

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Incumplimiento del contrato – Daño – Características – Cierto – Personal – Directo

La Sala empieza por señalar que los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de una parte del contrato deben ser ciertos, personales y directos, no puramente eventuales, indirectos o hipotéticos; por tanto, para emitir una condena no basta con que se encuentre probado el incumplimiento, sino que el daño, con las características mencionadas, debe estar plenamente probado.

COSTOS ADMINISTRATIVOS – Costos administrativos – Acreditación

[...] [L]os perjuicios derivados por costos administrativos se debe acreditar: (i) el incumplimiento, (ii) las erogaciones en las que debió incurrir el contratista en razón o con ocasión de los costos administrativos que fueron planeados para la ejecución del contrato; (iii) que los costos administrativos en los que incurrió el consorcio son superiores a lo pagado durante la ejecución del contrato o que no pudo recuperarlos con ocasión del incumplimiento, por ejemplo, porque la obra no se ejecutó en el plazo contractual; (iv) la necesidad de incurrir en esos costos, a pesar de que el contratista tiene claro que no es posible la ejecución del contrato dadas las circunstancias que afectan el cumplimiento de sus obligaciones.



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., primero (1°) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-HERRÁN y otros
Demandado: Bogotá D.C.-Secretaría de Educación Distrital
Acción: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Temas: *CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Principio de la autonomía de la voluntad / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS – Libertad probatoria / DICTAMEN PERICIAL – Valoración / OBLIGACIÓN DE DAR – Retardo en el incumplimiento / INTERESES DE MORA – Se causan por el incumplimiento de las obligaciones dinerarias / CONSTITUCIÓN EN MORA – Ante la falta de mención expresa aplica lo previsto en el Código de Comercio / DEBER DE MITIGAR EL DAÑO – deriva del principio de buena fe objetiva y del deber de colaboración de los contratistas del Estado.*

Surtido el trámite de ley sin que advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

La controversia gira alrededor de los mayores costos que se le habrían causado a los integrantes del Consorcio ACR-Herrán, como consecuencia de la falta de planeación y la mayor permanencia en obra por incumplimientos que le atribuye a la Secretaría Distrital de Educación, así como por la ocurrencia de otros eventos cuyo reconocimiento se reclama a título de rompimiento del equilibrio económico del contrato.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 19 de junio de 2019, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento del contrato N°. 03610 de 2013 celebrado entre el Consorcio ACR-HERRÁN y la Secretaría de Educación Distrital de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: LIQUIDAR JUDICIALMENTE el contrato N°. 03610 de 2013 el Consorcio ACR-HERRÁN y la Secretaría de Educación Distrital (sic).

TERCERO: CONDENAR al Consorcio ACR-HERRÁN a restituir a favor del LA (sic) Secretaría de Educación Distrital la suma de \$738.822.224.

CUARTO: Condenar en costas a la parte demandante. Se fija por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandada, la suma equivalente al 1% de la condena, por valor de \$ 7.388.222.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría de la Sección, líquidense los gastos del proceso, y en caso de remanentes devuélvanse al interesado. Pasados dos años sin que la parte demandante los haya reclamado, la mencionada secretaría declarará la prescripción a favor del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o de la entidad que haga sus veces.¹

2. El anterior proveído decidió la demanda y su reforma² presentadas el 10 de febrero de 2016 y el 10 de junio siguiente, respectivamente,³ por el Consorcio ACR-Herrán integrado por ACR Constructora S.A.S. (30%), Construcciones ACR Sucursal Colombia (50%) y Construcciones Javier Herrán S.L. (20%) (en adelante, el consorcio, el contratista o, simplemente, el demandante) , cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos jurídicos se desarrollan, a continuación:

Pretensiones

3. La demandante formuló las siguientes pretensiones declarativas y de condena⁴:

PRIMERA.- Que se declare que la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED-, incumplió el Contrato de Obra No. 03610 de 2013 celebrado con el CONSORCIO ACR-HERRÁN, por todas o cualquiera de las siguientes causas:

- a) La falta de adopción de las medidas necesarias y suficientes para mantener el equilibrio económico y financiero del contrato, así como la equivalencia prestacional, lo que se manifestó en la no legalización de la prórroga necesaria para finalizar el objeto del contrato.
- b) La inobservancia del principio de planeación.
- c) La no entrega y/o entrega tardía de áreas libres para intervención.
- d) La no entrega y/o entrega tardía de las definiciones técnicas y estudios y diseños completos necesarios para dar continuidad al proyecto.
- e) La no contratación oportuna de la interventoría de obra.
- f) El pago tardío de las actas mensuales de obra.
- g) El no pago de obras ejecutadas dentro y fuera del plazo del contrato, las cuales eran necesarias para concluir el objeto del contrato o finalizar ciertos capítulos de obra.
- h) todo aquello que resulte probado en el proceso

SEGUNDA.- Que como consecuencia de la prosperidad de todas, algunas o una de las declaraciones anteriores, se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- a pagar al CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros, el valor de los sobrecostos y/o perjuicios de todo orden padecidos por el contratista por la ocurrencia de hechos o circunstancias que no le

¹ Folios 383 y 384, cuaderno del Consejo de Estado.

² Folios 92 a 126, cuaderno 1.

³ De conformidad con el acta de recibo suscrita por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la demanda fue presentada el 10 de febrero de 2016 (folio 49, cuaderno 1) y la reforma de la demanda el 10 de junio de 2016 (folio 126, cuaderno 1).

⁴ Folios 92 a 95, cuaderno 1.

son imputables y que generaron una excesiva onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, tales como, improductiva, intereses moratorios por pago extemporáneo de facturación y, en general, por todo aquello que resulte probado en el proceso.

PRETENSIÓN EN RELACIÓN CON LA TERMINACIÓN DEL PLAZO DEL CONTRATO

TERCERA. - *Que se declare que el Contrato de Obra No. 03610 de 2013 terminó por vencimiento del plazo sin que el objeto del contrato haya podido concluir, por causas que no le son imputables al CONSORCIO ACR-HERRÁN.*

PRETENSIONES EN RELACIÓN CON LAS OBRAS EJECUTADAS DENTRO Y FUERA DEL PLAZO DEL CONTRATO.

CUARTA. - *Que se declare que una vez concluido el plazo del Contrato de obra N. 03610 de 2013 celebrado entre la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL - SED- y el CONSORCIO ACR-HERRAN, el contratista ejecutó obras que contaban con respaldo presupuestal y eran necesarias para la culminación de ciertos capítulos de obra; por las cantidades que resulten probadas en el proceso.*

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. *Que subsidio de la pretensión cuarta, se declare que la ALCALDIA MAYOR BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED-, se ha enriquecido sin justa causa a costa del correspondiente empobrecimiento del CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros como consecuencia de la ejecución de obra por parte del contratista una vez concluido el plazo del contrato, las cuales contaban con respaldo presupuestal y eran necesarias para la culminación de ciertos capítulos de obra; por las cantidades que resulten probadas en el proceso.*

QUINTA. - *Que como consecuencia de la declaración solicitada en la pretensión cuarta principal se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED-, a pagar a favor del CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros el valor de las obras ejecutadas una vez concluido el plazo del contrato las cuales contaban con respaldo presupuestal y eran necesarias para la culminación de ciertos capítulos de obra; por las cantidades que resulten probadas en el proceso.*

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. *Que en subsidio de la pretensión quinta, y en el evento en que prospere la pretensión subsidiaria a la cuarta pretensión principal, se condene a ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL -SED- a compensar al CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros, en los valores que se logren probar en el proceso, como consecuencia de la ejecución de obras por parte del contratista una vez concluido el plazo del contrato, las cuales contaban con respaldo presupuestal, y eran necesarias para la culminación de ciertos capítulos de obra; por las cantidades que resulten probadas en el proceso.*

SEXTA. - *Que se declare que, durante el desarrollo del Contrato de Obra No. 03610 de 2013 celebrado entre la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- y el CONSORCIO ACR-HERRÁN, el contratista ejecutó obras y actividades no incluidas en el alcance inicial del objeto contractual las cuales, a pesar de no contar con respaldo presupuestal, eran necesarias para la culminación del objeto del contrato*

y la puesta al servicio de la obra pública, por las cantidades que resulten probadas en el proceso.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. *Que en subsidio de la pretensión sexta, se declare que la ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL -SED-, se ha enriquecido sin justa causa a costa del correspondiente empobrecimiento del CONSORCIO ACR-HERRAN Y/O miembros como consecuencia de la ejecución de obras y actividades ejecutadas durante el desarrollo del contrato, no incluidas en el alcance inicial del objeto contractual las cuales, a pesar de no contar con respaldo presupuestal eran necesarias para la culminación del objeto del contrato y la puesta al servicio de la obra pública, por las cantidades que resulten probadas en el proceso.*

SEPTIMA. *Que como consecuencia de la declaratoria solicitada en la pretensión sexta principal se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED-, a pagar a favor del CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros el valor de las obras y/o actividades ejecutadas durante el desarrollo del contrato, no incluidas en el alcance inicial del objeto contractual las cuales, a pesar de no contar con respaldo presupuestal eran necesarias para la culminación del objeto del contrato y la puesta al servicio de la obra pública, por las cantidades que resulten probadas en el proceso.*

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SÉPTIMA PRETENSION PRINCIPAL. *Que en subsidio de la pretensión séptima, y en el evento en que prospere la pretensión subsidiaria a la sexta pretensión principal, se condene a ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- a compensar al CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros, en los valores que se logren probar en el proceso, como consecuencia de la ejecución de obras y actividades ejecutadas durante el desarrollo del contrato, no incluidas en el alcance inicial del objeto contractual las cuales, a pesar de no contar con respaldo presupuestal eran necesarias para la culminación del objeto del contrato y la puesta al servicio de la obra pública, por las cantidades que resulten probadas en el proceso.*

OCTAVA. - *Que se declare que, durante el desarrollo del Contrato de Obra No. 03610 de 2013 celebrado entre la SECRETARÍA DE EDUCACION DISTRITAL - SED- y el CONSORCIO ACR-HERRAN, el contratista ejecutó obras y actividades incluidas en el alcance inicial del objeto contractual las cuales, a pesar de contar con respaldo presupuestal no fueron reconocidas y pagas por la interventoría de obra, por las cantidades que resulten probadas en el proceso.*

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL. *Que en subsidio de la pretensión octava, se declare que la ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED-, se ha enriquecido sin justa causa a costa del correspondiente empobrecimiento del CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros como consecuencia de la ejecución, durante el desarrollo del contrato, de obras y actividades incluidas en el alcance inicial del objeto contractual las cuales, a pesar de contar con respaldo presupuestal no fueron reconocidas y pagas por la interventoría de obra, por las cantidades que resulten probadas en el proceso.*

NOVENA. *Que como consecuencia de la anterior declaratoria se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL - SED-, a pagar a favor del CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros el valor de las obras y actividades ejecutadas durante el desarrollo del contrato incluidas en*

el alcance inicial del objeto contractual las cuales, a pesar de contar con respaldo presupuestal no fueron reconocidas y pagas por la interventoría de obra, por las cantidades que resulten probadas en el proceso.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL. *Que en subsidio de la pretensión novena, y en el evento en que prospere la pretensión subsidiaria a la octava pretensión principal, se condene a ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- a compensar al CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros, en los valores que se logren probar en el proceso, como consecuencia de la ejecución de obras y actividades ejecutadas durante el desarrollo del contrato, incluidas en el alcance inicial del objeto contractual las cuales, a pesar de contar con respaldo presupuestal no fueron reconocidas y pagas por la interventoría de obra, por las cantidades que resulten probadas en el proceso.*

PRETENSIONES EN RELACIÓN CON LOS MATERIALES ADQUIRIDOS PARA LA OBRA.

DÉCIMA.- *Que se ordene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED-, a recibir de parte del CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros la totalidad de los materiales que fueron adquiridos con destino al Contrato de Obra No. 03610 de 2013, por las cantidades y valores que resulten probados en el proceso, y que no fueron instalados debido a la finalización del plazo del contrato sin que se haya suscrito la prórroga requerida para terminar los trabajos contratados.*

DÉCIMA PRIMERA.- *Que como consecuencia de lo anterior se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED-, a pagar a favor del CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros el valor de los materiales que fueron adquiridos por éste con destino al Contrato de Obra No. 03610 de 2013, por las cantidades y valores probados en el proceso, y que no fueron instalados debido a la finalización del plazo del contrato sin que se haya suscrito la prórroga requerida para terminar los trabajos contratados.*

PRETENSIONES EN RELACIÓN CON LAS OBRAS Y/O EJECUTADAS PARCIALMENTE

DÉCIMA SEGUNDA. - *Que se declare que la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED-, está obligada a pagar la totalidad de las obras y/o actividades ejecutadas parcialmente durante el desarrollo del Contrato de Obra No. 03610 de 2013, en proporción a su grado de avance, las cuales no pudieron concluirse debido a la finalización del plazo del contrato sin la suscripción de la respectiva prórroga.*

DECIMA TERCERA. - *Que como consecuencia de lo anterior se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED-, a pagar a favor del CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros el valor proporcional de las obras y/o actividades ejecutadas parcialmente por parte del contratista durante el desarrollo del Contrato de Obra No. 03610 de 2013, las cuales no pudieron concluirse debido a la finalización del plazo del contrato sin la suscripción de la respectiva prórroga.*

PRETENSIONES EN RELACIÓN CON LAS OBRAS Y/O ACTIVIDADES EJECUTADAS CON DEFECTOS.

DÉCIMA CUARTA. - Que se declare que la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- impidió al CONSORCIO ACR-HERRÁN ejercer su derecho/obligación contractual de corregir los defectos de que adolecían algunas obras y/o actividades ejecutadas durante el desarrollo del contrato.

DÉCIMA QUINTA. - Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL - SED- a pagar el valor total de las obras y/o actividades que adolecían defectos al momento de la finalización del plazo del contrato, y que no pudieron ser corregidas por impedimento de la entidad.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL DÉCIMA QUINTA. - Que en subsidio de la pretensión principal décima quinta, se ordene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- a pagar al CONSORCIO ACR-HERRAN y/o sus integrantes el valor proporcional que corresponda, de las obras y/o actividades que adolecían defectos al momento de la finalización del plazo del contrato, y que no pudieron ser corregidas por impedimento de la entidad.

PRETENSIONES EN RELACIÓN CON LAS OBRAS QUE DIERON ORIGEN A LAS FACTURAS 17 Y 19 EMITIDAS POR EL CONTRATISTA.

DECIMA SEXTA. Que se condene a ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- a pagar al CONSORCIO ACR-HERRÁN el valor de las obras que dieron origen a las Facturas 17 y 19 emitidas en el marco del Contrato de Obra No. 03610 de 2013, junto con los intereses moratorios que correspondan.

PRETENSIÓN EN RELACIÓN CON LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.

DÉCIMA SÉPTIMA.- Que se liquide judicialmente el Contrato de Obra No. 3610 de 2013 celebrado entre la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- y el CONSORCIO ACR-HERRÁN y que dentro de dicha liquidación judicial se incluya el reconocimiento de los sobrecostos y perjuicios de todo orden sufridos por el contratista con ocasión de la celebración, ejecución y terminación de dicha relación contractual, así como los valores que surjan de la prosperidad de todas o algunas de las pretensiones de condena que anteceden.

PRETENSIONES EN RELACIÓN CON EL PAGO DE INTERESES.

DÉCIMA OCTAVA. - Que se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- al pago actualizado de las sumas que resulten a su cargo, lo que procederá con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero) desde la época de causación hasta la fecha de la anual sobre tal monto de perjuicios ya actualizado, y para el mismo periodo.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA OCTAVA PRETENSION PRINCIPAL.- Que se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- al pago actualizado de las sumas que resulten a su cargo, con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero) desde

la época de la causación hasta la fecha de providencia que ponga fin al proceso y que, adicionalmente, se ordene el pago de intereses legales del seis por ciento (6%) anual sobre tal monto de perjuicios y actualizado, y para el mismo período.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- *Que se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- al pago actualizado de las sumas que resulten a su cargo, actualizado con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero) desde la época de la causación hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, a la tasa de interés que determine el juez.*

PRETENSION EN RELACIÓN CON LAS COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

DÉCIMA NOVENA. - *Que se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho en la cantidad que determine esa H. Corporación.*

PRETENSIONES EN RELACIÓN CON EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA

VIGÉSIMA. - *Que se ordene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- que dé cumplimiento a la sentencia a partir de su ejecutoria, en los términos prescritos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

VIGÉSIMA PRIMERA. - *Que sobre las cantidades liquidas reconocidas en la sentencia se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- a pagar intereses de conformidad con el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

Hechos

4. En apoyo de sus peticiones, el consorcio relató, en síntesis, los siguientes hechos:
5. El 19 de diciembre de 2013, la Secretaría de Educación Distrital (en adelante, la entidad, la demandada o la SED) expidió la Resolución n°. 000342 a través de la cual adjudicó el contrato de obra n°. 03610 al consorcio ACR-Herrán. El negocio jurídico se suscribió el 27 de diciembre siguiente y su objeto consistió en el reforzamiento estructural del edificio patrimonial del Colegio La Merced y la construcción de dos edificios nuevos denominados *Aulas* y *Cire*, de acuerdo con los planos y especificaciones entregados por la entidad, por valor de \$16.197.729.719 y un plazo de ejecución de 15 meses.
6. Sostuvo que la demandada designó al consorcio Obras SED-2013 para que asumiera la interventoría del contrato temporalmente. Agregó que sólo hasta el 26 de septiembre 2014 9 meses después de la suscripción del contrato se adjudicó de manera definitiva la interventoría a Ingeobras S.A.S., lo que generó atrasos y “traumatismos” debido a las nuevas “exigencias y estilo” del interventor.

7. Relató que para la fecha de suscripción del acta de inicio 26 de mayo de 2014, la entidad incurrió en varios incumplimientos que hizo consistir, en esencia, en los siguientes: (i) la omisión de la obligación de mantener la licencia de construcción vigente durante el plazo de ejecución del contrato; (ii) la omisión de la entidad frente a la obligación de entregar libres las áreas de intervención, en la medida en que las zonas a intervenir estaban ocupadas por estudiantes e “individuos arbóreos”, situación que no era previsible; y, (iii) la falta de información técnica, en tanto los diseños eran de mala calidad, pues presentaban varias falencias técnicas en el área eléctrica e hidráulica, además de incoherencias con la estructura física del edificio.

8. Explicó que los incumplimientos de la entidad conllevaron a la ejecución de actividades adicionales no previstas en el alcance inicial del contrato, como la construcción de aulas provisionales para el traslado de los estudiantes, el inventario de árboles, la elaboración y presentación de APUs, la tala, bloqueo y/o traslado de árboles, el tratamiento de terrenos y la elaboración de diseños, lo que generó graves atrasos desde el inicio del contrato.

9. Aún sin que se terminara el contrato, el consorcio solicitó a la entidad la prórroga del plazo, ante las múltiples falencias en la etapa de planeación del contrato.

10. Indicó que, debido a diferencias entre la entidad y el contratista, no fue posible suscribir la prórroga del contrato, a pesar de que para la fecha de finalización el objeto llevaba un avance tan solo del 28%. Por tal motivo, el 28 de agosto de 2015 la interventoría notificó al contratista que se procedería con la toma de posesión de las obras. El 31 de agosto del mismo año, el consorcio solicitó al interventor que se le permitiera terminar las actividades inconclusas y reclamó el pago total de las actividades realizadas en proporción a su avance, así como el valor de los materiales adquiridos. No obstante, el 4 de septiembre se dio inicio a la diligencia de toma de posesión de las obras por parte de la contratante, la cual se prolongó hasta el 11 de septiembre siguiente y terminó con la suscripción del acta de reunión técnica con algunas salvedades del contratista.

11. Con base en lo anterior, señaló que era evidente que la imposibilidad de cumplir con el objeto contractual obedeció a incumplimientos de la demandada, lo que le daba derecho a que se reconocieran los perjuicios causados, que hizo consistir en: (i) los costos administrativos por improductividad; (ii) actividades por fuera del alcance inicial del contrato; (iii) los intereses de mora por el no pago de facturas en firme, facturas pagadas por fuera del plazo y aquellas que no fueron pagadas; (iv) el pago del material adquirido para la ejecución del objeto del contrato, (iv) las obras ejecutadas y no reconocidas por la entidad; y, (v) la utilidad dejada de percibir.

Los fundamentos de derecho de la demanda

12. En el acápite de fundamentos de derecho, el consorcio invocó los artículos 3, 5 y 27 de la Ley 80 de 1993 y la sentencia del 31 de agosto de 2006 (Exp. 14.287) de esta Corporación en la que se desarrollaron algunas consideraciones sobre el

deber de planeación, la mayor permanencia en obra y sus efectos. Además, desarrolló los siguientes argumentos:

13. Sostuvo que la entidad no se avino al cumplimiento del principio de planeación que rige la contratación estatal porque no le suministró al consorcio todas las herramientas y elementos necesarios para ejecutar el objeto, tales como los diseños que resultaban indispensables para determinar los materiales y sus cantidades, las zonas libres en las que se desarrollaría el objeto y la contratación oportuna de la interventoría.

14. Señaló que como ejecutó cumplidamente sus obligaciones, pero la entidad contratante impidió la realización del objeto, tiene derecho a que se le reconozcan los sobrecostos y perjuicios sufridos, tomando como base la diferencia entre el valor inicial del contrato y lo realmente pagado por la Secretaría.

15. Indicó que la jurisprudencia⁵ ha reconocido que el contratista tiene derecho a recibir la utilidad esperada con la ejecución del objeto contractual en aquellos casos en los que, por hechos imputables a la entidad contratante, se hace imposible completarlo.

La defensa

16. El 27 de septiembre de 2016⁶, la Secretaría de Educación Distrital contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de condena. Afirmó que no se opone a la prosperidad de las pretensiones declarativas relativas a la liquidación del contrato. En su defensa, formuló las excepciones de *“contrato no cumplido”, “existencia de sumas a cargo del contratista y en favor de la Secretaría de Educación Distrital”* e *“inexistencia de sobrecostos o perjuicios”*.

17. En relación con los hechos, aceptó unos, negó otros, y respecto de los demás, dijo que se atenía a lo que logran probar los demandantes en el proceso. Señaló que nunca conoció ni autorizó la compra de materiales y la ejecución de obras parciales, por lo que los costos asociados a estos conceptos no deben ser reconocidos por la entidad. Insistió en que, de conformidad con el contrato, las actividades no previstas sólo podían ejecutarse a través de un *otrosí*.

18. Al referirse a los retrasos por la ocupación de las áreas a intervenir, señaló que el contratista en ningún momento se dedicó exclusivamente al traslado de los árboles o al tratamiento silvicultural y, por ello no era posible afirmar que esto hubiera afectado el programa de obra. Asimismo, el inventario de árboles estuvo a cargo de un tercero que fue contratado exclusivamente por la interventoría para dicha labor. Señaló que el contratista conoció o debió conocer las características del área a intervenir, por lo cual debió calcular estas actividades y su incidencia en los costos y cronograma de obra de ahí que no podría imputarse incumplimiento alguno a la entidad.

⁵ Citó la sentencia del 27 de marzo de 1992 (Exp. 6353 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

⁶ Folios 150 a 188, cuaderno 1. La constancia de recepción por parte de la Secretaría del Tribunal Administrativo obra al reverso del folio 188 del cuaderno 1.

19. Frente a los retrasos asociados a la construcción de aulas provisionales para el traslado de los estudiantes, sostuvo que desde la etapa de planeación del contrato se previó que el contratista presentaría una propuesta para el diseño y construcción de las aulas prefabricadas; no obstante, al tratarse de un frente adicional y complementario a las acciones de obra, de ninguna manera pudo incidir en los retrasos de los otros frentes de obra.

20. En línea con lo anterior, señaló que las pretensiones del contratista se fundamentan en presuntas fallas en la etapa de planeación, lo que conllevó a que se presentaran falencias técnicas y retrasos en el programa inicialmente planteado. No obstante, sostuvo que el acompañamiento por parte del consultor fue permanente y se subsanó cualquier vacío técnico en los comités de obra que se realizaron, de modo que tampoco es posible aseverar que las falencias técnicas fueron la causa que impidió cumplir con el objeto contratado.

21. Finalmente, respecto de los intereses moratorios derivados de las facturas, explicó que en el contrato se fijaron detalladamente los requisitos que debían cumplir para su radicación y pago. Asimismo, esgrimió que en la cláusula octava del contrato se dispuso la forma de pago de las actas parciales de obra y se estableció que serían liquidadas de acuerdo con la medición de obra ejecutada. Por tal motivo, lo procedente era pagar únicamente los ítems y actividades recibidos a satisfacción por la interventoría, de modo que no era posible como pretende el contratista el recibo y reconocimiento de actividades ejecutadas parcialmente o extemporáneamente. Del mismo modo, aquellas actividades ejecutadas dentro del plazo contractual y recibidas a satisfacción por la interventoría pero que no pudieron ser pagadas por la finalización del contrato, debían ser tenidas en cuenta al momento de la liquidación.

Alegatos en primera instancia

22. Agotado el período probatorio⁷, los demandantes presentaron sus alegatos de conclusión⁸, en los que reiteraron que la entidad es responsable de las causas que impidieron al consorcio cumplir con el objeto del contrato dentro del plazo establecido. Asimismo, señaló que quedó probado el incumplimiento de la entidad, la vulneración al principio de planeación y el desequilibrio económico del contrato. La entidad también presentó sus alegatos⁹ e insistió en los argumentos desarrollados en su contestación, en particular, en que el consorcio no entregó la obra contratada al finalizar el plazo. El Ministerio Público no se pronunció.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

⁷ Mediante auto del 25 de noviembre de 2016 proferido en audiencia inicial, el Magistrado Ponente profirió el auto de pruebas (ver folios 247 a 250, cuaderno 1), en el cual decretó: (i) las aportadas con la demanda y en la contestación de la demanda; (ii) oficiar a la Secretaría Distrital de Educación para que allegue copia integral del expediente administrativo del contrato de obra n°. 03610 de 2013, (iii) oficiar al interventor Ingeobras para que certifique las obras cuya ejecución no pudo ser validada por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, las obras ejecutadas por el contratista y que no contaban con amparo presupuestal y las áreas de los diseños ejecutados por el contratista relacionados con la red de incendios, estudio fitosanitario y diseños eléctricos; (iv) los dictámenes periciales aportados por los demandantes con la demanda elaborado por el perito Rodríguez Messier y la Sociedad Colombiana de Ingenieros; (v) los testimonios de Carlos Suta Borrero, Orlando Peña, Mary Lucy Soto Caro y Jhonson Mario Cansario Pérez.

⁸ Folios 443 a 485, cuaderno 3.

⁹ Folios 494 a 498 del cuaderno 3.

23. Como fundamento de su decisión, el Tribunal¹⁰ consignó las siguientes razones:

24. Con base en los artículos 1494, 1495, 1530 y 1551 del Código Civil, afirmó que en los contratos bilaterales puede suceder que alguna de las partes se sustraiga del compromiso y no cumpla con la obligación pactada, incurriendo así en un incumplimiento y que en este caso los demandantes atribuyen dicho incumplimiento a conductas endilgables a la entidad, particularmente, derivadas de la vulneración del principio de planeación.

25. Luego de referirse al informe preliminar de la oficina de Control Interno de la SED y al informe de interventoría del 23 de noviembre de 2015, consideró que la entidad tenía la obligación de mantener la licencia de construcción vigente y entregar al consorcio los diseños con anterioridad al inicio de las obras, obligaciones que no atendió de manera oportuna, por lo que incumplió el contrato.

26. Indicó que se presentaron inconsistencias técnicas que afectaron el desarrollo del contrato, las cuales se debieron al transcurso del tiempo entre el contrato de obra y la consultoría, lo que ocasionó que algunos aspectos técnicos sufrieran modificaciones y hubiera una falta de correspondencia entre los diseños y los espacios de construcción. Asimismo, señaló que hubo actividades adicionales que afectaron el cronograma de la obra, como la construcción de aulas temporales, el trámite de permisos silvicultores y la elaboración de diseños que, aunque se habían contratado con la consultoría, estaban desactualizados.

27. Se refirió al dictamen pericial aportado por la demandante para determinar si los diseños entregados al contratista eran aptos para la ejecución del proyecto. Sin embargo, consideró que el dictamen no tenía mérito probatorio porque el perito, arquitecta Luisa Vásquez, carecía de imparcialidad, pues para la época de los hechos tenía una relación laboral con el contratista.

28. En relación con las obras ejecutadas y no reconocidas, indicó que de conformidad con la sentencia de unificación de esta Corporación del 19 de noviembre de 2012 (exp. 24.897), no se cumplían en este caso los supuestos de hecho ni de derecho para la configuración de un enriquecimiento sin causa.

29. En cuanto a la pretensión de liquidación, señaló que como ese acto no se había llevado a cabo, era procedente hacer el finiquito de cuentas por vía judicial, para lo cual tuvo en cuenta, que: (i) el valor total del contrato fue \$16.197.729.719; (ii) que el valor ejecutado por el consorcio, instrumentado a través de las actas parciales de obra, fue de \$5.211.147.879,77, y (iii) que el valor pagado fue de \$3.463.963.293, de donde resulta un saldo a favor del contratista de \$1.747.184.586,77. No obstante, como al contratista se le entregó un anticipo por \$3.239.545.943,80 y éste sólo amortizó \$865.990.825,25, se tiene que debe restituir a la entidad \$2.373.555.118,55. Así las cosas, al compensar las sumas adeudadas mutuamente, resulta un saldo a favor de la entidad de \$626.370.531,78, suma que, una vez actualizada, ordenó a la demandante pagar a la demandada.

¹⁰ Ver folios 522 a 540, cuaderno principal.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

30. El 8 de julio de 2019, el consorcio interpuso recurso de apelación¹¹ contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que sea revocada parcialmente y, en su lugar, se concedan íntegramente las pretensiones de la demanda. Para el efecto, planteó las siguientes razones:

31. Señaló que la sentencia de primera instancia omitió pronunciarse en frente a todas las pretensiones declarativas y de condena contenidas en la reforma integral de la demanda.

32. En cuanto a las pretensiones declarativas, expuso que, pese a que el Tribunal reconoció el incumplimiento por parte de la entidad, no se pronunció frente a: (i) el desequilibrio económico del contrato por la no suscripción de la prórroga; (ii) la inobservancia del principio de planeación; (iii) la omisión en la entrega de las áreas a intervenir; (iv) la no contratación oportuna de la interventoría; (v) el pago tardío de las actas mensuales de obra; y, (vi) el no pago de obras ejecutadas dentro y fuera del plazo contractual.

32.1. Se refirió a las obras no ejecutadas con o sin respaldo presupuestal, (vii) frente a las que insistió que no hubo pronunciamiento del *a quo*. Agregó que les dio a la mayoría el tratamiento de ejecutadas sin contrato, pero que muchas de ellas fueron ejecutadas durante el contrato.

33. Frente a las pretensiones de condena sostuvo que, pese a que el Tribunal reconoció el incumplimiento por parte de la entidad, no se refirió a (viii) los perjuicios por sobrecostos administrativos por improductividad, (ix) los intereses por el pago tardío o no pago de facturas y (x) el reconocimiento de los materiales adquiridos para la ejecución de la obra.

33.1 En relación con los sobre costos por improductividad, durante y con posterioridad a la finalización del plazo, y que no recuperó porque no se ejecutó el contrato ni se pagaron tales costos, (xi) señaló que el *a quo* no se pronunció y pidió que en esta instancia se tuvieran en cuenta los dictámenes periciales de la Sociedad Colombiana de Ingenieros y el contable con los cuales se acreditó ese perjuicio.

