, realizando ajustes al tanque de almacenamiento originalmente proyectado. El presupuesto se incrementa de acuerdo con el balance de mayores cantidades en \$543'379.217.25.
- b) Se proyecta ejecutar el total de los bloques A, B y C y no efectuar la intervención del bloque 1. El presupuesto se incrementa de acuerdo con el balance de mayores cantidades en \$416'750.587.
- c) Se proyecta ejecutar el total de bloques B y C, no intervenir el bloque 1, dejar el bloque A con la estructura en concreto terminada, con el objeto de garantizar el

mismo acabado de concreto a la vista. El presupuesto no se incrementa, ni hay sobrante de acuerdo con el balance de mayores cantidades.

Puesto el contenido de las anteriores propuestas a consideración de la Secretaría de Educación se decidió adoptar la opción b), con fundamento en la cual el 21 de noviembre de 2006, es decir, antes del vencimiento del plazo inicialmente pactado³⁷, se suscribió la modificación No. 1 al Contrato de Obra No. 173.

El objeto de dicha modificación consistió en prorrogar el plazo del contrato por 45 días calendario, esto es, hasta el 21 de enero de 2007 y en adicionar su valor en \$416'750.587³⁸, en los términos de la opción b) anteriormente referida.

Como se observa, fueron varias las causas que produjeron la anterior modificación.

Una de ellas, en efecto, dejó en evidencia la falta de planeación de la entidad pública, dado que la adecuación de los diseños iniciales realizada a solicitud del rector del colegio intervenido, con el fin de ajustarlos a las necesidades de la institución, reveló que los diseños efectuados en un inicio no las habrían consultado, como debían hacerlo en la respectiva etapa previa a la iniciación del procedimiento de selección.

Ahora, de atender a un planteamiento diferente consistente en que a pesar de haberse consultado las necesidades de la institución como presupuesto para diseñar el plan de mejoramiento en la etapa previa, fue el Director del ente educativo el que de manera caprichosa motivó la alteración de los diseños iniciales, en ese escenario, la ampliación del plazo igualmente se habría presentado por causas atribuibles a la entidad pero ya no por falta de planeación, sino por el incumplimiento de las estipulaciones contractuales.

En efecto se observa que en una de las previsiones relacionadas con las obligaciones de las partes, consignada en el numeral 7) de la cláusula cuarta del Contrato No. 173, se estableció que el Distrito Capital – Secretaría de Educación no modificaría los diseños, normas, especificaciones y proyectos, a menos que por razones técnicas de fuerza mayor así lo determinaran, supuesto que no tuvo ocurrencia en este caso.

³⁷ Debe recordarse que el término de 7 meses, inicialmente pactado, empezó a correr desde la suscripción de acta de inicio de obras -8 de mayo de 2006- y vencía el 8 de diciembre de 2006.

³⁸ Folios 23-24 C2.

Con todo lo expuesto, en criterio de la Sala, no resulta suficiente para concluir que la modificación en cuestión generó perjuicios al contratista por causa de la mayor permanencia, pues no se puede perder de vista que la ampliación en el plazo del contrato que fue lo que supuestamente lo hizo incurrir en mayores costos administrativos, como lo subrayó en la alzada, estuvo acompañada de un incremento en el valor del contrato acordado en cuantía de \$416'750.587.

De ahí es claro que los costos de la mayor permanencia en obra por el plazo prorrogado en el documento modificatorio No. 1, hallaron sustento económico por cuenta del aumento del precio en la suma señalada.

Si bien la parte actora considera que esta mayor permanencia en obra generó costos directos superiores por razón del pago del personal asociado al proyecto, lo cierto es que estos costos directos se encontraban incorporados en el precio unitario ofrecido por el contratista en su propuesta inicial, de manera que al adicionar el precio del contrato en los mismos términos del contrato primigenio, en cuanto a la conformación y agregación del mismo, se impone destacar que en la adición debía estar contenido el costo de la mano de obra, maquinaria y equipo y, por tanto, no habría lugar a reclamar nuevamente este valor por lo que correspondía al tiempo de la primera prórroga.

Igual situación se presenta respecto de los gastos indirectos en su ítem de administración, toda vez que en la adición del valor estaba comprendido el concepto del AIU dirigido a cubrir precisamente la causación de esos valores, entre otros.

Es preciso puntualizar que el arreglo incorporado en el documento modificatorio fue producto de la propuesta que sobre el particular elaboraron el interventor y el contratista, la cual fue diseñada atendiendo a las cantidades y especificaciones de obra requeridas para culminar el proyecto a cabalidad. De manera que, en gran parte, fue la iniciativa del consorcio demandante la que dio lugar a su suscripción, así como a la disposición de los recursos necesarios, estimados por el mismo contratista, para finalizar los trabajos.

Adicionalmente, subraya la Sala que, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección Tercera, el solo transcurso del tiempo por sí mismo no genera ruptura del equilibrio económico del contrato, por cuanto se requiere acreditar los mayores costos

en los cuales el contratista incurrió, producto de la mayor permanencia lo cual, en este caso, no se probó³⁹.

Así mismo, si se trata de incumplimiento contractual, como el que se debate en este asunto, también en ese evento se deben probar los perjuicios ocasionados, los cuales, en este proceso, tampoco se acreditaron.

En esa medida, para la Sala no prospera el argumento de alzada relacionado con los perjuicios derivados de la mayor permanencia en obra por el plazo del contrato modificadorio No. 01.

Modificación No. 02

En el acta del comité de obra del 13 de enero de 2007⁴⁰ se observa que el consorcio contratista elevó solicitud de prórroga del plazo, sustentada en las reformas que debieron efectuarse en el bloque B y en la entrega tardía del bloque 1. El interventor del contrato halló viable la anterior petición y realizó los trámites pertinentes ante la contratante para suscribir el documento respectivo.

Como resultado de lo anotado, el 15 de enero de 2007, las partes firmaron la modificación No. 2 al Contrato de Obra No. 173, en virtud de la cual convinieron en extender el plazo contractual en 36 días calendario, es decir, hasta el 26 de febrero de 2007.

