

**CONTRATISTA – Deber de ejecución – Objeto contractual – Cuenta y riesgo
– Distribución del riesgo**

El Contratista deberá ejecutar el objeto del Contrato por su cuenta y riesgo, y asumir los gastos por todo concepto, incluyendo estudios, garantías, impuestos, trámites, seguros, multas y todos los demás gastos necesarios para la plena ejecución de las obligaciones que se derivan del objeto. Igualmente, la inversión y financiación de las obligaciones a su cargo que se derivan de la propuesta a la presente convocatoria pública son por cuenta exclusiva del Contratista.

Los riesgos y contingencias financieros, comerciales, cambiarios, operativos, ambientales, económicos, regulatorios, climatológicos, normativos y técnicos de las obligaciones a su cargo que se derivan del objeto del contrato son de responsabilidad indelegable del Contratista adjudicatario de este proceso de selección

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá DC, treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 88001-23-33-000-2021-00034-01 (69.612)
Actor: CONSORCIO CANCHA SAN ANDRÉS ISLA 2017
Demandado: DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO

Síntesis del caso: entre las partes se suscribió un contrato para la construcción y adecuación de la cancha alterna del estadio de fútbol ubicado en el sector “black dog” en San Andrés Isla, el cual no pudo ser finalmente ejecutado por circunstancias que el consorcio demandante atribuye a la entidad territorial contratista, por lo cual pretende la liquidación judicial del contrato con saldo en su favor integrado por el valor ejecutado y no pagado, las sumas de dinero que invirtió para poder ejecutar y la utilidad esperada; el tribunal de primera instancia liquidó el contrato con sumas a cargo de la demandante decisión que la referida parte apeló.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante Consorcio Cancha San Andrés Isla 2017 en contra de la sentencia de 12 de diciembre de 2022 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina liquidó judicialmente el contrato en los siguientes términos:

“PRIMERO: LIQUIDAR judicialmente el contrato No. 1877 de 2017 celebrado entre el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y el Consorcio Cancha San Andrés isla 2017, ordenando la devolución de la suma de tres mil trescientos diez millones ochocientos setenta y cinco mil ochenta y cuatro pesos (\$3.310.875.084,00) M/Cte., a favor del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de conformidad con lo razonado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: NEGAR las súplicas de la demanda, conforme lo expuesto en precedencia.

TERCERO: Sin costas en la instancia.” (pág. 62 archivo ED_34SENTENCIA(.pdf) NroActua 2 índice 2 SAMAI - mayúsculas sostenidas originales).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 16 de septiembre de 2021 (índice 1 SAMAI tribunal de origen), el Consorcio Cancha San Andrés 2017¹ promovió demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra de Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina con el fin de obtener las siguientes pretensiones:

“1. Se liquide el CONTRATO No 1877-2017 CONSTRUCCIÓN Y ADECUACIÓN CANCHA ALTERNA ESTADIO DE FUTBOL SECTOR BLACK DOG SAN ANDRÉS ISLAS.

2. Se condene a pagar al DEPARTAMENTO ARCHIPILAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA al pago en favor del CONSORCIO CANCHA SAN ANDRÉS 2017 la suma total de MIL CIENTO OCHENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS VEINTE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS (\$1,186,220,891.00). Discriminados así:

2.1 La suma de DOSCIENTOS SESENTA Y UN MILLONES NOVENTA Y CINCO MILOCHOCIENTOS SEIS PESOS (\$261.095.806) M.cte por concepto de preliminares ejecutados e Ítems no previstos contractualmente pero aprobados por interventoría.

(...).

2.2 La suma de SEIS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SETENTA PESOS (\$6.876.570) M.cte por concepto de Ítems a cobrar según avance de obra concertado con interventoría.

(...).

2.3 La suma de DOSCIENTOS OCHENTA MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS QUINCE PESOS (\$280.852.915) M.cte por concepto de Ítems a cobrar por la compra de grama sintética.

(...).

¹ Integrado por la sociedad Proyectos y Montajes Ltda (50%) y el señor Julio de Ávila Gómez (50%). El poder para la representación judicial fue conferido por este último en calidad de representante del consorcio (archivo Anexo 1, carta de conformación).

2.4 La suma de SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES DE PESOS TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS PESOS (\$637,395,600.00) M.cte por concepto de AIU del 30% sobre los valores no ejecutados del contrato de obra pública, AIU que conforme los dispuesto contractualmente correspondía el 30% del valor total de contrato.

(...).