33.2. Esgrimió que el Tribunal (xii) no resolvió sobre la pretensión relativa al pago de intereses por el no pago o el pago tardío de actas de obra, el cual se acreditó con la prueba documental correspondientes a los folios 1150 a 1613 de los anexos de la demanda que contiene las facturas presentadas para el pago, las cuales, además, tuvo en cuenta el dictamen pericial contable.

33.3. Explicó que la sentencia (xiii) tampoco resolvió lo relacionado con la existencia y el material adquirido para la ejecución del contrato y que no fue utilizado por el consorcio para la ejecución del contrato. Indicó que de este perjuicio da cuenta

¹¹ La sentencia del 19 de junio de 2019 fue notificada mediante la remisión, el 25 de junio de 2019, de sendos mensajes de datos a las partes y al Ministerio Público y de conformidad con el artículo 203 del CPACA. De la recepción de los respectivos mensajes dejó constancia la Secretaría del Tribunal (folios 541 a 547, cuaderno principal). La parte demandante interpuso recurso de apelación mediante escrito del 8 de julio de 2019, dentro del término de 10 días establecido en el artículo 247 CPACA (los días 29 y 30 de junio y 6 y 7 de julio fueron inhábiles).

el dictamen pericial de la Sociedad Colombiana de Ingenieros y los soportes allegados con la demanda

34. Afirmó que el *a quo* erró en la forma en la que liquidó judicialmente el contrato porque tuvo como pagadas las facturas n°. 17 y 19. Al respecto, afirmó que la entidad reconoció, en la contestación de la demanda, que no efectuó el pago de dichas facturas y, por ello, el pago total que recibió el consorcio fue de \$3.027.301.968 y no, como afirma el Tribunal, de \$3.463.963.293.

35. Finalmente, esgrimió que el *a quo* incurrió en error al condenar en costas a la demandante pues de conformidad con la motivación del fallo, se infiere que el Tribunal reconoció el incumplimiento de la demandada y la liquidación judicial se limitó a un ejercicio de compensación de saldos, motivo por el cual el fallo es incongruente.

36. Mediante auto del 30 de julio de 2019, el Tribunal concedió el recurso de apelación¹² y a través de auto del 10 de octubre siguiente se admitió¹³. El 2 de noviembre de 2019¹⁴, se les corrió a las partes y al Ministerio Público el traslado por el término de 10 días para alegar de conclusión¹⁵. En sus alegatos¹⁶, las partes reiteraron lo expuesto. El Ministerio Público guardó silencio¹⁷.

III. CONSIDERACIONES

Cuestión preliminar

37. La parte recurrente alegó que la decisión del Tribunal omitió resolver la mayoría de las pretensiones de la demanda.

38. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 281 del Código General del Proceso, la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda y, asimismo, con las razones de defensa de la parte demandada; de manera que estos elementos delimitan el objeto alrededor del cual debe girar el debate del proceso y, por tanto, los aspectos sobre los cuales ha de recaer el pronunciamiento judicial final, es decir, constituyen pilares fundamentales que garantizan el ejercicio, entre otros, del derecho de acción y, correlativamente, del de contradicción y, a su vez, imponen al juez el deber de fallar de manera congruente con lo pretendido en la demanda y su fundamento.

39. La motivación de las decisiones judiciales constituye un deber de los jueces y un elemento constitutivo de la garantía al debido proceso¹⁸ que involucra el examen crítico de las pruebas sobre los hechos y la formulación de los

¹² Folios 574 a 576 del cuaderno principal.

¹³ Folio 583 del cuaderno principal.

¹⁴ Folio 438, cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁵ El cual se hizo efectivo el 13 de enero de 2020 (folio 588 del cuaderno principal), por lo que el término para presentar los alegatos venció el 28 de enero de 2020.

¹⁶ La parte actora presentó sus alegatos de segunda instancia mediante escrito del 27 de enero de 2020 (folios 589 a 616 del cuaderno principal). Por, su parte, la entidad presentó alegatos de conclusión mediante escrito presentado el 27 de enero de 2020.

¹⁷ Ver constancia secretarial que obra a folio 622 del cuaderno del principal.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Exp. 27.345. C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Consideración jurídica 3.1.

razonamientos legales necesarios para fundamentar la decisión, como se deduce del artículo 280 del CGP. No basta tener razones para adoptar la decisión, sino que hace falta expresarlas analíticamente. Las razones que justifican la decisión corresponden a las premisas fácticas (los hechos probados) y a las premisas jurídicas (las normas aplicables al caso). En este orden de ideas, la decisión no estará justificada si no se deriva lógicamente de las premisas expresadas en el razonamiento; así lo ha determinado la jurisprudencia de esta corporación.

40. En línea con lo expuesto, procede la Sala a determinar los aspectos que, alegados en la apelación, fueron resueltos por el *a quo* y aquellos que no fueron objeto de pronunciamiento.

41. Frente a las pretensiones declarativas -la primera pretensión-, la apelación esgrimió que se pidió el incumplimiento del contrato por los siguientes motivos frente a los que no se refirió el *a quo*: (i) La falta de adopción de las medidas necesarias y suficientes para mantener el equilibrio económico y financiero, mediante la prórroga del contrato, (ii) no mantener vigente la licencia de construcción, (iii) el desconocimiento del principio de planeación y (iv) la no entrega de las definiciones técnicas y diseños. En esa pretensión, expresamente se indicó que la declaratoria de incumplimiento se pedía “*por todas o cualquiera*” de esas causas.

42. El Tribunal, con base en las pruebas obrantes en el proceso, especialmente, con sustento en el informe preliminar rendido por la Oficina de Control Interno de la SED y en el informe de interventoría del 23 de noviembre de 2015, acogió las razones expuestas por la demandante como fundamento de las referidas pretensiones. En efecto, aunque no individualizó cada uno de los puntos contenidos en la pretensión primera declarativa, el *a quo* concluyó el incumplimiento porque se presentaron inconsistencias técnicas que afectaron el desarrollo del contrato, no se mantuvo vigente la licencia de construcción, existían deficiencias en los diseños, se probó la existencia de obras adicionales y no se entregaron las instalaciones en condiciones para iniciar los trabajos. De manera que frente a estos aspectos el fallo expresó los motivos por los cuales tuvo acreditado el incumplimiento reclamado en la pretensión primera declarativa.

43. En cuanto a las obras ejecutadas, la Sala aprecia que en la parte motiva del fallo el tribunal resolvió estimar que no se configuraron los presupuestos que la jurisprudencia tiene definidos para la procedencia del enriquecimiento sin causa. Esta decisión corresponde a las pretensiones subsidiarias a las pretensiones cuarta, quinta, sexta, séptima y octava. Sin embargo, al realizar la liquidación del contrato, otorgó valor probatorio al dictamen pericial rendido por la Sociedad Colombiana de Ingenieros y, a partir de los valores allí definidos, estableció las compensaciones de las sumas adeudadas mutuamente. De ese dictamen tuvo en cuenta la totalidad del valor de las obras ejecutadas por el consorcio conforme a las pretensiones cuarta, quinta, sexta, séptima y octava principales. Del total de las obras reconocidas y verificadas por el perito, el Tribunal descontó las obras ejecutadas con defectos y las no aprobadas por la interventoría, en la medida que solo podían tenerse en cuenta aquellas que fueron útiles para la entidad. De manera que el valor total de las obras ejecutadas pedidas por el consorcio y probadas pericialmente fueron tenidas en cuenta por el *a quo*, sin que en el recurso de apelación el demandante formulara reparos a sus conclusiones. De manera que sobre este punto sí hubo

decisión en primera instancia, sin que los fundamentos de esa decisión fueran objeto de apelación.

44. Ahora bien, con relación a los demás asuntos señalados en la apelación se observa lo siguiente:

45. Frente a: *(i)* los sobrecostos administrativos y *(ii)* los intereses por el pago extemporáneo y/o no pago de las actas mensuales de obra y que corresponden a la pretensión primera -declarativa- y segunda de condena y cuya cuantificación se hizo en los numerales 4.1. y 4.2. de la reforma a la demanda, el *a quo*, en efecto, no hizo ningún pronunciamiento.

46. De igual forma, en cuanto a la omisión en recibir los materiales de obra, que corresponde a las pretensiones décima y décima primera, la sentencia de primera instancia omitió realizar pronunciamiento, como lo señaló el recurso de apelación, y que se cuantificó como perjuicio en el numeral 4.3. de la reforma a la demanda.

47. Tampoco se advierte que la sentencia hubiera realizado análisis alguno frente a la utilidad, la cual fue cuantificada en la reforma a la demanda como perjuicio en el numeral 4.6.

48. En consonancia con lo anterior y de conformidad con lo previsto en el artículo 287 del CGP, el juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado. En la misma línea, según el artículo 328 del CGP, el objeto de la apelación debe circunscribirse al estudio de los reproches del recurrente.

49. Por lo tanto, de cara a la resolución del caso concreto, se excluirá del análisis del objeto de la apelación las pretensiones declarativas relacionadas con el incumplimiento que generó la imposibilidad de ejecutar el contrato (violación a la planeación, falta de diseños, no entrega de definiciones técnicas) pues así lo halló probado el tribunal, aunque no se refirió a cada uno de los aspectos puntuales de la primera pretensión. Asimismo, tampoco será objeto de estudio en segunda instancia la pretensión de condena referente al pago de obras ejecutadas (pretensiones cuarta, quinta, sexta, séptima y octava principales), porque la totalidad de las obras ejecutadas conforme al dictamen de la SCI fueron tenidas en cuenta por el *a quo* al liquidar el contrato, con exclusión de las defectuosas y las no aprobadas por la interventoría, decisión frente a la que el apelante no realizó objeción. Los demás asuntos observados en la apelación serán decididos por la Sala, ante la falta de pronunciamiento del juez de primera instancia.

El objeto de la apelación

50. Definido lo anterior, corresponde a la Sala determinar *(i)* si procede el reconocimiento de costos administrativos por improductividad y *(ii)* si la SED incumplió el contrato por *a)* el pago extemporáneo y/o no pago de las actas mensuales de obra, *b)* la omisión en recibir los materiales de obra; *(iii)* si existió un error en el balance que hizo el tribunal al tener por pagadas las facturas 17 y 19, aspecto que la Sala resolverá con el anterior por hallarse ligados; y, *(iv)* si procedía la condena en costas en primera instancia. En caso de que la respuesta a alguna o

a todas las anteriores pretensiones sea afirmativa, la Sala se pronunciará sobre su impacto en la liquidación del contrato.

Motivación de la sentencia

Los costos administrativos por improductividad.

50. El reparo del demandante radica en que a pesar de que se halló probado el incumplimiento del contrato, el *a quo* no resolvió sobre los perjuicios que se derivaron por costos administrativos por improductividad. En la demanda explicó que a pesar de que no fue posible el cumplimiento del objeto contractual incurrió en una serie de gastos que no pudo recuperar, como personal que mantuvo durante el plazo de ejecución, el pago de impuestos, servicios públicos y pólizas. En la demanda alegó que los pagos recibidos fueron parciales y que no pudo recuperar la totalidad de esos costos administrativos. Indicó que esos costos estaban acreditados con dos pruebas técnicas: (i) el dictamen de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, que prueba la existencia del daño y (ii) el dictamen pericial contable mediante el cual se cuantificaron los perjuicios.

51. La Sala empieza por señalar que los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de una parte del contrato deben ser ciertos, personales y directos, no puramente eventuales, indirectos o hipotéticos; por tanto, para emitir una condena no basta con que se encuentre probado el incumplimiento, sino que el daño, con las características mencionadas, debe estar plenamente probado.

52. Para probar el daño es imprescindible acreditar los costos administrativos por improductividad. Sin su demostración resulta imposible acceder a las pretensiones indemnizatorias de la demanda, como tampoco es posible emitir una condena en abstracto, en la medida que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 193 del CPACA⁶⁹ y 283 del CGP⁷⁰, tal incidente está dispuesto para determinar la cuantía del perjuicio, lo que supone que previamente en la sentencia se ha establecido la existencia de un daño cierto, personal y directo –por ser un elemento de la responsabilidad–, que, se reitera, en este caso sólo podía acreditarse demostrando las erogaciones en las que afirman los demandantes haber incurrido.

53. Los daños que se reclaman en la demanda corresponden a los costos administrativos en los que incurrió el consorcio y que no se recuperaron por la no ejecución del contrato por culpa de la entidad. La jurisprudencia ha delimitado este concepto al señalar que la administración corresponde a aquellos costos para la operación del contrato, tales como gastos de disponibilidad de la organización del contratista¹⁹. No se trata de erogaciones mayores a las previstas inicialmente, sino de las que estaban planeadas, pero que, dado el incumplimiento de la entidad y la inejecución del contrato, no fueron pagadas. Por tanto, deben distinguirse los gastos que surgen o deben sufragarse como consecuencia directa de la mayor permanencia de obra, de aquellos que, como lo reclama la demanda, son

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

propios de la ejecución del contrato y que en principio están cubiertos por la remuneración pactada y, por lo mismo, no pueden catalogarse como mayores costos.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2003, Rad. 17.554.

54. En línea con lo anterior y de cara al reconocimiento de los perjuicios derivados por costos administrativos se debe acreditar: (i) el incumplimiento, (ii) las erogaciones en las que debió incurrir el contratista en razón o con ocasión de los costos administrativos que fueron planeados para la ejecución del contrato; (iii) que los costos administrativos en los que incurrió el consorcio son superiores a lo pagado durante la ejecución del contrato o que no pudo recuperarlos con ocasión del incumplimiento, por ejemplo, porque la obra no se ejecutó en el plazo contractual; (iv) la necesidad de incurrir en esos costos, a pesar de que el contratista tiene claro que no es posible la ejecución del contrato dadas las circunstancias que afectan el cumplimiento de sus obligaciones.

55. Se demostró que el contrato finalizó por el cumplimiento del plazo y que para ese momento solo se ejecutó un 28% de la obra²⁰. Conforme a la decisión del tribunal, la imposibilidad de ejecutar el contrato se debió al incumplimiento de la entidad. La demanda afirma que, a pesar de no cumplirse el contrato por culpa de la entidad, incurrió en costos administrativos que no fueron pagados a pesar de estar cubiertos por el precio del contrato.

56. Sobre la configuración de este perjuicio, obra en el expediente el dictamen pericial rendido por la Sociedad Colombiana de Ingenieros²¹, practicado para determinar, entre otros aspectos, si se presentó o no un costo administrativo por posible improductividad y precisar cuáles fueron las causas que determinaron la ocurrencia de esta situación

57. Frente a los costos administrativos por improductividad concluyó:

Los problemas evidenciados fueron ratificados con posterioridad por la Interventoría en oficio No.IO.TEM-204-14 del 23 de abril de 2015, en el cual da respuesta a la solicitud de ampliación presentada por el contratista ACR HERRAN, mediante el oficio OB-LME-INT-219A-15 del 16 de abril de 2015, así : La Interventoría INGEOBRAS SAS, deja constancia, que aún existen indefiniciones técnicas en la liberación de áreas "Arboles" ya que a pesar que se aporta la autorización realizada por parte de la Supervisión en el Acta del 16 de septiembre de 2014, a la fecha 23 de abril de 2015, no se cuenta con la Licencia por parte de la Secretaría de Medio Ambiente. El Acta de comité de obra del 24 de abril de 2015; donde el Supervisor de la SED, Ingeniero Carlos Suta, informa que la Consultoría no va a atender la falta de diseños y pide que el contrato se suspenda en tanto se soluciona este inconveniente. También solicita que se lleven todos los costos administrativos por Mayor Permanencia, tanto del Contrato de obra como de la Interventoría.

En general y acorde a la información contenida en las Actas de Comités de obra y lo consignado en el Informe de Auditoría de Control Interno del 30 de abril de 2015, se evidencian inconsistencias e insuficiencias técnicas para ejecutar en debida forma el proyecto de la ID La Merced, en razón a que el proyecto fue licitado sin completar la información de estudios, diseños y trámites requeridos legalmente para este propósito.

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

²⁰ Según da cuenta el informe de interventoría n.º IO-IEM-378-14

²¹ Cuaderno n.º. 10.

Por lo anterior, la Sociedad Colombiana de ingenieros considera que, en esas condiciones, no era posible mantener la productividad esperada en la ejecución del contrato de obra No. 3610 de 2013., sin embargo, el contratista, no abandonó el contrato.

La causa para que se generara este costo administrativo fue la presencia del equipo humano dispuesto para atender el desarrollo del proyecto, quienes dedicaron el tiempo establecido en el plazo contractual y que correspondía ser costado por El consorcio ACR HERRAN.

58. Para llegar a la conclusión referida, esto es, los costos por improductividad, el experto aplicó la siguiente metodología: (i) realizó una recopilación de todos los documentos que fueron generados durante la ejecución y desarrollo del contrato n.º 3610 de 2013, los cuales correspondieron a las diferentes etapas del proyecto e (ii) hizo una trazabilidad de la totalidad de la documentación que produjeron las dos interventorías contratadas para el seguimiento del contrato, así como la enviada por el consorcio a la Secretaría.

59. La Sala considera que el dictamen pericial no permite concluir la configuración del daño reclamado por los siguientes motivos.

60. En primer lugar, porque las conclusiones del dictamen se refieren, principalmente, a las causas del incumplimiento del contrato. En efecto, para adoptar sus conclusiones el dictamen se apoyó en las distintas comunicaciones y documentos que las partes y las dos interventorías produjeron durante la ejecución del contrato. De esas comunicaciones pudo advertir las distintas situaciones que afectaron la ejecución normal del contrato. Así, tuvo en cuenta las reiteradas comunicaciones del contratista en las que se indicaba la insuficiencia de los diseños. También estudió las distintas actas de comités de obra, en las que se dejó constancia de que el proyecto presentaba múltiples insuficiencias técnicas y diferencias entre los diseños estructurales. Hizo referencia detallada a las comunicaciones de las firmas interventoras y, en especial, al informe de auditoría de 30 de abril de 2005, en las que se confirmaron todas estas situaciones que afectaron la ejecución del contrato. De manera que estos soportes documentales se refirieron a las causas del incumplimiento, pero no al daño en el que incurrió por improductividad. Por lo demás, estas consideraciones son de orden jurídico, pues tienen que ver con el análisis del cumplimiento, las cuales escapan al perito y corresponden al juez del contrato.

61. En segundo lugar, el experto realizó visitas a las obras, las cuales le permitieron concluir la existencia de una variedad de obras ejecutadas y otras inconclusas que correspondieron con los incumplimientos que encontró probados el *a quo*. Esas visitas y análisis posteriores no son suficientes, pues con ellas no puede determinarse si en realidad el contratista, durante la ejecución del contrato, incurrió en los costos administrativos que ahora demanda.

62. En tercer lugar, aunque el perito indicó que a pesar de las circunstancias de ejecución, *“el contratista no abandonó el contrato”*, tal

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

aserto no pasa de ser una afirmación que no está soportada en anexos, cuentas de cobro, egresos, facturas u otros elementos contables que permitan probar los costos en los que incurrió el

contratista al ejecutar el contrato. Se reitera que el experto se limitó a analizar las comunicaciones de las partes y a indicar los posibles incumplimientos de la entidad, pero no a verificar de manera contable los costos administrativos. Incluso, revisados los anexos del dictamen, llama la atención que allí relaciona 13 anexos con la cuantificación de distintos rubros y ninguno corresponde a los costos administrativos que, consideró, se produjeron de forma automática ante el incumplimiento de la entidad.

63. En cuarto lugar, el perito tampoco analizó lo que se pagó durante la ejecución por concepto de administración, con el fin de determinar si ese valor fue inferior al total de los costos en los que pudo incurrir el consorcio para mantener el personal y cubrir los demás gastos durante el plazo de ejecución del contrato.

64. En quinto lugar, el dictamen resulta contradictorio porque a pesar de concluir la existencia de los costos administrativos, indicó expresamente que *“luego de la revisión detallada de los documentos del desarrollo contractual del contrato de obra No.3610 de 2013, se evidenció que en varias ocasiones se requirió al contratista Consorcio ACR HERRAN, para que diera cumplimiento a la cláusula tercera del contrato No. 3610 de 2013, respecto a las obligaciones relacionadas con el personal que no se consideraba completo”*. De manera que, según el mismo dictamen no siempre el contratista incurrió en los costos que, concluyó, se configuraron, porque se le requirió para que dispusiera del personal de acuerdo con lo pactado en el contrato.

65. Conforme al artículo 226 del CGP, la peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El inciso tercero de ese mismo artículo establece que no es admisible sobre puntos de derecho. Como el dictamen absolvió aspectos que corresponden al juez del contrato, pues se basaron exclusivamente en el incumplimiento, el dictamen pericial no tiene mérito probatorio. Además, no es conducente para acreditar que el contratista incurrió en costos administrativos derivados del pago de personal para ejecutar el contrato, pues se centró en las causas del incumplimiento y su conclusión sobre su configuración no pasan de afirmaciones sin soporte probatorio (artículo 232 del CGP).

66. En el proceso también obra el dictamen pericial contable y financiero elaborado por Sergio Rodríguez Messier²². En ese dictamen el perito concluyó que *“Según los soportes físicos e información contable verificada este valor es de novecientos setenta y seis millones quinientos treinta y siete mil quinientos diez pesos (COP \$976.537.510)”*.

67. Como metodología de su experticia, el perito indicó que se centró *“en estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la infracción, examinando periodos anteriores o posteriores a la infracción u otros mercados que no han sido afectados por la misma”*. Para el efecto, hizo referencia a la regulación del Código Civil sobre daño emergente y lucro cesante y afirmó seguir los estándares de contabilidad y la revisión financiera

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

de los cálculos de acuerdo con la información suministrada. De

²² Cuaderno n.º9.

su conclusión anexó un cuadro que contiene un listado de facturas cuyo total correspondió al valor que estimó, asciende el daño.

68. En lo que concierne a los valores que calculó por costos de administración, el perito se limitó a señalar que se sumaron los costos y gastos que el contratista hizo, para lo cual tuvo en cuenta toda una serie de documentos a los que denominó “*comprobantes*”. Sin embargo, no se halla en el dictamen una explicación que permita deducir con claridad cuáles habrían sido los fundamentos técnicos o científicos que lo llevaron a tomar como costos todos y cada uno de los egresos que se reportaron en los documentos anexos a la experticia y tampoco los que lo condujeron a afirmar que todos aquellos correspondieran a elementos que hubieran estado disponibles por todo el tiempo del plazo del contrato.

69. En efecto, el valor de estos conceptos los dedujo solamente a partir de la sumatoria de los documentos que se anexaron al dictamen, sin que se realizara o expresara en la experticia, como exige la ley, los análisis que, elaborados sobre tales documentos, condujeran a las conclusiones a las que arribó el perito. En línea con lo anterior, es necesario reiterar que el solo documento que dé cuenta de un egreso no es prueba de un costo, sino que de su contenido debe poder derivarse mínimamente que: (i) el egreso tiene relación con el contrato de obra pública, (ii) que lo asumió efectivamente el contratista, esto es, que pueda constatarse que hizo una erogación con cargo a su patrimonio, (iii) que éste se causó en razón o con ocasión de la ejecución del contrato y (iv) que se trató de una erogación que no pudo, razonablemente, eludir el contratista. Estos aspectos debían ser corroborados por el dictamen y puestos de presente al rendir la experticia y cuya ausencia le resta credibilidad en relación con los gastos en los que incurrió el consorcio demandante.

70. Por todo lo anterior, la Sala concluye que no es posible dar por sentado que los daños que alega la parte actora le fueron causados, estén demostrados y asciendan a la suma indicada por el perito, en la medida que, por las razones antedichas, el dictamen no es sólido, claro y exhaustivo, pues no da cuenta, con esas características, del fundamento de sus conclusiones (artículo 232 del CGP).

71. La documentación anexa con la demanda tampoco permite concluir que los eventuales costos en los que incurrió el contratista no fueron los indispensables para la ejecución de los trabajos que sí pudieron realizarse. De ella no se desprende un ejercicio comparativo que indique los costos administrativos para ejecutar el contrato en un 28% ni en los que incurrió para ejecutar la variedad de obras constatadas por la Sociedad Colombiana de Ingenieros y cuantificadas en la liquidación del *a quo*, frente a la totalidad de los gastos en que incurrió durante la ejecución del contrato. Solo de esta manera podría clarificarse cuánto de ese total correspondió a la ejecución del contrato y que se pagó y cuánto tuvo que costear sin ejecutar las obligaciones pactadas.

72. Ahora bien, frente a ese eventual porcentaje de costos adicionales

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

improductivos por exceder lo necesario para ejecutar las obras que se realizaron y las obras que el tribunal ordenó tener en cuenta al liquidar el contrato, esa documentación tampoco permite inferir la necesidad del contratista de incurrir en esos gastos a pesar de que tenía conocimiento de las circunstancias que afectan la

ejecución del contrato. No puede determinarse si para el contratista resultaba indispensable hacerlo en aras de garantizar parte de la ejecución de la obra.

73. Por el contrario, en el proceso se acreditó que el contratista fue requerido en varias oportunidades por la interventoría para que dispusiera del personal necesario para la ejecución de los trabajos²³. Ello indica que no siempre, mientras estuvo vigente el contrato, incurrió en la totalidad de costos administrativos cuyo pago se debía recuperar con el precio del contrato.

El incumplimiento relacionado con el pago de facturas 17 y 19 y los intereses de mora por el no pago o pago extemporáneo de varias facturas.

74. La parte actora esgrimió, en su recurso de apelación, en relación con las facturas n.º 17 y 19 que: (i) el tribunal al realizar la liquidación del contrato se equivocó al tenerlas como pagadas, pues, de conformidad con las pruebas que obran en el proceso, quedó acreditado que estas no fueron desembolsadas y (ii) que el *a quo* no se pronunció sobre los intereses de mora como consecuencia del incumplimiento por el pago de las referidas facturas.

75. La recurrente formuló reproches contra la decisión de primera instancia, porque omitió pronunciarse sobre los intereses moratorios por los días de retardo en el pago de las facturas n.º. 2, 3, 5-7 y 11-16.

76. La Sala procede a resolver, en primer lugar, lo relativo al pago de las facturas n.º. 17 y 19, pues el asunto de la mora que no fue decidido por el tribunal frente a estas facturas requiere que se determine si fueron pagadas, aspecto que toca el reproche de la apelación frente a la forma en que se hizo el balance del contrato en la sentencia. En segundo lugar, procederá a determinar la existencia de la mora frente a la totalidad de las facturas, esto es las n.º. 2, 3, 5-7, 11-16, 17 y 19. Todo ello, previas algunas consideraciones comunes a ambos asuntos, relativas a la forma en que se pactó el pago de las actas en el contrato y la regulación legal sobre la aceptación y pago de facturas, pues estas constituyeron el soporte de las actas parciales de obra y son fundamentales para determinar si fueron pagadas y si se configuraron intereses de mora.

77. Para determinar si surgió en cabeza de la SED la obligación de pago como contraprestación por la ejecución de las actividades previstas en el contrato n.º. 03610 de 2013 por parte del consorcio y si dicha obligación era o no exigible y, por ende, si la demandada incurrió en mora, es menester analizar el contenido del contrato n.º. 03610 de 2013 y el pliego de condiciones de la licitación pública n.º. SED-LP-DCCEE-067-2013 que hacía parte integral de este, en los términos de la cláusula vigésima segunda²⁴.

²³ Oficios IO-IEM-203-14 del 21 de abril de 2015, 10-EM- L34-14 del 05 de mayo de 2015; 10-EM-235-15 del 27 de mayo de 2015; 10-IEM--249-14 del 05 de junio de 2015; 10-EM-286-14 del 10 de julio de 2015 y IO-IEM-315-14 del 31 de julio de 2015, según da cuenta el dictamen de la Sociedad Colombiana de Ingeniería.

²⁴ De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, los pliegos de condiciones "*forman parte esencial*

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

del contrato porque son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y más allá, durante la vida del contrato (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2001, rad. n°. 12.037).

78. Las partes pactaron en la cláusula quinta del contrato que el plazo de ejecución sería de 15 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio²⁵. Según las pruebas que obran en el proceso, el 26 de mayo de 2014 las partes suscribieron el acta de iniciación del contrato n°. 03610 de 2013²⁶. El 25 de agosto de 2015 terminó el contrato por el vencimiento del plazo y “entró en etapa de liquidación”²⁷. El 4 de septiembre de 2015, la entidad tomó posesión de la obra, según da cuenta el acta de reunión técnica y, hasta la fecha de presentación de la demanda, no se ha efectuado la liquidación bilateral o unilateral del contrato²⁸.

79. De conformidad con la cláusula sexta, el valor del contrato de obra n°. 03610 de 2013 suscrito entre la SED y el consorcio fue de \$16.197.729.719 estimados a partir de las cantidades de obra y precios unitarios ofertados por el consorcio durante la licitación n°. SED-LP-DCCEE-067-2013²⁹. Para respaldar el pago de dicho valor, en la cláusula séptima se convino que los pagos que la SED realizaría se harían de conformidad con la disponibilidad presupuestal n°. 2154 del 30 de agosto de 2013 y 1832 del 9 de julio de 2013.

80. Dicho valor se pagaría mediante un anticipo de hasta el 20% del precio del contrato y contra la suscripción de sucesivas actas de obras, en los términos de la cláusula octava, que estableció que los pagos se harían previa presentación y entrega por parte del contratista a la interventoría de las actas mensuales de obra y de los informes correspondientes debidamente aprobados por aquella, descontando el porcentaje del anticipo. El saldo correspondiente al 10% del valor de las actas parciales ejecutadas sería cubierto en el último pago dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firma y aprobación del acta de liquidación final de obra y del contrato.

81. Por su parte, el párrafo sexto de la cláusula octava del contrato, en punto a la elaboración y presentación de las actas de obra, dispuso: *“las actas de pago parcial de obra serán liquidadas de acuerdo con la medición de obras ejecutadas. Todo pago está sujeto a la disposición de la programación anual mensualizada PAC de la SED y de la Dirección Distrital de la Tesorería. La SED cancelará el valor del acto una vez se cumplan con los requisitos establecidos en el contrato. Las actas parciales de obra, contienen la ejecución del avance de las mismas en la periodicidad pactadas en el contrato o diferentes al acta de recibo final de la obra, estas y su pago tienen un carácter provisional en lo que se refiere a la calidad y cantidad de la obra aprobada (...)”*³⁰.

82. Conforme a la cláusula octava del contrato, la SED se obligó a pagar el valor de las cantidades de obra ejecutadas por el contratista, calculadas con base en los precios unitarios ofertados por éste; es decir, la obligación de pago surgía como contraprestación de la ejecución de las actividades previstas en el contrato por parte del contratista. El surgimiento de la obligación, sin embargo, no significaba su exigibilidad inmediata. En efecto, la exigibilidad de la obligación de pago a cargo de

²⁵ Folio 539 del cuaderno 2.

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

²⁶ Según da cuenta el acta de inicio, folio 549 del cuaderno 2.

²⁷ Según da cuenta el informe de interventoría OB-LME-INT358-14 del 22 de septiembre de 2015, folios 191 a 198 del cuaderno 1.

²⁸ Según da cuenta la certificación expedida por el director de construcción y conservación de establecimientos educativos de la SED

²⁹ Folio 539 del cuaderno 2.

³⁰ Folio 541 del cuaderno 2.

la SED estaba sujeta a que el consorcio elaborara las actas de obra con las cantidades ejecutadas durante el respectivo mes de ejecución y los valores unitarios respectivos de dichas actas, unos y otros debían contar con el aval del interventor del contrato. De modo que, era un requisito que la interventoría suscribiera las actas en señal de que recibía las cantidades de obra ejecutadas y de que daba su visto bueno en relación con la calidad de los trabajos. En el caso del acta final de obra, además de los requisitos ya señalados, era necesario que el consorcio aportara el acta de entrega y recibo definitivo de obra, debidamente firmada por las partes y el interventor.