La motivación que se expuso en el documento modificadorio fue la siguiente:

“1) la justificación establecida en la SMC, la cual hace parte integral de la presente modificación y de la orden ya que establece ‘teniendo en cuenta que el contratista ha solicitado a la interventoría una prórroga en virtud de los siguientes hechos y circunstancias: 1. Se hicieron modificaciones a la consultoría original a solicitud del rector de la institución Educativa Castilla Sede Ay (sic) de la Secretaría de Educación como consta en el acta de comité del 09 de noviembre de 2006, para lo cual fue necesaria la suspensión de las obras en diversos sitios en donde se requerían las variaciones como lo solicitó la interventoría mediante la anotación del 10 de noviembre de 2006, en la página 102 del libro de obra 2. Las directivas del

³⁹ Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 20 de octubre de 2014, Exp. 24.809, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴⁰ Folios 169-170 C2.

colegio entregaron la zona administrativa a intervenir ubicada en el bloque 1 el día 21 de noviembre de 2006. Lo que implica que se requiere recuperar el tiempo que fue necesario suspender de los trabajos en los sectores donde se efectuaron las variaciones de diseño tratadas en el numeral 1 y paralelamente adicionar el tiempo que ocasionó el desplazamiento de la programación de la obra acorde al hecho descrito en el numeral 2”.

Las razones allí expuestas coinciden con aquellas consignadas en el documento de solicitud de modificación contractual⁴¹ radicado el 23 de febrero de 2007 por el contratista y el interventor ante la Dirección de Contratos de la entidad pública.

Se aprecia del contenido de la modificación No. 2 la necesidad de ampliar el plazo; en esa oportunidad se justificó, por un lado, en la misma razón que dio lugar a la primera modificación, consistente en la variación de los diseños iniciales realizada a petición del rector de la institución, cuestión que demandó mayor tiempo del previsto y, por otro, en la tardanza en la entrega de las zonas administrativas a intervenir en el Bloque 1, por parte del colegio.

Frente a este último punto, es de acotar que aun cuando la disposición de las zonas que habrían de ser intervenidas no se incorporó dentro del texto contractual como una obligación en cabeza de la entidad pública, ciertamente la dinámica natural del proyecto imponía que dicha carga debía satisfacerla la contratante, en tanto era la institución educativa de su dependencia sobre la cual recaerían las obras objeto del contrato, siendo a esta a la que correspondía dejar a disposición del contratista el lugar en donde se realizarían los trabajos.

Bajo este contexto, resulta claro que en el sub lite se encuentra plenamente demostrado que la extensión del plazo contractual de que fue objeto del Contrato de obra No. 173/2005, adoptada a través de la modificación No. 2 se atribuyó a causas imputables al incumplimiento de la entidad pública contratante, no obstante, no se acordó un valor adicional para cubrir los gastos que generara la permanencia de la obra por un período superior al previsto en la modificación No. 01.

Ahora, aun cuando tales circunstancias determinarían, en principio, la viabilidad de efectuar el reconocimiento de perjuicios a favor del contratista, quien por causas ajenas a su voluntad se vio obligado a permanecer en la obra por mayor tiempo del previsto en el contrato original, ocurre que tal evidencia no resulta suficiente para proceder al reconocimiento de los sobrecostos en que dice haber incurrido, toda vez que además

⁴¹ Folios 104-105 C12.

se requiere que el demandante demuestre que sufrió efectivamente los perjuicios a que alude en los hechos y pretensiones de su demanda.

Este aspecto será retomado en acápite posterior, luego de indagar acerca de las demás modificaciones que produjeron la mayor permanencia en obra discutida en la demanda.

Modificación 3

En el acta del comité de obra del 9 de febrero de 2007⁴² se consignó que el día anterior se había efectuado un balance de cantidades de obra a partir del cual se estableció la existencia de un superávit, circunstancia que prescribía la posibilidad de realizar un cerramiento de la institución con cargo al mismo, dentro del alcance del objeto del Contrato No. 173, en el cual no se encontraba prevista inicialmente su ejecución. Por consiguiente, el contratista solicitó una prórroga de 30 días para ejecutar la obra de cerramiento.

En el acta de obra examinada también se consignó que para esa fecha no se había obtenido el permiso para la conexión al sistema de alcantarillado, ni la intervención de vías para la rampa del parqueadero, ni el permiso para la tala de árboles situados frente a los parqueaderos del bloque c, por lo cual el interventor consideró viable la solicitud de prórroga elevada por el contratista para realizar las actividades de cerramiento y, además, para realizar las conexiones exteriores al sistema de alcantarillado, para la obtención del permiso para la intervención del espacio público y para la materialización del acceso al parqueadero del bloque c.

Sin embargo, la interventoría se opuso a que dentro del período de la prórroga fueran ejecutados trabajos en zonas interiores por considerar que esas actividades debían cumplirse dentro de los plazos contractuales para no afectar la prestación del servicio educativo que debía dispensarse en las aulas de clases.

También se desprende de lo allí registrado que para ese entonces existía un atraso en la programación de obra, por razones imputables al contratista, quien no había entregado los baños del bloque A, ni el bloque A en sí mismo.

En consecuencia, el 26 de febrero de 2007, fecha en que se vencía el plazo del contrato por cuenta de la modificación No. 2, las partes suscribieron el acuerdo modificadorio No. 3 en virtud del cual convinieron prorrogar el plazo del contrato en 30 días, hasta el 28 de marzo de 2007.

⁴² Folio 75-76 C44.

La motivación que se adujo en el texto para su celebración, fue la siguiente:

“Teniendo en cuenta que el contratista ha solicitado a la interventoría una prórroga en virtud de los siguientes hechos y circunstancias: A. los planos de consultoría indican un cerramiento. B. El cerramiento existente que consiste en muros de ladrillo macizo no presenta características sismoresistentes acorde a la NRS-98. C). El cerramiento existente no cumple los estándares básicos de construcciones escolares de la Secretaría de Educación. D) Dentro del objeto del contrato: ‘Ejecución de las obras para el mejoramiento integral (incluye reforzamiento y mejoramiento), de acuerdo a (sic) los planos, detalles, especificaciones y cantidades de obra entregados por la sed de la siguiente institución educativa: Castilla Sede A Nueva Castilla’ es viable realizar la restitución del cerramiento existente por cerramiento tipo SED. E) Dentro del alcance de la obra: ‘El alcance de los trabajos corresponde a la ejecución de la construcción del proyecto mejoramiento integral (mejorar y reforzar) en la I.E.D. Castilla, Sede A (Nueva Castilla) de acuerdo con los planos, especificaciones y cantidades de obra entregados a la S.E.D. por el diseñador responsable’ es viable realizar la restitución del cerramiento existente por cerramiento tipo SED. F.) Efectuado un balance de las cantidades de obra del contrato 173/2005 se establece que existe un superávit, mediante el cual se puede materializar el cerramiento tipo SED. G) La Secretaría de Educación efectuó la entrega de la consultoría del cerramiento tipo SED efectuada (sic) por la Universidad Nacional para ser implantada en la IED Castilla Sede A. 1. Inicialmente no estaba previsto realizar la restitución del cerramiento. 2. Lo que implica que se requiere de un tiempo adicional para realizar los trabajos correspondientes a la restitución del cerramiento existente por cerramiento tipo SED, que el contratista valoró en treinta (30) días calendario adicionales a partir de la fecha actual de terminación del contrato. Se aclara que este tiempo de prórroga no debe ser utilizado para fines de terminar obras diferentes al cerramiento. Adicionalmente se entiende que lo anterior no implica reclamación de ninguna índole por parte del contratista”⁴³.