3. *Se condene al municipio DEPARTAMENTO ARCHIPILAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA al pago de intereses de mora a la máxima tasa legal para este tipo de contratos, dado que por culpa únicamente imputable al Departamento se dejó de ejecutar un contrato de obra pública y por ende mi poderdante no obtuvo los dineros esperados por concepto de AIU. Intereses moratorios que deberá ser calculados a partir del 14 de noviembre de 2018 fecha en la que finalizó el plazo de ejecución de las obras y entró el contrato en un periodo de indefinición ya explicado en el presente escrito y debidamente soportado probatoriamente.*

4. *Se condene a la DEPARTAMENTO ARCHIPILAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA al pago total de la Agencias en Derecho y Costas Judiciales que se puedan incurrir en el presente proceso y como consecuencia de un fallo condenatorio.” (pág. 13 – 15 ED_02DEMANDA.pdf NroActua 2 - mayúsculas sostenidas del original).*

2. Hechos

El sustento fáctico de la demanda es, en síntesis, el siguiente:

1) Previa licitación pública para la selección del contratista, el departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina suscribió el contrato número 1877-2017 con el Consorcio Cancha San Andrés Isla 2017, cuyo objeto fue la construcción y adecuación de la cancha alterna de fútbol sector “*Black Dog*” de San Andrés Isla con un plazo de ejecución de 8 meses; el acta de inicio del contrato se suscribió el 2 de enero de 2018.

2) El consorcio contratista estuvo dispuesto a ejecutar el contrato, sin embargo, esto no fue posible y la ejecución se frustró definitivamente por causa de las siguientes situaciones atribuibles a la parte demandada: (i) los diseños entregados al contratista eran defectuosos e inejecutables lo cual impuso la suspensión del contrato y la necesidad de acordar los cambios en el diseño que tuvieron que ser ejecutados por el constructor pese a que no hacían parte del objeto contractual; (ii) los ajustes necesarios, producto de la modificación de los diseños, imponían

una revisión y ajuste de precios, aspecto que no fue aceptado por la entidad contratante y derivó en una nueva suspensión del contrato por el término de un (1) mes; (iii) en octubre de 2018 les fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva al gobernador del departamento contratante y al interventor del contrato lo cual afectó la ejecución y, (iv) la tardanza en la toma de decisiones por parte del ente territorial para poder continuar con la ejecución generó problemas de seguridad en la zona que terminaron en el hurto materiales dispuestos en el sitio de la obra (cerramientos y arena).

3) El consorcio garantizó el personal, recursos y equipos para ejecutar el contrato, toda vez que siempre mantuvo la expectativa de ejecutar el contrato y subcontrató a la sociedad Focus Ingeniería SAS para realizar obras civiles -contrato que no pudo cumplir-, realizó ejecuciones parciales, cuyo pago pretende, así como también el de la utilidad que esperaba obtener con la ejecución del contrato por considerar que la imposibilidad de ejecutarlo es de la parte demandada.

3. Contestación de la demanda

En la oportunidad procesal correspondiente el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se opuso a las pretensiones de la demanda (ED_17MEMORIALPARTEDDAP(.pdf) NroActua 2, índice 2 SAMAI) con sustento en las razones que a continuación se resumen:

1) El consorcio demandante conoció los pormenores del contrato desde el procedimiento de selección de contratista y debió advertir a la entidad las falencias en los diseños antes de presentar la oferta, máxime porque en su condición de experto en la materia contratada tenía el deber de visitar el sitio de la obra y actuar en con diligencia durante la formación del negocio.

2) La detención preventiva del gobernador departamental de la época y de algunos funcionarios de la administración municipal no tuvo incidencia en la ejecución del contrato porque la función pública a cargo del ente territorial siguió desarrollándose por medio de las personas que fueron encargadas de los correspondientes empleos.

3) No existía razón para que el contratista efectuara inversiones cuando se discutía la viabilidad del proyecto con sustento en las observaciones presentadas por este.

4. La sentencia apelada

El 12 de diciembre de 2022 (ED_34SENTENCIA(.pdf) NroActua 2), el Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina negó las pretensiones económicas del contratista y liquidó el contrato con saldo en su contra, con sustento en lo siguiente:

1) Aunque la ejecución contractual inició formalmente fue necesario efectuar levantamiento topográfico del terreno, estudios y diseños hidráulicos y sanitarios, de suelos, estructurales y diseño eléctrico, esto es, debieron incluirse labores de consultoría a cargo del constructor lo cual revela una evidente falencia en la planeación contractual.