83. La sección 4.6.5 del pliego de condiciones referente a la forma de pago, sistema de pago, cantidades de obra y liquidación de actas parciales ³¹ no contiene disposiciones adicionales o contradictorias respecto de los términos contractuales arriba señalados, pues en estas se precisó que el consorcio debía elaborar las actas de obra con el aval del interventor y aportar los soportes previstos en la cláusula octava del contrato.

84. Así las cosas, aparte de los mencionados requisitos, la Sala no encuentra fundamento para afirmar la exigencia de alguno adicional o distinto a los que hizo alusión la cláusula octava del contrato para la elaboración y presentación de las actas parciales de obra. En esencia, el consorcio debía aportar las memorias de obra y enlistar los ítems de obra y las cantidades ejecutadas, debidamente avaladas por el interventor del contrato.

85. Ahora bien, reunidos los requisitos para el pago de las respectivas actas de obra, se aprecia que el contrato no estableció un término o plazo para que la SED cumpliera con las obligaciones a su cargo, en particular, con la prevista en la cláusula cuarta: *“realizar los pagos en la forma y monto indicados en el presente contrato”*. Sin embargo, ello no quiere decir que las obligaciones a cargo de la SED sólo se hayan hecho exigibles a partir de la reconvencción judicial, pues de conformidad con las pruebas que serán analizadas más adelante, el consorcio expidió y presentó a la entidad las respectivas facturas³² como soporte de las cantidades de obra ejecutadas, como era su deber hacerlo según lo dispuesto en el artículo 615 del Estatuto Tributario³³. De esta manera, de conformidad con el primer inciso del artículo 13 de la Ley 80 de 1993³⁴ y dado que los plazos asociados al cumplimiento de las obligaciones dinerarias no están regulados en las leyes especiales, resultan aplicables en esta materia las disposiciones del Código de Comercio, en particular, lo referente a los términos de aceptación y pago de facturas (arts. 773 y 774 del C.Co.)³⁵.

³¹ Folios 96 a 98 del cuaderno 2.

³² Folios 1150 a 1190 del cuaderno 4.

³³ Artículo 615, Estatuto Tributario: *“Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales [...]”* Vale señalar que el consorcio demandante está constituido por tres sociedades y, en tal virtud, tiene la obligación de expedir factura.

³⁴ De conformidad con el primer inciso del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 *“[I]os contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.”*

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

³⁵ Esta subsección ha reconocido que, tratándose de facturas para el cobro de obligaciones derivadas de un contrato estatal, resultan aplicables las disposiciones del Código de Comercio -modificadas por la Ley 1231 de

86. La factura es el soporte contable de los bienes adquiridos o de los servicios prestados y, en tal virtud, como lo precisa el artículo 18 de la Ley 962 de 2005³⁶, las entidades estatales solo pueden pagar las obligaciones contractuales contraídas previo cumplimiento de la obligación de expedir factura. Así las cosas, salvo acuerdo especial, si el consorcio no presentaba la factura correspondiente, la obligación de pago correlativa a la ejecución de las actividades del contrato, aunque existente, no podía exigirse por faltar un requisito legal necesario para hacer el respectivo desembolso.

87. Corolario de lo anterior es que, según el artículo 2º de la Ley 1231 de 2008 modificado por el artículo 86 de la Ley 1676 de 2013 ³⁷, la factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclama en contra de su contenido, bien sea mediante devolución o mediante reclamo escrito al emisor o tenedor del título, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su recepción. Asimismo, el artículo 774.1 del C.Co. modificado por el artículo 3º de la Ley 1231 de 2008 ³⁸ dispone que en ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la emisión.

88. Con base en lo anterior, si el consorcio presentaba correctamente las facturas de pago y sus soportes actas de obra avaladas y aprobadas, aportes al Sistema de Seguridad Social, etc. , a partir de la fecha de emisión de la respectiva factura corrían los 30 días calendario dentro de los cuales la SED debía pagar el respectivo valor del acta menos lo que correspondiera por amortización del anticipo conforme con los términos del numeral 2 de la cláusula 9 del contrato y la sección

4.6.5. del pliego de condiciones según las cuales *“el valor entregado como anticipo será amortizado con cada cuenta correspondiente a las actas parciales mensuales de obra, en un porcentaje igual al entregado a título de anticipo, pero en todo caso, su amortización total deberá realizarse en la última acta parcial mensual de obra (...).”*³⁹

89. Si vencidos los 30 días calendario contados a partir de la fecha de emisión de la factura debidamente presentada junto con las actas de obra y con todos sus requisitos y soportes la SED no pagaba la obligación dineraria, incumplía el contrato

2008- en lo que se refiere a las facturas como título valor (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 18 de marzo de 2022, rad. nº. 55.864).

³⁶ Artículo 18, Ley 962 de 2005: *“Para el pago de las obligaciones contractuales contraídas por las entidades públicas, o las privadas que cumplan funciones públicas o administren recursos públicos, no se requerirá de la presentación de cuentas de cobro por parte del contratista. [...] Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de la expedición de la factura o cualquier otro documento equivalente cuando los Tratados Internacionales o las leyes así lo exijan”.*

³⁷ Inciso modificado por el artículo 86 de la Ley 1676 de 2013. Rige a partir del 20 de febrero de 2014: *“La factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido, bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su recepción. En el evento en que el comprador o beneficiario del servicio no manifieste expresamente la aceptación o rechazo de la factura, y el vendedor o emisor pretenda endosarla, deberá dejar constancia de ese hecho en el título, la cual se entenderá efectuada bajo la gravedad de juramento”.*

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

³⁸ Art. 774 del Código de Comercio: “La factura deberá reunir, además de los requisitos señalados en los artículos 621 del presente Código, y 617 del Estatuto Tributario Nacional o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, los siguientes:

1. La fecha de vencimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 673. En ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada **dentro de los treinta días calendario siguientes a la emisión** (...).

³⁹ Folios 98 y 541 del cuaderno 4.

pues se constituía en mora y comenzaban a correr los intereses correspondientes a favor del consorcio en razón del doble del interés legal civil calculado sobre el valor histórico del acta actualizado de conformidad con el artículo 4.8 de la Ley 80 de 1993. En otras palabras, la obligación dineraria a cargo de la SED estuvo sujeta a un término de 30 días calendario de conformidad con el artículo 774.1 del C.Co. , motivo por el cual, en los términos del numeral 1º del artículo 1608 del Código Civil⁴⁰, si no solucionaba su obligación dineraria se constituía en mora, por lo que, a partir de ese momento comenzaban a correr intereses moratorios.

90. Precisado todo lo anterior, pasa la Sala a analizar si las obligaciones dinerarias a cargo de la SED relacionadas con las facturas n.º. 17 y 19 se pagaron. Una vez determinado esto procederá a analizar, con base en las reglas antes expuestas si la entidad debe ser condenada al pago de intereses moratorios por las facturas n.º. 2, 3, 5-7, 11-16, 17 y 19.

El pago de las facturas n.º. 17 y 19

91. El 10 de julio de 2015, el interventor presentó ante la Dirección de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos de la SED la factura de venta n.º. 017⁴¹ del 9 de julio de 2015 junto con los respectivos soportes por un valor de \$215.995.032 aplicado el descuento del 20% por amortización del anticipo .

92. Asimismo, el 3 de septiembre de 2015, el interventor presentó ante la Dirección de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos de la SED la factura de venta n.º. 019⁴² del 1 de septiembre de 2015 junto con los respectivos soportes por un valor de \$220.666.493 aplicado el descuento del 20% por amortización del anticipo .

93. Ahora bien, pese a que en el expediente no obran los anexos de forma subsiguiente a las referidas facturas, según la comunicación IO-IEM-289-14⁴³ y IO- IEM-346-14⁴⁴ a través de la cual el interventor radicó las facturas n.º. 17 y 19, respectivamente se remitieron *“los documentos correspondientes al acta parcial de obra N.º. 12 y 13 del contrato No. 3610 de 2013, correspondientes al periodo del 26 de abril al 25 de mayo y del 26 de mayo al 25 de junio de 2015, los cuales fueron debidamente revisados por parte de la interventoría”*.

94. Se advierte, además, que según la referida comunicación y de lo cual da cuenta el sello de recibido de la SED, la factura se presentó con los siguientes anexos: *i) factura de venta n.º. 17 y 19, ii) formato FURC, iii) constancia de Aportes Parafiscales y Seguridad Social firmada por el revisor fiscal, iv) certificación bancaria, v) actas parciales de obra n.º. 12 y 13, vi) memorias de cálculo de los cortes n.º. 12 y 13, vii) actas de mayores y menores cantidades de obra y viii) la*

⁴⁰ Art. 1608 del Código Civil: *“El deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. (...)”*.

⁴¹ Folios 1186 y 1187 del cuaderno 4.

⁴² Folios 1186 y 1187 del cuaderno 4.

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

⁴³ Folio 1188 del cuaderno 4.

⁴⁴ Folios 1188 y 1189 del cuaderno 4.

copia en medio magnético. Además, se pone de presente que la SED no ha alegado que esto no hubiere sido así, es decir, que las facturas n°. 17 y 19 no hubieran sido radicadas con los respectivos soportes. Por el contrario, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 195 CGP⁴⁵, la SED afirmó que conocía los documentos que soportaban las actas de obra n°. 12 y 13 y las encontraba válidas para el reconocimiento del pago respectivo⁴⁶.

95. Por otra parte, también obran en el proceso las comunicaciones S-2015147309⁴⁷ del 27 de octubre de 2015, suscritas por el supervisor del contrato de interventoría y IO-IEM-371-14⁴⁸ del 20 de octubre de 2015, suscrita por el interventor. Según dan cuenta estos documentos, el área de seguimiento y control de la entidad devolvió las actas n°. 12 y 13 debido a que el contrato se encontraba en etapa de liquidación.

96. Valoradas en conjunto las pruebas, y teniendo en cuenta los periodos de las actas parciales n°. 12 26 de abril al 15 de mayo de 2015 y 13 26 de mayo al 25 de junio de 2015, la Sala concluye que las obras recibidas por el interventor fueron ejecutadas por el consorcio antes de la terminación del plazo de ejecución del contrato, lo que ocurrió a partir del 25 de agosto de 2015. Si bien el interventor allegó a la entidad dichas actas parciales de obra apenas el 10 de julio de 2015 y el 3 de septiembre de 2015, respectivamente, no lo es menos que dichas actas, aceptadas y revisadas por el interventor, dan fe de que las cantidades de obra fueron ejecutadas antes de la fecha de terminación del contrato.

97. La Sala encuentra que las comunicaciones ya referidas son coherentes con las facturas allegadas al proceso, en la medida en que la SED no procedió con el pago de las facturas n°. 17 y 19 porque ya se había terminado el plazo de ejecución del contrato, sin referirse concretamente a cuándo el consorcio llevó a cabo las obras, que es lo relevante a efectos de determinar si el contratista las podía ejecutar y si la entidad estaba llamada a pagar la correlativa contraprestación.

98. Por lo anterior, la Sala estima que el hecho de que el contrato hubiera entrado en etapa de liquidación no es una razón válida para afirmar que el demandado no debía pagarle su valor al consorcio, fundamentalmente porque las actividades fueron ejecutadas antes de la terminación del contrato y porque el interventor, quien era el encargado de certificar que las obras se ejecutaron de conformidad con lo requerido en el contrato, dio su visto bueno respecto de los trabajos realizados.

99. Ahora, para determinar el incumplimiento de la SED respecto del pago de las facturas n°. 17 y 19, no basta con afirmar que las actividades se ejecutaron y fueron aprobadas por el interventor, hace falta también determinar que la obligación de pago se hizo exigible en cabeza de la entidad demandada y, pese a ello, no la cumplió.

⁴⁵ Art. 195 del Código General del Proceso: “No valdrá la confesión de los representantes de las entidades

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas (...)".

⁴⁶ Según da cuenta la contestación de la demanda, folios 175 y 176 del cuaderno 1.

⁴⁷ Folio 1053 del cuaderno 3.

⁴⁸ Folio 1052 del cuaderno 3.

100. Respecto de la factura de venta n°. 17 del 9 de julio de 2015 que se soportó en el acta parcial de obra n°. 12 se entiende aceptada por la entidad después de que transcurrieron 3 días hábiles desde su presentación lo que ocurrió el 16 de julio de 2015, sin que las devolviera o presentara reclamo escrito al consorcio dentro del término previsto en el artículo 2º de la Ley 1231 de 2008, por lo cual, los 30 días calendario previstos en el artículo 774.1 del C.Co., como plazo para que la entidad pública hiciera el pago, vencieron el 8 de agosto de 2015, esto es, antes de la fecha en que terminó el plazo del contrato 25 de agosto de 2015. Por ende, se concluye que la obligación de pago respecto de esta factura surgió antes de que se terminara el contrato, lo cual, por tanto, no afectó su exigibilidad.

101. En relación con la factura de venta n°. 19 del 1 de septiembre de 2015, soportada en el acta parcial n°. 13 del periodo del 26 de mayo al 25 de junio de 2015, se evidencia que fue presentada para su pago el 3 de septiembre de 2015, esto es, cuando ya se había terminado el plazo de ejecución del contrato. Así, pese a que la obligación de pagar las cantidades de obra consignadas en el acta parcial n°. 13 surgió, la SED no se constituyó en mora sino solo a partir de la reconvencción judicial numeral tercero del artículo 1608 del Código Civil lo que ocurrió a partir del 16 de mayo de 2016, fecha en la que se le notificó el auto admisorio de la demanda⁴⁹, tal y como lo establece el inciso segundo del artículo 94 del CGP⁵⁰. Así las cosas, la demandada solo incumplió su obligación en relación con el acta parcial n°. 13 concomitantemente al momento en que se le reconvino judicialmente.

102. Advierte la Sala que las defensas expuestas por la SED en relación con el incumplimiento de estas obligaciones no están llamadas a prosperar. En efecto, es cierto que las obligaciones recíprocas que podrían tener las partes, de un lado, la SED de pagar las actas parciales de obra n°. 12 y 13 y, del otro, la obligación del consorcio de amortizar el anticipo, han de extinguirse mediante la compensación de conformidad con el artículo 1714 del Código Civil⁵¹. Compensación que debía ordenarse en la sentencia, a través de la liquidación judicial según pretensión formulada por la demandante a la que no se opuso la demandada. Sin embargo, el hecho de que en este momento se haga un cruce de cuentas sobre cuánto se adeudan recíprocamente las partes que atiende al finiquito de cuentas que se realiza en la liquidación no significa, ni es una defensa válida, para eximir a la SED de su responsabilidad por haber incumplido su obligación de pagar, en los términos del contrato, las actas parciales de obra que remuneraban las actividades ejecutadas por el consorcio. De manera que, por el contrario, el reconocimiento de la deuda pendiente de pago afecta el cruce de cuentas entre las partes porque corresponde a un monto que favorece al demandante en virtud del incumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante.

⁴⁹ El auto del 18 de abril de 2016 mediante el cual el Tribunal admitió la demanda del Consorcio ACR-Herrán les fue notificado personalmente a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, al Ministerio Público y a Bogotá D.C.-Secretaría de Educación Distrital mediante correo electrónico del 16 de mayo de 2016 dirigido al buzón de notificaciones judiciales de que trata el artículo 197 del CPACA, en los términos del artículo 199 del CPACA (folios 72 a 74 del cuaderno 1).

⁵⁰ Inciso segundo, artículo 94, CGP: *“La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija*

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.”

⁵¹ Código Civil, artículo 1714: “*Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse*”.

103. De conformidad con los términos del contrato, la SED estaba obligada al pago de las actas parciales de obra que le presentara el consorcio en función del objeto contractual en su integridad, con independencia del hecho de que, al finalizar el contrato, el saldo final que arrojara la liquidación fuera a favor de una u otra parte.

104. Por todo lo anterior, la Sala modificará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, que contiene el saldo del balance del contrato, en el entendido que la SED no pagó las cantidades de obra y las actividades que fueron instrumentadas a través de las actas parciales de obra n°. 12 y 13 que corresponden a las facturas de venta n°. 17 y 19 y por ende su valor no podía ser compensado en favor de la entidad pública.

Intereses moratorios. Facturas n°. 2, 3, 5-7, 11-17 y 19

105. Para abordar este aspecto de la apelación, la Sala debe retomar la distinción entre exigibilidad y mora, pues son nociones diferentes. La primera se predica de las obligaciones que no se encuentran sometidas a plazo, condición o modo, porque no se sujetaron a estas modalidades o porque ya se realizaron⁵². La mora, en cambio, supone el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación y para constituir en ella al deudor se requiere, como regla general, la reconvencción del acreedor, salvo las excepciones previstas en la ley.

106. El numeral 3º del artículo 1608 del Código Civil exige una reconvencción o requerimiento judicial del acreedor para el cumplimiento de la obligación, que es una interpelación judicial para que el deudor ejecute la prestación exigible que se comprometió a dar o hacer. Los dos primeros numerales de esa disposición establecen excepciones a la reconvencción judicial para la constitución en mora: el primero se refiere a la hipótesis de que se haya estipulado plazo para el cumplimiento de la obligación y el segundo a que la obligación no haya podido ser cumplida sino dentro de cierto tiempo que el deudor dejó pasar. El numeral segundo del artículo 1617 *ibídem*, que regula los perjuicios por la mora en el cumplimiento de obligaciones dinerarias, no contiene una regla diferente, aunque aclara que el acreedor insatisfecho “*no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo [mora]*”.

107. En línea con lo expuesto, y como ya se concluyó en el párrafo 104 que la SED incumplió sus obligaciones dinerarias por el no pago de las facturas n°. 17 y 19, corresponde determinar si deben reconocerse intereses moratorios sobre estas sumas.

108. Ahora bien, la recurrente también reclama la indemnización por los días de retardo en el pago de las facturas n°. 2, 3, 5-7 y 11-16. Respecto de estas facturas no hay discusión en cuanto a su pago, en la medida en que de ello dan cuenta las pruebas que obran en el proceso⁵³. La Sala se concentrará en determinar únicamente si hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios sobre estas sumas, que es lo que reclama la apelación.

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 10 de julio de 1995, rad. 4540.

⁵³ De conformidad con los soportes bancarios que obran a folios 1150 a 1186 del cuaderno nº. 4, la certificación de amortización expedida por la SED que obra a folio 191 y 192 del cuaderno 1 y el informe de interventoría IO-IEM-355-14 en folios 193 a 207 del cuaderno 1.

109. Como se analizó en los párrafos 74 a 90 de esta providencia, el plazo de 30 días calendario previsto en el artículo 774.1 del C.Co., es un plazo suspensivo cuyo vencimiento dio lugar a la exigibilidad de la obligación dineraria surgida en cabeza de la SED con ocasión de la presentación de las respectivas facturas soportadas en las actas parciales de obra avaladas por la interventoría. Este plazo corrió contra la presentación de las facturas n°. 2, 3, 5-7 y 11-17 soportadas en las actas parciales de obra n°. 1 a 12, por lo cual la SED se constituyó en mora porque al vencimiento de los 30 días calendario contados a partir de la fecha de emisión de la respectiva factura no había realizado el pago.

110. Por otra parte, como se señaló en el párrafo 101 de esta providencia, en el caso de la obligación surgida con ocasión del acta parcial n°. 13 que se presentó a través de la factura n°. 19, los 30 días referidos no corrieron para hacer exigible la obligación dineraria a cargo de la SED en tanto se presentó una vez finalizado el plazo contractual. De esta manera, la exigibilidad de la obligación coincide con la constitución en mora de la SED, la cual se hizo efectiva a partir de la reconvención judicial, esto es, a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda el 16 de mayo de 2016. Por ende, a partir de esta fecha se liquidarán y calcularán los intereses moratorios que deberá pagarle la SED al consorcio frente a esta acta.

111. Vale resaltar que todas las facturas analizadas cumplen cabalmente con los requisitos establecidos en los artículos 3° de la Ley 1231 de 2008⁵⁴ y 617 del Estatuto Tributario⁵⁵, porque: *i)* se denominaron expresamente “*facturas de venta*”;

ii) incluyeron la identificación de quien presta el servicio consorcio ACR-Herrán y de quien los adquirió Secretaría de Educación Distrital; *iii)* se identificó con un número y se precisó su fecha; *iv)* se incluyó el valor de la operación, y *v)* contiene la fecha de recibo de la respectiva factura por parte de la SED.

112. Así las cosas, las respectivas fechas de constitución en mora, a partir de la cual se calcularán los intereses moratorios a favor del consorcio se muestran en la siguiente tabla resumen:

⁵⁴ Artículo 3°, Ley 1231 de 2008: “*Requisitos de la factura. La factura deberá reunir, además de los requisitos señalados en los artículos 621 del presente Código, y 617 del Estatuto Tributario Nacional o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, los siguientes:*

1. La fecha de vencimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 673. En ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada dentro de los treinta días calendario siguientes a la emisión. 2. La fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley. 3. El emisor vendedor o prestador del servicio, deberá dejar constancia en el original de la factura, del estado de pago del precio o remuneración y las condiciones del pago si fuere el caso. A la misma obligación están sujetos los terceros a quienes se haya transferido la factura. No tendrá el carácter de título valor la factura que no cumpla con la totalidad de los requisitos legales señalados en el presente artículo. Sin embargo, la omisión de cualquiera de estos requisitos, no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen a la factura. [...]”

⁵⁵ Artículo 617, Estatuto Tributario: “*Para efectos tributarios, la expedición de factura a que se refiere el artículo 615 consiste en entregar el original de la misma, con el lleno de los siguientes requisitos: a. Estar denominada expresamente como factura de venta. b. Apellidos y nombre o razón y NIT del vendedor o de quien presta el servicio. c. Apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la*

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

discriminación del IVA pagado. d. Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva de facturas de venta. e. Fecha de su expedición. f. Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados. g. Valor total de la operación. h. El nombre o razón social y el NIT del impresor de la factura. i. Indicar la calidad de retenedor del impuesto sobre las ventas. [...].”

Factura (No. y fecha)	Valor de la factura ⁵⁶	Acta parcial de soporte	Fecha de presentación a la SED	Fecha de aceptación de la SED ⁵⁷	Fecha de pago	Fecha de constitución en mora y número de días de mora ⁵⁸
No. 2 del 12 de septiembre de 2014 ⁵⁹	\$64.180.162	Acta parcial No. 1 de junio de 2014	18 de septiembre de 2014 ⁶⁰	24 de septiembre de 2014	20 de octubre de 2014 ⁶¹	12 de octubre de 2014 (8 días de mora)
No. 3 del 12 de septiembre de 2014 ⁶²	\$497.843.595	Acta parcial No. 2 de julio de 2014	18 de septiembre de 2014 ⁶³	24 de septiembre de 2014	20 de octubre de 2014 ⁶⁴	12 de octubre de 2014 (8 días de mora)
No. 5 del 15 de octubre de 2014 ⁶⁵	\$415.154.802	Acta parcial No. 3 de agosto de 2014	16 de octubre de 2014 ⁶⁶	22 de octubre de 2014	19 de noviembre de 2014 ⁶⁷	14 de noviembre de 2014 (5 días de mora)
No. 6 del 24 de noviembre de 2014 ⁶⁸	\$265.482.873	Acta parcial No. 4 de septiembre de 2014	25 de noviembre de 2014 ⁶⁹	1 de diciembre de 2014	13 de enero de 2015 ⁷⁰	24 de diciembre de 2014 (20 días de mora)
No. 7 del 5 de diciembre de 2014 ⁷¹	\$204.906.401	Acta parcial No. 5 de octubre de 2014	5 de diciembre de 2014 ⁷²	12 de diciembre de 2014	13 de enero de 2015 ⁷³	4 de enero de 2015 (9 días de mora)
No. 11 del 8 de enero de 2015 ⁷⁴	\$175.295.341	Acta parcial No. 6 de	14 de enero de 2015 ⁷⁵	20 de enero de 2015	25 de mayo de 2015 ⁷⁶	7 de febrero de 2015 (107 días de mora)

⁵⁶ Este valor es el resultado de la sumatoria de las actividades ejecutadas menos la suma por amortización del anticipo.

⁵⁷ No obra en el proceso constancia de que la SED haya devuelto alguna de las facturas por no estar de acuerdo con su contenido, por lo que se aplica el término de aceptación ficta establecido en el artículo 2º de la Ley 1231 de 2008, modificado por el artículo 86 de la Ley 1676 de 2013, según el cual "La factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido, bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su recepción. En el evento en que el comprador o beneficiario del servicio no manifieste expresamente la aceptación o rechazo de la factura, y el vendedor o emisor pretenda endosarla, deberá dejar constancia de ese hecho en el título, la cual se entenderá efectuada bajo la gravedad de juramento".

⁵⁸ Como en el contrato de obra n.º. 03610 de 2013 no se pactó un plazo para el pago de las facturas, aplica el término previsto en el artículo 774.1 del C.Co. que establece "La factura deberá reunir, además de los requisitos señalados en los artículos 621 del presente Código, y 617 del Estatuto Tributario Nacional o las normas que los modifiquen, adicione o sustituyan, los siguientes:

1. La fecha de vencimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 673. En ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada **dentro de los treinta días calendario siguientes a la emisión** (...).

⁵⁹ Folio 1151, cuaderno 4.

⁶⁰ Comunicación del 16 de septiembre de 2014, que obra a folio 1150 del cuaderno 4.

⁶¹ Extracto bancario que obra a folio 1152 del cuaderno 4.

⁶² Folio 1154 del cuaderno 4.

⁶³ Comunicación del 16 de septiembre de 2014, que obra a folio 1153 del cuaderno 4.

⁶⁴ Extracto bancario que obra a folio 1153 del cuaderno 4.

⁶⁵ Folio 1157, cuaderno 4.

⁶⁶ Comunicación del 16 de octubre de 2014, que obra a folio 1156 del cuaderno 4.

⁶⁷ Extracto bancario que obra a folio 1158 del cuaderno 4.

⁶⁸ Folio 1160, cuaderno 4.

⁶⁹ Comunicación del 24 de noviembre de 2014, que obra a folio 1159 del cuaderno 4.

⁷⁰ Extracto bancario que obra a folio 1161 del cuaderno 4.

⁷¹ Folio 1165, cuaderno 4.

⁷² Comunicación del 5 de diciembre de 2014, que obra a folio 1163 del cuaderno 4.

⁷³ Extracto bancario que obra a folio 1161 del cuaderno 4.

⁷⁴ Folio 1169, cuaderno 4.

⁷⁵ Comunicación del 13 de enero de 2015, que obra a folio 1168 del cuaderno 4.

⁷⁶ Extracto bancario que obra a folio 1161 del cuaderno 4.

Factura (No. y fecha)	Valor de la factura ⁵⁶	Acta parcial de soporte	Fecha de presentación a la SED	Fecha de aceptación de la SED ⁵⁷	Fecha de pago	Fecha de constitución en mora y número de días de mora ⁵⁸
		noviembre de 2014				
No. 12 del 8 de enero de 2015 ⁷⁷	\$232.807.357	Acta parcial No. 7 de diciembre de 2014	14 de enero de 2015 ⁷⁸	20 de enero de 2015	25 de mayo de 2015 ⁷⁹	7 de febrero de 2015 (107 días de mora)
No. 13 del 19 de febrero de 2015 ⁸⁰	\$357.166.632	Acta parcial No. 8 de enero de 2015	23 de febrero de 2015 ⁸¹	27 de febrero de 2015	25 de mayo de 2015 ⁸²	21 de marzo de 2015 (65 días de mora)
No. 14 del 6 de abril de 2015 ⁸³	\$355.306.329	Acta parcial No. 9 de febrero de 2015	7 de abril de 2015 ⁸⁴	13 de abril de 2015	26 de junio de 2015 ⁸⁵	6 de mayo de 2015 (51 días de mora)
No. 15 del 28 de mayo de 2015 ⁸⁶	\$285.952.114	Acta parcial No. 10 de marzo de 2015	28 de mayo de 2015 ⁸⁷	3 de junio de 2015	13 de agosto de 2015 ⁸⁸	27 de junio de 2015 (47 días de mora)
No. 16 del 12 de junio de 2015 ⁸⁹	\$173.206.162	Acta parcial No. 11 de abril de 2015	12 de junio de 2015 ⁹⁰	18 de junio de 2015	13 de agosto de 2015 ⁹¹	12 de julio de 2015 (32 días de mora)
No. 17 del 9 de julio de 2015 ⁹²	\$215.995.032	Acta parcial No. 12 de mayo de 2015	10 de julio de 2015 ⁹³	16 de julio de 2015	N/A	8 de agosto de 2015 (3.035 días de mora)
No. 19 del 1 de septiembre de 2015 ⁹⁴	\$220.666.493	Acta parcial No. 13 de junio de 2015	3 de septiembre de 2015 ⁹⁵	9 de septiembre de 2015	N/A	16 de mayo de 2016 (2.754 días de mora)

113. Ahora bien, en relación con la tasa de interés con base en la cual se calcularán los intereses moratorios, se advierte que en el contrato de obra n°. 03610 de 2013 tampoco se estableció nada al respecto. Por tal motivo, al tratarse del interés moratorio, resulta aplicable lo previsto en el numeral octavo del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 conforme al cual “[s]in perjuicio de la actualización o revisión

⁷⁷ Folio 1172, cuaderno 4.

⁷⁸ Comunicación del 13 de enero de 2015, que obra a folio 1171 del cuaderno 4.

⁷⁹ Extracto bancario que obra a folio 1173 del cuaderno 4.

⁸⁰ Folio 1172, cuaderno 4.

⁸¹ Comunicación del 20 de febrero de 2015, que obra a folio 1174 del cuaderno 4.

⁸² Extracto bancario que obra a folio 1176 del cuaderno 4.

⁸³ Folio 1178, cuaderno 4.

⁸⁴ Comunicación del 6 de abril de 2015, que obra a folio 1177 del cuaderno 4.

⁸⁵ Extracto bancario que obra a folio 1179 del cuaderno 4.

⁸⁶ Folio 1181, cuaderno 4.

⁸⁷ Comunicación del 6 de abril de 2015, que obra a folio 1177 del cuaderno 4.

⁸⁸ Extracto bancario que obra a folio 1182 del cuaderno 4.

⁸⁹ Folio 1184, cuaderno 4.

⁹⁰ Comunicación del 11 de junio de 2015, que obra a folio 1183 del cuaderno 4.

⁹¹ Extracto bancario que obra a folio 1185 del cuaderno 4.

⁹² Folio 1187, cuaderno 4.

⁹³ Comunicación del 10 de julio de 2015, que obra a folio 1186 del cuaderno 4.

⁹⁴ Folio 1190, cuaderno 4.

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

⁹⁵ Comunicación del 2 de septiembre de 2015, que obra a folio 1188 del cuaderno 4.

de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado". De conformidad con el artículo 1617 del Código Civil, el interés legal anual se fija en el 6%, por lo que la tasa de intereses moratorios aplicable a los incumplimientos derivados del contrato en línea con la Ley 80 de 1993 es del 12% anual calculado sobre el valor actualizado de la obligación.

114. Con base en todo lo anterior, se concluye que la SED incurrió en mora en el pago de las obligaciones dinerarias contenidas en las facturas n°. 2, 3, 5-7 y 11-17 que le presentó el consorcio a través del interventor para su pago, a partir del vencimiento de los 30 días calendario siguientes a la fecha de emisión de la respectiva factura, por lo cual el demandado será condenado a pagar los intereses moratorios sobre sus respectivos valores actualizados a partir de las fechas en que se hicieron exigibles las obligaciones, en los términos que más abajo se detallan.

115. Por último, en el caso de la factura n°. 19, ya se señaló que los intereses moratorios serán calculados a partir del 16 de mayo de 2016, esto es, a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda.