De la literalidad del acuerdo en cuestión, en armonía con lo sentado en el acta del comité de obra, se colige que la prórroga No. 3 se previó de manera exclusiva para realizar las obras de cerramiento, las cuales, si bien no estaban previstas dentro de los diseños iniciales, podían desarrollarse, por cuanto no excedían el alcance del objeto contractual consistente en obras de reforzamiento y mejoramiento del plantel educativo.

En este punto se precisa que las obras de cerramiento, o mejor de restitución del existente, resultaban necesarias debido a que el cerramiento construido no cumplía con las características de sismoresistencia previstas en la NSR-98, situación que conducía a su modificación para efectos del mejoramiento y reforzamiento de las instalaciones en donde funcionaba el centro de enseñanza distrital.

⁴³ Folio 27-28 C2.

Aunado a lo expuesto, se puntualiza que la viabilidad de su realización estribó en que una vez realizado el balance de cantidades de obra se evidenció la existencia de un superávit que facilitaba su ejecución, sin que ello implicara la asunción de costos superiores y no previstos.

Todo lo expuesto permite a la Sala concluir que la modificación No. 3 se originó en el libre consenso de las partes, encaminado a optimizar la ejecución del proyecto. De ahí que la prórroga en examen no resultó imputable a la antijuridicidad de la actuación de la entidad pública derivada de su falta de planeación, como lo sugiere el censor.

Más relevante aun para decidir esta cuestión viene al caso recordar que al suscribir el acuerdo modificatorio No. 3, expresamente se incorporó en su texto que su suscripción no implicaba reclamación de ninguna índole por parte del contratista.

Siendo ello así y no habiéndose cuestionado la legalidad del acuerdo en comento, debe concluirse que el mismo goza de validez y las estipulaciones allí contenidas están llamadas a producir plenos efectos. En ese orden, no resulta ajustado que en sede judicial se desconozca el libre consentimiento que en dicho acuerdo se depositó frente a la imposibilidad de hacer reclamaciones posteriores por ese concepto⁴⁴.

⁴⁴ Sobre el particular ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2012, exp. 21.429, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

“Por manera que la ahora demandante, en ejercicio de su autonomía privada y sin contrariar las normas imperativas, renunció a cualquier reconocimiento con ocasión de la extensión del plazo hasta el 20 de julio de 1990, acto dispositivo que resulta congruente con el artículo 15 del Código Civil, según el cual ‘podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia’.

“58. Es decir, conjuntamente y de mutuo acuerdo Ecopetrol y Ley co Co. Ltda. hicieron los arreglos y tomaron las medidas que permitieron conjurar, superar y subsanar los hechos ajenos a ellas e imponderables que implicaron el retardo de la obra, sin que al realizar las respectivas prórrogas al contrato, la contratista hubiese reclamado en ellas los conceptos que ahora demanda como causantes de sobrecostos y de un desequilibrio económico del contrato. Esa es la intención común de las partes que se desprende de los acuerdos que sin reparos ni salvedades suscribieron para sobrellevar las dificultades acaecidas en el desarrollo de la relación comercial, de manera que no resultan procedentes reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos.

“(...)”.

“61. Y en sentencia de 31 de agosto de 2011, indicó:

‘No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales, cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole.

Ante el panorama expuesto, la Sala estima que no es posible acceder al reconocimiento de los perjuicios por concepto de la mayor permanencia en obra derivada de la prórroga No. 3.

Ahora bien, retomando lo expuesto en punto a los posibles perjuicios derivados de la modificación No. 02, no pude dejarse de lado que al revisar la motivación del acuerdo modificatorio que le siguió, es decir, el número 3, se estableció la existencia de un superávit en el balance de cantidades de obra.

Lo dicho lleva a concluir que, si para la firma de la tercera modificación existía un saldo pendiente de ejecutar, ello significa que los trabajos realizados por cuenta de la modificación No. 02, dentro de los cuales se encontraba previsto el concepto de AIU, como se anotó anteriormente, hallaron soporte financiero, a tal punto que al finalizar el término de la segunda prórroga se evidenció un excedente que fue precisamente el que viabilizó la última modificación.

Esta circunstancia excluye el reconocimiento de perjuicios por valores derivados de la mayor permanencia en obra en razón de la prórroga No. 2, toda vez que al cabo del plazo dispuesto para su duración se determinó la existencia de un sobrante que permitía continuar la ejecución del proyecto por un espacio mayor de tiempo.

5.3) De la mayor permanencia en obra por causa de la suspensión del plazo contractual

'Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato'.

"62. De acuerdo con el criterio jurisprudencial expuesto, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por hechos previos conocidos a la fecha de suscripción de un contrato modificatorio, adicional o un acta de suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente esos hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea 'venire contra factum proprium non valet', que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.

"63. Por lo tanto, respecto a los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia en obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, la ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en negocios jurídicos adicionales 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, máxime cuando en los mismos hizo expresa renuncia de reclamaciones por los hechos que dieron lugar a su celebración".

Otra de las causas que, según la demandante, generó sobrecostos por la mayor permanencia en la obra correspondió a la suspensión de que fue objeto el Contrato No. 173, la cual fue prorrogada en seis ocasiones.

Tanto en la demanda como en el recurso de apelación se indicó que la suspensión de la obra ocurrió por causas imputables a la entidad pública contratante, relacionadas con la necesidad de efectuar un ajuste a los planos hidrosanitarios para permitir la conexión directa de las redes internas a las tuberías colectoras, debido a que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá consideró inviable la conexión directa a las tuberías colectoras que se indicaban en los diseños realizados por la Consultoría.