2) Sin embargo, la falta de planeación contractual también es imputable al contratista quien tenía el deber de estudiar los pliegos de condiciones y las especificaciones técnicas del contrato antes de presentar la oferta; no obstante, solo advirtió las falencias en los diseños durante la fase de ejecución, el contratista tenía la obligación de estructurar en forma seria e informada su propuesta, tuvo la oportunidad de presentar las observaciones a los diseños durante la licitación pública, aceptó los documentos que le fueron entregados por la entidad contratante lo cual implica que los consideró adecuados y suficientes y, con fundamento en estos, elaboró su propuesta.

3) A pesar de que existe prueba del “*incumplimiento*” de la entidad contratante, este no justifica la inejecución de las obligaciones propias del contratista quien incurrió en “*culpa grave*” porque no efectuó una evaluación minuciosa de las condiciones de viabilidad y oportunidad del negocio.

4) El contratista no tiene derecho a reclamar la ejecución de items no previstos porque estos no eran imprevisibles, por el contrario, como no hay duda de que se pactó la obligación de visitar el sitio de la obra por parte de los oferentes, estos

asumieron los riesgos derivados de los eventuales cambios y ajuste en los diseños, de modo que las diferencias advertidas derivan de *“una falta de previsión del contratista a la hora de estructurar su oferta”*; por ende, *“mal puede afirmarse que la inclusión de nuevos ítems al presupuesto y la realización de labores para ejecutar el contrato afectó la equivalencia de las prestaciones pactadas en el contrato, precisamente, porque no se trata de hechos imprevisibles o de la administración, acaecidos con posterioridad a la suscripción del contrato, luego entonces, no podría pretender el contratista, el reconocimiento de derechos económicos por fuera de lo pactado puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos”* (pág. 53 archivo ED_34SENTENCIA(.pdf) NroActua 2).

5) El contratista estaba legitimado para pedir la liquidación del contrato, porque la administración no lo liquidó unilateralmente ni se logró acuerdo para disponer el cruce final de cuenta del contrato; sin embargo, no es posible reconocer al contratista lo reclamado por concepto de las prestaciones que afirma haber ejecutado porque *“desde el principio conoció la precariedad de los estudios previos efectuados por la entidad territorial, aún más, la falta absoluta de algunos de ellos que eran indispensables para la realización del proyecto”* y, por lo tanto, las inversiones realizadas a sabiendas de esta situación no están justificadas; tampoco tiene derecho al pago de la utilidad esperada porque *“la responsabilidad por la no ejecución del contrato de obra no puede radicarse en cabeza únicamente de la entidad territorial”* (pág. 59 – 60 archivo ED_34SENTENCIA(.pdf) NroActua 2).

6) No hay lugar a reconocer suma alguna en la liquidación del contrato en favor del contratista porque no se acreditó que *“los estudios elaborados por el contratista hubieran sido recibidos a satisfacción ni por la entidad contratante como tampoco por la interventoría”* (pág. 59 – 60 archivo ED_34SENTENCIA(.pdf) NroActua 2) ni el departamento contratante recibió parcialmente lo ejecutado; por lo expuesto, el contrato se liquidó con saldo a cargo del consorcio demandante equivalente al valor total del contrato (\$3.310.875.084), debido a que no se aportó prueba de que se hubiera ejecutado total o parcialmente lo acordado.

7) La decisión de no imponer condena en costas no se justificó.

6. El recurso de apelación

En el término legal, la parte demandante formuló recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia (ED_37RECURSOAPELACIONDD(.pdf) NroActua 2), con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se acojan las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

- 1) El tribunal dejó de analizar aspectos fundamentales del litigio, ignoró las reclamaciones económicas del contratista y las pruebas aportadas, con sustento en un solo argumento según el cual el contratista conoció desde el principio las falencias de los estudios y diseños, lo cual implica la imposición de una carga abiertamente desproporcionada.
- 2) No se analizaron las causas de la imposibilidad de ejecutar el contrato ni se tuvo en cuenta la prueba de lo efectivamente ejecutado por el consorcio.
- 3) El tribunal de primera instancia liquidó el contrato sin fundamento alguno y con procedimientos carentes de respaldo, le impuso al contratista pagar una suma equivalente al valor estimado del contrato, pese a que el propio demandado reconoce que solo le desembolsó el 50% de estos recursos; como consecuencia de este grave yerro, la sentencia ordenó devolver sumas que el contratista nunca recibió y, de otro lado, desconoció las prestaciones que el departamento reconoció haber recibido a satisfacción en el proyecto de liquidación bilateral que presentó al consorcio.
- 4) Se desconocieron y dejaron de valorar las pruebas aportadas al plenario las cuales demuestran que la falta de planeación del contrato así como también la imposibilidad de ejecutarlo son atribuibles únicamente al ente territorial demandado, circunstancia que le otorga derecho a reclamar los costos en los que incurrió y la utilidad que esperaba obtener.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite procesal, sin que se advierta nulidad que lo invalide, corresponde resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante para lo cual se seguirá el siguiente derrotero: (i) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, (ii) causas que determinaron la imposibilidad de ejecutar el contrato y su imputación a los extremos de la relación contractual, (iii) liquidación judicial del contrato y, (iv) costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