116. Ahora bien, para liquidar los intereses moratorios, el demandante se valió del dictamen pericial rendido el 7 de junio de 2016 por el perito Sergio Rodríguez Messier, en el cual se calcularon los intereses moratorios causados con corte a esa fecha. Según el perito, el valor de dichos intereses era \$185.585.267⁹⁶, suma que fue calculada solamente sobre el valor de las facturas n°. 2, 3, 5-7, 11-17 y 19. Para llegar a esta conclusión, el perito actualizó el valor histórico del capital consignado en cada factura y sobre este valor aplicó la tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente⁹⁷, lo que transgrede lo dispuesto en el numeral octavo del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 (párrafo 113). Además, el perito calculó el momento de la causación de los intereses moratorios a partir de la presentación de la respectiva factura, lo cual, como ya se anotó, no tiene asidero jurídico en la medida en que el artículo 774.1 C.Co. establece un plazo de 30 días calendario siguientes a la emisión. Por ende, sus conclusiones sobre este aspecto no serán tenidas en cuenta a efectos de establecer el valor de la condena.

117. En este caso, la condena por concepto de intereses moratorios, se calculará de la siguiente manera: *i) el valor histórico de la respectiva obligación dineraria será actualizada conforme la fórmula $Valor\ actualizado = [Valor\ histórico * (IPC\ final\ [octubre\ 2014\ a\ mayo\ de\ 2016\ según\ el\ año\ a\ que\ corresponda\ el\ periodo\ para\ calcular\ intereses])\ o\ [IPC\ final\ octubre\ 2023\ que\ es\ el\ que\ corresponde\ al\ último\ dato\ de\ inflación\ antes\ de\ la\ sentencia] / IPC\ inicial\ (fecha\ de\ constitución\ en\ mora)]$* ; *ii) sobre el valor actualizado de cada obligación dineraria se calculará el interés moratorio conforme la tasa prevista en el numeral octavo del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, esto es, el doble de la tasa de interés legal civil anual o proporcional si es por un periodo menor a un año .*

118. Respecto de las facturas de venta n. 2, 3, 5-7, los intereses moratorios

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

ascienden a \$4.512.585 como se evidencia de la siguiente operación:

⁹⁶ Folios 1346 a 1349, cuaderno 9.

⁹⁷ Folio 1349, cuaderno 9.

i.El cálculo de intereses moratorios sobre los valores indicados en cada factura arroja el siguiente resultado:

N.	INICIO	FINAL	DÍAS	INTERÉS ANUAL	INTERÉS PROPORCIONAL	CAPITAL	INTERESES
2	10/12/2014	10/20/2014	8	12%	0.002630137	\$ 64,180,163	\$ 168,803
3	10/12/2014	10/20/2014	8	12%	0.002630137	\$ 497,843,595	\$ 1,309,397
5	11/14/2014	11/19/2014	5	12%	0.001643836	\$ 415,154,802	\$ 682,446
6	12/24/2014	1/13/2015	20	12%	0.006575342	\$ 265,482,873	\$ 1,745,641
7	1/4/2015	1/13/2015	9	12%	0.002958904	\$ 204,906,401	\$ 606,298
						Total:	\$ 4.512.585

119. Respecto de las facturas de venta n. 11-16, los intereses moratorios ascienden a \$ 34,490,512 como se evidencia de la siguiente operación:

i.El valor actualizado de las facturas conforme a la fórmula señalada arroja el siguiente resultado:

N.	Valor H.	IPC FINAL	IPC INICIAL	Valor Actual
11	\$ 175,292,341.00	85.12	83.96	\$ 177,714,198.02
12	\$ 232,807,357.00	85.12	83.96	\$ 236,023,847.40
13	\$ 357,166,632.00	85.12	84.45	\$ 360,000,280.83
14	\$ 355,306,329.00	85.21	85.12	\$ 355,682,005.33
15	\$ 285,952,114.00	85.78	85.21	\$ 287,864,949.41
16	\$ 173,206,162.00	85.78	85.37	\$ 174,038,006.05

ii. El cálculo de intereses moratorios sobre el valor actualizado arroja el siguiente resultado:

N	INICIO	FINAL	DÍAS	INTERÉS ANUAL	INTERÉS PROPORCIONAL	CAPITAL (actualizado)	INTERESES
11	2/7/2015	5/25/2015	107	12%	0.035178082	\$ 177,714,198	\$ 6,251,645
12	2/7/2015	5/25/2015	107	12%	0.035178082	\$ 236,023,847	\$ 8,302,866
13	3/21/2015	5/25/2015	65	12%	0.021369863	\$ 360,000,281	\$ 7,693,157
14	5/6/2015	6/26/2015	51	12%	0.016767123	\$ 355,682,005	\$ 5,963,764
15	6/27/2015	8/13/2015	47	12%	0.015452055	\$ 287,864,949	\$ 4,448,105
16	7/12/2015	8/13/2015	32	12%	0.010520548	\$ 174,038,006	\$ 1,830,975
						Total	\$ 34,490,512

120. Respecto de la factura de venta n. 17 del 9 de julio de 2015 por \$215.995.032, los intereses moratorios ascienden a \$ 271,079,238 como se evidencia de la siguiente operación:

i.El valor actualizado de la factura conforme a la fórmula señalada arroja el siguiente resultado:

Valor H.	Mes de IPC final	IPC FINAL	IPC INICIAL (ago-2015)	Valor Actual
\$ 215,995,032.00	dic-2015	88.05	85.78	\$ 221,710,918.25
\$ 215,995,032.00	dic-2016	93.11	85.78	\$ 234,452,056.77

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
 Demandante: Consorcio ACR-Herrán
 Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
 Acción: Controversias contractuales

\$ 215,995,032.00	dic-2017	96.92	85.78	\$ 244,045,680.83
\$ 215,995,032.00	dic-2018	100	85.78	\$ 251,801,156.45
\$ 215,995,032.00	dic-2019	103.8	85.78	\$ 261,369,600.39
\$ 215,995,032.00	dic-2020	105.48	85.78	\$ 265,599,859.82
\$ 215,995,032.00	dic-2021	111.41	85.78	\$ 280,531,668.40
\$ 215,995,032.00	dic-2022	126.03	85.78	\$ 317,344,997.47
\$ 215,995,032.00	oct-2023	136.45	85.78	\$ 343,582,677.97

ii. El cálculo de intereses moratorios sobre los valores actualizados por periodo arroja el siguiente resultado:

INICIO	FINAL	DÍAS	INTERÉS ANUAL	INTERÉS PROPORCIONAL	CAPITAL (actualizado)	INTERESES
8/8/2015	12/31/2015	145	12%	0.047671233	\$ 221,710,918	\$ 10,569,233
1/1/2016	12/31/2016	366	12%	0.120328767	\$ 234,452,057	\$ 28,211,327
1/1/2017	12/31/2017	365	12%	0.12	\$ 244,045,681	\$ 29,285,482
1/1/2018	12/31/2018	365	12%	0.12	\$ 251,801,156	\$ 30,216,139
1/1/2019	12/31/2019	365	12%	0.12	\$ 261,369,600	\$ 31,364,352
1/1/2020	12/31/2020	366	12%	0.120328767	\$ 265,599,860	\$ 31,959,304
1/1/2021	12/31/2021	365	12%	0.12	\$ 280,531,668	\$ 33,663,800
1/1/2022	12/31/2022	365	12%	0.12	\$ 317,344,997	\$ 38,081,400
1/1/2023	11/30/2023	334	12%	0.109808219	\$ 343,582,678	\$ 37,728,202
					Total	\$ 271,079,238

121. Por último, respecto de la factura de venta n. 19 del del 1 de septiembre de 2015 por \$220.666.493, los intereses moratorios ascienden a \$ 237,833,064 como se evidencia de la siguiente operación:

i.El valor actualizado de la factura conforme a la fórmula señalada arroja el siguiente resultado:

Valor H.	Mes de IPC final	IPC FINAL	IPC INICIAL (may-16)	Valor Actual
\$ 220,666,493.00	dic-16	93.11	92.1	\$ 223,086,396.99
\$ 220,666,493.00	dic-17	96.92	92.1	\$ 232,214,945.73
\$ 220,666,493.00	dic-18	100	92.1	\$ 239,594,454.94
\$ 220,666,493.00	dic-19	103.8	92.1	\$ 248,699,044.23
\$ 220,666,493.00	dic-20	105.48	92.1	\$ 252,724,231.07
\$ 220,666,493.00	dic-21	111.41	92.1	\$ 266,932,182.25
\$ 220,666,493.00	dic-22	126.03	92.1	\$ 301,960,891.56
\$ 220,666,493.00	oct-23	136.45	92.1	\$ 326,926,633.77

ii. El cálculo de intereses moratorios sobre los valores actualizados por periodo arroja el siguiente resultado:

INICIO	FINAL	DÍAS	INTERÉS ANUAL	INTERÉS PROPORCIONAL	CAPITAL (actualizado)	INTERESES
5/16/2016	12/31/2016	229	12%	0.075287671	\$ 223,086,397	\$ 16,795,655

1/1/2017	12/31/2017	365	12%	0.12	\$ 232,214,946	\$ 27,865,794
1/1/2018	12/31/2018	365	12%	0.12	\$ 239,594,455	\$ 28,751,335
1/1/2019	12/31/2019	365	12%	0.12	\$ 248,699,044	\$ 29,843,885
1/1/2020	12/31/2020	366	12%	0.120328767	\$ 252,724,231	\$ 30,409,995
1/1/2021	12/31/2021	365	12%	0.12	\$ 266,932,182	\$ 32,031,862
1/1/2022	12/31/2022	365	12%	0.12	\$ 301,960,891	\$ 36,235,307
1/1/2023	11/30/2023	334	12%	0.109808219	\$ 326,926,633	\$ 35,899,231
					Total	\$ 237,833,064

122. De conformidad con lo anterior, en la parte resolutive, la Sala condenará a la SED a pagarle al consorcio la suma de \$546'437.367,80 a título de intereses moratorios por el no pago y/o pago tardío de las actividades instrumentadas en las facturas de venta n°. 2, 3, 5-7, 11-17 y 19, conforme el siguiente cuadro:

Intereses factura No. 2	\$ 168.803
Intereses factura No. 3	\$ 1.309.397
Intereses factura No. 5	\$ 682,446
Intereses factura No. 6	\$ 1,745,641
Intereses factura No. 7	\$ 606,298
Intereses factura No. 11	\$ 6,251,645
Intereses factura No. 12	\$ 8,302,866
Intereses factura No. 13	\$ 7,693,157
Intereses factura No. 14	\$ 5,963,764
Intereses factura No. 15	\$ 4,448,105
Intereses factura No. 16	\$ 1,830,975
Intereses factura No. 17	\$ 271,079,238
Intereses factura No. 19	\$ 237,833,064
Total	\$547.915.399

La utilidad derivada del contrato

123. El consorcio pretende que la SED le reconozca la utilidad proyectada en la propuesta económica que no pudo obtenerse como consecuencia de la falta de planeación y estructuración del contrato, en razón de \$247.721.895⁹⁸ y sobre la cual no se pronunció el tribunal. Concretamente, afirmó que los retrasos ocasionados por los incumplimientos de la demandada impidieron ejecutar el objeto del contrato antes de la terminación del plazo, lo cual significó la imposibilidad de obtener las utilidades originalmente proyectadas.

124. Como ya se señaló al estudiar los fundamentos de la providencia impugnada, el Tribunal concluyó que las obras no pudieron ejecutarse en su totalidad debido a las falencias durante la etapa de planeación del contrato, lo cual atribuyó a que la entidad demandada no adoptó de manera oportuna las previsiones necesarias para la iniciación de los trabajos y para que su ejecución se desarrollara sin interrupciones. Dado que en el caso *sub judice* ya se concluyó que la demandada incumplió con sus obligaciones y como el superior no puede reformar en perjuicio del apelante único [no *reformatio in peius*] (328 CGP), es evidente que dicha entidad contratante es la que está llamada a soportar los efectos derivados de su incumplimiento.

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

⁹⁸ Folio 112 del cuaderno 1.

125. Así las cosas, la Sala estima que se le deben reconocer al consorcio las utilidades dejadas de percibir por la ejecución del contrato, pues la imposibilidad de cumplir con el objeto durante el plazo contractual, según el *a quo*, estuvo determinada por los retrasos derivados del incumplimiento de la SED y, luego, porque con la terminación del contrato el 25 de agosto de 2015 se frustró completamente la posibilidad de terminar las obras contratadas.

126. En el dictamen contable que rindió el perito Sergio Rodríguez Messier el 7 de junio de 2016, se calculó la utilidad que el consorcio dejó de percibir por el incumplimiento de la demandada en \$381.721.832. El perito calculó la utilidad proyectada del consorcio aplicando el 3% al valor total del costo directo para la ejecución. Luego, con base en la operación aritmética descrita, se restó el valor que la contratante pagó al consorcio por concepto de utilidad hasta el acta de obra n°. 11, que arrojó el resultado de \$292.543.652⁹⁹. Esta conclusión será adoptada por la Sala por las siguientes razones:

127. (i) El perito extrajo el porcentaje de 3% de utilidad de los documentos titulados “*anexo económico n°. 1 – resumen propuesta económica*”¹⁰⁰ y “*anexo económico n°. 2 – discriminación A.I.U*”¹⁰¹, los cuales hacen parte integral de la propuesta que presentó el consorcio demandante dentro de la licitación pública n°. SED-LP-DCCEE-067-201. En efecto, en dichos documentos se evidencia que el porcentaje por concepto de A.I.U. se calculó en el 27,30% del costo directo total de la obra (\$12.724.530.437), el cual hizo consistir en 21,30% por concepto de administración (A), 3,00% por concepto de imprevistos (I) y 3,00% por concepto de utilidad (U).

128. (ii) Estos documentos pueden tenerse como fundamento del cálculo de la utilidad, toda vez que permiten concluir que la demandante, al realizar la distribución de su presupuesto, identificó plenamente varios conceptos, de acuerdo con los cálculos que realizó para ejecutar el contrato. En efecto, procedió a determinar, expresamente, un valor por AIU, el cual, además, discriminó en porcentajes por cada uno de los conceptos que lo componen y, finalmente, tuvo en cuenta todos estos montos para determinar el valor de la propuesta sobre la cual se basó el acuerdo económico entre las partes del contrato de obra. De manera que resulta evidente que la propuesta pretendió cuantificar expresamente todos los componentes del AIU.

129. (iii) Además, aparte de que el fundamento porcentual a partir del cual el perito hizo los cálculos de utilidad se ajusta a la propuesta económica que resultó adjudicada en la licitación SED-LP-DCCEE-067-201, el perito también tuvo en cuenta que al cálculo del 3% de utilidad sobre el total del costo directo que representaba ejecutar todas las obras, debía restar los valores que el consorcio ya había recibido a título de utilidad producto del pago de las actas parciales de obra n°. 1 a 11. Valga precisar que la indemnización de perjuicios tiene la finalidad de dejar a la parte afectada por un incumplimiento en la situación en que estaría si no se hubiera cometido dicho acto, pero no puede ser una fuente de enriquecimiento

⁹⁹ Este valor corresponde a la utilidad esperada menos el valor ya pagado por la contratante. La metodología de cálculo está desarrollada en el folio 1354 del cuaderno 9.

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

¹⁰⁰ Folio 1142 del cuaderno 2

¹⁰¹ Folio 1145 del cuaderno 2

del contratante. Por lo anterior, la conclusión a la que llegó el perito sirve como base para la condena por la utilidad dejada de percibir.

130. Por lo anterior, la utilidad que deberá pagarle la contratante al consorcio corresponde al 3% del costo directo total de la obra menos los valores que el consorcio ya había recibido a título de utilidad producto del pago de las facturas n°. n°. 2, 3, 5-7 y 11-16 soportadas en las actas parciales de obra n°. 1 a

11 . El resultado de esa operación arroja una utilidad de \$292.543.652, como se evidencia en el dictamen pericial contable.

131. La anterior suma debe ser actualizada a partir del momento en el que el consorcio habría recibido la utilidad, esto es, al vencimiento del plazo del contrato de obra, o sea el 25 de agosto de 2015, de conformidad con la fórmula “*Valor actualizado = [Valor histórico * (IPC final octubre 2023) / IPC inicial (agosto 2015)]*”. Luego de actualizarse, la utilidad actualizada dejada de percibir es \$465.348.348 = [292.543.652 * (136,45 / 85,78)].

132. Por todo lo anterior, en la parte resolutive de la sentencia se concederá la pretensión segunda de la demanda y se condenará a la SED a pagarle al consorcio la suma de \$465.348.348 a título de lucro cesante por las utilidades dejadas de percibir.

133. La Sala 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.

1. Compra de materiales adquiridos para la obra

134. El consorcio sostiene que, debido a que para ejecutar las obras era necesario adquirir anticipadamente materiales, la imposibilidad de cumplir con el objeto del contrato por causas imputables a la SED implicó no poder disponer de ellos para ejecutar las obras, lo que, a su juicio, debe dar lugar a que la demandada le reconozca su valor, que en ese momento ascendía a \$308.453.565.

135. Como soporte de este cálculo, la demandante aportó un documento emitido por el director de obra del consorcio ACR-Herrán del 11 de septiembre de 2015¹⁰², a través del cual se hacía entrega del inventario final de materiales de obra. Entre los materiales que se relacionaron estaban: acero, arena, ladrillos, llaves, mallas, etc., los cuales, según la certificación, estaban valuados en \$308.453.565. A dicha certificación se adjuntaron fotografías de los materiales que reposaban en el almacén¹⁰³.

136. La Sala estima que la certificación expedida por el director de obra del consorcio ACR-Herrán no es suficiente para acreditar la cuantía de los perjuicios que se reclaman ni es suficiente para concluir que los materiales adquiridos por el consorcio iban a destinarse exclusivamente a cumplir con el objeto contractual, principalmente en aplicación del principio de que nadie puede *preconstituir* las

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

¹⁰² Folios 1614 a 1616 del cuaderno 5

¹⁰³ Folios 1647 y siguientes del cuaderno 5.

pruebas para soportar su propio dicho. En efecto, dado que la certificación en que se basaron los cálculos fue expedida por un funcionario del consorcio demandante, la Sala no le concederá valor probatorio respecto de los hechos a los que se refiere.

137. No obstante, la Sala no puede pasar por alto que el demandante pidió de manera subsidiaria que se reconociera el monto calculado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros con relación a los materiales adquiridos para la obra. En efecto, en el recurso de apelación reiteró que el costo de los materiales que no pudieron ser empleados se acreditó mediante la prueba pericial técnica de la SCI.

138. En el dictamen pericial rendido en mayo de 2016 por la Sociedad Colombiana de Ingenieros (SCI), el perito manifestó que luego de la visita en sitio donde funcionaban los depósitos de materiales, la verificación de las cantidades de materiales en obra y el análisis de precios unitarios pactados para la ejecución del contrato, el valor de los materiales adquiridos por el consorcio y que no pudieron ser empleados es de \$195.332.399.

139. De conformidad con los soportes que se adjuntaron con la experticia, el perito fundamentó sus conclusiones sobre este punto en el documento denominado "*inventario de materiales de obra*"¹⁰⁴ que él mismo elaboró durante una visita al lugar de los hechos. Según da cuenta el documento, el consorcio manejaba dos almacenes dentro de la obra. Cada uno se utilizaba para albergar materiales que se empleaban a medida que avanzaba la ejecución del contrato. En efecto, el perito ofreció detalles de cada uno de los almacenes y determinó las cantidades y tipo de materiales que se albergaba en cada uno de ellos. En el documento se discriminaron las cantidades de cada uno de los *ítems* de obra y se definieron sus características marca, referencia, tamaño, etc. . Asimismo, se clasificaron los *ítems* en: *i)* material de depósito; *ii)* material eléctrico, *iii)* material hidráulico y *vi)* material por fuera del depósito. Además, se acompañó un soporte fotográfico de los *ítems* allí consignados del cual se tiene certeza de su fecha y autoría que permite apreciar el estado y las características de cada uno de los materiales.

140. Una vez el perito determinó las cantidades y el tipo de materiales que se albergaba en los almacenes, procedió a obtener el valor de cada uno de ellos, para lo cual acudió a la lista de precios unitarios que se utilizó para la ejecución del contrato de obra n°. 03610 de 2013. Luego, procedió a multiplicar cada uno de los precios unitarios por las cantidades que había de cada una de las referencias y, de esta manera, arribó al valor total de cada uno de los *ítems* los cuales, una vez sumados, arrojaron el valor de \$195.332.399, mismo valor que se consignó en el dictamen.¹⁰⁵

141. Por todo lo anterior, la Sala considera que las conclusiones del dictamen tienen fundamentos técnicos, su contenido es claro y preciso y el perito es experto en la materia analizada¹⁰⁶. En efecto, el perito *i)* identificó el problema en estudio y fundamentó sus conclusiones en la visita a los depósitos y documentos técnicos que obran en el expediente y *ii)* describió los instrumentos que empleó: mediciones,

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

¹⁰⁴ Cuaderno 10

¹⁰⁵ Folio 28 del cuaderno 10.

¹⁰⁶ Junto con la experticia, el perito allegó un documento que da cuenta de la idoneidad técnica para el encargo, folios 322 a 348 del cuaderno 1.

inventarios e imágenes para determinar las características de cada uno de los *ítems* de obra y definió las operaciones necesarias para calcular su valor. Además, sus conclusiones son coincidentes con las pruebas documentales que obran en el expediente, en especial, con el pliego de condiciones y la propuesta presentada por el consorcio en la licitación pública n°. SED-LP-DCCEE-067-201. No hay dudas sobre la imparcialidad del perito, el Tribunal permitió la contradicción del dictamen y no obran pruebas en el expediente que desvirtúen sus conclusiones. En consecuencia, el dictamen en cuanto el valor de los materiales de obra que no pudieron ser empleados tiene eficacia probatoria según los artículos 226 y 232 del CGP.

142. La Sala estima que el valor de los materiales es un sobrecosto que debe ser asumido por la SED, toda vez que el Tribunal concluyó que el objeto contractual no pudo ejecutarse por causas imputables a la demandada. Así las cosas, la Sala concederá la pretensión décima primera de condena de la demanda relacionada con la indemnización del valor de los materiales no empleados en las obras, pero por el valor que se acreditó con la experticia, es decir, \$195.332.399.

143. La anterior suma debe ser actualizada a partir del momento en el que el consorcio habría recibido la retribución por todos los materiales, esto es, al vencimiento del plazo del contrato de obra, o sea el 25 de agosto de 2015, de conformidad con la fórmula “*Valor actualizado = [Valor histórico * (IPC final octubre 2023) / IPC inicial (agosto 2015)]*”. Luego de actualizarse, el perjuicio actualizado es de \$310.714.686 = [195.332.399 * (136,45 / 85,78)].

Balance del contrato

144. Dado que en esta providencia se harán declaraciones y condenas a favor del consorcio y en contra de la entidad, le asiste razón al demandante cuando afirmó en la apelación que el ejercicio de finiquito de cuentas del contrato de obra debe ser revisado. En mérito de lo que antecede, la Sala pasa a revisar el balance final de la liquidación judicial del contrato en los siguientes términos:

VALOR INICIAL DEL CONTRATO: \$16.197.729.719
FECHA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO: 25 de agosto de 2015

DIFERENCIA RECONOCIDA POR EL TRIBUNAL A FAVOR DE LA ENTIDAD	
Diferencia actualizada ¹⁰⁷	\$981.523.634
RECONOCIMIENTOS Y CONDENAS QUE SE HACEN EN ESTA SENTENCIA A FAVOR DEL CONSORCIO	
Facturas 17 y 19 actualizadas ¹⁰⁸	\$670.509.310
Intereses moratorios	\$547.915.399 ¹⁰⁹
Utilidad proyectada no percibida	\$465.348.348
Materiales de obra	\$310.714.686

¹⁰⁷ Este valor es la diferencia actualizada desde la sentencia de primera instancia, esto es, 19 de junio de 2019, a la fecha de esta sentencia, de la siguiente manera: “*Valor actualizado = [Valor histórico * (IPC final octubre 2023) / IPC inicial (junio 2019)]*”. Luego de actualizarse, la diferencia actualizada a favor de la entidad es de \$981.523.634 = [738.822.224 * (136,45 / 102,71)].

¹⁰⁸ Este es el valor de las facturas actualizadas desde que se hicieron exigibles hasta la fecha de esta sentencia, de conformidad con las operaciones que se hicieron en el numeral 120 y 121 de esta providencia.

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

¹⁰⁹ Este es el valor total de los intereses moratorios según lo resuelto en el acápite de las consideraciones, sin que se le haya restado ningún concepto.

TOTAL	\$1.994.487.743
DIFERENCIA A FAVOR DEL CONSORCIO	\$1.012.964.109

145. Como se aprecia del cuadro anterior, el valor del saldo que reconoció el Tribunal en valor de la entidad es de \$738.822.224¹¹⁰, suma que actualizada a la fecha de esta sentencia arroja un valor de \$981.523.634. Este valor, que es un saldo a favor de la entidad se compensa de igual forma con la suma a que tiene derecho el consorcio por concepto de las facturas 17 y 19 actualizadas -\$670.509.310- por concepto de intereses moratorios \$547.915.399, cuyo cálculo implica su previa actualización, de utilidad proyectada no percibida por valor de \$465.348.348, cuya suma ya fue actualizada y por los materiales de obra adquiridos por valor de \$310.714.686, cuyo valor ya fue actualizado. Así, al compensar la suma que reconoció el Tribunal en favor de la entidad con los valores reconocidos en esta sentencia se obtiene el resultado final de la liquidación, que es de \$1.012.964.109, valor al que corresponderá la condena, en favor del Consorcio.

Costas

146. Finalmente, la parte demandante, en el recurso de apelación, esgrimió que el *a quo* debió condenar en costas a la parte demandada en primera instancia, pues le fue desfavorable la sentencia.

147. El artículo 188 del CPACA establece que *“salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se seguirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

148. Por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, resulta aplicable al presente asunto el artículo 365 del CGP, el cual, en su numeral 1, ordena condenar en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. En la medida en que la sentencia de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones y, pese a ello, el Tribunal se abstuvo de condenar en costas a la parte vencida, la Sala procederá a condenar a la demandada a pagar las costas de ambas instancias, por lo que se condenará así a la Secretaría de Educación Distrital.

149. En relación con las agencias en derecho, se pone de presente que se registrarán por el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha en que se presentó la demanda¹¹¹. De conformidad con su artículo tercero, en la fijación de las tarifas en los asuntos contencioso administrativos, debe tenerse en cuenta la naturaleza, la calidad y la duración útil de la gestión realizada por el apoderado, así como la cuantía de la pretensión y demás circunstancias relevantes.

¹¹⁰ Folio 539 del cuaderno principal.

¹¹¹ Que fija, en su numeral 3.3.1. que las agencias de derecho podrán ser fijadas en hasta el 5% de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia. Este Acuerdo es aplicable a este caso pese a la

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

derogatoria que hizo de él el Acuerdo 10554 de 2016 que fue expedido con ocasión de la entrada en vigencia del CGP. El Acuerdo 10554 estableció en su artículo 7º que *“se aplicará respecto de los procesos iniciados a partir de su publicación (5 de agosto de 2016). Los comenzados antes se siguen regulando por los reglamentos anteriores sobre la materia, de manera especial los contenidos en los Acuerdos 1887 de 2003”*.

150. Para la primera instancia, se debe tener en cuenta que en los asuntos contencioso administrativos con cuantía, las agencias deben fijarse hasta el 20% del valor de las pretensiones negadas o reconocidas en la sentencia, conforme dispone el artículo 6 *ibídem*. Así las cosas, como la labor procesal del mandatario judicial de la parte demandada fue continuada y consistente en el transcurso de la primera instancia, las agencias en derecho de dicha instancia se fijarán teniendo en cuenta la relación porcentual de 2% del valor de las pretensiones económicas planteadas en la demanda – \$3.282.650.349–; por ende, se fijarán en la suma de sesenta y cinco millones seiscientos cincuenta y tres mil seis pesos (\$65.653.006).

151. En lo que concierne a las agencias en derecho en segunda instancia, deben fijarse hasta el 5% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas de la sentencia, según lo dispuso el artículo 6 del aludido Acuerdo. En consideración a que la entidad demandada tuvo apoderado y su actuación fue continuada y consistente en el transcurso de la segunda instancia, se fija las agencias en derecho a cargo de Bogotá D.C.-Secretaría de Educación Distrital y a favor del Consorcio ACR-HERRÁN en treinta millones trescientos ochenta y ocho mil novecientos veintitrés mil pesos (\$30.388.923), teniendo en cuenta la relación porcentual del 3% del valor de las pretensiones económicas reconocidas en esta providencia.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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,

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de junio de 2019, la cual quedará como sigue.

SEGUNDO: DECLARAR el incumplimiento del contrato de obra n°. 03610 de 2013 celebrado entre el consorcio ACR-Herrán y la Secretaría de Educación Distrital de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia:

TERCERO: DECLARAR que prosperan *i)* la pretensión segunda y decimosexta de condena por los intereses de mora por el pago tardío y/o no pago de las facturas n°. 2, 3, 5-7, 11-17 y 19, por valor de \$547.915.399; *ii)* la pretensión decimosexta por el no pago de las facturas n°. 17 y 19 por valor de \$670.509.310; *iii)* la pretensión segunda de condena por la utilidad dejada de percibir por valor de \$465.348.348 y *iv)* la pretensión décima primera de condena respecto de los materiales adquiridos y no pagados por valor de \$310.714.686. Las anteriores cifras se incluyen en el balance final del contrato conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: NEGAR las excepciones de “*excepción de contrato no cumplido*”, “*existencia de sumas a cargo del contratista y en favor de la Secretaría de Educación Distrital*” e “*inexistencia de sobre costos y perjuicios*”.

QUINTO: LIQUIDAR JUDICIALMENTE el contrato n°. 03610 de 2013 celebrado entre el consorcio ACR-Herrán y la Secretaría de Educación Distrital., como sigue:

VALOR INICIAL DEL CONTRATO: \$16.197.729.719
FECHA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO: 25 de agosto de 2015

DIFERENCIA RECONOCIDA POR EL TRIBUNAL A FAVOR DE LA ENTIDAD	
Diferencia actualizada ¹¹²	\$981.523.634
RECONOCIMIENTOS Y CONDENAS QUE SE HACEN EN ESTA SENTENCIA A FAVOR DEL CONSORCIO	
Facturas 17 y 19 actualizadas ¹¹³	\$670.509.310
Intereses moratorios	\$547.915.399 ¹¹⁴
Utilidad proyectada no percibida	\$465.348.348
Materiales de obra	\$310.714.686
TOTAL	\$1.994.487.743
DIFERENCIA A FAVOR DEL CONSORCIO	\$1.012.964.109

SEXTO: CONDENAR a Bogotá D.C.-Secretaría de Educación Distrital a pagar, en favor del Consorcio ACR-Herrán la suma de mil doce millones novecientos sesenta y cuatro mil ciento nueve pesos (\$1.012.964.109) como saldo a favor del contratista luego de la liquidación judicial, en los términos señalados en esta providencia.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas en ambas instancias a la demandada Bogotá D.C.-Secretaría de Educación Distrital. **FIJAR** como agencias en derecho, en esta instancia, a cargo de la parte demandada, la suma de treinta millones trescientos ochenta y ocho mil novecientos veintitrés mil pesos (\$30.388.923) que corresponde a la relación porcentual del 3% de las pretensiones reconocidas. **FIJAR** como agencias en derecho, en primera instancia, a cargo de la parte demandada, la suma de sesenta y cinco millones seiscientos cincuenta y tres mil seis pesos (\$65.653.006) que corresponde a la relación porcentual del 2% de las pretensiones de la demanda por la gestión en la primera instancia.

OCTAVO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

¹¹² Este valor es la diferencia actualizada desde la sentencia de primera instancia, esto es, 19 de junio de 2019, a la fecha de esta sentencia, de la siguiente manera: "Valor actualizado = [Valor histórico * (IPC final octubre 2023) / IPC inicial (junio 2019)]". Luego de actualizarse, la diferencia actualizada a favor de la entidad es de \$981.523.634 = [738.822.224 * (136,45 / 102,71)].

¹¹³ Este es el valor de las facturas actualizadas desde que se hicieron exigibles hasta la fecha de esta sentencia, de conformidad con las operaciones que se hicieron en el numeral 120 y 121 de esta providencia.

¹¹⁴ Este es el valor total de los intereses moratorios según lo resuelto en el acápite de las consideraciones, sin que se le haya restado ningún concepto.

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES (E)

VF

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el siguiente enlace: <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>.



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., primero (1°) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-HERRÁN y otros
Demandado: Bogotá D.C.-Secretaría de Educación Distrital
Acción: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Temas: *CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Principio de la autonomía de la voluntad / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS – Libertad probatoria / DICTAMEN PERICIAL – Valoración / OBLIGACIÓN DE DAR – Retardo en el incumplimiento / INTERESES DE MORA – Se causan por el incumplimiento de las obligaciones dinerarias / CONSTITUCIÓN EN MORA – Ante la falta de mención expresa aplica lo previsto en el Código de Comercio / DEBER DE MITIGAR EL DAÑO – deriva del principio de buena fe objetiva y del deber de colaboración de los contratistas del Estado.*

Surtido el trámite de ley sin que advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

La controversia gira alrededor de los mayores costos que se le habrían causado a los integrantes del Consorcio ACR-Herrán, como consecuencia de la falta de planeación y la mayor permanencia en obra por incumplimientos que le atribuye a la Secretaría Distrital de Educación, así como por la ocurrencia de otros eventos cuyo reconocimiento se reclama a título de rompimiento del equilibrio económico del contrato.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 19 de junio de 2019, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento del contrato N°. 03610 de 2013 celebrado entre el Consorcio ACR-HERRÁN y la Secretaría de Educación Distrital de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: LIQUIDAR JUDICIALMENTE el contrato N°. 03610 de 2013 el Consorcio ACR-HERRÁN y la Secretaría de Educación Distrital (sic).

TERCERO: CONDENAR al Consorcio ACR-HERRÁN a restituir a favor del LA (sic) Secretaría de Educación Distrital la suma de \$738.822.224.

CUARTO: Condenar en costas a la parte demandante. Se fija por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandada, la suma equivalente al 1% de la condena, por valor de \$ 7.388.222.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría de la Sección, líquidense los gastos del proceso, y en caso de remanentes devuélvanse al interesado. Pasados dos años sin que la parte demandante los haya reclamado, la mencionada secretaría declarará la prescripción a favor del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o de la entidad que haga sus veces.¹

2. El anterior proveído decidió la demanda y su reforma² presentadas el 10 de febrero de 2016 y el 10 de junio siguiente, respectivamente,³ por el Consorcio ACR-Herrán integrado por ACR Constructora S.A.S. (30%), Construcciones ACR Sucursal Colombia (50%) y Construcciones Javier Herrán S.L. (20%) (en adelante, el consorcio, el contratista o, simplemente, el demandante) , cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos jurídicos se desarrollan, a continuación:

Pretensiones

3. La demandante formuló las siguientes pretensiones declarativas y de condena⁴:

PRIMERA.- Que se declare que la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED-, incumplió el Contrato de Obra No. 03610 de 2013 celebrado con el CONSORCIO ACR-HERRÁN, por todas o cualquiera de las siguientes causas:

a) La falta de adopción de las medidas necesarias y suficientes para mantener el equilibrio económico y financiero del contrato, así como la equivalencia prestacional, lo que se manifestó en la no legalización de la prórroga necesaria para finalizar el objeto del contrato.

b) La inobservancia del principio de planeación.

c) La no entrega y/o entrega tardía de áreas libres para intervención.

d) La no entrega y/o entrega tardía de las definiciones técnicas y estudios y diseños completos necesarios para dar continuidad al proyecto.

e) La no contratación oportuna de la interventoría de obra.

f) El pago tardío de las actas mensuales de obra.

g) El no pago de obras ejecutadas dentro y fuera del plazo del contrato, las cuales eran necesarias para concluir el objeto del contrato o finalizar ciertos capítulos de obra.

h) todo aquello que resulte probado en el proceso

SEGUNDA.- Que como consecuencia de la prosperidad de todas, algunas o una de las declaraciones anteriores, se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- a pagar al CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros, el valor de los sobrecostos y/o perjuicios de todo orden padecidos por el contratista por la ocurrencia de hechos o circunstancias que no le

¹ Folios 383 y 384, cuaderno del Consejo de Estado.

² Folios 92 a 126, cuaderno 1.

³ De conformidad con el acta de recibo suscrita por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la demanda fue presentada el 10 de febrero de 2016 (folio 49, cuaderno 1) y la reforma de la demanda el 10 de junio de 2016 (folio 126, cuaderno 1).

⁴ Folios 92 a 95, cuaderno 1.

son imputables y que generaron una excesiva onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, tales como, improductiva, intereses moratorios por pago extemporáneo de facturación y, en general, por todo aquello que resulte probado en el proceso.

PRETENSIÓN EN RELACIÓN CON LA TERMINACIÓN DEL PLAZO DEL CONTRATO

TERCERA. - *Que se declare que el Contrato de Obra No. 03610 de 2013 terminó por vencimiento del plazo sin que el objeto del contrato haya podido concluir, por causas que no le son imputables al CONSORCIO ACR-HERRÁN.*

PRETENSIONES EN RELACIÓN CON LAS OBRAS EJECUTADAS DENTRO Y FUERA DEL PLAZO DEL CONTRATO.

CUARTA. - *Que se declare que una vez concluido el plazo del Contrato de obra N. 03610 de 2013 celebrado entre la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- y el CONSORCIO ACR-HERRAN, el contratista ejecutó obras que contaban con respaldo presupuestal y eran necesarias para la culminación de ciertos capítulos de obra; por las cantidades que resulten probadas en el proceso.*

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. *Que subsidio de la pretensión cuarta, se declare que la ALCALDIA MAYOR BOGOTÁ-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED-, se ha enriquecido sin justa causa a costa del correspondiente empobrecimiento del CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros como consecuencia de la ejecución de obra por parte del contratista una vez concluido el plazo del contrato, las cuales contaban con respaldo presupuestal y eran necesarias para la culminación de ciertos capítulos de obra; por las cantidades que resulten probadas en el proceso.*

QUINTA. - *Que como consecuencia de la declaración solicitada en la pretensión cuarta principal se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED-, a pagar a favor del CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros el valor de las obras ejecutadas una vez concluido el plazo del contrato las cuales contaban con respaldo presupuestal y eran necesarias para la culminación de ciertos capítulos de obra; por las cantidades que resulten probadas en el proceso.*

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. *Que en subsidio de la pretensión quinta, y en el evento en que prospere la pretensión subsidiaria a la cuarta pretensión principal, se condene a ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL -SED- a compensar al CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros, en los valores que se logren probar en el proceso, como consecuencia de la ejecución de obras por parte del contratista una vez concluido el plazo del contrato, las cuales contaban con respaldo presupuestal, y eran necesarias para la culminación de ciertos capítulos de obra; por las cantidades que resulten probadas en el proceso.*

SEXTA. - *Que se declare que, durante el desarrollo del Contrato de Obra No. 03610 de 2013 celebrado entre la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- y el CONSORCIO ACR-HERRÁN, el contratista ejecutó obras y actividades no incluidas en el alcance inicial del objeto contractual las cuales, a pesar de no contar con respaldo presupuestal, eran necesarias para la culminación del objeto del contrato*

y la puesta al servicio de la obra pública, por las cantidades que resulten probadas en el proceso.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. Que en subsidio de la pretensión sexta, se declare que la ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL -SED-, se ha enriquecido sin justa causa a costa del correspondiente empobrecimiento del CONSORCIO ACR-HERRAN Y/O miembros como consecuencia de la ejecución de obras y actividades ejecutadas durante el desarrollo del contrato, no incluidas en el alcance inicial del objeto contractual las cuales, a pesar de no contar con respaldo presupuestal eran necesarias para la culminación del objeto del contrato y la puesta al servicio de la obra pública, por las cantidades que resulten probadas en el proceso.

SEPTIMA. Que como consecuencia de la declaratoria solicitada en la pretensión sexta principal se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED-, a pagar a favor del CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros el valor de las obras y/o actividades ejecutadas durante el desarrollo del contrato, no incluidas en el alcance inicial del objeto contractual las cuales, a pesar de no contar con respaldo presupuestal eran necesarias para la culminación del objeto del contrato y la puesta al servicio de la obra pública, por las cantidades que resulten probadas en el proceso.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SÉPTIMA PRETENSION PRINCIPAL. Que en subsidio de la pretensión séptima, y en el evento en que prospere la pretensión subsidiaria a la sexta pretensión principal, se condene a ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- a compensar al CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros, en los valores que se logren probar en el proceso, como consecuencia de la ejecución de obras y actividades ejecutadas durante el desarrollo del contrato, no incluidas en el alcance inicial del objeto contractual las cuales, a pesar de no contar con respaldo presupuestal eran necesarias para la culminación del objeto del contrato y la puesta al servicio de la obra pública, por las cantidades que resulten probadas en el proceso.

OCTAVA. - Que se declare que, durante el desarrollo del Contrato de Obra No. 03610 de 2013 celebrado entre la SECRETARÍA DE EDUCACION DISTRITAL - SED- y el CONSORCIO ACR-HERRAN, el contratista ejecutó obras y actividades incluidas en el alcance inicial del objeto contractual las cuales, a pesar de contar con respaldo presupuestal no fueron reconocidas y pagas por la interventoría de obra, por las cantidades que resulten probadas en el proceso.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL. Que en subsidio de la pretensión octava, se declare que la ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED-, se ha enriquecido sin justa causa a costa del correspondiente empobrecimiento del CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros como consecuencia de la ejecución, durante el desarrollo del contrato, de obras y actividades incluidas en el alcance inicial del objeto contractual las cuales, a pesar de contar con respaldo presupuestal no fueron reconocidas y pagas por la interventoría de obra, por las cantidades que resulten probadas en el proceso.

NOVENA. Que como consecuencia de la anterior declaratoria se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL - SED-, a pagar a favor del CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros el valor de las obras y actividades ejecutadas durante el desarrollo del contrato incluidas en

el alcance inicial del objeto contractual las cuales, a pesar de contar con respaldo presupuestal no fueron reconocidas y pagas por la interventoría de obra, por las cantidades que resulten probadas en el proceso.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL. *Que en subsidio de la pretensión novena, y en el evento en que prospere la pretensión subsidiaria a la octava pretensión principal, se condene a ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- a compensar al CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros, en los valores que se logren probar en el proceso, como consecuencia de la ejecución de obras y actividades ejecutadas durante el desarrollo del contrato, incluidas en el alcance inicial del objeto contractual las cuales, a pesar de contar con respaldo presupuestal no fueron reconocidas y pagas por la interventoría de obra, por las cantidades que resulten probadas en el proceso.*

PRETENSIONES EN RELACIÓN CON LOS MATERIALES ADQUIRIDOS PARA LA OBRA.

DÉCIMA.- *Que se ordene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED-, a recibir de parte del CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros la totalidad de los materiales que fueron adquiridos con destino al Contrato de Obra No. 03610 de 2013, por las cantidades y valores que resulten probados en el proceso, y que no fueron instalados debido a la finalización del plazo del contrato sin que se haya suscrito la prórroga requerida para terminar los trabajos contratados.*

DÉCIMA PRIMERA.- *Que como consecuencia de lo anterior se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED-, a pagar a favor del CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros el valor de los materiales que fueron adquiridos por éste con destino al Contrato de Obra No. 03610 de 2013, por las cantidades y valores probados en el proceso, y que no fueron instalados debido a la finalización del plazo del contrato sin que se haya suscrito la prórroga requerida para terminar los trabajos contratados.*

PRETENSIONES EN RELACIÓN CON LAS OBRAS Y/O EJECUTADAS PARCIALMENTE

DÉCIMA SEGUNDA. - *Que se declare que la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED-, está obligada a pagar la totalidad de las obras y/o actividades ejecutadas parcialmente durante el desarrollo del Contrato de Obra No. 03610 de 2013, en proporción a su grado de avance, las cuales no pudieron concluirse debido a la finalización del plazo del contrato sin la suscripción de la respectiva prórroga.*

DECIMA TERCERA. - *Que como consecuencia de lo anterior se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED-, a pagar a favor del CONSORCIO ACR-HERRÁN Y/O sus miembros el valor proporcional de las obras y/o actividades ejecutadas parcialmente por parte del contratista durante el desarrollo del Contrato de Obra No. 03610 de 2013, las cuales no pudieron concluirse debido a la finalización del plazo del contrato sin la suscripción de la respectiva prórroga.*

PRETENSIONES EN RELACIÓN CON LAS OBRAS Y/O ACTIVIDADES EJECUTADAS CON DEFECTOS.

DÉCIMA CUARTA. - Que se declare que la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- impidió al CONSORCIO ACR-HERRÁN ejercer su derecho/obligación contractual de corregir los defectos de que adolecían algunas obras y/o actividades ejecutadas durante el desarrollo del contrato.

DÉCIMA QUINTA. - Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL - SED- a pagar el valor total de las obras y/o actividades que adolecían defectos al momento de la finalización del plazo del contrato, y que no pudieron ser corregidas por impedimento de la entidad.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL DÉCIMA QUINTA. - Que en subsidio de la pretensión principal décima quinta, se ordene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- a pagar al CONSORCIO ACR-HERRAN y/o sus integrantes el valor proporcional que corresponda, de las obras y/o actividades que adolecían defectos al momento de la finalización del plazo del contrato, y que no pudieron ser corregidas por impedimento de la entidad.

PRETENSIONES EN RELACIÓN CON LAS OBRAS QUE DIERON ORIGEN A LAS FACTURAS 17 Y 19 EMITIDAS POR EL CONTRATISTA.

DECIMA SEXTA. Que se condene a ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- a pagar al CONSORCIO ACR-HERRÁN el valor de las obras que dieron origen a las Facturas 17 y 19 emitidas en el marco del Contrato de Obra No. 03610 de 2013, junto con los intereses moratorios que correspondan.

PRETENSIÓN EN RELACIÓN CON LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.

DÉCIMA SÉPTIMA.- Que se liquide judicialmente el Contrato de Obra No. 3610 de 2013 celebrado entre la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- y el CONSORCIO ACR-HERRÁN y que dentro de dicha liquidación judicial se incluya el reconocimiento de los sobrecostos y perjuicios de todo orden sufridos por el contratista con ocasión de la celebración, ejecución y terminación de dicha relación contractual, así como los valores que surjan de la prosperidad de todas o algunas de las pretensiones de condena que anteceden.

PRETENSIONES EN RELACIÓN CON EL PAGO DE INTERESES.

DÉCIMA OCTAVA. - Que se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- al pago actualizado de las sumas que resulten a su cargo, lo que procederá con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero) desde la época de causación hasta la fecha de la anual sobre tal monto de perjuicios ya actualizado, y para el mismo periodo.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA OCTAVA PRETENSION PRINCIPAL.- Que se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- al pago actualizado de las sumas que resulten a su cargo, con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero) desde

la época de la causación hasta la fecha de providencia que ponga fin al proceso y que, adicionalmente, se ordene el pago de intereses legales del seis por ciento (6%) anual sobre tal monto de perjuicios y actualizado, y para el mismo período.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - *Que se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- al pago actualizado de las sumas que resulten a su cargo, actualizado con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero) desde la época de la causación hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, a la tasa de interés que determine el juez.*

PRETENSION EN RELACIÓN CON LAS COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

DÉCIMA NOVENA. - *Que se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho en la cantidad que determine esa H. Corporación.*

PRETENSIONES EN RELACIÓN CON EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA

VIGÉSIMA. - *Que se ordene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- que dé cumplimiento a la sentencia a partir de su ejecutoria, en los términos prescritos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

VIGÉSIMA PRIMERA. - *Que sobre las cantidades liquidadas reconocidas en la sentencia se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL -SED- a pagar intereses de conformidad con el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

Hechos

4. En apoyo de sus peticiones, el consorcio relató, en síntesis, los siguientes hechos:
5. El 19 de diciembre de 2013, la Secretaría de Educación Distrital (en adelante, la entidad, la demandada o la SED) expidió la Resolución n°. 000342 a través de la cual adjudicó el contrato de obra n°. 03610 al consorcio ACR-Herrán. El negocio jurídico se suscribió el 27 de diciembre siguiente y su objeto consistió en el reforzamiento estructural del edificio patrimonial del Colegio La Merced y la construcción de dos edificios nuevos denominados *Aulas y Cire*, de acuerdo con los planos y especificaciones entregados por la entidad, por valor de \$16.197.729.719 y un plazo de ejecución de 15 meses.
6. Sostuvo que la demandada designó al consorcio Obras SED-2013 para que asumiera la interventoría del contrato temporalmente. Agregó que sólo hasta el 26 de septiembre 2014 9 meses después de la suscripción del contrato se adjudicó de manera definitiva la interventoría a Ingeobras S.A.S., lo que generó atrasos y “traumatismos” debido a las nuevas “exigencias y estilo” del interventor.

7. Relató que para la fecha de suscripción del acta de inicio 26 de mayo de 2014, la entidad incurrió en varios incumplimientos que hizo consistir, en esencia, en los siguientes: (i) la omisión de la obligación de mantener la licencia de construcción vigente durante el plazo de ejecución del contrato; (ii) la omisión de la entidad frente a la obligación de entregar libres las áreas de intervención, en la medida en que las zonas a intervenir estaban ocupadas por estudiantes e “*individuos arbóreos*”, situación que no era previsible; y, (iii) la falta de información técnica, en tanto los diseños eran de mala calidad, pues presentaban varias falencias técnicas en el área eléctrica e hidráulica, además de incoherencias con la estructura física del edificio.

8. Explicó que los incumplimientos de la entidad conllevaron a la ejecución de actividades adicionales no previstas en el alcance inicial del contrato, como la construcción de aulas provisionales para el traslado de los estudiantes, el inventario de árboles, la elaboración y presentación de APU, la tala, bloqueo y/o traslado de árboles, el tratamiento de terrenos y la elaboración de diseños, lo que generó graves atrasos desde el inicio del contrato.

9. Aún sin que se terminara el contrato, el consorcio solicitó a la entidad la prórroga del plazo, ante las múltiples falencias en la etapa de planeación del contrato.

10. Indicó que, debido a diferencias entre la entidad y el contratista, no fue posible suscribir la prórroga del contrato, a pesar de que para la fecha de finalización el objeto llevaba un avance tan solo del 28%. Por tal motivo, el 28 de agosto de 2015 la interventoría notificó al contratista que se procedería con la toma de posesión de las obras. El 31 de agosto del mismo año, el consorcio solicitó al interventor que se le permitiera terminar las actividades inconclusas y reclamó el pago total de las actividades realizadas en proporción a su avance, así como el valor de los materiales adquiridos. No obstante, el 4 de septiembre se dio inicio a la diligencia de toma de posesión de las obras por parte de la contratante, la cual se prolongó hasta el 11 de septiembre siguiente y terminó con la suscripción del acta de reunión técnica con algunas salvedades del contratista.

11. Con base en lo anterior, señaló que era evidente que la imposibilidad de cumplir con el objeto contractual obedeció a incumplimientos de la demandada, lo que le daba derecho a que se reconocieran los perjuicios causados, que hizo consistir en: (i) los costos administrativos por improductividad; (ii) actividades por fuera del alcance inicial del contrato; (iii) los intereses de mora por el no pago de facturas en firme, facturas pagadas por fuera del plazo y aquellas que no fueron pagadas; (iv) el pago del material adquirido para la ejecución del objeto del contrato, (iv) las obras ejecutadas y no reconocidas por la entidad; y, (v) la utilidad dejada de percibir.

Los fundamentos de derecho de la demanda

12. En el acápite de fundamentos de derecho, el consorcio invocó los artículos 3, 5 y 27 de la Ley 80 de 1993 y la sentencia del 31 de agosto de 2006 (Exp. 14.287) de esta Corporación en la que se desarrollaron algunas consideraciones sobre el

deber de planeación, la mayor permanencia en obra y sus efectos. Además, desarrolló los siguientes argumentos:

13. Sostuvo que la entidad no se avino al cumplimiento del principio de planeación que rige la contratación estatal porque no le suministró al consorcio todas las herramientas y elementos necesarios para ejecutar el objeto, tales como los diseños que resultaban indispensables para determinar los materiales y sus cantidades, las zonas libres en las que se desarrollaría el objeto y la contratación oportuna de la interventoría.

14. Señaló que como ejecutó cumplidamente sus obligaciones, pero la entidad contratante impidió la realización del objeto, tiene derecho a que se le reconozcan los sobrecostos y perjuicios sufridos, tomando como base la diferencia entre el valor inicial del contrato y lo realmente pagado por la Secretaría.

15. Indicó que la jurisprudencia⁵ ha reconocido que el contratista tiene derecho a recibir la utilidad esperada con la ejecución del objeto contractual en aquellos casos en los que, por hechos imputables a la entidad contratante, se hace imposible completarlo.

La defensa

16. El 27 de septiembre de 2016⁶, la Secretaría de Educación Distrital contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de condena. Afirmó que no se opone a la prosperidad de las pretensiones declarativas relativas a la liquidación del contrato. En su defensa, formuló las excepciones de *“contrato no cumplido”, “existencia de sumas a cargo del contratista y en favor de la Secretaría de Educación Distrital”* e *“inexistencia de sobrecostos o perjuicios”*.

17. En relación con los hechos, aceptó unos, negó otros, y respecto de los demás, dijo que se atenía a lo que logran probar los demandantes en el proceso. Señaló que nunca conoció ni autorizó la compra de materiales y la ejecución de obras parciales, por lo que los costos asociados a estos conceptos no deben ser reconocidos por la entidad. Insistió en que, de conformidad con el contrato, las actividades no previstas sólo podían ejecutarse a través de un *otrosí*.

18. Al referirse a los retrasos por la ocupación de las áreas a intervenir, señaló que el contratista en ningún momento se dedicó exclusivamente al traslado de los árboles o al tratamiento silvicultural y, por ello no era posible afirmar que esto hubiera afectado el programa de obra. Asimismo, el inventario de árboles estuvo a cargo de un tercero que fue contratado exclusivamente por la interventoría para dicha labor. Señaló que el contratista conoció o debió conocer las características del área a intervenir, por lo cual debió calcular estas actividades y su incidencia en los costos y cronograma de obra de ahí que no podría imputarse incumplimiento alguno a la entidad.

⁵ Citó la sentencia del 27 de marzo de 1992 (Exp. 6353 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

⁶ Folios 150 a 188, cuaderno 1. La constancia de recepción por parte de la Secretaría del Tribunal Administrativo obra al reverso del folio 188 del cuaderno 1.

19. Frente a los retrasos asociados a la construcción de aulas provisionales para el traslado de los estudiantes, sostuvo que desde la etapa de planeación del contrato se previó que el contratista presentaría una propuesta para el diseño y construcción de las aulas prefabricadas; no obstante, al tratarse de un frente adicional y complementario a las acciones de obra, de ninguna manera pudo incidir en los retrasos de los otros frentes de obra.

20. En línea con lo anterior, señaló que las pretensiones del contratista se fundamentan en presuntas fallas en la etapa de planeación, lo que conllevó a que se presentaran falencias técnicas y retrasos en el programa inicialmente planteado. No obstante, sostuvo que el acompañamiento por parte del consultor fue permanente y se subsanó cualquier vacío técnico en los comités de obra que se realizaron, de modo que tampoco es posible aseverar que las falencias técnicas fueron la causa que impidió cumplir con el objeto contratado.

21. Finalmente, respecto de los intereses moratorios derivados de las facturas, explicó que en el contrato se fijaron detalladamente los requisitos que debían cumplir para su radicación y pago. Asimismo, esgrimió que en la cláusula octava del contrato se dispuso la forma de pago de las actas parciales de obra y se estableció que serían liquidadas de acuerdo con la medición de obra ejecutada. Por tal motivo, lo procedente era pagar únicamente los ítems y actividades recibidos a satisfacción por la interventoría, de modo que no era posible como pretende el contratista el recibo y reconocimiento de actividades ejecutadas parcialmente o extemporáneamente. Del mismo modo, aquellas actividades ejecutadas dentro del plazo contractual y recibidas a satisfacción por la interventoría pero que no pudieron ser pagadas por la finalización del contrato, debían ser tenidas en cuenta al momento de la liquidación.

Alegatos en primera instancia

22. Agotado el período probatorio⁷, los demandantes presentaron sus alegatos de conclusión⁸, en los que reiteraron que la entidad es responsable de las causas que impidieron al consorcio cumplir con el objeto del contrato dentro del plazo establecido. Asimismo, señaló que quedó probado el incumplimiento de la entidad, la vulneración al principio de planeación y el desequilibrio económico del contrato. La entidad también presentó sus alegatos⁹ e insistió en los argumentos desarrollados en su contestación, en particular, en que el consorcio no entregó la obra contratada al finalizar el plazo. El Ministerio Público no se pronunció.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

⁷ Mediante auto del 25 de noviembre de 2016 proferido en audiencia inicial, el Magistrado Ponente profirió el auto de pruebas (ver folios 247 a 250, cuaderno 1), en el cual decretó: (i) las aportadas con la demanda y en la contestación de la demanda; (ii) oficiar a la Secretaría Distrital de Educación para que allegue copia integral del expediente administrativo del contrato de obra n°. 03610 de 2013, (iii) oficiar al interventor Ingeobras para que certifique las obras cuya ejecución no pudo ser validada por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, las obras ejecutadas por el contratista y que no contaban con amparo presupuestal y las áreas de los diseños ejecutados por el contratista relacionados con la red de incendios, estudio fitosanitario y diseños eléctricos; (iv) los dictámenes periciales aportados por los demandantes con la demanda elaborado por el perito Rodríguez Messier y la Sociedad Colombiana de Ingenieros; (v) los testimonios de Carlos Suta Borrero, Orlando Peña, Mary Lucy Soto Caro y Jhonson Mario Cansario Pérez.

⁸ Folios 443 a 485, cuaderno 3.

⁹ Folios 494 a 498 del cuaderno 3.

23. Como fundamento de su decisión, el Tribunal¹⁰ consignó las siguientes razones:

24. Con base en los artículos 1494, 1495, 1530 y 1551 del Código Civil, afirmó que en los contratos bilaterales puede suceder que alguna de las partes se sustraiga del compromiso y no cumpla con la obligación pactada, incurriendo así en un incumplimiento y que en este caso los demandantes atribuyen dicho incumplimiento a conductas endilgables a la entidad, particularmente, derivadas de la vulneración del principio de planeación.

25. Luego de referirse al informe preliminar de la oficina de Control Interno de la SED y al informe de interventoría del 23 de noviembre de 2015, consideró que la entidad tenía la obligación de mantener la licencia de construcción vigente y entregar al consorcio los diseños con anterioridad al inicio de las obras, obligaciones que no atendió de manera oportuna, por lo que incumplió el contrato.

26. Indicó que se presentaron inconsistencias técnicas que afectaron el desarrollo del contrato, las cuales se debieron al transcurso del tiempo entre el contrato de obra y la consultoría, lo que ocasionó que algunos aspectos técnicos sufrieran modificaciones y hubiera una falta de correspondencia entre los diseños y los espacios de construcción. Asimismo, señaló que hubo actividades adicionales que afectaron el cronograma de la obra, como la construcción de aulas temporales, el trámite de permisos silvicultores y la elaboración de diseños que, aunque se habían contratado con la consultoría, estaban desactualizados.

27. Se refirió al dictamen pericial aportado por la demandante para determinar si los diseños entregados al contratista eran aptos para la ejecución del proyecto. Sin embargo, consideró que el dictamen no tenía mérito probatorio porque el perito, arquitecta Luisa Vásquez, carecía de imparcialidad, pues para la época de los hechos tenía una relación laboral con el contratista.

28. En relación con las obras ejecutadas y no reconocidas, indicó que de conformidad con la sentencia de unificación de esta Corporación del 19 de noviembre de 2012 (exp. 24.897), no se cumplían en este caso los supuestos de hecho ni de derecho para la configuración de un enriquecimiento sin causa.

29. En cuanto a la pretensión de liquidación, señaló que como ese acto no se había llevado a cabo, era procedente hacer el finiquito de cuentas por vía judicial, para lo cual tuvo en cuenta, que: (i) el valor total del contrato fue \$16.197.729.719; (ii) que el valor ejecutado por el consorcio, instrumentado a través de las actas parciales de obra, fue de \$5.211.147.879,77, y (iii) que el valor pagado fue de \$3.463.963.293, de donde resulta un saldo a favor del contratista de \$1.747.184.586,77. No obstante, como al contratista se le entregó un anticipo por \$3.239.545.943,80 y éste sólo amortizó \$865.990.825,25, se tiene que debe restituir a la entidad \$2.373.555.118,55. Así las cosas, al compensar las sumas adeudadas mutuamente, resulta un saldo a favor de la entidad de \$626.370.531,78, suma que, una vez actualizada, ordenó a la demandante pagar a la demandada.

¹⁰ Ver folios 522 a 540, cuaderno principal.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

30. El 8 de julio de 2019, el consorcio interpuso recurso de apelación¹¹ contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que sea revocada parcialmente y, en su lugar, se concedan íntegramente las pretensiones de la demanda. Para el efecto, planteó las siguientes razones:

31. Señaló que la sentencia de primera instancia omitió pronunciarse en frente a todas las pretensiones declarativas y de condena contenidas en la reforma integral de la demanda.

32. En cuanto a las pretensiones declarativas, expuso que, pese a que el Tribunal reconoció el incumplimiento por parte de la entidad, no se pronunció frente a: (i) el desequilibrio económico del contrato por la no suscripción de la prórroga; (ii) la inobservancia del principio de planeación; (iii) la omisión en la entrega de las áreas a intervenir; (iv) la no contratación oportuna de la interventoría; (v) el pago tardío de las actas mensuales de obra; y, (vi) el no pago de obras ejecutadas dentro y fuera del plazo contractual.

32.1. Se refirió a las obras no ejecutadas con o sin respaldo presupuestal, (vii) frente a las que insistió que no hubo pronunciamiento del *a quo*. Agregó que les dio a la mayoría el tratamiento de ejecutadas sin contrato, pero que muchas de ellas fueron ejecutadas durante el contrato.

33. Frente a las pretensiones de condena sostuvo que, pese a que el Tribunal reconoció el incumplimiento por parte de la entidad, no se refirió a (viii) los perjuicios por sobrecostos administrativos por improductividad, (ix) los intereses por el pago tardío o no pago de facturas y (x) el reconocimiento de los materiales adquiridos para la ejecución de la obra.

33.1 En relación con los sobre costos por improductividad, durante y con posterioridad a la finalización del plazo, y que no recuperó porque no se ejecutó el contrato ni se pagaron tales costos, (xi) señaló que el *a quo* no se pronunció y pidió que en esta instancia se tuvieran en cuenta los dictámenes periciales de la Sociedad Colombiana de Ingenieros y el contable con los cuales se acreditó ese perjuicio.

33.2. Esgrimió que el Tribunal (xii) no resolvió sobre la pretensión relativa al pago de intereses por el no pago o el pago tardío de actas de obra, el cual se acreditó con la prueba documental correspondientes a los folios 1150 a 1613 de los anexos de la demanda que contiene las facturas presentadas para el pago, las cuales, además, tuvo en cuenta el dictamen pericial contable.

33.3. Explicó que la sentencia (xiii) tampoco resolvió lo relacionado con la existencia y el material adquirido para la ejecución del contrato y que no fue utilizado por el consorcio para la ejecución del contrato. Indicó que de este perjuicio da cuenta

¹¹ La sentencia del 19 de junio de 2019 fue notificada mediante la remisión, el 25 de junio de 2019, de sendos mensajes de datos a las partes y al Ministerio Público y de conformidad con el artículo 203 del CPACA. De la recepción de los respectivos mensajes dejó constancia la Secretaría del Tribunal (folios 541 a 547, cuaderno principal). La parte demandante interpuso recurso de apelación mediante escrito del 8 de julio de 2019, dentro del término de 10 días establecido en el artículo 247 CPACA (los días 29 y 30 de junio y 6 y 7 de julio fueron inhábiles).

el dictamen pericial de la Sociedad Colombiana de Ingenieros y los soportes allegados con la demanda

34. Afirmó que el *a quo* erró en la forma en la que liquidó judicialmente el contrato porque tuvo como pagadas las facturas n°. 17 y 19. Al respecto, afirmó que la entidad reconoció, en la contestación de la demanda, que no efectuó el pago de dichas facturas y, por ello, el pago total que recibió el consorcio fue de \$3.027.301.968 y no, como afirma el Tribunal, de \$3.463.963.293.

35. Finalmente, esgrimió que el *a quo* incurrió en error al condenar en costas a la demandante pues de conformidad con la motivación del fallo, se infiere que el Tribunal reconoció el incumplimiento de la demandada y la liquidación judicial se limitó a un ejercicio de compensación de saldos, motivo por el cual el fallo es incongruente.

36. Mediante auto del 30 de julio de 2019, el Tribunal concedió el recurso de apelación¹² y a través de auto del 10 de octubre siguiente se admitió¹³. El 2 de noviembre de 2019¹⁴, se les corrió a las partes y al Ministerio Público el traslado por el término de 10 días para alegar de conclusión¹⁵. En sus alegatos¹⁶, las partes reiteraron lo expuesto. El Ministerio Público guardó silencio¹⁷.

III. CONSIDERACIONES

Cuestión preliminar

37. La parte recurrente alegó que la decisión del Tribunal omitió resolver la mayoría de las pretensiones de la demanda.

38. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 281 del Código General del Proceso, la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda y, asimismo, con las razones de defensa de la parte demandada; de manera que estos elementos delimitan el objeto alrededor del cual debe girar el debate del proceso y, por tanto, los aspectos sobre los cuales ha de recaer el pronunciamiento judicial final, es decir, constituyen pilares fundamentales que garantizan el ejercicio, entre otros, del derecho de acción y, correlativamente, del de contradicción y, a su vez, imponen al juez el deber de fallar de manera congruente con lo pretendido en la demanda y su fundamento.

39. La motivación de las decisiones judiciales constituye un deber de los jueces y un elemento constitutivo de la garantía al debido proceso¹⁸ que involucra el examen crítico de las pruebas sobre los hechos y la formulación de los

¹² Folios 574 a 576 del cuaderno principal.

¹³ Folio 583 del cuaderno principal.

¹⁴ Folio 438, cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁵ El cual se hizo efectivo el 13 de enero de 2020 (folio 588 del cuaderno principal), por lo que el término para presentar los alegatos venció el 28 de enero de 2020.

¹⁶ La parte actora presentó sus alegatos de segunda instancia mediante escrito del 27 de enero de 2020 (folios 589 a 616 del cuaderno principal). Por, su parte, la entidad presentó alegatos de conclusión mediante escrito presentado el 27 de enero de 2020.

¹⁷ Ver constancia secretarial que obra a folio 622 del cuaderno del principal.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Exp. 27.345. C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Consideración jurídica 3.1.

razonamientos legales necesarios para fundamentar la decisión, como se deduce del artículo 280 del CGP. No basta tener razones para adoptar la decisión, sino que hace falta expresarlas analíticamente. Las razones que justifican la decisión corresponden a las premisas fácticas (los hechos probados) y a las premisas jurídicas (las normas aplicables al caso). En este orden de ideas, la decisión no estará justificada si no se deriva lógicamente de las premisas expresadas en el razonamiento; así lo ha determinado la jurisprudencia de esta corporación.

40. En línea con lo expuesto, procede la Sala a determinar los aspectos que, alegados en la apelación, fueron resueltos por el *a quo* y aquellos que no fueron objeto de pronunciamiento.

41. Frente a las pretensiones declarativas -la primera pretensión-, la apelación esgrimió que se pidió el incumplimiento del contrato por los siguientes motivos frente a los que no se refirió el *a quo*: (i) La falta de adopción de las medidas necesarias y suficientes para mantener el equilibrio económico y financiero, mediante la prórroga del contrato, (ii) no mantener vigente la licencia de construcción, (iii) el desconocimiento del principio de planeación y (iv) la no entrega de las definiciones técnicas y diseños. En esa pretensión, expresamente se indicó que la declaratoria de incumplimiento se pedía “*por todas o cualquiera*” de esas causas.

42. El Tribunal, con base en las pruebas obrantes en el proceso, especialmente, con sustento en el informe preliminar rendido por la Oficina de Control Interno de la SED y en el informe de interventoría del 23 de noviembre de 2015, acogió las razones expuestas por la demandante como fundamento de las referidas pretensiones. En efecto, aunque no individualizó cada uno de los puntos contenidos en la pretensión primera declarativa, el *a quo* concluyó el incumplimiento porque se presentaron inconsistencias técnicas que afectaron el desarrollo del contrato, no se mantuvo vigente la licencia de construcción, existían deficiencias en los diseños, se probó la existencia de obras adicionales y no se entregaron las instalaciones en condiciones para iniciar los trabajos. De manera que frente a estos aspectos el fallo expresó los motivos por los cuales tuvo acreditado el incumplimiento reclamado en la pretensión primera declarativa.

43. En cuanto a las obras ejecutadas, la Sala aprecia que en la parte motiva del fallo el tribunal resolvió estimar que no se configuraron los presupuestos que la jurisprudencia tiene definidos para la procedencia del enriquecimiento sin causa. Esta decisión corresponde a las pretensiones subsidiarias a las pretensiones cuarta, quinta, sexta, séptima y octava. Sin embargo, al realizar la liquidación del contrato, otorgó valor probatorio al dictamen pericial rendido por la Sociedad Colombiana de Ingenieros y, a partir de los valores allí definidos, estableció las compensaciones de las sumas adeudadas mutuamente. De ese dictamen tuvo en cuenta la totalidad del valor de las obras ejecutadas por el consorcio conforme a las pretensiones cuarta, quinta, sexta, séptima y octava principales. Del total de las obras reconocidas y verificadas por el perito, el Tribunal descontó las obras ejecutadas con defectos y las no aprobadas por la interventoría, en la medida que solo podían tenerse en cuenta aquellas que fueron útiles para la entidad. De manera que el valor total de las obras ejecutadas pedidas por el consorcio y probadas pericialmente fueron tenidas en cuenta por el *a quo*, sin que en el recurso de apelación el demandante formulara reparos a sus conclusiones. De manera que sobre este punto sí hubo

decisión en primera instancia, sin que los fundamentos de esa decisión fueran objeto de apelación.

44. Ahora bien, con relación a los demás asuntos señalados en la apelación se observa lo siguiente:

45. Frente a: (i) los sobrecostos administrativos y (ii) los intereses por el pago extemporáneo y/o no pago de las actas mensuales de obra y que corresponden a la pretensión primera -declarativa- y segunda de condena y cuya cuantificación se hizo en los numerales 4.1. y 4.2. de la reforma a la demanda, el *a quo*, en efecto, no hizo ningún pronunciamiento.

46. De igual forma, en cuanto a la omisión en recibir los materiales de obra, que corresponde a las pretensiones décima y décima primera, la sentencia de primera instancia omitió realizar pronunciamiento, como lo señaló el recurso de apelación, y que se cuantificó como perjuicio en el numeral 4.3. de la reforma a la demanda.

47. Tampoco se advierte que la sentencia hubiera realizado análisis alguno frente a la utilidad, la cual fue cuantificada en la reforma a la demanda como perjuicio en el numeral 4.6.

48. En consonancia con lo anterior y de conformidad con lo previsto en el artículo 287 del CGP, el juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado. En la misma línea, según el artículo 328 del CGP, el objeto de la apelación debe circunscribirse al estudio de los reproches del recurrente.

49. Por lo tanto, de cara a la resolución del caso concreto, se excluirá del análisis del objeto de la apelación las pretensiones declarativas relacionadas con el incumplimiento que generó la imposibilidad de ejecutar el contrato (violación a la planeación, falta de diseños, no entrega de definiciones técnicas) pues así lo halló probado el tribunal, aunque no se refirió a cada uno de los aspectos puntuales de la primera pretensión. Asimismo, tampoco será objeto de estudio en segunda instancia la pretensión de condena referente al pago de obras ejecutadas (pretensiones cuarta, quinta, sexta, séptima y octava principales), porque la totalidad de las obras ejecutadas conforme al dictamen de la SCI fueron tenidas en cuenta por el *a quo* al liquidar el contrato, con exclusión de las defectuosas y las no aprobadas por la interventoría, decisión frente a la que el apelante no realizó objeción. Los demás asuntos observados en la apelación serán decididos por la Sala, ante la falta de pronunciamiento del juez de primera instancia.

El objeto de la apelación

50. Definido lo anterior, corresponde a la Sala determinar (i) si procede el reconocimiento de costos administrativos por improductividad y (ii) si la SED incumplió el contrato por a) el pago extemporáneo y/o no pago de las actas mensuales de obra, b) la omisión en recibir los materiales de obra; (iii) si existió un error en el balance que hizo el tribunal al tener por pagadas las facturas 17 y 19, aspecto que la Sala resolverá con el anterior por hallarse ligados; y, (iv) si procedía la condena en costas en primera instancia. En caso de que la respuesta a alguna o

a todas las anteriores pretensiones sea afirmativa, la Sala se pronunciará sobre su impacto en la liquidación del contrato.

Motivación de la sentencia

Los costos administrativos por improductividad.

50. El reparo del demandante radica en que a pesar de que se halló probado el incumplimiento del contrato, el *a quo* no resolvió sobre los perjuicios que se derivaron por costos administrativos por improductividad. En la demanda explicó que a pesar de que no fue posible el cumplimiento del objeto contractual incurrió en una serie de gastos que no pudo recuperar, como personal que mantuvo durante el plazo de ejecución, el pago de impuestos, servicios públicos y pólizas. En la demanda alegó que los pagos recibidos fueron parciales y que no pudo recuperar la totalidad de esos costos administrativos. Indicó que esos costos estaban acreditados con dos pruebas técnicas: (i) el dictamen de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, que prueba la existencia del daño y (ii) el dictamen pericial contable mediante el cual se cuantificaron los perjuicios.

51. La Sala empieza por señalar que los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de una parte del contrato deben ser ciertos, personales y directos, no puramente eventuales, indirectos o hipotéticos; por tanto, para emitir una condena no basta con que se encuentre probado el incumplimiento, sino que el daño, con las características mencionadas, debe estar plenamente probado.

52. Para probar el daño es imprescindible acreditar los costos administrativos por improductividad. Sin su demostración resulta imposible acceder a las pretensiones indemnizatorias de la demanda, como tampoco es posible emitir una condena en abstracto, en la medida que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 193 del CPACA⁶⁹ y 283 del CGP⁷⁰, tal incidente está dispuesto para determinar la cuantía del perjuicio, lo que supone que previamente en la sentencia se ha establecido la existencia de un daño cierto, personal y directo –por ser un elemento de la responsabilidad–, que, se reitera, en este caso sólo podía acreditarse demostrando las erogaciones en las que afirman los demandantes haber incurrido.

53. Los daños que se reclaman en la demanda corresponden a los costos administrativos en los que incurrió el consorcio y que no se recuperaron por la no ejecución del contrato por culpa de la entidad. La jurisprudencia ha delimitado este concepto al señalar que la administración corresponde a aquellos costos para la operación del contrato, tales como gastos de disponibilidad de la organización del contratista¹⁹. No se trata de erogaciones mayores a las previstas inicialmente, sino de las que estaban planeadas, pero que dado el incumplimiento de la entidad y la inejecución del contrato, no fueron pagadas. Por tanto, deben distinguirse los gastos que surgen o deben sufragarse como consecuencia directa de la mayor permanencia de obra, de aquellos que, como lo reclama la demanda, son propios de la ejecución del contrato y que en principio están cubiertos por la remuneración pactada y, por lo mismo, no pueden catalogarse como mayores costos.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2003, Rad. 17.554.

54. En línea con lo anterior y de cara al reconocimiento de los perjuicios derivados por costos administrativos se debe acreditar: (i) el incumplimiento, (ii) las erogaciones en las que debió incurrir el contratista en razón o con ocasión de los costos administrativos que fueron planeados para la ejecución del contrato; (iii) que los costos administrativos en los que incurrió el consorcio son superiores a lo pagado durante la ejecución del contrato o que no pudo recuperarlos con ocasión del incumplimiento, por ejemplo, porque la obra no se ejecutó en el plazo contractual; (iv) la necesidad de incurrir en esos costos, a pesar de que el contratista tiene claro que no es posible la ejecución del contrato dadas las circunstancias que afectan el cumplimiento de sus obligaciones.

55. Se demostró que el contrato finalizó por el cumplimiento del plazo y que para ese momento solo se ejecutó un 28% de la obra²⁰. Conforme a la decisión del tribunal, la imposibilidad de ejecutar el contrato se debió al incumplimiento de la entidad. La demanda afirma que, a pesar de no cumplirse el contrato por culpa de la entidad, incurrió en costos administrativos que no fueron pagados a pesar de estar cubiertos por el precio del contrato.

56. Sobre la configuración de este perjuicio, obra en el expediente el dictamen pericial rendido por la Sociedad Colombiana de Ingenieros²¹, practicado para determinar, entre otros aspectos, si se presentó o no un costo administrativo por posible improductividad y precisar cuáles fueron las causas que determinaron la ocurrencia de esta situación

57. Frente a los costos administrativos por improductividad concluyó:

Los problemas evidenciados fueron ratificados con posterioridad por la Interventoría en oficio No.IO.TEM-204-14 del 23 de abril de 2015, en el cual da respuesta a la solicitud de ampliación presentada por el contratista ACR HERRAN, mediante el oficio OB-LME-INT-219A-15 del 16 de abril de 2015, así : La Interventoría INGEOBRAS SAS, deja constancia, que aún existen indefiniciones técnicas en la liberación de áreas "Arboles" ya que a pesar que se aporta la autorización realizada por parte de la Supervisión en el Acta del 16 de septiembre de 2014, a la fecha 23 de abril de 2015, no se cuenta con la Licencia por parte de la Secretaría de Medio Ambiente. El Acta de comité de obra del 24 de abril de 2015; donde el Supervisor de la SED, Ingeniero Carlos Suta, informa que la Consultoría no va a atender la falta de diseños y pide que el contrato se suspenda en tanto se soluciona este inconveniente. También solicita que se lleven todos los costos administrativos por Mayor Permanencia, tanto del Contrato de obra como de la Interventoría.

En general y acorde a la información contenida en las Actas de Comités de obra y lo consignado en el Informe de Auditoría de Control Interno del 30 de abril de 2015, se evidencian inconsistencias e insuficiencias técnicas para ejecutar en debida forma el proyecto de la ID La Merced, en razón a que el proyecto fue licitado sin completar la información de estudios, diseños y trámites requeridos legalmente para este propósito.

²⁰ Según da cuenta el informe de interventoría n.º IO-IEM-378-14

²¹ Cuaderno n.º. 10.

Por lo anterior, la Sociedad Colombiana de ingenieros considera que, en esas condiciones, no era posible mantener la productividad esperada en la ejecución del contrato de obra No. 3610 de 2013., sin embargo, el contratista, no abandonó el contrato.

La causa para que se generara este costo administrativo fue la presencia del equipo humano dispuesto para atender el desarrollo del proyecto, quienes dedicaron el tiempo establecido en el plazo contractual y que correspondía ser costado por El consorcio ACR HERRAN.

58. Para llegar a la conclusión referida, esto es, los costos por improductividad, el experto aplicó la siguiente metodología: (i) realizó una recopilación de todos los documentos que fueron generados durante la ejecución y desarrollo del contrato n.º 3610 de 2013, los cuales correspondieron a las diferentes etapas del proyecto e (ii) hizo una trazabilidad de la totalidad de la documentación que produjeron las dos interventorías contratadas para el seguimiento del contrato, así como la enviada por el consorcio a la Secretaría.

59. La Sala considera que el dictamen pericial no permite concluir la configuración del daño reclamado por los siguientes motivos.

60. En primer lugar, porque las conclusiones del dictamen se refieren, principalmente, a las causas del incumplimiento del contrato. En efecto, para adoptar sus conclusiones el dictamen se apoyó en las distintas comunicaciones y documentos que las partes y las dos interventorías produjeron durante la ejecución del contrato. De esas comunicaciones pudo advertir las distintas situaciones que afectaron la ejecución normal del contrato. Así, tuvo en cuenta las reiteradas comunicaciones del contratista en las que se indicaba la insuficiencia de los diseños. También estudió las distintas actas de comités de obra, en las que se dejó constancia de que el proyecto presentaba múltiples insuficiencias técnicas y diferencias entre los diseños estructurales. Hizo referencia detallada a las comunicaciones de las firmas interventoras y, en especial, al informe de auditoría de 30 de abril de 2005, en las que se confirmaron todas estas situaciones que afectaron la ejecución del contrato. De manera que estos soportes documentales se refirieron a las causas del incumplimiento, pero no al daño en el que incurrió por improductividad. Por lo demás, estas consideraciones son de orden jurídico, pues tienen que ver con el análisis del cumplimiento, las cuales escapan al perito y corresponden al juez del contrato.

61. En segundo lugar, el experto realizó visitas a las obras, las cuales le permitieron concluir la existencia de una variedad de obras ejecutadas y otras inconclusas que correspondieron con los incumplimientos que encontró probados el *a quo*. Esas visitas y análisis posteriores no son suficientes, pues con ellas no puede determinarse si en realidad el contratista, durante la ejecución del contrato, incurrió en los costos administrativos que ahora demanda.

62. En tercer lugar, aunque el perito indicó que a pesar de las circunstancias de ejecución, *“el contratista no abandonó el contrato”*, tal aserto no pasa de ser una afirmación que no está soportada en anexos, cuentas de cobro, egresos, facturas u otros elementos contables que permitan probar los costos en los que incurrió el

contratista al ejecutar el contrato. Se reitera que el experto se limitó a analizar las comunicaciones de las partes y a indicar los posibles incumplimientos de la entidad, pero no a verificar de manera contable los costos administrativos. Incluso, revisados los anexos del dictamen, llama la atención que allí relaciona 13 anexos con la cuantificación de distintos rubros y ninguno corresponde a los costos administrativos que, consideró, se produjeron de forma automática ante el incumplimiento de la entidad.

63. En cuarto lugar, el perito tampoco analizó lo que se pagó durante la ejecución por concepto de administración, con el fin de determinar si ese valor fue inferior al total de los costos en los que pudo incurrir el consorcio para mantener el personal y cubrir los demás gastos durante el plazo de ejecución del contrato.

64. En quinto lugar, el dictamen resulta contradictorio porque a pesar de concluir la existencia de los costos administrativos, indicó expresamente que *“luego de la revisión detallada de los documentos del desarrollo contractual del contrato de obra No.3610 de 2013, se evidenció que en varias ocasiones se requirió al contratista Consorcio ACR HERRAN, para que diera cumplimiento a la cláusula tercera del contrato No. 3610 de 2013, respecto a las obligaciones relacionadas con el personal que no se consideraba completo”*. De manera que, según el mismo dictamen no siempre el contratista incurrió en los costos que, concluyó, se configuraron, porque se le requirió para que dispusiera del personal de acuerdo con lo pactado en el contrato.

65. Conforme al artículo 226 del CGP, la peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El inciso tercero de ese mismo artículo establece que no es admisible sobre puntos de derecho. Como el dictamen absolvió aspectos que corresponden al juez del contrato, pues se basaron exclusivamente en el incumplimiento, el dictamen pericial no tiene mérito probatorio. Además, no es conducente para acreditar que el contratista incurrió en costos administrativos derivados del pago de personal para ejecutar el contrato, pues se centró en las causas del incumplimiento y su conclusión sobre su configuración no pasan de afirmaciones sin soporte probatorio (artículo 232 del CGP).

66. En el proceso también obra el dictamen pericial contable y financiero elaborado por Sergio Rodríguez Messier²². En ese dictamen el perito concluyó que *“Según los soportes físicos e información contable verificada este valor es de novecientos setenta y seis millones quinientos treinta y siete mil quinientos diez pesos (COP \$976.537.510)”*.

67. Como metodología de su experticia, el perito indicó que se centró *“en estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la infracción, examinando periodos anteriores o posteriores a la infracción u otros mercados que no han sido afectados por la misma”*. Para el efecto, hizo referencia a la regulación del Código Civil sobre daño emergente y lucro cesante y afirmó seguir los estándares de contabilidad y la revisión financiera de los cálculos de acuerdo con la información suministrada. De

²² Cuaderno n.º9.

su conclusión anexó un cuadro que contiene un listado de facturas cuyo total correspondió al valor que estimó, asciende el daño.

68. En lo que concierne a los valores que calculó por costos de administración, el perito se limitó a señalar que se sumaron los costos y gastos que el contratista hizo, para lo cual tuvo en cuenta toda una serie de documentos a los que denominó “*comprobantes*”. Sin embargo, no se halla en el dictamen una explicación que permita deducir con claridad cuáles habrían sido los fundamentos técnicos o científicos que lo llevaron a tomar como costos todos y cada uno de los egresos que se reportaron en los documentos anexos a la experticia y tampoco los que lo condujeron a afirmar que todos aquellos correspondieran a elementos que hubieran estado disponibles por todo el tiempo del plazo del contrato.

69. En efecto, el valor de estos conceptos los dedujo solamente a partir de la sumatoria de los documentos que se anexaron al dictamen, sin que se realizara o expresara en la experticia, como exige la ley, los análisis que, elaborados sobre tales documentos, condujeran a las conclusiones a las que arribó el perito. En línea con lo anterior, es necesario reiterar que el solo documento que dé cuenta de un egreso no es prueba de un costo, sino que de su contenido debe poder derivarse mínimamente que: (i) el egreso tiene relación con el contrato de obra pública, (ii) que lo asumió efectivamente el contratista, esto es, que pueda constatarse que hizo una erogación con cargo a su patrimonio, (iii) que éste se causó en razón o con ocasión de la ejecución del contrato y (iv) que se trató de una erogación que no pudo, razonablemente, eludir el contratista. Estos aspectos debían ser corroborados por el dictamen y puestos de presente al rendir la experticia y cuya ausencia le resta credibilidad en relación con los gastos en los que incurrió el consorcio demandante.

70. Por todo lo anterior, la Sala concluye que no es posible dar por sentado que los daños que alega la parte actora le fueron causados, estén demostrados y asciendan a la suma indicada por el perito, en la medida que, por las razones antedichas, el dictamen no es sólido, claro y exhaustivo, pues no da cuenta, con esas características, del fundamento de sus conclusiones (artículo 232 del CGP).

71. La documentación anexa con la demanda tampoco permite concluir que los eventuales costos en los que incurrió el contratista no fueron los indispensables para la ejecución de los trabajos que sí pudieron realizarse. De ella no se desprende un ejercicio comparativo que indique los costos administrativos para ejecutar el contrato en un 28% ni en los que incurrió para ejecutar la variedad de obras constatadas por la Sociedad Colombiana de Ingenieros y cuantificadas en la liquidación del *a quo*, frente a la totalidad de los gastos en que incurrió durante la ejecución del contrato. Solo de esta manera podría clarificarse cuánto de ese total correspondió a la ejecución del contrato y que se pagó y cuánto tuvo que costear sin ejecutar las obligaciones pactadas.

72. Ahora bien, frente a ese eventual porcentaje de costos adicionales improductivos por exceder lo necesario para ejecutar las obras que se realizaron y las obras que el tribunal ordenó tener en cuenta al liquidar el contrato, esa documentación tampoco permite inferir la necesidad del contratista de incurrir en esos gastos a pesar de que tenía conocimiento de las circunstancias que afectan la

ejecución del contrato. No puede determinarse si para el contratista resultaba indispensable hacerlo en aras de garantizar parte de la ejecución de la obra.

73. Por el contrario, en el proceso se acreditó que el contratista fue requerido en varias oportunidades por la interventoría para que dispusiera del personal necesario para la ejecución de los trabajos²³. Ello indica que no siempre, mientras estuvo vigente el contrato, incurrió en la totalidad de costos administrativos cuyo pago se debía recuperar con el precio del contrato.

El incumplimiento relacionado con el pago de facturas 17 y 19 y los intereses de mora por el no pago o pago extemporáneo de varias facturas.

74. La parte actora esgrimió, en su recurso de apelación, en relación con las facturas n.º 17 y 19 que: (i) el tribunal al realizar la liquidación del contrato se equivocó al tenerlas como pagadas, pues, de conformidad con las pruebas que obran en el proceso, quedó acreditado que estas no fueron desembolsadas y (ii) que el *a quo* no se pronunció sobre los intereses de mora como consecuencia del incumplimiento por el pago de las referidas facturas.

75. La recurrente formuló reproches contra la decisión de primera instancia, porque omitió pronunciarse sobre los intereses moratorios por los días de retardo en el pago de las facturas n.º. 2, 3, 5-7 y 11-16.

76. La Sala procede a resolver, en primer lugar, lo relativo al pago de las facturas n.º. 17 y 19, pues el asunto de la mora que no fue decidido por el tribunal frente a estas facturas requiere que se determine si fueron pagadas, aspecto que toca el reproche de la apelación frente a la forma en que se hizo el balance del contrato en la sentencia. En segundo lugar, procederá a determinar la existencia de la mora frente a la totalidad de las facturas, esto es las n.º. 2, 3, 5-7, 11-16, 17 y 19. Todo ello, previas algunas consideraciones comunes a ambos asuntos, relativas a la forma en que se pactó el pago de las actas en el contrato y la regulación legal sobre la aceptación y pago de facturas, pues estas constituyeron el soporte de las actas parciales de obra y son fundamentales para determinar si fueron pagadas y si se configuraron intereses de mora.

77. Para determinar si surgió en cabeza de la SED la obligación de pago como contraprestación por la ejecución de las actividades previstas en el contrato n.º. 03610 de 2013 por parte del consorcio y si dicha obligación era o no exigible y, por ende, si la demandada incurrió en mora, es menester analizar el contenido del contrato n.º. 03610 de 2013 y el pliego de condiciones de la licitación pública n.º. SED-LP-DCCEE-067-2013 que hacía parte integral de este, en los términos de la cláusula vigésima segunda²⁴.

²³ Oficios IO-IEM-203-14 del 21 de abril de 2015, 10-EM- L34-14 del 05 de mayo de 2015; 10-EM-235-15 del 27 de mayo de 2015; 10-IEM--249-14 del 05 de junio de 2015; 10-EM-286-14 del 10 de julio de 2015 y IO-IEM-315-14 del 31 de julio de 2015, según da cuenta el dictamen de la Sociedad Colombiana de Ingeniería.

²⁴ De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, los pliegos de condiciones "*forman parte esencial del contrato porque son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y más allá, durante la vida del contrato*" (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2001, rad. n.º. 12.037).

78. Las partes pactaron en la cláusula quinta del contrato que el plazo de ejecución sería de 15 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio²⁵. Según las pruebas que obran en el proceso, el 26 de mayo de 2014 las partes suscribieron el acta de iniciación del contrato n°. 03610 de 2013²⁶. El 25 de agosto de 2015 terminó el contrato por el vencimiento del plazo y *“entró en etapa de liquidación”*²⁷. El 4 de septiembre de 2015, la entidad tomó posesión de la obra, según da cuenta el acta de reunión técnica y, hasta la fecha de presentación de la demanda, no se ha efectuado la liquidación bilateral o unilateral del contrato²⁸.

79. De conformidad con la cláusula sexta, el valor del contrato de obra n°. 03610 de 2013 suscrito entre la SED y el consorcio fue de \$16.197.729.719 estimados a partir de las cantidades de obra y precios unitarios ofertados por el consorcio durante la licitación n°. SED-LP-DCCEE-067-2013²⁹. Para respaldar el pago de dicho valor, en la cláusula séptima se convino que los pagos que la SED realizaría se harían de conformidad con la disponibilidad presupuestal n°. 2154 del 30 de agosto de 2013 y 1832 del 9 de julio de 2013.

80. Dicho valor se pagaría mediante un anticipo de hasta el 20% del precio del contrato y contra la suscripción de sucesivas actas de obras, en los términos de la cláusula octava, que estableció que los pagos se harían previa presentación y entrega por parte del contratista a la interventoría de las actas mensuales de obra y de los informes correspondientes debidamente aprobados por aquella, descontando el porcentaje del anticipo. El saldo correspondiente al 10% del valor de las actas parciales ejecutadas sería cubierto en el último pago dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firma y aprobación del acta de liquidación final de obra y del contrato.

81. Por su parte, el párrafo sexto de la cláusula octava del contrato, en punto a la elaboración y presentación de las actas de obra, dispuso: *“las actas de pago parcial de obra serán liquidadas de acuerdo con la medición de obras ejecutadas. Todo pago está sujeto a la disposición de la programación anual mensualizada PAC de la SED y de la Dirección Distrital de la Tesorería. La SED cancelará el valor del acto una vez se cumplan con los requisitos establecidos en el contrato. Las actas parciales de obra, contienen la ejecución del avance de las mismas en la periodicidad pactadas en el contrato o diferentes al acta de recibo final de la obra, estas y su pago tienen un carácter provisional en lo que se refiere a la calidad y cantidad de la obra aprobada (...)”*³⁰.

82. Conforme a la cláusula octava del contrato, la SED se obligó a pagar el valor de las cantidades de obra ejecutadas por el contratista, calculadas con base en los precios unitarios ofertados por éste; es decir, la obligación de pago surgía como contraprestación de la ejecución de las actividades previstas en el contrato por parte del contratista. El surgimiento de la obligación, sin embargo, no significaba su exigibilidad inmediata. En efecto, la exigibilidad de la obligación de pago a cargo de

²⁵ Folio 539 del cuaderno 2.

²⁶ Según da cuenta el acta de inicio, folio 549 del cuaderno 2.

²⁷ Según da cuenta el informe de interventoría OB-LME-INT358-14 del 22 de septiembre de 2015, folios 191 a 198 del cuaderno 1.

²⁸ Según da cuenta la certificación expedida por el director de construcción y conservación de establecimientos educativos de la SED

²⁹ Folio 539 del cuaderno 2.

³⁰ Folio 541 del cuaderno 2.

la SED estaba sujeta a que el consorcio elaborara las actas de obra con las cantidades ejecutadas durante el respectivo mes de ejecución y los valores unitarios respectivos de dichas actas, unos y otros debían contar con el aval del interventor del contrato. De modo que, era un requisito que la interventoría suscribiera las actas en señal de que recibía las cantidades de obra ejecutadas y de que daba su visto bueno en relación con la calidad de los trabajos. En el caso del acta final de obra, además de los requisitos ya señalados, era necesario que el consorcio aportara el acta de entrega y recibo definitivo de obra, debidamente firmada por las partes y el interventor.

83. La sección 4.6.5 del pliego de condiciones referente a la forma de pago, sistema de pago, cantidades de obra y liquidación de actas parciales ³¹ no contiene disposiciones adicionales o contradictorias respecto de los términos contractuales arriba señalados, pues en estas se precisó que el consorcio debía elaborar las actas de obra con el aval del interventor y aportar los soportes previstos en la cláusula octava del contrato.

84. Así las cosas, aparte de los mencionados requisitos, la Sala no encuentra fundamento para afirmar la exigencia de alguno adicional o distinto a los que hizo alusión la cláusula octava del contrato para la elaboración y presentación de las actas parciales de obra. En esencia, el consorcio debía aportar las memorias de obra y enlistar los ítems de obra y las cantidades ejecutadas, debidamente avaladas por el interventor del contrato.

85. Ahora bien, reunidos los requisitos para el pago de las respectivas actas de obra, se aprecia que el contrato no estableció un término o plazo para que la SED cumpliera con las obligaciones a su cargo, en particular, con la prevista en la cláusula cuarta: *“realizar los pagos en la forma y monto indicados en el presente contrato”*. Sin embargo, ello no quiere decir que las obligaciones a cargo de la SED sólo se hayan hecho exigibles a partir de la reconvención judicial, pues de conformidad con las pruebas que serán analizadas más adelante, el consorcio expidió y presentó a la entidad las respectivas facturas³² como soporte de las cantidades de obra ejecutadas, como era su deber hacerlo según lo dispuesto en el artículo 615 del Estatuto Tributario³³. De esta manera, de conformidad con el primer inciso del artículo 13 de la Ley 80 de 1993³⁴ y dado que los plazos asociados al cumplimiento de las obligaciones dinerarias no están regulados en las leyes especiales, resultan aplicables en esta materia las disposiciones del Código de Comercio, en particular, lo referente a los términos de aceptación y pago de facturas (arts. 773 y 774 del C.Co.)³⁵.

³¹ Folios 96 a 98 del cuaderno 2.

³² Folios 1150 a 1190 del cuaderno 4.

³³ Artículo 615, Estatuto Tributario: *“Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales [...]”* Vale señalar que el consorcio demandante está constituido por tres sociedades y, en tal virtud, tiene la obligación de expedir factura.

³⁴ De conformidad con el primer inciso del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 *“[l]os contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.”*

³⁵ Esta subsección ha reconocido que, tratándose de facturas para el cobro de obligaciones derivadas de un contrato estatal, resultan aplicables las disposiciones del Código de Comercio -modificadas por la Ley 1231 de

86. La factura es el soporte contable de los bienes adquiridos o de los servicios prestados y, en tal virtud, como lo precisa el artículo 18 de la Ley 962 de 2005³⁶, las entidades estatales solo pueden pagar las obligaciones contractuales contraídas previo cumplimiento de la obligación de expedir factura. Así las cosas, salvo acuerdo especial, si el consorcio no presentaba la factura correspondiente, la obligación de pago correlativa a la ejecución de las actividades del contrato, aunque existente, no podía exigirse por faltar un requisito legal necesario para hacer el respectivo desembolso.

87. Corolario de lo anterior es que, según el artículo 2º de la Ley 1231 de 2008 modificado por el artículo 86 de la Ley 1676 de 2013 ³⁷, la factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclama en contra de su contenido, bien sea mediante devolución o mediante reclamo escrito al emisor o tenedor del título, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su recepción. Asimismo, el artículo 774.1 del C.Co. modificado por el artículo 3º de la Ley 1231 de 2008 ³⁸ dispone que en ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la emisión.

88. Con base en lo anterior, si el consorcio presentaba correctamente las facturas de pago y sus soportes actas de obra avaladas y aprobadas, aportes al Sistema de Seguridad Social, etc. , a partir de la fecha de emisión de la respectiva factura corrían los 30 días calendario dentro de los cuales la SED debía pagar el respectivo valor del acta menos lo que correspondiera por amortización del anticipo conforme con los términos del numeral 2 de la cláusula 9 del contrato y la sección 4.6.5. del pliego de condiciones según las cuales *“el valor entregado como anticipo será amortizado con cada cuenta correspondiente a las actas parciales mensuales de obra, en un porcentaje igual al entregado a título de anticipo, pero en todo caso, su amortización total deberá realizarse en la última acta parcial mensual de obra (...).”*³⁹

89. Si vencidos los 30 días calendario contados a partir de la fecha de emisión de la factura debidamente presentada junto con las actas de obra y con todos sus requisitos y soportes la SED no pagaba la obligación dineraria, incumplía el contrato

2008- en lo que se refiere a las facturas como título valor (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 18 de marzo de 2022, rad. nº. 55.864).

³⁶ Artículo 18, Ley 962 de 2005: *“Para el pago de las obligaciones contractuales contraídas por las entidades públicas, o las privadas que cumplan funciones públicas o administren recursos públicos, no se requerirá de la presentación de cuentas de cobro por parte del contratista. [...]*

Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de la expedición de la factura o cualquier otro documento equivalente cuando los Tratados Internacionales o las leyes así lo exijan”.

³⁷ Inciso modificado por el artículo 86 de la Ley 1676 de 2013. Rige a partir del 20 de febrero de 2014: *“La factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido, bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su recepción. En el evento en que el comprador o beneficiario del servicio no manifieste expresamente la aceptación o rechazo de la factura, y el vendedor o emisor pretenda endosarla, deberá dejar constancia de ese hecho en el título, la cual se entenderá efectuada bajo la gravedad de juramento”.*

³⁸ Art. 774 del Código de Comercio: *“La factura deberá reunir, además de los requisitos señalados en los artículos 621 del presente Código, y 617 del Estatuto Tributario Nacional o las normas que los modifiquen, adiciónen o sustituyan, los siguientes:*

*1. La fecha de vencimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 673. En ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada **dentro de los treinta días calendario siguientes a la emisión** (...).*

³⁹ Folios 98 y 541 del cuaderno 4.

pues se constituía en mora y comenzaban a correr los intereses correspondientes a favor del consorcio en razón del doble del interés legal civil calculado sobre el valor histórico del acta actualizado de conformidad con el artículo 4.8 de la Ley 80 de 1993. En otras palabras, la obligación dineraria a cargo de la SED estuvo sujeta a un término de 30 días calendario de conformidad con el artículo 774.1 del C.Co. , motivo por el cual, en los términos del numeral 1º del artículo 1608 del Código Civil⁴⁰, si no solucionaba su obligación dineraria se constituía en mora, por lo que, a partir de ese momento comenzaban a correr intereses moratorios.

90. Precisado todo lo anterior, pasa la Sala a analizar si las obligaciones dinerarias a cargo de la SED relacionadas con las facturas n°. 17 y 19 se pagaron. Una vez determinado esto procederá a analizar, con base en las reglas antes expuestas si la entidad debe ser condenada al pago de intereses moratorios por las facturas n°. 2, 3, 5-7, 11-16, 17 y 19.

El pago de las facturas n°. 17 y 19

91. El 10 de julio de 2015, el interventor presentó ante la Dirección de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos de la SED la factura de venta n°. 017⁴¹ del 9 de julio de 2015 junto con los respectivos soportes por un valor de \$215.995.032 aplicado el descuento del 20% por amortización del anticipo .

92. Asimismo, el 3 de septiembre de 2015, el interventor presentó ante la Dirección de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos de la SED la factura de venta n°. 019⁴² del 1 de septiembre de 2015 junto con los respectivos soportes por un valor de \$220.666.493 aplicado el descuento del 20% por amortización del anticipo .

93. Ahora bien, pese a que en el expediente no obran los anexos de forma subsiguiente a las referidas facturas, según la comunicación IO-IEM-289-14⁴³ y IO-IEM-346-14⁴⁴ a través de la cual el interventor radicó las facturas n°. 17 y 19, respectivamente se remitieron *“los documentos correspondientes al acta parcial de obra N°. 12 y 13 del contrato No. 3610 de 2013, correspondientes al periodo del 26 de abril al 25 de mayo y del 26 de mayo al 25 de junio de 2015, los cuales fueron debidamente revisados por parte de la interventoría”*.

94. Se advierte, además, que según la referida comunicación y de lo cual da cuenta el sello de recibido de la SED, la factura se presentó con los siguientes anexos: *i)* factura de venta n°. 17 y 19, *ii)* formato FURC, *iii)* constancia de Aportes Parafiscales y Seguridad Social firmada por el revisor fiscal, *iv)* certificación bancaria, *v)* actas parciales de obra n°. 12 y 13, *vi)* memorias de cálculo de los cortes n°. 12 y 13, *vii)* actas de mayores y menores cantidades de obra y *viii)* la

⁴⁰ Art. 1608 del Código Civil: *“El deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. (...)”*.

⁴¹ Folios 1186 y 1187 del cuaderno 4.

⁴² Folios 1186 y 1187 del cuaderno 4.

⁴³ Folio 1188 del cuaderno 4.

⁴⁴ Folios 1188 y 1189 del cuaderno 4.

copia en medio magnético. Además, se pone de presente que la SED no ha alegado que esto no hubiere sido así, es decir, que las facturas n°. 17 y 19 no hubieran sido radicadas con los respectivos soportes. Por el contrario, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 195 CGP⁴⁵, la SED afirmó que conocía los documentos que soportaban las actas de obra n°. 12 y 13 y las encontraba válidas para el reconocimiento del pago respectivo⁴⁶.

95. Por otra parte, también obran en el proceso las comunicaciones S-2015147309⁴⁷ del 27 de octubre de 2015, suscritas por el supervisor del contrato de interventoría y IO-IEM-371-14⁴⁸ del 20 de octubre de 2015, suscrita por el interventor. Según dan cuenta estos documentos, el área de seguimiento y control de la entidad devolvió las actas n°. 12 y 13 debido a que el contrato se encontraba en etapa de liquidación.

96. Valoradas en conjunto las pruebas, y teniendo en cuenta los periodos de las actas parciales n°. 12 26 de abril al 15 de mayo de 2015 y 13 26 de mayo al 25 de junio de 2015, la Sala concluye que las obras recibidas por el interventor fueron ejecutadas por el consorcio antes de la terminación del plazo de ejecución del contrato, lo que ocurrió a partir del 25 de agosto de 2015. Si bien el interventor allegó a la entidad dichas actas parciales de obra apenas el 10 de julio de 2015 y el 3 de septiembre de 2015, respectivamente, no lo es menos que dichas actas, aceptadas y revisadas por el interventor, dan fe de que las cantidades de obra fueron ejecutadas antes de la fecha de terminación del contrato.

97. La Sala encuentra que las comunicaciones ya referidas son coherentes con las facturas allegadas al proceso, en la medida en que la SED no procedió con el pago de las facturas n°. 17 y 19 porque ya se había terminado el plazo de ejecución del contrato, sin referirse concretamente a cuándo el consorcio llevó a cabo las obras, que es lo relevante a efectos de determinar si el contratista las podía ejecutar y si la entidad estaba llamada a pagar la correlativa contraprestación.

98. Por lo anterior, la Sala estima que el hecho de que el contrato hubiera entrado en etapa de liquidación no es una razón válida para afirmar que el demandado no debía pagarle su valor al consorcio, fundamentalmente porque las actividades fueron ejecutadas antes de la terminación del contrato y porque el interventor, quien era el encargado de certificar que las obras se ejecutaron de conformidad con lo requerido en el contrato, dio su visto bueno respecto de los trabajos realizados.

99. Ahora, para determinar el incumplimiento de la SED respecto del pago de las facturas n°. 17 y 19, no basta con afirmar que las actividades se ejecutaron y fueron aprobadas por el interventor, hace falta también determinar que la obligación de pago se hizo exigible en cabeza de la entidad demandada y, pese a ello, no la cumplió.

⁴⁵ Art. 195 del Código General del Proceso: “No valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas (...)”.

⁴⁶ Según da cuenta la contestación de la demanda, folios 175 y 176 del cuaderno 1.

⁴⁷ Folio 1053 del cuaderno 3.

⁴⁸ Folio 1052 del cuaderno 3.

100. Respecto de la factura de venta n°. 17 del 9 de julio de 2015 que se soportó en el acta parcial de obra n°. 12 se entiende aceptada por la entidad después de que transcurrieron 3 días hábiles desde su presentación lo que ocurrió el 16 de julio de 2015, sin que las devolviera o presentara reclamo escrito al consorcio dentro del término previsto en el artículo 2º de la Ley 1231 de 2008, por lo cual, los 30 días calendario previstos en el artículo 774.1 del C.Co., como plazo para que la entidad pública hiciera el pago, vencieron el 8 de agosto de 2015, esto es, antes de la fecha en que terminó el plazo del contrato 25 de agosto de 2015. Por ende, se concluye que la obligación de pago respecto de esta factura surgió antes de que se terminara el contrato, lo cual, por tanto, no afectó su exigibilidad.

101. En relación con la factura de venta n°. 19 del 1 de septiembre de 2015, soportada en el acta parcial n°. 13 del periodo del 26 de mayo al 25 de junio de 2015, se evidencia que fue presentada para su pago el 3 de septiembre de 2015, esto es, cuando ya se había terminado el plazo de ejecución del contrato. Así, pese a que la obligación de pagar las cantidades de obra consignadas en el acta parcial n°. 13 surgió, la SED no se constituyó en mora sino solo a partir de la reconvencción judicial numeral tercero del artículo 1608 del Código Civil lo que ocurrió a partir del 16 de mayo de 2016, fecha en la que se le notificó el auto admisorio de la demanda⁴⁹, tal y como lo establece el inciso segundo del artículo 94 del CGP⁵⁰. Así las cosas, la demandada solo incumplió su obligación en relación con el acta parcial n°. 13 concomitantemente al momento en que se le reconvino judicialmente.

102. Advierte la Sala que las defensas expuestas por la SED en relación con el incumplimiento de estas obligaciones no están llamadas a prosperar. En efecto, es cierto que las obligaciones recíprocas que podrían tener las partes, de un lado, la SED de pagar las actas parciales de obra n°. 12 y 13 y, del otro, la obligación del consorcio de amortizar el anticipo, han de extinguirse mediante la compensación de conformidad con el artículo 1714 del Código Civil⁵¹. Compensación que debía ordenarse en la sentencia, a través de la liquidación judicial según pretensión formulada por la demandante a la que no se opuso la demandada. Sin embargo, el hecho de que en este momento se haga un cruce de cuentas sobre cuánto se adeudan recíprocamente las partes que atiende al finiquito de cuentas que se realiza en la liquidación no significa, ni es una defensa válida, para eximir a la SED de su responsabilidad por haber incumplido su obligación de pagar, en los términos del contrato, las actas parciales de obra que remuneraban las actividades ejecutadas por el consorcio. De manera que, por el contrario, el reconocimiento de la deuda pendiente de pago afecta el cruce de cuentas entre las partes porque corresponde a un monto que favorece al demandante en virtud del incumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante.

⁴⁹ El auto del 18 de abril de 2016 mediante el cual el Tribunal admitió la demanda del Consorcio ACR-Herrán les fue notificado personalmente a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, al Ministerio Público y a Bogotá D.C.-Secretaría de Educación Distrital mediante correo electrónico del 16 de mayo de 2016 dirigido al buzón de notificaciones judiciales de que trata el artículo 197 del CPACA, en los términos del artículo 199 del CPACA (folios 72 a 74 del cuaderno 1).

⁵⁰ Inciso segundo, artículo 94, CGP: “La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.”

⁵¹ Código Civil, artículo 1714: “Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”.

103. De conformidad con los términos del contrato, la SED estaba obligada al pago de las actas parciales de obra que le presentara el consorcio en función del objeto contractual en su integridad, con independencia del hecho de que, al finalizar el contrato, el saldo final que arrojará la liquidación fuera a favor de una u otra parte.

104. Por todo lo anterior, la Sala modificará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, que contiene el saldo del balance del contrato, en el entendido que la SED no pagó las cantidades de obra y las actividades que fueron instrumentadas a través de las actas parciales de obra n°. 12 y 13 que corresponden a las facturas de venta n°. 17 y 19 y por ende su valor no podía ser compensado en favor de la entidad pública.

Intereses moratorios. Facturas n°. 2, 3, 5-7, 11-17 y 19

105. Para abordar este aspecto de la apelación, la Sala debe retomar la distinción entre exigibilidad y mora, pues son nociones diferentes. La primera se predica de las obligaciones que no se encuentran sometidas a plazo, condición o modo, porque no se sujetaron a estas modalidades o porque ya se realizaron⁵². La mora, en cambio, supone el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación y para constituir en ella al deudor se requiere, como regla general, la reconvencción del acreedor, salvo las excepciones previstas en la ley.

106. El numeral 3º del artículo 1608 del Código Civil exige una reconvencción o requerimiento judicial del acreedor para el cumplimiento de la obligación, que es una interpelación judicial para que el deudor ejecute la prestación exigible que se comprometió a dar o hacer. Los dos primeros numerales de esa disposición establecen excepciones a la reconvencción judicial para la constitución en mora: el primero se refiere a la hipótesis de que se haya estipulado plazo para el cumplimiento de la obligación y el segundo a que la obligación no haya podido ser cumplida sino dentro de cierto tiempo que el deudor dejó pasar. El numeral segundo del artículo 1617 *ibídem*, que regula los perjuicios por la mora en el cumplimiento de obligaciones dinerarias, no contiene una regla diferente, aunque aclara que el acreedor insatisfecho “*no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo [mora]*”.

107. En línea con lo expuesto, y como ya se concluyó en el párrafo 104 que la SED incumplió sus obligaciones dinerarias por el no pago de las facturas n°. 17 y 19, corresponde determinar si deben reconocerse intereses moratorios sobre estas sumas.

108. Ahora bien, la recurrente también reclama la indemnización por los días de retardo en el pago de las facturas n°. 2, 3, 5-7 y 11-16. Respecto de estas facturas no hay discusión en cuanto a su pago, en la medida en que de ello dan cuenta las pruebas que obran en el proceso⁵³. La Sala se concentrará en determinar únicamente si hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios sobre estas sumas, que es lo que reclama la apelación.

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 10 de julio de 1995, rad. 4540.

⁵³ De conformidad con los soportes bancarios que obran a folios 1150 a 1186 del cuaderno n°. 4, la certificación de amortización expedida por la SED que obra a folio 191 y 192 del cuaderno 1 y el informe de interventoría IO-IEM-355-14 en folios 193 a 207 del cuaderno 1.

109. Como se analizó en los párrafos 74 a 90 de esta providencia, el plazo de 30 días calendario previsto en el artículo 774.1 del C.Co., es un plazo suspensivo cuyo vencimiento dio lugar a la exigibilidad de la obligación dineraria surgida en cabeza de la SED con ocasión de la presentación de las respectivas facturas soportadas en las actas parciales de obra avaladas por la interventoría. Este plazo corrió contra la presentación de las facturas n°. 2, 3, 5-7 y 11-17 soportadas en las actas parciales de obra n°. 1 a 12, por lo cual la SED se constituyó en mora porque al vencimiento de los 30 días calendario contados a partir de la fecha de emisión de la respectiva factura no había realizado el pago.

110. Por otra parte, como se señaló en el párrafo 101 de esta providencia, en el caso de la obligación surgida con ocasión del acta parcial n°. 13 que se presentó a través de la factura n°. 19, los 30 días referidos no corrieron para hacer exigible la obligación dineraria a cargo de la SED en tanto se presentó una vez finalizado el plazo contractual. De esta manera, la exigibilidad de la obligación coincide con la constitución en mora de la SED, la cual se hizo efectiva a partir de la reconvencción judicial, esto es, a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda el 16 de mayo de 2016. Por ende, a partir de esta fecha se liquidarán y calcularán los intereses moratorios que deberá pagarle la SED al consorcio frente a esta acta.

111. Vale resaltar que todas las facturas analizadas cumplen cabalmente con los requisitos establecidos en los artículos 3º de la Ley 1231 de 2008⁵⁴ y 617 del Estatuto Tributario⁵⁵, porque: *i)* se denominaron expresamente “*facturas de venta*”; *ii)* incluyeron la identificación de quien presta el servicio consorcio ACR-Herrán y de quien los adquirió Secretaría de Educación Distrital; *iii)* se identificó con un número y se precisó su fecha; *iv)* se incluyó el valor de la operación, y *v)* contiene la fecha de recibo de la respectiva factura por parte de la SED.

112. Así las cosas, las respectivas fechas de constitución en mora, a partir de la cual se calcularán los intereses moratorios a favor del consorcio se muestran en la siguiente tabla resumen:

⁵⁴ Artículo 3º, Ley 1231 de 2008: “*Requisitos de la factura. La factura deberá reunir, además de los requisitos señalados en los artículos 621 del presente Código, y 617 del Estatuto Tributario Nacional o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, los siguientes:*

1. La fecha de vencimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 673. En ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada dentro de los treinta días calendario siguientes a la emisión. 2. La fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley. 3. El emisor vendedor o prestador del servicio, deberá dejar constancia en el original de la factura, del estado de pago del precio o remuneración y las condiciones del pago si fuere el caso. A la misma obligación están sujetos los terceros a quienes se haya transferido la factura. No tendrá el carácter de título valor la factura que no cumpla con la totalidad de los requisitos legales señalados en el presente artículo. Sin embargo, la omisión de cualquiera de estos requisitos, no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen a la factura. [...]”

⁵⁵ Artículo 617, Estatuto Tributario: “*Para efectos tributarios, la expedición de factura a que se refiere el artículo 615 consiste en entregar el original de la misma, con el lleno de los siguientes requisitos: a. Estar denominada expresamente como factura de venta. b. Apellidos y nombre o razón y NIT del vendedor o de quien presta el servicio. c. Apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la discriminación del IVA pagado. d. Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva de facturas de venta. e. Fecha de su expedición. f. Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados. g. Valor total de la operación. h. El nombre o razón social y el NIT del impresor de la factura. i. Indicar la calidad de retenedor del impuesto sobre las ventas. [...]*”

Factura (No. y fecha)	Valor de la factura ⁵⁶	Acta parcial de soporte	Fecha de presentación a la SED	Fecha de aceptación de la SED ⁵⁷	Fecha de pago	Fecha de constitución en mora y número de días de mora ⁵⁸
No. 2 del 12 de septiembre de 2014 ⁵⁹	\$64.180.162	Acta parcial No. 1 de junio de 2014	18 de septiembre de 2014 ⁶⁰	24 de septiembre de 2014	20 de octubre de 2014 ⁶¹	12 de octubre de 2014 (8 días de mora)
No. 3 del 12 de septiembre de 2014 ⁶²	\$497.843.595	Acta parcial No. 2 de julio de 2014	18 de septiembre de 2014 ⁶³	24 de septiembre de 2014	20 de octubre de 2014 ⁶⁴	12 de octubre de 2014 (8 días de mora)
No. 5 del 15 de octubre de 2014 ⁶⁵	\$415.154.802	Acta parcial No. 3 de agosto de 2014	16 de octubre de 2014 ⁶⁶	22 de octubre de 2014	19 de noviembre de 2014 ⁶⁷	14 de noviembre de 2014 (5 días de mora)
No. 6 del 24 de noviembre de 2014 ⁶⁸	\$265.482.873	Acta parcial No. 4 de septiembre de 2014	25 de noviembre de 2014 ⁶⁹	1 de diciembre de 2014	13 de enero de 2015 ⁷⁰	24 de diciembre de 2014 (20 días de mora)
No. 7 del 5 de diciembre de 2014 ⁷¹	\$204.906.401	Acta parcial No. 5 de octubre de 2014	5 de diciembre de 2014 ⁷²	12 de diciembre de 2014	13 de enero de 2015 ⁷³	4 de enero de 2015 (9 días de mora)
No. 11 del 8 de enero de 2015 ⁷⁴	\$175.295.341	Acta parcial No. 6 de	14 de enero de 2015 ⁷⁵	20 de enero de 2015	25 de mayo de 2015 ⁷⁶	7 de febrero de 2015 (107 días de mora)

⁵⁶ Este valor es el resultado de la sumatoria de las actividades ejecutadas menos la suma por amortización del anticipo.

⁵⁷ No obra en el proceso constancia de que la SED haya devuelto alguna de las facturas por no estar de acuerdo con su contenido, por lo que se aplica el término de aceptación ficta establecido en el artículo 2º de la Ley 1231 de 2008, modificado por el artículo 86 de la Ley 1676 de 2013, según el cual "La factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido, bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su recepción. En el evento en que el comprador o beneficiario del servicio no manifieste expresamente la aceptación o rechazo de la factura, y el vendedor o emisor pretenda endosarla, deberá dejar constancia de ese hecho en el título, la cual se entenderá efectuada bajo la gravedad de juramento".

⁵⁸ Como en el contrato de obra n.º. 03610 de 2013 no se pactó un plazo para el pago de las facturas, aplica el término previsto en el artículo 774.1 del C.Co. que establece "La factura deberá reunir, además de los requisitos señalados en los artículos 621 del presente Código, y 617 del Estatuto Tributario Nacional o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, los siguientes:

1. La fecha de vencimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 673. En ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada **dentro de los treinta días calendario siguientes a la emisión (...)**.

⁵⁹ Folio 1151, cuaderno 4.

⁶⁰ Comunicación del 16 de septiembre de 2014, que obra a folio 1150 del cuaderno 4.

⁶¹ Extracto bancario que obra a folio 1152 del cuaderno 4.

⁶² Folio 1154 del cuaderno 4.

⁶³ Comunicación del 16 de septiembre de 2014, que obra a folio 1153 del cuaderno 4.

⁶⁴ Extracto bancario que obra a folio 1153 del cuaderno 4.

⁶⁵ Folio 1157, cuaderno 4.

⁶⁶ Comunicación del 16 de octubre de 2014, que obra a folio 1156 del cuaderno 4.

⁶⁷ Extracto bancario que obra a folio 1158 del cuaderno 4.

⁶⁸ Folio 1160, cuaderno 4.

⁶⁹ Comunicación del 24 de noviembre de 2014, que obra a folio 1159 del cuaderno 4.

⁷⁰ Extracto bancario que obra a folio 1161 del cuaderno 4.

⁷¹ Folio 1165, cuaderno 4.

⁷² Comunicación del 5 de diciembre de 2014, que obra a folio 1163 del cuaderno 4.

⁷³ Extracto bancario que obra a folio 1161 del cuaderno 4.

⁷⁴ Folio 1169, cuaderno 4.

⁷⁵ Comunicación del 13 de enero de 2015, que obra a folio 1168 del cuaderno 4.

⁷⁶ Extracto bancario que obra a folio 1161 del cuaderno 4.

Factura (No. y fecha)	Valor de la factura ⁵⁶	Acta parcial de soporte	Fecha de presentación a la SED	Fecha de aceptación de la SED ⁵⁷	Fecha de pago	Fecha de constitución en mora y número de días de mora ⁵⁸
		noviembre de 2014				
No. 12 del 8 de enero de 2015 ⁷⁷	\$232.807.357	Acta parcial No. 7 de diciembre de 2014	14 de enero de 2015 ⁷⁸	20 de enero de 2015	25 de mayo de 2015 ⁷⁹	7 de febrero de 2015 (107 días de mora)
No. 13 del 19 de febrero de 2015 ⁸⁰	\$357.166.632	Acta parcial No. 8 de enero de 2015	23 de febrero de 2015 ⁸¹	27 de febrero de 2015	25 de mayo de 2015 ⁸²	21 de marzo de 2015 (65 días de mora)
No. 14 del 6 de abril de 2015 ⁸³	\$355.306.329	Acta parcial No. 9 de febrero de 2015	7 de abril de 2015 ⁸⁴	13 de abril de 2015	26 de junio de 2015 ⁸⁵	6 de mayo de 2015 (51 días de mora)
No. 15 del 28 de mayo de 2015 ⁸⁶	\$285.952.114	Acta parcial No. 10 de marzo de 2015	28 de mayo de 2015 ⁸⁷	3 de junio de 2015	13 de agosto de 2015 ⁸⁸	27 de junio de 2015 (47 días de mora)
No. 16 del 12 de junio de 2015 ⁸⁹	\$173.206.162	Acta parcial No. 11 de abril de 2015	12 de junio de 2015 ⁹⁰	18 de junio de 2015	13 de agosto de 2015 ⁹¹	12 de julio de 2015 (32 días de mora)
No. 17 del 9 de julio de 2015 ⁹²	\$215.995.032	Acta parcial No. 12 de mayo de 2015	10 de julio de 2015 ⁹³	16 de julio de 2015	N/A	8 de agosto de 2015 (3.035 días de mora)
No. 19 del 1 de septiembre de 2015 ⁹⁴	\$220.666.493	Acta parcial No. 13 de junio de 2015	3 de septiembre de 2015 ⁹⁵	9 de septiembre de 2015	N/A	16 de mayo de 2016 (2.754 días de mora)

113. Ahora bien, en relación con la tasa de interés con base en la cual se calcularán los intereses moratorios, se advierte que en el contrato de obra n°. 03610 de 2013 tampoco se estableció nada al respecto. Por tal motivo, al tratarse del interés moratorio, resulta aplicable lo previsto en el numeral octavo del artículo 4° de la Ley 80 de 1993 conforme al cual “[s]in perjuicio de la actualización o revisión

⁷⁷ Folio 1172, cuaderno 4.

⁷⁸ Comunicación del 13 de enero de 2015, que obra a folio 1171 del cuaderno 4.

⁷⁹ Extracto bancario que obra a folio 1173 del cuaderno 4.

⁸⁰ Folio 1172, cuaderno 4.

⁸¹ Comunicación del 20 de febrero de 2015, que obra a folio 1174 del cuaderno 4.

⁸² Extracto bancario que obra a folio 1176 del cuaderno 4.

⁸³ Folio 1178, cuaderno 4.

⁸⁴ Comunicación del 6 de abril de 2015, que obra a folio 1177 del cuaderno 4.

⁸⁵ Extracto bancario que obra a folio 1179 del cuaderno 4.

⁸⁶ Folio 1181, cuaderno 4.

⁸⁷ Comunicación del 6 de abril de 2015, que obra a folio 1177 del cuaderno 4.

⁸⁸ Extracto bancario que obra a folio 1182 del cuaderno 4.

⁸⁹ Folio 1184, cuaderno 4.

⁹⁰ Comunicación del 11 de junio de 2015, que obra a folio 1183 del cuaderno 4.

⁹¹ Extracto bancario que obra a folio 1185 del cuaderno 4.

⁹² Folio 1187, cuaderno 4.

⁹³ Comunicación del 10 de julio de 2015, que obra a folio 1186 del cuaderno 4.

⁹⁴ Folio 1190, cuaderno 4.

⁹⁵ Comunicación del 2 de septiembre de 2015, que obra a folio 1188 del cuaderno 4.

de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado". De conformidad con el artículo 1617 del Código Civil, el interés legal anual se fija en el 6%, por lo que la tasa de intereses moratorios aplicable a los incumplimientos derivados del contrato en línea con la Ley 80 de 1993 es del 12% anual calculado sobre el valor actualizado de la obligación.

114. Con base en todo lo anterior, se concluye que la SED incurrió en mora en el pago de las obligaciones dinerarias contenidas en las facturas n°. 2, 3, 5-7 y 11-17 que le presentó el consorcio a través del interventor para su pago, a partir del vencimiento de los 30 días calendario siguientes a la fecha de emisión de la respectiva factura, por lo cual el demandado será condenado a pagar los intereses moratorios sobre sus respectivos valores actualizados a partir de las fechas en que se hicieron exigibles las obligaciones, en los términos que más abajo se detallan.

115. Por último, en el caso de la factura n°. 19, ya se señaló que los intereses moratorios serán calculados a partir del 16 de mayo de 2016, esto es, a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda.

116. Ahora bien, para liquidar los intereses moratorios, el demandante se valió del dictamen pericial rendido el 7 de junio de 2016 por el perito Sergio Rodríguez Messier, en el cual se calcularon los intereses moratorios causados con corte a esa fecha. Según el perito, el valor de dichos intereses era \$185.585.267⁹⁶, suma que fue calculada solamente sobre el valor de las facturas n°. 2, 3, 5-7, 11-17 y 19. Para llegar a esta conclusión, el perito actualizó el valor histórico del capital consignado en cada factura y sobre este valor aplicó la tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente⁹⁷, lo que transgrede lo dispuesto en el numeral octavo del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 (párrafo 113). Además, el perito calculó el momento de la causación de los intereses moratorios a partir de la presentación de la respectiva factura, lo cual, como ya se anotó, no tiene asidero jurídico en la medida en que el artículo 774.1 C.Co. establece un plazo de 30 días calendario siguientes a la emisión. Por ende, sus conclusiones sobre este aspecto no serán tenidas en cuenta a efectos de establecer el valor de la condena.

117. En este caso, la condena por concepto de intereses moratorios, se calculará de la siguiente manera: *i) el valor histórico de la respectiva obligación dineraria será actualizada conforme la fórmula $Valor\ actualizado = [Valor\ histórico * (IPC\ final\ [octubre\ 2014\ a\ mayo\ de\ 2016\ según\ el\ año\ a\ que\ corresponda\ el\ periodo\ para\ calcular\ intereses] o [IPC\ final\ octubre\ 2023\ que\ es\ el\ que\ corresponde\ al\ último\ dato\ de\ inflación\ antes\ de\ la\ sentencia] / IPC\ inicial\ (fecha\ de\ constitución\ en\ mora)]$; ii) sobre el valor actualizado de cada obligación dineraria se calculará el interés moratorio conforme la tasa prevista en el numeral octavo del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, esto es, el doble de la tasa de interés legal civil anual o proporcional si es por un periodo menor a un año .*

118. Respecto de las facturas de venta n. 2, 3, 5-7, los intereses moratorios ascienden a \$4.512.585 como se evidencia de la siguiente operación:

⁹⁶ Folios 1346 a 1349, cuaderno 9.

⁹⁷ Folio 1349, cuaderno 9.

i. El cálculo de intereses moratorios sobre los valores indicados en cada factura arroja el siguiente resultado:

N.	INICIO	FINAL	DÍAS	INTERÉS ANUAL	INTERÉS PROPORCIONAL	CAPITAL	INTERESES
2	10/12/2014	10/20/2014	8	12%	0.002630137	\$ 64,180,163	\$ 168,803
3	10/12/2014	10/20/2014	8	12%	0.002630137	\$ 497,843,595	\$ 1,309,397
5	11/14/2014	11/19/2014	5	12%	0.001643836	\$ 415,154,802	\$ 682,446
6	12/24/2014	1/13/2015	20	12%	0.006575342	\$ 265,482,873	\$ 1,745,641
7	1/4/2015	1/13/2015	9	12%	0.002958904	\$ 204,906,401	\$ 606,298
						Total:	\$ 4.512.585

119. Respecto de las facturas de venta n. 11-16, los intereses moratorios ascienden a \$ 34,490,512 como se evidencia de la siguiente operación:

i. El valor actualizado de las facturas conforme a la fórmula señalada arroja el siguiente resultado:

N.	Valor H.	IPC FINAL	IPC INICIAL	Valor Actual
11	\$ 175,292,341.00	85.12	83.96	\$ 177,714,198.02
12	\$ 232,807,357.00	85.12	83.96	\$ 236,023,847.40
13	\$ 357,166,632.00	85.12	84.45	\$ 360,000,280.83
14	\$ 355,306,329.00	85.21	85.12	\$ 355,682,005.33
15	\$ 285,952,114.00	85.78	85.21	\$ 287,864,949.41
16	\$ 173,206,162.00	85.78	85.37	\$ 174,038,006.05

ii. El cálculo de intereses moratorios sobre el valor actualizado arroja el siguiente resultado:

N	INICIO	FINAL	DÍAS	INTERÉS ANUAL	INTERÉS PROPORCIONAL	CAPITAL (actualizado)	INTERESES
11	2/7/2015	5/25/2015	107	12%	0.035178082	\$ 177,714,198	\$ 6,251,645
12	2/7/2015	5/25/2015	107	12%	0.035178082	\$ 236,023,847	\$ 8,302,866
13	3/21/2015	5/25/2015	65	12%	0.021369863	\$ 360,000,281	\$ 7,693,157
14	5/6/2015	6/26/2015	51	12%	0.016767123	\$ 355,682,005	\$ 5,963,764
15	6/27/2015	8/13/2015	47	12%	0.015452055	\$ 287,864,949	\$ 4,448,105
16	7/12/2015	8/13/2015	32	12%	0.010520548	\$ 174,038,006	\$ 1,830,975
						Total	\$ 34,490,512

120. Respecto de la factura de venta n. 17 del 9 de julio de 2015 por \$215.995.032, los intereses moratorios ascienden a \$ 271,079,238 como se evidencia de la siguiente operación:

i. El valor actualizado de la factura conforme a la fórmula señalada arroja el siguiente resultado:

Valor H.	Mes de IPC final	IPC FINAL	IPC INICIAL (ago-2015)	Valor Actual
\$ 215,995,032.00	dic-2015	88.05	85.78	\$ 221,710,918.25
\$ 215,995,032.00	dic-2016	93.11	85.78	\$ 234,452,056.77

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
 Demandante: Consorcio ACR-Herrán
 Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
 Acción: Controversias contractuales

\$ 215,995,032.00	dic-2017	96.92	85.78	\$ 244,045,680.83
\$ 215,995,032.00	dic-2018	100	85.78	\$ 251,801,156.45
\$ 215,995,032.00	dic-2019	103.8	85.78	\$ 261,369,600.39
\$ 215,995,032.00	dic-2020	105.48	85.78	\$ 265,599,859.82
\$ 215,995,032.00	dic-2021	111.41	85.78	\$ 280,531,668.40
\$ 215,995,032.00	dic-2022	126.03	85.78	\$ 317,344,997.47
\$ 215,995,032.00	oct-2023	136.45	85.78	\$ 343,582,677.97

ii. El cálculo de intereses moratorios sobre los valores actualizados por periodo arroja el siguiente resultado:

INICIO	FINAL	DÍAS	INTERÉS ANUAL	INTERÉS PROPORCIONAL	CAPITAL (actualizado)	INTERESES
8/8/2015	12/31/2015	145	12%	0.047671233	\$ 221,710,918	\$ 10,569,233
1/1/2016	12/31/2016	366	12%	0.120328767	\$ 234,452,057	\$ 28,211,327
1/1/2017	12/31/2017	365	12%	0.12	\$ 244,045,681	\$ 29,285,482
1/1/2018	12/31/2018	365	12%	0.12	\$ 251,801,156	\$ 30,216,139
1/1/2019	12/31/2019	365	12%	0.12	\$ 261,369,600	\$ 31,364,352
1/1/2020	12/31/2020	366	12%	0.120328767	\$ 265,599,860	\$ 31,959,304
1/1/2021	12/31/2021	365	12%	0.12	\$ 280,531,668	\$ 33,663,800
1/1/2022	12/31/2022	365	12%	0.12	\$ 317,344,997	\$ 38,081,400
1/1/2023	11/30/2023	334	12%	0.109808219	\$ 343,582,678	\$ 37,728,202
					Total	\$ 271,079,238

121. Por último, respecto de la factura de venta n. 19 del del 1 de septiembre de 2015 por \$220.666.493, los intereses moratorios ascienden a \$ 237,833,064 como se evidencia de la siguiente operación:

i. El valor actualizado de la factura conforme a la fórmula señalada arroja el siguiente resultado:

Valor H.	Mes de IPC final	IPC FINAL	IPC INICIAL (may-16)	Valor Actual
\$ 220,666,493.00	dic-16	93.11	92.1	\$ 223,086,396.99
\$ 220,666,493.00	dic-17	96.92	92.1	\$ 232,214,945.73
\$ 220,666,493.00	dic-18	100	92.1	\$ 239,594,454.94
\$ 220,666,493.00	dic-19	103.8	92.1	\$ 248,699,044.23
\$ 220,666,493.00	dic-20	105.48	92.1	\$ 252,724,231.07
\$ 220,666,493.00	dic-21	111.41	92.1	\$ 266,932,182.25
\$ 220,666,493.00	dic-22	126.03	92.1	\$ 301,960,891.56
\$ 220,666,493.00	oct-23	136.45	92.1	\$ 326,926,633.77

ii. El cálculo de intereses moratorios sobre los valores actualizados por periodo arroja el siguiente resultado:

INICIO	FINAL	DÍAS	INTERÉS ANUAL	INTERÉS PROPORCIONAL	CAPITAL (actualizado)	INTERESES
5/16/2016	12/31/2016	229	12%	0.075287671	\$ 223,086,397	\$ 16,795,655

1/1/2017	12/31/2017	365	12%	0.12	\$ 232,214,946	\$ 27,865,794
1/1/2018	12/31/2018	365	12%	0.12	\$ 239,594,455	\$ 28,751,335
1/1/2019	12/31/2019	365	12%	0.12	\$ 248,699,044	\$ 29,843,885
1/1/2020	12/31/2020	366	12%	0.120328767	\$ 252,724,231	\$ 30,409,995
1/1/2021	12/31/2021	365	12%	0.12	\$ 266,932,182	\$ 32,031,862
1/1/2022	12/31/2022	365	12%	0.12	\$ 301,960,891	\$ 36,235,307
1/1/2023	11/30/2023	334	12%	0.109808219	\$ 326,926,633	\$ 35,899,231
					Total	\$ 237,833,064

122. De conformidad con lo anterior, en la parte resolutive, la Sala condenará a la SED a pagarle al consorcio la suma de \$546'437.367,80 a título de intereses moratorios por el no pago y/o pago tardío de las actividades instrumentadas en las facturas de venta n°. 2, 3, 5-7, 11-17 y 19, conforme el siguiente cuadro:

Intereses factura No. 2	\$ 168.803
Intereses factura No. 3	\$ 1.309.397
Intereses factura No. 5	\$ 682,446
Intereses factura No. 6	\$ 1,745,641
Intereses factura No. 7	\$ 606,298
Intereses factura No. 11	\$ 6,251,645
Intereses factura No. 12	\$ 8,302,866
Intereses factura No. 13	\$ 7,693,157
Intereses factura No. 14	\$ 5,963,764
Intereses factura No. 15	\$ 4,448,105
Intereses factura No. 16	\$ 1,830,975
Intereses factura No. 17	\$ 271,079,238
Intereses factura No. 19	\$ 237,833,064
Total	\$547.915.399

La utilidad derivada del contrato

123. El consorcio pretende que la SED le reconozca la utilidad proyectada en la propuesta económica que no pudo obtenerse como consecuencia de la falta de planeación y estructuración del contrato, en razón de \$247.721.895⁹⁸ y sobre la cual no se pronunció el tribunal. Concretamente, afirmó que los retrasos ocasionados por los incumplimientos de la demandada impidieron ejecutar el objeto del contrato antes de la terminación del plazo, lo cual significó la imposibilidad de obtener las utilidades originalmente proyectadas.

124. Como ya se señaló al estudiar los fundamentos de la providencia impugnada, el Tribunal concluyó que las obras no pudieron ejecutarse en su totalidad debido a las falencias durante la etapa de planeación del contrato, lo cual atribuyó a que la entidad demandada no adoptó de manera oportuna las previsiones necesarias para la iniciación de los trabajos y para que su ejecución se desarrollara sin interrupciones. Dado que en el caso *sub judice* ya se concluyó que la demandada incumplió con sus obligaciones y como el superior no puede reformar en perjuicio del apelante único [no *reformatio in peius*] (328 CGP), es evidente que dicha entidad contratante es la que está llamada a soportar los efectos derivados de su incumplimiento.

⁹⁸ Folio 112 del cuaderno 1.

125. Así las cosas, la Sala estima que se le deben reconocer al consorcio las utilidades dejadas de percibir por la ejecución del contrato, pues la imposibilidad de cumplir con el objeto durante el plazo contractual, según el *a quo*, estuvo determinada por los retrasos derivados del incumplimiento de la SED y, luego, porque con la terminación del contrato el 25 de agosto de 2015 se frustró completamente la posibilidad de terminar las obras contratadas.

126. En el dictamen contable que rindió el perito Sergio Rodríguez Messier el 7 de junio de 2016, se calculó la utilidad que el consorcio dejó de percibir por el incumplimiento de la demandada en \$381.721.832. El perito calculó la utilidad proyectada del consorcio aplicando el 3% al valor total del costo directo para la ejecución. Luego, con base en la operación aritmética descrita, se restó el valor que la contratante pagó al consorcio por concepto de utilidad hasta el acta de obra n°. 11, que arrojó el resultado de \$292.543.652⁹⁹. Esta conclusión será adoptada por la Sala por las siguientes razones:

127. (i) El perito extrajo el porcentaje de 3% de utilidad de los documentos titulados “*anexo económico n°. 1 – resumen propuesta económica*”¹⁰⁰ y “*anexo económico n°. 2 – discriminación A.I.U*”¹⁰¹, los cuales hacen parte integral de la propuesta que presentó el consorcio demandante dentro de la licitación pública n°. SED-LP-DCCEE-067-201. En efecto, en dichos documentos se evidencia que el porcentaje por concepto de A.I.U. se calculó en el 27,30% del costo directo total de la obra (\$12.724.530.437), el cual hizo consistir en 21,30% por concepto de administración (A), 3,00% por concepto de imprevistos (I) y 3,00% por concepto de utilidad (U).

128. (ii) Estos documentos pueden tenerse como fundamento del cálculo de la utilidad, toda vez que permiten concluir que la demandante, al realizar la distribución de su presupuesto, identificó plenamente varios conceptos, de acuerdo con los cálculos que realizó para ejecutar el contrato. En efecto, procedió a determinar, expresamente, un valor por AIU, el cual, además, discriminó en porcentajes por cada uno de los conceptos que lo componen y, finalmente, tuvo en cuenta todos estos montos para determinar el valor de la propuesta sobre la cual se basó el acuerdo económico entre las partes del contrato de obra. De manera que resulta evidente que la propuesta pretendió cuantificar expresamente todos los componentes del AIU.

129. (iii) Además, aparte de que el fundamento porcentual a partir del cual el perito hizo los cálculos de utilidad se ajusta a la propuesta económica que resultó adjudicada en la licitación SED-LP-DCCEE-067-201, el perito también tuvo en cuenta que al cálculo del 3% de utilidad sobre el total del costo directo que representaba ejecutar todas las obras, debía restar los valores que el consorcio ya había recibido a título de utilidad producto del pago de las actas parciales de obra n°. 1 a 11. Valga precisar que la indemnización de perjuicios tiene la finalidad de dejar a la parte afectada por un incumplimiento en la situación en que estaría si no se hubiera cometido dicho acto, pero no puede ser una fuente de enriquecimiento

⁹⁹ Este valor corresponde a la utilidad esperada menos el valor ya pagado por la contratante. La metodología de cálculo está desarrollada en el folio 1354 del cuaderno 9.

¹⁰⁰ Folio 1142 del cuaderno 2

¹⁰¹ Folio 1145 del cuaderno 2

del contratante. Por lo anterior, la conclusión a la que llegó el perito sirve como base para la condena por la utilidad dejada de percibir.

130. Por lo anterior, la utilidad que deberá pagarle la contratante al consorcio corresponde al 3% del costo directo total de la obra menos los valores que el consorcio ya había recibido a título de utilidad producto del pago de las facturas n°. 2, 3, 5-7 y 11-16 soportadas en las actas parciales de obra n°. 1 a 11. El resultado de esa operación arroja una utilidad de \$292.543.652, como se evidencia en el dictamen pericial contable.

131. La anterior suma debe ser actualizada a partir del momento en el que el consorcio habría recibido la utilidad, esto es, al vencimiento del plazo del contrato de obra, o sea el 25 de agosto de 2015, de conformidad con la fórmula “*Valor actualizado = [Valor histórico * (IPC final octubre 2023) / IPC inicial (agosto 2015)]*”. Luego de actualizarse, la utilidad actualizada dejada de percibir es \$465.348.348 = $[292.543.652 * (136,45 / 85,78)]$.

132. Por todo lo anterior, en la parte resolutive de la sentencia se concederá la pretensión segunda de la demanda y se condenará a la SED a pagarle al consorcio la suma de \$465.348.348 a título de lucro cesante por las utilidades dejadas de percibir.

133. La Sala 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.

1. Compra de materiales adquiridos para la obra

134. El consorcio sostiene que, debido a que para ejecutar las obras era necesario adquirir anticipadamente materiales, la imposibilidad de cumplir con el objeto del contrato por causas imputables a la SED implicó no poder disponer de ellos para ejecutar las obras, lo que, a su juicio, debe dar lugar a que la demandada le reconozca su valor, que en ese momento ascendía a \$308.453.565.

135. Como soporte de este cálculo, la demandante aportó un documento emitido por el director de obra del consorcio ACR-Herrán del 11 de septiembre de 2015¹⁰², a través del cual se hacía entrega del inventario final de materiales de obra. Entre los materiales que se relacionaron estaban: acero, arena, ladrillos, llaves, mallas, etc., los cuales, según la certificación, estaban avaluados en \$308.453.565. A dicha certificación se adjuntaron fotografías de los materiales que reposaban en el almacén¹⁰³.

136. La Sala estima que la certificación expedida por el director de obra del consorcio ACR-Herrán no es suficiente para acreditar la cuantía de los perjuicios que se reclaman ni es suficiente para concluir que los materiales adquiridos por el consorcio iban a destinarse exclusivamente a cumplir con el objeto contractual, principalmente en aplicación del principio de que nadie puede *preconstituir* las

¹⁰² Folios 1614 a 1616 del cuaderno 5

¹⁰³ Folios 1647 y siguientes del cuaderno 5.

pruebas para soportar su propio dicho. En efecto, dado que la certificación en que se basaron los cálculos fue expedida por un funcionario del consorcio demandante, la Sala no le concederá valor probatorio respecto de los hechos a los que se refiere.

137. No obstante, la Sala no puede pasar por alto que el demandante pidió de manera subsidiaria que se reconociera el monto calculado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros con relación a los materiales adquiridos para la obra. En efecto, en el recurso de apelación reiteró que el costo de los materiales que no pudieron ser empleados se acreditó mediante la prueba pericial técnica de la SCI.

138. En el dictamen pericial rendido en mayo de 2016 por la Sociedad Colombiana de Ingenieros (SCI), el perito manifestó que luego de la visita en sitio donde funcionaban los depósitos de materiales, la verificación de las cantidades de materiales en obra y el análisis de precios unitarios pactados para la ejecución del contrato, el valor de los materiales adquiridos por el consorcio y que no pudieron ser empleados es de \$195.332.399.

139. De conformidad con los soportes que se adjuntaron con la experticia, el perito fundamentó sus conclusiones sobre este punto en el documento denominado "*inventario de materiales de obra*"¹⁰⁴ que él mismo elaboró durante una visita al lugar de los hechos. Según da cuenta el documento, el consorcio manejaba dos almacenes dentro de la obra. Cada uno se utilizaba para albergar materiales que se empleaban a medida que avanzaba la ejecución del contrato. En efecto, el perito ofreció detalles de cada uno de los almacenes y determinó las cantidades y tipo de materiales que se albergaba en cada uno de ellos. En el documento se discriminaron las cantidades de cada uno de los *ítems* de obra y se definieron sus características marca, referencia, tamaño, etc. . Asimismo, se clasificaron los *ítems* en: *i)* material de depósito; *ii)* material eléctrico, *iii)* material hidráulico y *vi)* material por fuera del depósito. Además, se acompañó un soporte fotográfico de los *ítems* allí consignados del cual se tiene certeza de su fecha y autoría que permite apreciar el estado y las características de cada uno de los materiales.

140. Una vez el perito determinó las cantidades y el tipo de materiales que se albergaba en los almacenes, procedió a obtener el valor de cada uno de ellos, para lo cual acudió a la lista de precios unitarios que se utilizó para la ejecución del contrato de obra n°. 03610 de 2013. Luego, procedió a multiplicar cada uno de los precios unitarios por las cantidades que había de cada una de las referencias y, de esta manera, arribó al valor total de cada uno de los *ítems* los cuales, una vez sumados, arrojaron el valor de \$195.332.399, mismo valor que se consignó en el dictamen.¹⁰⁵

141. Por todo lo anterior, la Sala considera que las conclusiones del dictamen tienen fundamentos técnicos, su contenido es claro y preciso y el perito es experto en la materia analizada¹⁰⁶. En efecto, el perito *i)* identificó el problema en estudio y fundamentó sus conclusiones en la visita a los depósitos y documentos técnicos que obran en el expediente y *ii)* describió los instrumentos que empleó: mediciones,

¹⁰⁴ Cuaderno 10

¹⁰⁵ Folio 28 del cuaderno 10.

¹⁰⁶ Junto con la experticia, el perito allegó un documento que da cuenta de la idoneidad técnica para el encargo, folios 322 a 348 del cuaderno 1.

inventarios e imágenes para determinar las características de cada uno de los ítems de obra y definió las operaciones necesarias para calcular su valor. Además, sus conclusiones son coincidentes con las pruebas documentales que obran en el expediente, en especial, con el pliego de condiciones y la propuesta presentada por el consorcio en la licitación pública n°. SED-LP-DCCEE-067-201. No hay dudas sobre la imparcialidad del perito, el Tribunal permitió la contradicción del dictamen y no obran pruebas en el expediente que desvirtúen sus conclusiones. En consecuencia, el dictamen en cuanto el valor de los materiales de obra que no pudieron ser empleados tiene eficacia probatoria según los artículos 226 y 232 del CGP.

142. La Sala estima que el valor de los materiales es un sobre costo que debe ser asumido por la SED, toda vez que el Tribunal concluyó que el objeto contractual no pudo ejecutarse por causas imputables a la demandada. Así las cosas, la Sala concederá la pretensión décima primera de condena de la demanda relacionada con la indemnización del valor de los materiales no empleados en las obras, pero por el valor que se acreditó con la experticia, es decir, \$195.332.399.

143. La anterior suma debe ser actualizada a partir del momento en el que el consorcio habría recibido la retribución por todos los materiales, esto es, al vencimiento del plazo del contrato de obra, o sea el 25 de agosto de 2015, de conformidad con la fórmula “*Valor actualizado = [Valor histórico * (IPC final octubre 2023) / IPC inicial (agosto 2015)]*”. Luego de actualizarse, el perjuicio actualizado es de \$310.714.686 = [195.332.399 * (136,45 / 85,78)].

Balance del contrato

144. Dado que en esta providencia se harán declaraciones y condenas a favor del consorcio y en contra de la entidad, le asiste razón al demandante cuando afirmó en la apelación que el ejercicio de finiquito de cuentas del contrato de obra debe ser revisado. En mérito de lo que antecede, la Sala pasa a revisar el balance final de la liquidación judicial del contrato en los siguientes términos:

VALOR INICIAL DEL CONTRATO: \$16.197.729.719
FECHA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO: 25 de agosto de 2015

DIFERENCIA RECONOCIDA POR EL TRIBUNAL A FAVOR DE LA ENTIDAD	
Diferencia actualizada ¹⁰⁷	\$981.523.634
RECONOCIMIENTOS Y CONDENAS QUE SE HACEN EN ESTA SENTENCIA A FAVOR DEL CONSORCIO	
Facturas 17 y 19 actualizadas ¹⁰⁸	\$670.509.310
Intereses moratorios	\$547.915.399 ¹⁰⁹
Utilidad proyectada no percibida	\$465.348.348
Materiales de obra	\$310.714.686

¹⁰⁷ Este valor es la diferencia actualizada desde la sentencia de primera instancia, esto es, 19 de junio de 2019, a la fecha de esta sentencia, de la siguiente manera: “*Valor actualizado = [Valor histórico * (IPC final octubre 2023) / IPC inicial (junio 2019)]*”. Luego de actualizarse, la diferencia actualizada a favor de la entidad es de \$981.523.634 = [738.822.224 * (136,45 / 102,71)].

¹⁰⁸ Este es el valor de las facturas actualizadas desde que se hicieron exigibles hasta la fecha de esta sentencia, de conformidad con las operaciones que se hicieron en el numeral 120 y 121 de esta providencia.

¹⁰⁹ Este es el valor total de los intereses moratorios según lo resuelto en el acápite de las consideraciones, sin que se le haya restado ningún concepto.

TOTAL	\$1.994.487.743
DIFERENCIA A FAVOR DEL CONSORCIO	\$1.012.964.109

145. Como se aprecia del cuadro anterior, el valor del saldo que reconoció el Tribunal en valor de la entidad es de \$738.822.224¹¹⁰, suma que actualizada a la fecha de esta sentencia arroja un valor de \$981.523.634. Este valor, que es un saldo a favor de la entidad se compensa de igual forma con la suma a que tiene derecho el consorcio por concepto de las facturas 17 y 19 actualizadas -\$670.509.310- por concepto de intereses moratorios \$547.915.399, cuyo cálculo implica su previa actualización, de utilidad proyectada no percibida por valor de \$465.348.348, cuya suma ya fue actualizada y por los materiales de obra adquiridos por valor de \$310.714.686, cuyo valor ya fue actualizado. Así, al compensar la suma que reconoció el Tribunal en favor de la entidad con los valores reconocidos en esta sentencia se obtiene el resultado final de la liquidación, que es de \$1.012.964.109, valor al que corresponderá la condena, en favor del Consorcio.

Costas

146. Finalmente, la parte demandante, en el recurso de apelación, esgrimió que el *a quo* debió condenar en costas a la parte demandada en primera instancia, pues le fue desfavorable la sentencia.

147. El artículo 188 del CPACA establece que *“salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se seguirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

148. Por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, resulta aplicable al presente asunto el artículo 365 del CGP, el cual, en su numeral 1, ordena condenar en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. En la medida en que la sentencia de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones y, pese a ello, el Tribunal se abstuvo de condenar en costas a la parte vencida, la Sala procederá a condenar a la demandada a pagar las costas de ambas instancias, por lo que se condenará así a la Secretaría de Educación Distrital.

149. En relación con las agencias en derecho, se pone de presente que se regirán por el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha en que se presentó la demanda¹¹¹. De conformidad con su artículo tercero, en la fijación de las tarifas en los asuntos contencioso administrativos, debe tenerse en cuenta la naturaleza, la calidad y la duración útil de la gestión realizada por el apoderado, así como la cuantía de la pretensión y demás circunstancias relevantes.

¹¹⁰ Folio 539 del cuaderno principal.

¹¹¹ Que fija, en su numeral 3.3.1. que las agencias de derecho podrán ser fijadas en hasta el 5% de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia. Este Acuerdo es aplicable a este caso pese a la derogatoria que hizo de él el Acuerdo 10554 de 2016 que fue expedido con ocasión de la entrada en vigencia del CGP. El Acuerdo 10554 estableció en su artículo 7º que *“se aplicará respecto de los procesos iniciados a partir de su publicación (5 de agosto de 2016). Los comenzados antes se siguen regulando por los reglamentos anteriores sobre la materia, de manera especial los contenidos en los Acuerdos 1887 de 2003”*.

150. Para la primera instancia, se debe tener en cuenta que en los asuntos contencioso administrativos con cuantía, las agencias deben fijarse hasta el 20% del valor de las pretensiones negadas o reconocidas en la sentencia, conforme dispone el artículo 6 *ibídem*. Así las cosas, como la labor procesal del mandatario judicial de la parte demandada fue continuada y consistente en el transcurso de la primera instancia, las agencias en derecho de dicha instancia se fijarán teniendo en cuenta la relación porcentual de 2% del valor de las pretensiones económicas planteadas en la demanda –\$3.282.650.349–; por ende, se fijarán en la suma de sesenta y cinco millones seiscientos cincuenta y tres mil seis pesos (\$65.653.006).

151. En lo que concierne a las agencias en derecho en segunda instancia, deben fijarse hasta el 5% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas de la sentencia, según lo dispuso el artículo 6 del aludido Acuerdo. En consideración a que la entidad demandada tuvo apoderado y su actuación fue continuada y consistente en el transcurso de la segunda instancia, se fija las agencias en derecho a cargo de Bogotá D.C.-Secretaría de Educación Distrital y a favor del Consorcio ACR-HERRÁN en treinta millones trescientos ochenta y ocho mil novecientos veintitrés mil pesos (\$30.388.923), teniendo en cuenta la relación porcentual del 3% del valor de las pretensiones económicas reconocidas en esta providencia.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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,

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de junio de 2019, la cual quedará como sigue.

SEGUNDO: DECLARAR el incumplimiento del contrato de obra n°. 03610 de 2013 celebrado entre el consorcio ACR-Herrán y la Secretaría de Educación Distrital de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia:

TERCERO: DECLARAR que prosperan *i)* la pretensión segunda y decimosexta de condena por los intereses de mora por el pago tardío y/o no pago de las facturas n°. 2, 3, 5-7, 11-17 y 19, por valor de \$547.915.399; *ii)* la pretensión decimosexta por el no pago de las facturas n°. 17 y 19 por valor de \$670.509.310; *iii)* la pretensión segunda de condena por la utilidad dejada de percibir por valor de \$465.348.348 y *iv)* la pretensión décima primera de condena respecto de los materiales adquiridos y no pagados por valor de \$310.714.686. Las anteriores cifras se incluyen en el balance final del contrato conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: NEGAR las excepciones de “*excepción de contrato no cumplido*”, “*existencia de sumas a cargo del contratista y en favor de la Secretaría de Educación Distrital*” e “*inexistencia de sobrecostos y perjuicios*”.

QUINTO: LIQUIDAR JUDICIALMENTE el contrato n°. 03610 de 2013 celebrado entre el consorcio ACR-Herrán y la Secretaría de Educación Distrital., como sigue:

VALOR INICIAL DEL CONTRATO: \$16.197.729.719
FECHA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO: 25 de agosto de 2015

DIFERENCIA RECONOCIDA POR EL TRIBUNAL A FAVOR DE LA ENTIDAD	
Diferencia actualizada ¹¹²	\$981.523.634
RECONOCIMIENTOS Y CONDENAS QUE SE HACEN EN ESTA SENTENCIA A FAVOR DEL CONSORCIO	
Facturas 17 y 19 actualizadas ¹¹³	\$670.509.310
Intereses moratorios	\$547.915.399 ¹¹⁴
Utilidad proyectada no percibida	\$465.348.348
Materiales de obra	\$310.714.686
TOTAL	\$1.994.487.743
DIFERENCIA A FAVOR DEL CONSORCIO	\$1.012.964.109

SEXTO: CONDENAR a Bogotá D.C.-Secretaría de Educación Distrital a pagar, en favor del Consorcio ACR-Herrán la suma de mil doce millones novecientos sesenta y cuatro mil ciento nueve pesos (\$1.012.964.109) como saldo a favor del contratista luego de la liquidación judicial, en los términos señalados en esta providencia.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas en ambas instancias a la demandada Bogotá D.C.-Secretaría de Educación Distrital. **FIJAR** como agencias en derecho, en esta instancia, a cargo de la parte demandada, la suma de treinta millones trescientos ochenta y ocho mil novecientos veintitrés mil pesos (\$30.388.923) que corresponde a la relación porcentual del 3% de las pretensiones reconocidas. **FIJAR** como agencias en derecho, en primera instancia, a cargo de la parte demandada, la suma de sesenta y cinco millones seiscientos cincuenta y tres mil seis pesos (\$65.653.006) que corresponde a la relación porcentual del 2% de las pretensiones de la demanda por la gestión en la primera instancia.

OCTAVO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

¹¹² Este valor es la diferencia actualizada desde la sentencia de primera instancia, esto es, 19 de junio de 2019, a la fecha de esta sentencia, de la siguiente manera: "Valor actualizado = [Valor histórico * (IPC final octubre 2023) / IPC inicial (junio 2019)]". Luego de actualizarse, la diferencia actualizada a favor de la entidad es de \$981.523.634 = [738.822.224 * (136,45 / 102,71)].

¹¹³ Este es el valor de las facturas actualizadas desde que se hicieron exigibles hasta la fecha de esta sentencia, de conformidad con las operaciones que se hicieron en el numeral 120 y 121 de esta providencia.

¹¹⁴ Este es el valor total de los intereses moratorios según lo resuelto en el acápite de las consideraciones, sin que se le haya restado ningún concepto.

Expediente: 250002336000201600363 01 (64.518)
Demandante: Consorcio ACR-Herrán
Demandada: Bogotá D.C.-Secretaría Distrital de Educación
Acción: Controversias contractuales

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES (E)

VF

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el siguiente enlace: <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador> .