Sobre el particular, el fallo de primera instancia consideró que el ajuste al diseño sanitario requerido para las conexiones a las redes colectoras no podía ser trasladado a la entidad distrital contratante porque correspondía a una obligación del contratista.

Para resolver este punto, la Sala parte de precisar que, a la luz de establecido en la cláusula cuarta del negocio jurídico⁴⁵, las obligaciones del contratista, entre otras, fueron las siguientes:

“17) Realizará a su costa todos los trámites necesarios para la legalización de los servicios públicos. Los derechos de conexión serán pagados por la S.E.D., previo informe del constructor y la aprobación de la interventoría. (se subraya fuera del texto)

“18) El constructor deberá solicitar a las entidades prestadoras de servicios públicos, (E.A.A.B, Energía, Telecomunicaciones, Aseo, etc) la respectiva interventoría para la revisión y recibo final de las obras que tengan que ver con dicho servicio (Los derechos de conexión estarán a cargo de la SED, los medidores para el recibo final por parte de las empresas de servicios públicos y demás estarán a cargo del Constructor) dentro de los plazos programados garantizando la razonabilidad de los servicios de la obra”.

En lo atinente al cumplimiento de la obligación de legalización de los servicios públicos asignada al contratista, las actas del comité de obra suscritas durante todo el transcurso del plazo contractual, reflejaron los siguiente:

En Comité del 13 de julio de 2006 se acordó que el contratista presentaría en la próxima visita una propuesta para las conexiones al alcantarillado para proceder de inmediato con el trámite ante la EAAB y ante el Distrito para la intervención de la vía⁴⁶.

⁴⁵ Folios 7 a 22 C2.

⁴⁶ Folios 84-85 C41.

En la reunión del 21 de julio de 2006 se anotó que se encontraba pendiente la entrega de una alternativa para la conexión al alcantarillado y que el contratista seguía en estudio de una propuesta técnica y económica más conveniente⁴⁷ en relación con ese aspecto.

El 27 de julio de 2006, en el acta de comité se consignó:

“dado que el contratista estaba analizando una alternativa para la conexión sanitaria con el objeto de intervenir en el menor número de sitios la vía, este informa que no encontró una alternativa viable técnica y económicamente más favorable a la presentada por la consultoría, por lo que la obra se adelantará ciñéndose al proyecto original”⁴⁸.

En la junta celebrada el 21 de septiembre de 2006, las partes precisaron lo siguiente:

“El contratista informa que en el transcurso del 22 de septiembre de 2006 al 2 de septiembre de 2006 recibirá la visita técnica por parte de la persona o funcionario encargado de la Empresa de Acueducto para tramitar la demolición de andenes y vía conducente a la conexión de los alcantarillados. (...). Se deja constancia que el día de ayer, 20 de septiembre de 2006, nos comunicamos con el especialista hidrosanitario del consultor consorcio PCA-PACR a fin de solicitarle una visita aclaratoria de unos aspectos de obra (...)”⁴⁹.

De otro lado, en la bitácora de obra del 4 de septiembre de 2006 se registró que en el bloque B se continuaba con la instalación de tubería sanitaria⁵⁰.

En la bitácora del 7 de septiembre de 2006 se dijo que se estaba realizando la excavación para red sanitaria de 6”. El 12 de septiembre de 2006 se registró que se estaba rellorando la tubería sanitaria de 6” en el exterior⁵¹, actividad que se continuó el 19 de septiembre de 2006. El 20 de septiembre se dejó sentado que la tubería sanitaria en los planos se encontraba pasando por las vigas, lo que motivó la solicitud de aclaraciones ante el consultor⁵².

En el comité de obra del 20 de octubre de 2006, se determinó:

“Intervención de vías con el IDU: Para hacer la conexión al alcantarillado se requiere el permiso por parte del IDU. Al contratista se le solicita informe el estado del trámite”.

⁴⁷ Fl. 153-154 C2.

⁴⁸ Folios 90 a 91 C41.

⁴⁹ Folios 2740-2741 C40.

⁵⁰ Folio 2753 C40.

⁵¹ Folio 2757 C40

⁵² Folio 2761 C40.

En el acta del 27 de octubre de 2006, se advirtió:

“Conexiones al alcantarillado de Aguas Lluvias y Aguas Negras: A raíz de que ya están materializados los puntos desde donde se conectará a los sistemas de alcantarillado el contratista la próxima semana diligenciará los formatos respectivos (tanto en la EAAB y el IDU)”.

El 11 de noviembre de 2006, las partes indicaron:

“Permiso de intervención de andenes: el contratista informa que en la semana próxima el día miércoles tiene cita con el Ing. Francisco Toro de la Empresa de Acueducto. Se tratará el tema de intervención de andenes en la zona de parqueo del bloque c y las conexiones a los alcantarillados (Aguas Lluvias y Aguas Negras)”.

En petición del 5 de enero de 2007, el contratista solicitó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá Zona 5 la actualización de los datos técnicos para el predio Institución Educativa Nueva Castilla. Señaló que la anterior solicitud constituía un fundamento para posteriormente pedir autorización para las conexiones del alcantarillado del proyecto⁵³.

En el comité de obra del 13 de enero de 2007, se registró:

“SERVICIOS PÚBLICOS: Se anexa carta del contratista a la Empresa de Acueducto, esperando obtener respuesta dentro de unos cinco días calendario. El contratista está diligenciado los formularios del IDU para la intervención del espacio público del andén al acceso al parqueadero y para las conexiones al alcantarillado”.

En la reunión llevada a cabo el 26 de enero de 2007 se plasmó que se concertaría un encuentro con el diseñador hidrosanitario en el que se le plantearían alternativas. Igualmente, el contratista se comprometió a disponer a una persona de apoyo para reforzar los trámites ante el IDU y demás servicios públicos⁵⁴.

El 9 de febrero de 2007 se acotó que aún no se había obtenido permiso para la conexión del sistema de alcantarillado⁵⁵.

En el comité de obra del 22 de marzo de 2007, se señaló:

“No es viable la conexión directa desde la caja de inspección interna entre pozos ...por el tipo de construcción institucional se debe construir en el andén un pozo típico para cada conexión. Para las conexiones se deben tener en cuenta los datos técnicos suministrados por la EAAB para el predio con número 0857-2007-0132”.

⁵³ Folio 171 C2.