1) La demanda se dirigió a obtener la liquidación judicial del contrato, el reconocimiento de las inversiones realizadas por el contratista y la utilidad esperada con la ejecución plena del contrato por considerar que la imposibilidad de terminarlo con éxito es atribuible al ente territorial contratante; la parte demandada se opuso a dichas súplicas con fundamento en que el contratista estaba obligado a advertir las falencias en los diseños desde la etapa precontractual.

2) El tribunal de primera instancia negó las reclamaciones económicas del contratista por considerar que, si bien la entidad falló en la planeación del contrato, el consorcio contratista también tuvo participación en ello porque, en su condición de experto, no informó a la entidad sobre las fallas en los estudios y diseños, presentó su oferta con sustento en estos y asumió los riesgos derivados de esta situación porque se obligó a visitar el sitio de las obras antes de suscribir el contrato; de otro lado, liquidó el contrato sin reconocer valor alguno al consorcio porque no se probó que la entidad hubiera recibido a satisfacción la ejecución parcial del contrato y, por el contrario, lo condenó a pagar en favor del departamento demandado una suma equivalente al 100% del valor del contrato.

3) La parte demandante apeló la sentencia por considerar que el tribunal dejó de resolver sus reclamaciones económicas con el único argumento de que conoció los estudios y diseños durante la fase precontractual, no valoró las pruebas del proceso, no reconoció lo ejecutado y liquidó el contrato con evidente ausencia de sustento.

4) La Sala² modifica la sentencia apelada y la liquidación judicial del contrato debido a que la dispuesta por el tribunal carece de sustento. Se mantiene la decisión adversa a las reclamaciones económicas del demandante porque la no ejecución del contrato no es atribuible a la entidad demandada.

2. Causas que determinaron la imposibilidad de ejecutar el contrato y su imputación a los extremos de la relación contractual

1) La Sala encuentra que, contrario a lo alegado por el consorcio contratista, el contrato sí incluía desde su inicio actividades de estudios y diseños, de modo que la ausencia de estos no fue imputable a la entidad contratante, pues, por el contrario, le correspondía al contratista adelantarlos como se explica a continuación:

a) En el pliego de condiciones de la licitación número 049 de 2017 que dio origen al contrato materia de la litis, se determinó que el objeto de la contratación sería la construcción y adecuación de una cancha de fútbol, por el sistema de precios unitarios fijos *“conforme a las especificaciones técnicas y cantidades de obra contenidas en los Anexos 4 y 5”* (pág. 6 archivo 01 PLIEGO DE CONDICIONES PRUEBA #1.pdf).

b) También se aportaron los anexos denominados *“especificaciones técnicas”* y *“planos cancha prueba”*; el primero especifica los materiales y especificaciones de estos a ser utilizados en la construcción, almacenamiento, muestras, ensayos, aplicación, tolerancias, acabados, entre otros; el segundo, contiene los planos de la cancha de fútbol, las medidas la instalación de la grama sintética, la preparación del terreno, las zapatas y canales de aguas lluvias, pero, no contiene los diseños detallados de la obra ni de las redes de servicios públicos.

² Antes de analizar el fondo del asunto se verifica la ausencia de caducidad del medio de control, debido a que el plazo del contrato expiró el 17 de noviembre de 2018, los dos (2) meses posteriores vencieron el 18 de enero de 2019 y los cuatro (4) meses para la liquidación bilateral el 19 de mayo de 2019 (no se pactó un término por las partes), así las cosas, el término de caducidad empezó a contabilizarse el 20 de mayo de 2019, se suspendió entre el 16 de marzo de 2020 y el 1 de julio del mismo año por lo ordenado en el Decreto 564 de 2020, luego se reanudó hasta el 29 de enero de 2021 cuando nuevamente se suspendió con ocasión del trámite conciliatorio prejudicial promovido por la parte demandante (anexo 2 demanda) y se reanudó al cabo de tres meses (debido a que la constancia de imposibilidad de acuerdo se expidió el 30 de junio de 2021), esto es, el 30 de abril de 2021. En las referidas condiciones, la demanda podía ser presentada hasta el 14 de diciembre de 2021 y lo fue el 16 de septiembre del mismo año, esto es, en tiempo.