⁵⁴ Fl. 189 a 190 C2.

⁵⁵ Folios 172-173 C2.

Al día siguiente de haber suscrito el acta del comité de obra a la que se hizo anterior mención, el 23 de marzo de 2007, las partes convinieron en suspender las obras objeto del Contrato No. 173 por 23 días calendario hasta el 23 de abril de 2007, con fundamento en lo siguiente:

“En el Comité efectuado el pasado 22 de marzo de 2007, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá se pronunció exponiendo que no es viable la conexión directa a las tuberías colectoras que se indican en los diseños efectuados por el consorcio PPCR-PCA por lo que hay necesidad de efectuar un ajuste al proyecto sanitario en relación a las conexiones a las redes colectoras mediante el empleo de pozos y en diámetros específicos que permitan realizar posteriores inspecciones y mantenimiento, lo que implica que se requiere un tiempo prudencial para hacer las modificaciones a dichos diseños”⁵⁶.

Posteriormente, en el acta del comité de obra del 9 de mayo de 2007 se dejó constancia de que en esa fecha se hacía entrega al contratista de los planos de ajuste a la consultoría de la parte hidrosanitaria que enviaba la Secretaría de Educación, los cuales tenían en cuenta los requerimientos formulados por la EAAB para aprobar la conexión a los colectores de aguas lluvias y aguas negras. Se indicó que esos diseños debían ser radicados de inmediato para continuar con el trámite ante la EAAB y la Oficina de Planeación para obtener el permiso de excavación.

En adelante, se suscribieron siete prórrogas a la suspensión del Contrato No. 173, las cuales se fundamentaron en el hecho de que los motivos que dieron lugar a su parálisis no habían sido resueltos.

Finalmente, la reanudación del plazo contractual se dio el 7 de diciembre de 2007 y su finalización el 12 de los mismos mes y año, fecha en que las partes suscribieron el acta final de la liquidación bilateral del negocio jurídico.

Del recuento fáctico que acaba de efectuarse, la Sala observa que durante los primeros cuatro meses del plazo de ejecución contractual, el consorcio demandante halló algunas dificultades relativas a los planos hidrosanitarios suministrados por la entidad pública y elaborados por el contratista consultor.

Eso motivó la realización de varias entrevistas con el diseñador, consorcio *PPCR-PCA*, con el fin de que este le aclarara las inconsistencias encontradas en los referidos documentos.

⁵⁶ Folios 29 C2.

Como resultado de lo anterior, el contratista demandante reflexionó acerca de la posibilidad de presentar una nueva alternativa, distinta a la planteada por el diseñador, dirigida a resolver los inconvenientes de las acometidas y conexiones a las redes de acueducto y alcantarillado desde una óptica técnica y económica más favorable.

En este punto se recuerda que según el numeral 2.1.12. *“planos de construcción referencia”* del pliego de condiciones *“el CONSTRUCTOR podrá sugerir variaciones a las estipulaciones técnicas originales y alternativas a los procesos constructivos, las cuales solo podrá realizar con autorización escrita del DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN”*.

No obstante, luego de fracasar en su intento, en julio de 2006 el contratista informó que la obra se adelantaría con estricta sujeción a los planos realizados por el consultor.

En lo sucesivo, en el mes de noviembre de 2006 y enero de 2007, el contratista demandante realizó actividades encaminadas a obtener la disponibilidad de servicios públicos, tales como entrevistas con funcionarios de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado y radicación de la solicitud de actualización de datos técnicos⁵⁷ para obtener la autorización para las conexiones del alcantarillado del proyecto, ante esa misma entidad.

Con todo, los trámites adelantados por el consorcio contratista con el propósito de obtener la legalización de los servicios públicos resultaron infructuosos en la medida en que los diseños hidrosanitarios entregados por la entidad pública presentaron defectos que impidieron obtener la aprobación respectiva dentro del plazo contractual.

Fue de allí de donde surgió la necesidad de disponer la suspensión del Contrato No. 173, pues el período durante el cual se prolongó la misma se concibió precisamente

⁵⁷ Ver página oficial ww.acueducto.com.co/.

De conformidad con la Resolución No. 964 14 de septiembre de 2010, por la cual se adopta el reglamento de urbanizadores y constructores de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, acto que si bien no estaba vigente para la época de ocurrencia de los hechos contiene definiciones útiles que interesan al presente debate, se tiene que:

“Datos Técnicos Generales: Es la información técnica complementaria a la Disponibilidad de Servicios que EL ACUEDUCTO DE BOGOTÁ suministra a los urbanizadores para la elaboración de los proyectos de redes externas de servicio de acueducto y alcantarillado sanitario y pluvial.

“Disponibilidad de Servicios y Datos Técnicos: Es el documento resultante del estudio técnico adelantado por el ACUEDUCTO DE BOGOTÁ, mediante el cual se informa si el predio objeto de una licencia de urbanismo tiene posibilidad técnica de conexión a las redes matrices y troncales existentes. Incluye los lineamientos técnicos particulares y generales a tener en cuenta para las actividades de diseño y construcción”.

para que la entidad ajustara los diseños hidrosanitarios necesarios para legalizar los servicios públicos.

Es más, incluso para la fecha en que se terminó el primer plazo de suspensión, 23 de abril de 2007, la entidad aún no había entregado⁵⁸ los diseños con las modificaciones requeridas.

Si bien vale acotar que la solicitud del permiso para intervenir el espacio público, a través de obras de excavación, en orden a ejecutar trabajos de infraestructura del servicio público de acueducto y alcantarillado fue radicada el 16 de marzo de 2007 por el contratista ante el IDU⁵⁹, es decir, pocos días antes de acordar la primera suspensión del plazo contractual, lo cierto es que para ese entonces aún no se habían obtenido los planos hidrosanitarios adecuados, con base en los cuales se habrían de realizar dichas obras.

De todo cuanto ha sido expuesto se concluye que aun cuando el trámite de legalización de los servicios públicos que correspondía adelantar al contratista se llevó a cabo en forma lenta y un tanto descoordinada, lo cierto es que, al parecer, de nada hubiera servido agilizar los trámites respectivos ya que el resultado habría sido el mismo.

En ese sentido, no puede pasarse por alto que el supuesto técnico para viabilizar la legalización de los servicios públicos, consistente en suministrar los diseños hidrosanitarios aptos y ajustados a los requerimientos del órgano competente y cuyo cumplimiento correspondía a la entidad pública contratante, para el momento en que el contratista elevó la solicitud de actualización de datos técnicos ante la EAAB, aún no se encontraba debidamente satisfecho.

A ese respecto conviene precisar a que a la luz de la cláusula primera del Contrato No. 173, *“EL CONTRATISTA se compromete con LA SED a la ejecución de las obras para el mejoramiento integral (incluye reforzamiento y mejoramiento), de acuerdo a los planos, detalles, especificaciones y cantidades de obra entregados por la SED, de la siguiente institución educativa CASTILLA SEDE A NUEVA CASTILLA”*.

En la misma dirección se aprecia que en la cláusula tercera se acordó: *“ESPECIFICACIONES TÉCNICAS. EL CONTRATISTA en la ejecución del presente*

⁵⁸ Se recuerda que la entrega de los mismos al contratista tuvo lugar el 9 de mayo de 2007.

⁵⁹ Tal cual se colige del contenido mismo del acto administrativo expedido el 19 de noviembre de 2007 por el cual el IDU amplió la vigencia de la licencia de excavación No. 492 proferida el 4 de agosto de 2007. Ver folios 64-65 C45.

contrato deberá dar cabal cumplimiento a las siguientes especificaciones técnicas: Los anexos técnicos correspondientes a la presente licitación son los entregados por el consultor contratado para tal fin (...) El Anexo Técnico No. – Especificaciones de construcción. (...) El anexo Técnico No. 3 – Planos generales”.

En consecuencia, la Sala concluye que la suspensión del Contrato No. 173 acordada desde el 23 de marzo de 2007 y prolongada de común acuerdo hasta el 6 de diciembre de 2007 se produjo por causas imputables al incumplimiento de la entidad pública contratante consistente en la entrega de planos hidrosanitarios inadecuados.

Ahora bien, aunque como se ha destacado en el plenario se encuentra acreditada la mayor permanencia en obra por parte del contratista particular por cuenta de las prórrogas sucesivas de la suspensión de que fue objeto el Contrato No. 173, no puede perderse de vista que para que el contratista pueda hacer efectivo su derecho se encuentra en el deber de demostrar que efectivamente sufrió perjuicios con ocasión de dicha circunstancia.

5.4) De los perjuicios sufridos por el consorcio Reforzamiento por la mayor permanencia en obra por razón de la suspensión del Contrato de Obra No. 173 producida desde el 23 de marzo de 2007 hasta el 6 de diciembre del mismo año

Los perjuicios sufridos por el consorcio Reforzamiento, derivados de la mayor permanencia en obra producto de la suspensión del Contrato No.173 fueron estimados en la demanda en la suma de \$214'649.235⁶⁰, concretados en gastos administrativos, pago de personal asociado al proyecto, pagos de seguridad social, servicios de vigilancia privada, seguridad industrial, maquinaria y equipo.

En orden a probar los perjuicios sufridos como consecuencia de la extensión del plazo contractual, el demandante solicitó la práctica de un peritazgo, prueba que fue ordenada por el Tribunal en la providencia que abrió el debate probatorio.

El dictamen fue rendido por el perito José Guillermo Torres Mayorga, quien conceptuó que los perjuicios sufridos por el consorcio Reforzamiento, como consecuencia del retardo en el inicio de las obras, la extensión del plazo del contrato derivada de las tres modificaciones y de la suspensión, entre otras causas, ascendieron a la suma de \$1.263'511.613.

⁶⁰ Folio 8 C1.

Resulta del caso acotar que los perjuicios que se acaban de relacionar cobijaron todos los conceptos y causas que son materia de reclamación, de manera que corresponden a una suma globalizada.

En lo que concierne al balance de costos administrativos por mayor permanencia en obra durante el período de suspensión del plazo contractual, el peritazgo adujo que la parte actora solicitó \$148'622.213,34, sumas que, en criterio del auxiliar, se encontraban soportadas en la contabilidad y en los certificados expedidos por el gerente y contador de cada una de las personas jurídicas y naturales que conformaban el consorcio, calculado con base en gastos reales tomados de la respectiva contabilidad y totalizado por períodos trimestrales.

Al respecto, la Sala observa con cierta extrañeza que los anexos a los que alude la experticia están compuestos por unas gráficas⁶¹ adjuntas al dictamen, que son idénticas a las aportadas por la parte actora junto con la demanda y en las cuales se resumieron los perjuicios padecidos por el demandante en cuantía de \$1.263'511.613.

Esta situación arroja ciertas dudas acerca de la eficacia probatoria de la experticia habida consideración de que, al parecer, su práctica se limitó a cotejar las mismas gráficas realizadas por la parte actora y acompañadas al libelo introductor, la cuales fueron adjuntadas nuevamente como soporte del dictamen, con los montos que en el mismo documento se solicitaron por concepto de perjuicios.

El auxiliar de la justicia sostuvo que los valores reclamados se encontraban igualmente soportados en los certificados expedidos por el gerente y contador de cada uno de los consorciados, tal como se observa en el anexo 2 y 2 A.

Sin embargo, la Sala advierte que los anexos a los que se ha hecho referencia están integrados por los balances financieros generales de la sociedad P& P Construcciones S.A., de Olga Pinzón y José Alonso Prieto Pinzón y los estados de resultados de cada uno de ellos, obtenidos durante los años 2005 a 2010.

También se encuentran conformados por las notas a los estados financieros relacionados que dieron cuenta de las actividades, las principales prácticas contables, los inventarios, las inversiones, propiedades, valorizaciones, obligaciones financieras,

⁶¹ Dichas gráficas reposan en los folios 65 a 100 del C2, y se encuentran compuestas por varios cuadros y listados que reflejan las condiciones económicas iniciales del contrato y la afectación sufrida por causa de mayor permanencia en obra por adiciones y suspensiones del contrato y su correspondiente actualización, actualización de precios sobre las actas, actualización del anticipo, costos financieros de obras adicionales sin anticipo, mayor permanencia de equipos, pago intereses de mora en facturación de actas parciales, pago actas parciales, desembolso anticipo.

cuentas por pagar, impuestos gravámenes y tasas, ingresos operacionales, gastos de administración, gastos no operacionales, costos de ventas, ingresos no operacionales, patrimonio, cuentas de orden e indicadores financieros.