c) En el título 5.5 denominado “*distribución del riesgo*” del pliego de condiciones se precisó que el contratista ejecutaría los trabajos por su cuenta y riesgo, incluidos los estudios necesarios para el efecto, al tiempo que se le asignaron preliminarmente³ los riesgos técnicos derivados de las labores a su cargo:

“El Contratista deberá ejecutar el objeto del Contrato por su cuenta y riesgo, y asumir los gastos por todo concepto, incluyendo estudios, garantías, impuestos, trámites, seguros, multas y todos los demás gastos necesarios para la plena ejecución de las obligaciones que se derivan del objeto. Igualmente la inversión y financiación de las obligaciones a su cargo que se derivan de la propuesta a la presente convocatoria pública son por cuenta exclusiva del Contratista.

Los riesgos y contingencias financieros, comerciales, cambiarios, operativos, ambientales, económicos, regulatorios, climatológicos, normativos y técnicos de las obligaciones a su cargo que se derivan del objeto del contrato son de responsabilidad indelegable del Contratista adjudicatario de este proceso de selección.” (se resalta).

d) No se aportó copia de la propuesta presentada por el consorcio demandante para efecto de verificar cuáles específicos estudios ofreció; sin embargo, está probado que en el presupuesto oficial del contrato se incluyó la suma de \$59.794.417 correspondiente al valor de los “*estudios y diseños complementarios para la construcción de cancha*” (archivo PPTO OFICIAL PRUEBA 13), de donde se colige que la actividad de realizar estudios por parte del contratista quedó prevista en la fase precontractual, así como también el presupuesto necesario para remunerarla.

2) Según el cronograma del contrato, modificado y aprobado por la interventoría el 18 de abril de 2014, esto es, en forma posterior a la primera suspensión del contrato⁴ (carpeta 19. Comunicaciones contratista e interventoría.zip, archivo CORRESPONDENCIA ENVIADA INTERVENTORIA\CCSA-CCBD-1877-2017-COM-002-2018 - Entrega Cronograma Rev. B.pdf), las actividades de diseño previstas debían terminar de ejecutarse en los siguientes plazos:

³ No se aportó el acta de la audiencia de asignación de riegos.

⁴ La cual tuvo como causa la necesidad del lugar por parte del ente territorial para celebrar un certamen deportivo, por lo cual se amplió el plazo de ejecución en un (1) mes y quince (15) días, respecto de lo cual el contratista renunció a cualquier reclamación (Acta de suspensión No. 1).

Levantamiento topográfico	18/04/2018
Estudio de suelos	17/04/2018
Diseño arquitectónico y urbanismo	09/05/2018
Diseño de estructura para cubierta	18/05/2018
Diseño cimentaciones y gradería	08/05/2018
Diseño de base para cancha sintética	07/05/2018
Diseño de mezclas para concretos	18/05/2018
Diseño sistema de baja tensión	27/04/2018
Diseño sistema de media tensión	08/05/2018
Diseño sistema PAT	15/05/2018
Diseño sistema de alumbrado	15/05/2018

Lo expuesto confirma que el contrato sí incluía la realización de estudios y diseños.

3) Los informes de interventoría dan cuenta que el contratista se centró en ejecutar los trabajos de diseño a su cargo, los cuales no eran adicionales o ajenos a lo pactado en el contrato e incumplió el cronograma, esto es, no tuvo terminados los diseños en las fechas previstas:

a) Según el primer informe de interventoría rendido por el interventor del contrato “*Consorcio Cancha Black Dog 2017*”, el primer mes de ejecución el contratista lo dedicó a la realización de “*actividades topográficas*” y “*estudios de suelos*” (informe_01 ED_24ANEXOMEMORIALGOBER(.rar)), igual que ocurrió con el segundo y tercer informes los cuales también dan cuenta de que la ejecución se centró en estas dos actividades (informe_02 e informe: 03 ED_24ANEXOMEMORIALGOBER(.rar)). En efecto, el informe número tres (3) rendido por el interventor señala que las actividades realizadas fueron las siguientes:

*“Levantamiento topográfico
 Diseño arquitectónico y urbanístico
 Diseño de estructura para cubierta
 Diseño base para cancha sintética
 Diseño para sistema hidráulico y aguas lluvias
 Diseño sistema sanitario
 Igualmente, en su área eléctrica:
 Diseño sistema de BT
 Diseño de MT*

Diseño sistema PAT

Diseño sistema alumbrado

Aclarando que todo esto está siendo estudiado y estará sometido al escrutinio y posterior verificación por parte de los respectivos supervisores del contrato.

Para tener en cuenta los respectivos trámites a realizar en la entidad que corresponden a las aguas y alcantarillados, ya que son de suma importancia para darle continuidad a las obras de diseño y consultoría y celeridad a todo el contrato en general.” (informe: 03 ED_24ANEXOMEMORIALGOBER.rar).

b) Por su parte, en el informe semanal de avance de 21 al 27 de mayo de 2018 también se describe que las actividades en ejecución por parte del contratista eran los “estudios y diseños complementarios”.

c) El cuarto informe de la interventoría (junio – julio de 2018) revela que todos los trabajos adelantados hasta ese momento por el contratista fueron de diseño, sin ejecución material de la obra:

*“Durante este mes de trabajo en el Contrato No. 1877 (...) desarrollamos actividades de supervisión y acompañamiento en la gestión de consultoría de diseños en conjunto con el contratista. A lo largo del presente informe de la ejecución de la cancha en el sector de Black Dog, es necesario denotar que **hasta el momento se han desarrollado obras de estudio, en este orden de ideas es un informe de consultoría y diseño hasta la fecha ya que no se han iniciado obras técnicas aún**, si no de distribución de espacios y de carácter estructural y diseños eléctricos los cuales nos llevarán a una futura óptima ejecución. (...) avance planeado 37,34%, avance ejecutado 15% (...) se continúa haciendo el minucioso trabajo por parte del contratista de revisión de planos y establecimiento de cantidades de obra hasta el momento, **se han tenido demoras en el cálculo de la cimentación para la gradería y las bases de apoyo de la estructura metálica de la cubierta. Actualmente se trabaja en el cálculo de las cantidades de obra a ejecutar con base en la ingeniería de detalle.** Se han determinado nuevos ítems como lo son pozos de inspección para alcantarillado de aguas lluvias. Sumidero (...) queda pendiente realizar balance contra presupuesto/definir la totalidad de ítems nuevos. Terminar diseños estructurales incluidas especificaciones técnicas, cantidades de obra, balance contra presupuesto, definición de nuevos ítems. Darle celeridad a todo lo relacionado con la parte eléctrica. Coordinar con la secretaría de infraestructura para la conexión de los sistemas de acueducto y alcantarillado del proyecto y los sistemas existentes y/o faltantes.” (pág. 10 informe_04 ED_24ANEXOMEMORIALGOBER(.rar) – resalta la Sala).*

d) El informe número 5 de interventoría (julio – agosto de 2018) puso de presente que para ese momento el contratista continuó labores de diseño y no se habían

determinado las cantidades de obra; el avance de la ejecución era del 16% frente a un 37,34 planificado.

e) El informe número 6 (agosto – septiembre de 2018) muestra una situación idéntica a la de los informes antecedentes ya que los trabajos del contratista seguían siendo únicamente de diseño; se dejó expresa constancia de que los retrasos en la ejecución del contrato obedecían a lo siguiente:

“Hasta la fecha (septiembre de 2018) se presenta un retraso debido a diferentes razones a continuación expuestas:

Vandalismo, es una de las razones más preocupantes, ya que en dos ocasiones han desmontado y hurtado todos los materiales a utilizar en el cerramiento, amenazado de muerte al contratista, el vigilante y los trabajadores de la obra. (...). Muchas actividades nuevas o ítems no previsto han surgido después de largos y profundos estudios por parte del contratista y nuestra interventoría; ítems que modificarán el presupuesto de una manera importante, toda vez que de estas acciones nuevas se desprenderán actividades contractuales ya existentes. (...). Por otro lado, en meses anteriores y en el presente mes en la obra hemos tenido fuertes lluvias en la región que afectaron la ejecución normal de actividades de campo. Tales como descapote y retiro de material en el sitio para compactación y nivelación del mismo.”.

4) De otro lado, consta que desde el informe 3 (mayo – junio de 2018) la interventoría reclamó del contratista el cumplimiento de sus obligaciones de vigilancia, como se describe a continuación:

*“En el sector en donde se está desarrollando el contrato encontramos un algo grado de violencia y vandalismo y drogadicción. **Solicitamos por varios medios al contratista iniciar cerramiento e ir desarrollando la contratación también de vigilancia privada.***

Se encuentran de igual modo en desarrollo ítems de diseño y consultoría que podrían ser retrasados porque hasta el momento se encuentra en desarrollo los trámites frente a la entidad correspondiente a los alcantarillados de la zona que se relaciona directamente con la obra a realizar y que podrían ser causa de retrasos contractuales si no se resuelven a tiempo. (informe: 03 ED_24ANEXOMEMORIALGOBER(.rar) – resalta la Sala).

5) En el pliego de condiciones quedó expresamente previsto que la obligación de garantizar la seguridad y vigilancia de los materiales de obra sería del contratista, por lo cual ello no es imputable a la demandada:

“El proponente deberá adecuar su cronograma de trabajo a la zona señalada por el Departamento a fin de que la obra se inicie en el tiempo señalado, sin interrupción alguna. El contratista debe tomar las medidas necesarias para evitar las pérdidas o robos de materiales y asegurar que en el lugar de acopio estén protegidas contra toda clase de daños teniendo especial cuidado en resguardarlos de los efectos de la humedad y el ambiente.

El contratista se obliga a realizar a su propia costa las obras de reparación y mantenimiento cuando sean imputables a él, bajo la supervisión del interventor. El Contratista deberá notificar a la Interventoría por lo menos con tres días calendarios de anticipación, sobre la iniciación de cualquier trabajo.” (pág. 7 pliego de condiciones prueba 1).

6) El informe número 7 (30 de septiembre de 2018 – último disponible) se sustentó, igualmente, en que lo realizado por el contratista correspondía únicamente a labores de diseño y que estaba pendiente definir la totalidad de items a ejecutar, terminar los diseños estructurales, determinar cantidades de obra y coordinar la conexión de los servicios públicos (informe_07 ED_24ANEXOMEMORIALGOBER(.rar).

7) Las comunicaciones cruzadas entre el contratista y el interventor demuestran que a partir de agosto de 2018 se discutió la necesidad de modificar los precios del contrato e incluir los nuevos items derivados de los diseños (carpeta 19 COMUNICACIONES CONTRATISTA E INTERVENTORÍA).

8) El 2 de octubre de 2018, el contratista le solicitó a la entidad contratante la suspensión del contrato debido a lo siguiente: (i) la necesidad de ejecutar items no previstos inicialmente, (ii) problemas de inseguridad consistentes en el hurto del cerramiento de la obra y arena y, (iii) fuertes lluvias en la región que afectan las actividades de campo. Con sustento en lo anterior se pactó la suspensión número 2 del contrato por un término de un (1) mes, respecto de la cual se acordó que no habría lugar a *“ningún tipo de reclamaciones contractuales ni poscontractuales ni reclamará sumas adicionales a las pactadas en las condiciones del contrato, ni por las acciones derivadas del presente acto”* (archivo 21. Acta de suspensión No. 2 prueba 21.pdf).

9) El plazo del contrato, descontadas las suspensiones, se cumplió el 17 de noviembre de 2018; asimismo, consta que en forma posterior, el 17 de diciembre

de 2018, el contratista entregó los diseños hidrosantarios y pluviales del proyecto (CORRESPONDENCIA ENVIADA GOBERNACION\2018\CCSA-GSAI-1877-2017-COM-016-2018 - Estudios y diseños complementarios para la Construcción de la Cancha - Diseño Hidro-sanitario y Pluvial del Proyecto.pdf) y el diseño eléctrico (CORRESPONDENCIA ENVIADA GOBERNACION\2018\CCSA-GSAI-1877-2017-COM-017-2018 - Estudios y diseños complementarios para la construcción de la Cancha - Diseño Eléctrico del Proyecto.pdf).

10) De conformidad con lo expuesto se concluye (i) que los diseños complementarios sí hacían parte de lo contratado y que ello lo conocía el contratista porque la entidad solamente entregó las especificaciones de construcción y un plano general con las medidas de la cancha, pero, sin el diseño de detalle; (ii) no se aportó la oferta del consorcio contratista para efectos de analizar con detalle el alcance de la actividad de diseño acordada, no obstante, el presupuesto oficial del contrato reservó una suma de \$59.794.417; (iii) el contratista no cumplió con el cronograma aprobado en forma posterior a la primera suspensión del contrato y, si bien esta fue imputable a la entidad, las partes la acordaron y renunciaron a reclamar por este concepto; (iv) la segunda suspensión del contrato también se pactó de mutuo acuerdo para superar los problemas de inseguridad, de lluvias y la necesidad de modificar los ítems de obra a ejecutar y el contratista también renunció a reclamar por este concepto y, (v) el contratista presentó diseños completos en diciembre de 2018, es decir, cuando ya había vencido el plazo de ejecución del contrato y no ejecutó materialmente los trabajos, más allá del cerramiento y descapote del terreno, que son las únicas actividades de obra de las cuales dan cuenta los informes de interventoría.

11) En ese contexto, aunque está probado que el departamento contratante no contaba con los estudios y diseños de detalle cuando adelantó el proceso de selección y suscribió el correspondiente contrato, este incluía precisamente labores de diseños complementarios cuyo alcance no demostró el contratista (quién tenía dicha carga para efectos de determinar si se varió lo efectivamente ofrecido y acordado); por el contrario, lo probado es que el contratista no cumplió con el cronograma previsto para la entrega de los diseños y que los presentó cuando ya había expirado el plazo de ejecución contractual, siendo esta la causa eficiente de la imposibilidad de ejecutar materialmente la obra, dada la ausencia

de alguna prueba que permita concluir que se trataba de una obligación de imposible cumplimiento.

12) Así las cosas, aunque la Sala discrepa del entendimiento del tribunal respecto del alcance otorgado a obligación del contratista de visitar el sitio de las obras y de analizar los documentos precontractuales, de la cual derivó deberes de extensión ilimitada a cargo del consorcio, este no logró probar que la imposibilidad de ejecutar el contrato obedeció a causas imputables al departamento y, por el contrario, lo demostrado es que incumplió los plazos previstos para las actividades de diseño y entregó los estudios una vez expirado el término del contrato, siendo este el motivo que impidió la ejecución.

13) Por otra parte, no se acreditó el hecho consistente en la detención preventiva a la cual fueron sometidos algunos funcionarios de la administración departamental ni tampoco la forma en que supuestamente ese hecho impactó negativamente la ejecución del contrato e impidió el cumplimiento oportuno de las obligaciones del contratista y la ejecución material de la obra.

14) Con apoyo en las razones que anteceden, se confirma la sentencia de primera instancia en cuanto denegó el reconocimiento en favor del contratista de la utilidad esperada, porque no se demostró que la no ejecución de la obra fuera imputable a la administración departamental y, en tal virtud, los valores reclamados por este concepto no harán parte de la liquidación del contrato.

3. Liquidación judicial del contrato

1) Sobre este punto se verifica que la liquidación del contrato dispuesta por el tribunal de primera instancia carece de sustento en el estado real de las obligaciones y derechos emanados del contrato y se limitó a imponer, a cargo del contratista, el pago de una suma equivalente al 100% del valor del contrato, determinación que no tiene sustento fáctico ni jurídico.

2) No es un hecho discutido y, por el contrario, las partes aceptan y está acreditado con suficiencia, que el departamento demandado entregó un anticipo al contratista por la suma de \$1.655.437.542 de cuya amortización no hay evidencia; de igual

manera, en el proyecto de liquidación bilateral aportado por el departamento demandado este reconoce que el contratista ejecutó actividades por un valor de \$261.095.806 (archivo 23. Liquidación cancha *Black Dog* propuesta Departamento), documento que fue aportado por el ente territorial al contestar la demanda para efecto de sustentar su postura según la cual solo hubo ejecución parcial por el referido monto; además, el contratista no acreditó haber ejecutado el contrato por encima de esta suma, no hay prueba de que la grama sintética comprada en la cual afirma el contratista que invirtió parcialmente el anticipo hubiera sido utilizada en la obra ni de que la demandada hubiera obtenido beneficio de ella ni tampoco que la suma de \$6.876.570 que se afirma fue concertada con la entidad contratante no está incluida en la primera cifra antes mencionada; por consiguiente, se liquida el contrato con saldo a cargo del Consorcio Cancha San Andrés Isla 2017 y en favor del departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en la suma equivalente a \$1.394.341.736.

4. Costas

En los términos del numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso la Sala se abstiene de condenar en costas en ambas instancias toda vez que la demanda y el recurso prosperaron parcialmente.

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

FALLA :

1°) Modifícase la sentencia de 12 de diciembre de 2022 proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la cual queda así:

PRIMERO. Liquidase judicialmente el contrato número 1877-2017 suscrito entre las partes el 26 de diciembre de 2017, con saldo a cargo del Consorcio Cancha San Andrés Isla 2017 y en favor del departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa

Expediente: 88001-23-33-000-2021-00034-01 (69.612)
Demandante: Consorcio Cancha San Andrés Isla 2017
Controversias contractuales

Catalina en la suma equivalente a MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y UN MIL SETECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$1.394.341.736).

SEGUNDO. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

TERCERO. Absténesese de imponer condena en costas de primera instancia.

2°) Absténesese de condenar en costas de segunda instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(con salvamento parcial de voto)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
Presidente de Subsección
(firmado electrónicamente)

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado Ponente
(firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(firmado electrónicamente)

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