Visto lo anterior, la Sala advierte que el objeto de la prueba se limitó a demostrar el déficit que afrontó cada uno de los miembros del consorcio contratista, por razón de la diferencia entre los ingresos y los egresos, pero en manera alguna identificó una causa atribuible a la mayor permanencia en obra del Contrato No. 173. Menos aún se refirió a los gastos asociados y conexos al proyecto, pues partió de la generalidad de los componentes que integraban el patrimonio de los consorciados.

En esa medida, los estados financieros en los que se apoyó el perito para rendir su experticia no podrían ser útiles como soporte de su concepto, toda vez que de su contenido no se obtendría la información relativa al costo efectivo que le habría de generar la mayor permanencia en obra por el aludido concepto.

Para ese propósito debieron examinarse directamente los documentos atinentes al pago de personal, alquiler de maquinaria, equipos y todos aquellos que dieran cuenta de los demás costos directos e indirectos que tuvieran relación con la obra.

Igualmente, el análisis de la mencionada documentación debía abordarse atendiendo a la proporción conexas al Contrato No. 173, pues bien podría ocurrir que con esa obra, o sin ella, el funcionamiento administrativo de la sede de los miembros del consorcio hubiera podido seguir adelante por cuenta del desarrollo de su objeto social, aspectos que no fueron tenidos en consideración al rendir el concepto.

De esta manera, se concluye que el dictamen no aportó elementos de juicio para determinar la causación de los perjuicios reclamados por el apelante.

Sin embargo, no por ello la Sala desconoce que, en efecto, durante el período de suspensión del plazo contractual el contratista debió incurrir en gastos por la mayor permanencia en obra relacionados con el proyecto en examen.

Prueba de ello son los trámites que debió adelantar el personal de proyecto dirigidos a obtener la legalización de los servicios públicos durante el término de suspensión de la obra, tal cual se desprende de la Resolución No. 5708 del 19 de noviembre de 2007, por la cual el IDU amplió el plazo de la licencia de excavación, en cuyo contenido

consta que entre agosto y octubre de 2007 el consorcio contratista llevó a cabo las diligencias orientadas a la obtención de dicho permiso y a la ampliación de su vigencia.

Lo mismo se concluye del texto de algunas anotaciones registradas en los libros de obra y en las actas de comités correspondientes a los meses de mayo, junio, julio, septiembre y noviembre de 2007, en las cuales se evidencia que el contratista permanecía en la obra realizando ajustes a algunos detalles menores como cierre de puertas, pasadores y seguros de ventanas, limpieza de marcos de puertas y ventanas, revisión de chapas, limpieza de vidrios, retoques con silicona y pintura, remoción de manchas de ladrillos. Igualmente, que se reunían el interventor y las partes para ponerse al tanto mutuamente del trámite de los documentos faltantes⁶².

Así mismo, una vez obtenidos los permisos correspondientes de conexión de redes e intervención del espacio público, pero aun dentro del término de suspensión del plazo contractual, se dio inició a las actividades de excavación para construir los pozos e instalar las tuberías de conexión a colectores pluviales y sanitarios, todo lo cual requirió la presencia de personal de obra en su respectivo campamento⁶³.

Así las cosas, para hallar el valor de lo que se debe reconocer a favor del contratista por concepto de costos de administración causados durante el período de suspensión del Contrato No. 173, la Sala se apartará del dictamen rendido por el auxiliar de la justicia y acudirá al examen de cada uno de los elementos de prueba que reposan dentro del expediente y que fueron aportados por el demandante oportunamente para ese propósito.

Con todo, se advierte que aunque no todos ellos reflejan la asunción de erogaciones realizadas por el contratista durante el interregno total de la suspensión⁶⁴, ya que esos documentos muestran gastos realizados por un lapso menor, será con base en ellos en que se profiera la condena que corresponde y no con la proyección que sobre los mismos habría de realizarse respecto del período completo de la suspensión.

Sobre el particular, la Sala puntualiza que el reconocimiento de esos gastos por el

⁶² Folios 3483-3518 C31.

⁶³ Folios 3478-3492 C31.

⁶⁴ Se recuerda que la suspensión del plazo se produjo desde el 23 de marzo de 2007 hasta el 6 de diciembre del mismo año.

término total de suspensión del plazo contractual se supeditaba a la consecucional demostración de que fueran objeto por parte del demandante, carga probatoria que no fue debidamente satisfecha por la interesada.

Hecha la anterior precisión, procede la Sala a relacionar los conceptos y los valores que serán tenidos en cuenta para efectos de liquidar la respectiva indemnización.

Pago de alquiler de equipos durante el tiempo de la suspensión

Para acreditar el pago del valor que se debió asumir por el arriendo o alquiler de equipos durante el término en que permaneció suspendido el plazo del contrato, la parte actora, entre múltiples documentos⁶⁵, allegó los siguientes:

Factura de venta No. CC-005801, expedida el 14 de abril de 2007 por la sociedad García Vega y Cía Ltda., por valor de \$469.816 en la cual refleja el costo de alquiler de andamios tubulares asumido por el consorcio Reforzamiento en el período comprendido entre el 1 al 15 de abril de 2007⁶⁶.

Factura de venta No. CC-005993 suscrita el 9 de de mayo de 2007 por la sociedad García Vega y Cía Ltda., por valor de \$143.842 por concepto de alquiler de andamios tubulares realizado por el consorcio Reforzamiento en el período comprendido entre el 16 y 17 de abril de 2007⁶⁷.

Factura de venta No. 8825 expedida por Equipos Gleason Serrano Gómez S.A. el 2 de abril de 2007 por valor de \$111.360 por valor de alquiler de equipos, efectuado por el consorcio Reforzamiento⁶⁸.

Factura No. 1017 proferida el 10 de mayo de 2007 por Equiforma E.U. por valor de \$103.356, por concepto de alquiler de parales metálicas por el período comprendido entre 1 al 27 de abril de 2007, a favor del consorcio Reforzamiento⁶⁹.

⁶⁵ Aunque en el expediente reposan varias cuentas de cobro y otros documentos similares para soportar el pago de estos conceptos no todas ellas resultan legibles, corresponden al período de suspensión o permiten desprender de ellas el pago efectivo cuyo reembolso se reclama, razón por la cual solo se relacionan aquéllas que permiten obtener certeza acerca del desembolso descrito.

⁶⁶ Fl. 113 C3.

⁶⁷ Fl. 121 C3.

⁶⁸ Fl. 135 C3.

⁶⁹ Fl. 157 C3.

Todo lo anterior arroja un total de \$828.374 por concepto de alquiler de equipos.

Pagos de personal administrativo en obra y oficios varios⁷⁰.

Se evidencia que el personal que podría asociarse a la administración de la obra y cuyo pago se encuentra soportado, al menos durante los meses de abril, mayo, junio, julio y agosto de 2007 es el siguiente⁷¹:

-Oscar José Suárez Peña, en el cargo de auxiliar de contabilidad, cuyo salario mensual era \$540.000.

- Renan Leguízamo Cusba, en el empleo de mensajero y devengaba una asignación mensual de \$484.500.

- Javier Alfonso Páez Villamil, como auxiliar administrativo, con una remuneración mensual de \$484.500.

- Wilmar Enrique Sepúlveda Díaz, quien se desempeñaba como residente de obra y devengaba un salario mensual \$580.000.

El valor resultante de sumar los salarios devengados mensualmente por los cuatro trabajadores que se menciona arroja un total de \$2'070.200.

Ahora bien, para la Sala es del caso precisar que aun cuando en el plenario reposan las planillas de consignación de aportes al sistema de seguridad social del personal en referencia, de esos mismos documentos también se desprende que en el mes de septiembre de 2007 se produjo el retiro del mismos o, al menos, cesó el respectivo pago de aportes, cuestión que impide presumir que por el término restante de la suspensión los trabajadores en comento continuaron vinculados laboralmente a la contratista⁷².

⁷⁰ Reposan varias planillas elaboradas por el mismo demandante en las que relaciona el personal administrativo del proyecto pero no en todos los casos se encuentra soportado el pago de sus salarios y de aportes.

⁷¹ Folios 370 del C2.

⁷² Folios 478 a 483 del C3.

En ese orden, la suma anteriormente señalada se multiplicará por el número de meses respecto de los cuales se acreditó el pago de la nómina administrativa asociada al proyecto, valga decir, 5 meses (abril, mayo, junio, julio y agosto de 2007), dado que nada distinto o superior fue acreditado en el plenario.

Así pues, el monto a reconocer por este concepto asciende \$10'351.100.

Costos de vigilancia y celaduría de la obra

Para demostrar los gastos de vigilancia que asumió el contratista durante el tiempo de suspensión del plazo contractual, la parte actora allegó los siguientes documentos:

- Factura de compraventa No. 2053 expedida el 24 de abril de 2007, en la cual consta el servicio de vigilancia prestado por Vigilancia y Seguridad Privada a favor del consorcio Reforzamiento, entre el primero y el 30 de abril de 2007 en las instalaciones de la obra del Colegio de Castilla, por valor de \$5'692.140⁷³.

- Factura de compraventa No. 2099 expedida el 10 de mayo de 2007, en la cual consta el servicio de vigilancia prestado por Vigilancia y Seguridad Privada a favor del consorcio Reforzamiento, entre el primero y el 31 de mayo de 2007 en las instalaciones de la obra del Colegio de Castilla, por valor de \$5'378.400⁷⁴.

Este concepto suma un valor de \$11'070.540.

Con fundamento en lo expuesto, la suma que se habrá de reconocerse en favor del consorcio Reforzamiento por concepto de gastos de administración se resume en el siguiente cuadro:

Concepto	Valor
Pago de alquiler de equipos	\$828.374
Pagos de personal administrativo en obra y oficios varios	\$10'351.100
Costos de vigilancia y celaduría de la obra	\$11'070.540
Total	\$22'250.014

⁷³ Folio 493 del C3.

⁷⁴ Folio 493 del C3.

La suma obtenida será actualizada al tiempo de la presente providencia para lo cual se adoptará como fecha inicial la del índice de precios al consumidor correspondiente al mes en el cual se liquidó bilateralmente el Contrato No. 173, así:

$$Vp = \frac{Vh \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Vp: Corresponde al valor presente

Vh: Es el valor histórico o inicial (\$ 22'250.014)

Índice Final: Es el IPC vigente a la fecha de este fallo = (130,63 marzo 2016)

Índice inicial: Es el IPC vigente a la fecha de liquidación del contrato No. 173 = 92,87 (diciembre de 2007)

$$Vp = \frac{\$22'250.014 \times 130,63}{92,87} = \$ 31'296.644$$

$$Vp = \quad \quad \quad \mathbf{\$31'296.644}$$

Finalmente, se advierte que sobre la anterior suma de dinero no se reconocerán intereses moratorios en tanto la exigibilidad de su pago se deriva de la presente condena.

En mérito de lo expuesto, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar que el Distrito Capital – Secretaría de Educación incurrió en incumplimiento del Contrato No. 173 que produjo la suspensión de su plazo entre el 23 de marzo de 2007 al 6 de diciembre de 2007 lo cual ocasionó perjuicios al contratista derivados de la mayor permanencia en obra por ese lapso.

Consecuencialmente se condenará al Distrito Capital – Secretaría de Educación a pagar al CONSORCIO REFORZAMIENTO la suma de TREINTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$31'296.644), por concepto de costos de administración en que incurrió durante el plazo de suspensión del contrato No. 173 y se negarán las demás pretensiones de la demanda.

6) Costas

De conformidad con lo previsto en la Ley 446 de 1998, en este asunto no hay lugar a la imposición de costas por cuanto no se evidencia en el subexamine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

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

F A L L A

1.- REVOCAR, por las razones expuestas, la sentencia proferida el seis (06) de septiembre de dos mil doce (2012) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera- Subsección A y en su lugar se dispone:

*“**PRIMERO.** Declarar que el Distrito Capital – Secretaría de Educación incurrió en incumplimiento del contrato No. 173, lo cual produjo la suspensión de su plazo entre el 23 de marzo de 2007 al 6 de diciembre de 2007, circunstancia que ocasionó perjuicios al contratista derivados de la mayor permanencia en obra por ese lapso.*

*“**SEGUNDO.** – Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR al DISTRITO CAPITAL SECRETARÍA DE EDUCACIÓN a reconocer y pagar al CONSORCIO REFORZAMIENTO la suma de TREINTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$31'296.644), por concepto de costos de administración en que incurrió durante el plazo de suspensión del contrato No. 173.*

*“**TERCERO.** - Negar las demás pretensiones de la demanda.*

*“**CUARTO.** - Sin condena en costas.*

*“**QUINTO.**- La condena impuesta se sujetará a lo dispuesto en el artículo 177 y siguientes del Código Contencioso Administrativo”.*

2.- Sin condena en costas.

3.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA