



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

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

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

Radicación número: 05001-23-31-000-2006-00111-01(48809)

Actor: CONSORCIO CONVEL - CONINSA

Demandado: INSTITUTO DE DEPORTES Y RECREACIÓN DE MEDELLÍN

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Temas: MAYOR PERMANENCIA EN OBRA – Prórroga del plazo contractual / FALTA DE RECONOCIMIENTO DE OBRA EJECUTADA – Obras ordenadas y aprobadas / NULIDAD DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL – Falsa motivación /CONDENA EN COSTAS – No se verificó la conducta temeraria.

Conoce la Sala de los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia del veinte (20) de junio de dos mil trece (2013), dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Cuarta de Decisión, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO. – SE DECLARA parcialmente probada la excepción de indebida acumulación de pretensiones, pero solo en relación con la pretensión de enriquecimiento sin causa.

“SEGUNDO. - SE DECLARAN NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por la parte demandada, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones.

“TERCERO. - SE DENIEGAN las pretensiones de la demanda, por lo indicado en la parte motiva.

“CUARTO. - No se condena en costas como lo prevé el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo por cuanto no aparecen causadas.



“QUINTO. -En firme la presente providencia, archívese el expediente dejando las constancias de rigor”.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 15 de diciembre de 2005, las sociedades Coninsa S.A. y Convel S.A. en calidad de integrantes del consorcio que lleva esos mismos nombres, presentaron demanda, en ejercicio de la acción contractual, contra el Instituto de Deportes y Recreación de Medellín – INDER en la cual solicitaron que se declarara el incumplimiento del Contrato de Obra No. 803 y sus adicionales por el no pago de los sobrecostos derivados del desequilibrio económico acaecido durante su ejecución, por la falta de reconocimiento de los costos originados en la mayor permanencia en obra y por la falta de pago de algunas actas de obra.

Así mismo, solicitó la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 345 del 16 de noviembre de 2004 expedida por el INDER, por la cual se liquidó unilateralmente el Contrato de Obra No. 803 de 2002, y de la Resolución No. 345 del 16 de noviembre de 2004 que desató el recurso de reposición interpuesto por el contratista contra la mencionada resolución y decidió confirmarla.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones reclamó el reconocimiento de perjuicios por concepto de lucro cesante y daño emergente estimados en cuantía de \$1.493'074.186.

Subsidiariamente, la parte actora solicitó que, con fundamento en los mismos hechos que sirvieron de sustento a las anteriores pretensiones, se declarara la existencia de un enriquecimiento sin causa.

2. Los hechos

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

2.1. El 26 de diciembre de 2002 el Instituto de Deportes y Recreación INDER y el consorcio Convel – Coninsa celebraron el Contrato No. 803 de 2002, cuyo objeto consistió en la construcción de las obras para el reordenamiento del espacio público en la unidad deportiva Atanasio Girardot, comprendido entre las calles 47 y 50 y las carreras 70 y 74 del municipio de Medellín, por un valor de \$4.239'540.386 M/cte y un plazo de 180 días calendario contados a



partir de la suscripción del acta de inicio.

2.2. El plazo inicialmente pactado corrió desde el 29 de enero de 2003, fecha en que se firmó el acta de inicio, hasta el 27 de julio de 2003.

2.3. Pese a lo anterior, el plazo contractual se prolongó hasta el 19 de marzo de 2004, por cuenta de varias prórrogas suscritas por las partes que a continuación se describen:

- Acta modificatoria al Contrato No. 803, suscrita el 25 de julio de 2003, por la cual se amplió el término del contrato en 126 días calendario que vencían el 30 de noviembre de 2003.
- Segunda adición al Contrato No. 803, celebrada el 8 de octubre de 2003, por la cual se extendió el plazo en 30 días calendario y se estableció como fecha de entrega de obra el 30 de diciembre de 2003.

Así mismo, se aumentó el valor del contrato en \$1.940'000.000, con el fin de construir obras complementarias a las señaladas en el convenio primigenio, tales como terminación de las obras "Parque del agua y del ajedrez", construcción de la torre "Mirador del parque del Ajedrez", terminación del cerramiento, terminación de ciclovías, adecuación de parqueaderos, construcción de andenes perimetrales en la unidad deportiva, pisos adoquinados y remodelación del coliseo de tenis de mesa.

- Tercera prórroga al Contrato No. 803 suscrita el 29 de diciembre de 2003, en la cual las partes acordaron que el plazo vencería el 30 de enero de 2004.
- Cuarta prórroga al Contrato No. 803, por la cual se amplió el plazo en 49 días calendario que habrían de culminar el 19 de marzo de 2004.

2.4. Sostuvo el libelo que la ampliación del plazo del Contrato No. 803 por espacio de 236 días obedeció a causas imputables a la falta de planeación de la entidad pública contratante, concretada en el hecho de haber celebrado el acuerdo sin contar previamente con los diseños hidrosanitarios, estudios de suelos, diseños arquitectónicos, diseños urbanísticos, diseños paisajísticos, licencia definitiva de construcción y plan de manejo ambiental.

Señaló además que varios de esos documentos se fueron allegando de manera tardía por la entidad dentro del plazo de ejecución y prórroga del contrato. A ello agregó que varios de los estudios y diseños aportados por el INDER presentaron serias inconsistencias en relación con las cantidades de obra contratada que igualmente retardaron el desarrollo del proyecto, determinaron la ampliación de su plazo y lo hicieron más oneroso.

2.5. Se advirtió que las prórrogas del plazo produjeron una mayor permanencia en obra que, a su turno, generó la ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 803.

2.6. Asimismo, se narró que el INDER dejó de pagar varias actas de obra, a pesar de que la ejecución de las labores allí contenidas fue ordenada por la entidad demandada y recibidas a entera satisfacción.

2.7. Mediante Resolución No. 345 de 16 de noviembre de 2004, el INDER liquidó unilateralmente el Contrato No. 803 de 2002. Esta decisión fue confirmada en su totalidad, a través de la Resolución No. 428 del 30 de diciembre del mismo año, en la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en su contra por el contratista.

3. Fundamento de derecho

Como fundamento jurídico de sus pretensiones, la parte actora invocó la aplicación de los artículos 90 y 209 de la Constitución Política, de los artículos 14, 24, 25, 27, 48, 49, 50, 51, 52 y 59 de la Ley 80 de 1993, los artículos 1601, 1602, 1603, 1608 y 1613 del Código Civil y el artículo 49 de la Ley 99 de 1993.

Argumentó que el contratista terminó ejecutando el contrato bajo unas condiciones muy distintas a las pactadas al inicio, circunstancia que imponía la observancia del principio *rebus sic stantibus* a fin de mantener inalterada la ecuación primaria.

Adujó también que las Resoluciones acusadas adolecían de falsa motivación por haberse negado a reconocer la ruptura del equilibrio económico del contrato No. 803 de 2002 que se presentó en detrimento de los intereses del contratista y por la falta de reconocimiento de la totalidad de las actas de obra ejecutada que habían sido ordenadas.

Alegó que el INDER transgredió los principios que orientaban la etapa preparatoria de toda licitación pública, en razón a que incurrió en serias omisiones al elaborar los estudios previos de forma incompleta y equivocada.

4. Actuación procesal

4.1. El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante providencia del 17 de febrero de 2006, admitió la demanda y ordenó notificar de la misma a la demandada. El 19 de septiembre del mismo año admitió la adición del libelo introductorio y dispuso surtir las notificaciones de ley.

4.2. Por auto del 13 de febrero de 2007, la primera instancia abrió el debate probatorio.

5. Contestación de la demanda – Instituto de Deportes y Recreación de Medellín

Mediante escrito allegado dentro del término legal, el Instituto de Deportes y Recreación de Medellín INDER ejerció su derecho de contradicción.

Frente a los hechos en los que se sustentó la demanda, manifestó que el contratista cesó la ejecución de labores el 19 de marzo de 2004 sin haber culminado el objeto del contrato, a pesar de habersele requerido para que realizara las reparaciones faltantes, situación que, además de configurar un incumplimiento contractual de su parte, desvirtuaba el hecho de que las obras hubieran sido recibidas a entera satisfacción.

Afirmó que no era cierto que el plazo del contrato se hubiera ampliado por causas atribuibles a la entidad demandada. En ese sentido, aseguró que al suscribir la segunda prórroga el consorcio manifestó que quedaba compensado por cualquier desequilibrio económico presentado hasta esa fecha.

Indicó que la última prórroga del plazo obedeció a que las obras encomendadas no habían sido terminadas, situación que, en todo caso, resultaba imputable al contratista.

Explicó que en la ejecución del Contrato No. 803 no se habían configurado hechos imprevisibles y ajenos a la voluntad del demandante, generadores de ruptura del equilibrio económico.



Adujo que al momento de abrir la convocatoria que dio como resultado la celebración del Contrato No. 803, el INDER contaba con los estudios, planos, diseños y licencias requeridos para su desarrollo.

En ese punto señaló que, de ser cierta la afirmación atinente a la ausencia de planos y diseños, podría concluirse que el contratista incurrió en negligencia al presentar una propuesta para ejecutar obras que no contaban con los soportes técnicos necesarios, circunstancia que debió ser conocida por el oferente durante la etapa precontractual y no al inicio de su ejecución como lo sugirió la demanda.

Agregó que, según quedó consignado en el pliego y sus adendas, era obligación de los proponentes analizar detalladamente las especificaciones de la construcción y realizar la visita al sitio de la obra para estructurar el precio unitario respecto de cada ítem ofrecido.

En cuanto a la ejecución de obras adicionales precisó que, de conformidad con la adenda No. 3 del pliego, las obras extras se liquidarían a precios unitarios convenidos con el contratista.

Esgrimió que la prórroga No. 3 no se celebró exclusivamente para la realización de obras nuevas como se plasmó en la demanda, sino para terminar las obras que el contratista no había alcanzado a culminar.

De otro lado, manifestó que el valor reconocido al contratista por razón de la ejecución de las obras no podía superar el compromiso presupuestal que respaldaba el negocio. En ese punto, explicó que las obras que excedieran el valor pactado se entendían ejecutadas por fuera del vínculo contractual y, por contera, no procedía su pago con cargo al mismo.

En adición, sostuvo que los informes de interventoría faltaron al leal proceder, pues de ser cierto el incumplimiento de las obligaciones del INDER que allí se documentaba, tales acontecimientos debieron ser puestos de presente cuando ocurrieron los hechos constitutivos del mismo y no como respuesta a los reproches de la labor de supervisión.

De otro lado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que carecían de sustento fáctico y jurídico.

Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones:



Inepta demanda

Indicó que ni los hechos en que se sustentaba la demanda, ni las pretensiones que en ella se formularon se encontraban debidamente determinados e individualizados.

Indebida representación e insuficiencia de poder

Sostuvo que el poder otorgado por las demandantes para ejercer la presente acción resultaba insuficiente en la medida en que no se había facultado al apoderado para pretender subsidiariamente la declaratoria de existencia del enriquecimiento sin causa.

Indebida acumulación de pretensiones

Adujo que las pretensiones primera y segunda resultaban excluyentes entre si y no podían tramitarse bajo la misma cuerda procesal.

Transacción

Destacó nuevamente que al suscribir la tercera prórroga al Contrato No. 803 el contratista manifestó que quedaba compensando por cualquier desequilibrio económico presentado hasta esa fecha. Con base en ello concluyó que al demandante se le había reconocido un reajuste retroactivo, además de haberse pactado que la obra ordinaria y adicional sería reajustada de acuerdo con la fórmula prescrita en el anexo No. 1 de la adición.

En esa dirección afirmó que las partes transaron cualquier desequilibrio económico del contrato.

Convención extintiva

Como sustento de este medio exceptivo, la demandada hizo extensivos los mismos argumentos expuestos anteriormente, aplicados al tenor de lo dispuesto en el artículo 1625 del Código Civil.

Excepción de contrato no cumplido



Replicó que los demandantes incumplieron el Contrato No. 803 al no entregar las obras a entera satisfacción, cuestión que se oponía a que las pretensiones de incumplimiento invocadas por la contraparte salieran avantes.

Cumplimiento contractual del INDER

Alegó que la demandada cumplió a cabalidad cada una de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del Contrato No. 803.

Caducidad

Señaló que el término para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de las resoluciones censuradas venció el 13 de mayo de 2005, mientras que la demanda se interpuso en diciembre del mismo año cuando ya la referida acción se encontraba caducada.

6. La sentencia impugnada

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

En primer lugar, abordó el examen de los medios exceptivos planteados.

En relación con la indebida acumulación de pretensiones alegada por la demandada consideró que tanto la pretensión anulatoria del acta de liquidación contractual como aquella encaminada a obtener la declaratoria de responsabilidad bien podían ventilarse a través de la presente acción contractual.

Sin embargo, estimó que la súplica relativa a declarar la existencia del enriquecimiento sin causa solo podía examinarse por la vía de la reparación directa, por lo que consideró que esa pretensión se encontraba indebidamente acumulada.

Siguiendo el estudio de los medios de oposición el fallador de primer grado declaró no probadas las excepciones de caducidad, transacción y convención extintiva por hallarlas infundadas y, finalmente, frente a las denominadas contrato no cumplido y cumplimiento del contrato estimó que estaban llamadas a resolverse al examinar el fondo del asunto.

Seguidamente se refirió al tratamiento conceptual, desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinal, de figuras tales como la liquidación del contrato y el equilibrio económico del negocio jurídico, al cabo de lo cual hizo un recuento del acervo probatorio y de los hechos acreditados en el proceso.

En ese análisis encontró que al principio de la ejecución contractual se presentaron varios problemas relacionados con algunos planos del cerco de cerramiento, cubierta del parque de ajedrez, ubicación de pilotes y diseños hidráulicos del parque del agua, circunstancia que, aunada a la información extraída de la correspondencia cruzada, permitía concluir que había existido una tardanza de la entidad en la entrega de los planos definitivos.

Igualmente precisó que esta situación, a su vez, llevó a que la programación inicialmente prevista no se pudiera cumplir por el contratista y a que las partes acordaran la primera ampliación del plazo.

Anotó que en la segunda adición al plazo celebrada por las partes se convino que el contratista quedaba compensado por cualquier desequilibrio económico presentado a esa fecha y que, no obstante que el contrato inicialmente se había pactado a precios unitarios no reajustables, esa situación había cambiado por cuenta de la segunda prórroga en la cual se estipuló que el reconocimiento de las obras ejecutadas se haría a precios reajustables con los índices de Camacol.

Señaló que la suscripción de la tercera prórroga obedeció a la necesidad de terminar unas obras precisas que se encontraban descritas en ese mismo documento y que eran las únicas que estaban pendientes de entrega. Con todo, advirtió que al finalizar el plazo de la tercera ampliación aún no había finalizado la ejecución de las labores en referencia, razón por la cual se pactó la cuarta prórroga acordando como fecha de terminación el 19 de marzo de 2004.

Indicó que en esa fecha se suscribió el acta de entrega de las obras contratadas, en la cual se dejó constancia de que se recibieron a entera satisfacción por la entidad pública, sin advertir salvedad alguna sobre inconformidades u obras pendientes de entrega.

Así mismo, el Tribunal *a quo* se pronunció acerca del dictamen pericial practicado en la actuación, el cual fue objetado por error grave por la parte actora. Al resolver la objeción precisó

que, si bien no se acogería el concepto del auxiliar por cuanto el dictamen arribó a las mismas conclusiones adoptadas por la demandada sin mayor sustento probatorio y suficiente justificación, lo cierto era que no se evidenciaba que existiera un error manifiesto de tal entidad que condujera a declarar probada la objeción formulada.

En lo atinente al segundo dictamen rendido como prueba decretada dentro de la objeción formulada en contra del primero, el Tribunal estimó que la referida experticia no era precisa al revelar la realidad contractual, dado que no tuvo en cuenta, por ejemplo, el acuerdo suscrito en el mes de octubre de 2003 en el que las partes adicionaron la suma de \$1.940'000.000 y tampoco el hecho de que hasta esa fecha se entendía saldado cualquier reclamo producto del desequilibrio.

Al retomar el estudio del alegado desequilibrio económico, la primera instancia consideró que la segunda prórroga del contrato en la que, además de ampliar el plazo, se adicionó su valor en cuantía equivalente al 45% del precio inicialmente pactado, tuvo como finalidad principal la de zanjar cualquier desavenencia contractual que hasta entonces se hubiere presentado en torno a la entrega tardía de los planos y a la alteración del cronograma de obra imputable a la entidad pública.

Sostuvo que al culminar el plazo previsto en la segunda prórroga, el demandante aún no había terminado las obras convenidas, por lo que se requirieron dos adiciones más para ese propósito. En esa línea, el *a quo* concluyó que el contratista había incurrido en incumplimiento dentro del plazo otorgado por cuenta de la suscripción de las dos últimas modificaciones y agregó que esas obras se le pagaron con precios actualizados y reajustados.

Del acta final de recibo el Tribunal desprendió también que aun cuando se habían finalizado las obras contratadas en el plazo otorgado, se evidenciaba que quedaron pendientes algunas actividades de detalle sin ejecutar, especialmente en la torre del ajedrez.

En ese punto, la primera instancia resaltó la manifestación de la entidad atinente al agotamiento del valor del contrato para convalidar el hecho de que para ese momento se había llegado al tope del presupuesto destinado para su ejecución y, por tanto, no podían pagarse esas actividades.

Así las cosas, el *a quo* concluyó que, a pesar de haberse demostrado que ocurrieron hechos

que determinaron la mayor permanencia en obra por causas no imputables al contratista, no podía desconocerse que las partes acordaron adiciones de plazo y valor tendientes a subsanar esa situación y que, en cualquier caso, después de la tercera prórroga debía terminar la obra el 19 de marzo de 2004 sin más dilaciones y con la advertencia de que las obras no podían superar el valor del contrato, ni los precios acordados.

Finalmente, estimó que en el caso no se había acreditado el desequilibrio económico reclamado, ni los sobrecostos en que afirmó haber incurrido el contratista por la prolongación del plazo contractual. Tampoco halló demostrado que se hubieran ejecutado obras que no hubieran estado cobijadas en los precios acordados o que se hubieran ejecutado obras que dejaron de pagarse.

7. El recurso de apelación

7.1. La parte demandante

La parte actora, a través de su apoderado, presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia el cual se centró en reprochar los siguientes aspectos:

En primer lugar, adujo que en la demanda se pretendió la declaratoria de incumplimiento contractual de la entidad por el no pago de los sobrecostos derivados de la mayor permanencia en obra y, de otro lado, por el no pago de actas de obra ejecutada por el contratista.

Al respecto explicó que, a pesar de lo anterior, el Tribunal no se pronunció frente al último aspecto señalado y tampoco analizó la prueba testimonial, documental y pericial que hizo constar su ocurrencia.

En este mismo punto añadió que la primera instancia no tuvo en consideración la totalidad de la información suministrada por la firma Acfa Ltda., con la que la entidad celebró un contrato cuyo objeto era el apoyo técnico para la liquidación del Contrato No. 803.

En ese orden, indicó que, según el estudio realizado por esa sociedad, la obra ejecutada ascendía a \$6.499'538.942, es decir, más de \$696'463.237 del valor consignado en el acta de liquidación unilateral.

Agregó que del documento signado por la interventoría en marzo de 2004, denominado “*informe final No. 13*”, igualmente se comprobaba que las obras ejecutadas, efectivamente, sobrepasaron el valor de la apropiación presupuestal y, sin embargo, dicho exceso no fue reconocido al contratista.

Alegó que las actas Nos. 6 y 7 en las cuales se convinieron precios para varias actividades que supuestamente no fueron debidamente legalizadas por no estar suscritas por el director del INDER y que, a su turno, respaldaron las obras ejecutadas, según actas No. 15 y 16, cuyo valor no fue objeto de reconocimiento, sí aparecen firmadas en el expediente, conclusión que además apoyó en un informe rendido por la Contraloría de Medellín.

Para el recurrente, el valor de las obras efectivamente ejecutadas también se colegía de los dos dictámenes rendidos en el proceso.

Seguidamente explicó que tanto la interventoría como el dictamen pericial resultaban coincidentes en señalar que el valor de las obras ejecutadas fue superior al indicado en el acta de liquidación unilateral proferida por el Instituto, situación que de suyo confirmaba que la entidad no había pagado la totalidad de las obras realizadas.

Por otro lado, el recurrente reprochó el hecho de que la Sala no hubiera reconocido la mayor permanencia en obra presentada después del 8 de octubre de 2003, fecha en que se celebró la segunda prórroga del plazo y se adicionó el precio, pues era claro que en las actas posteriores el contratista no había elevado manifestación alguna dirigida a renunciar a los mayores costos derivados de su prolongación, como, en su criterio, erradamente lo entendió la primera instancia.

Así mismo señaló que el valor de los perjuicios derivados de la mayor permanencia en obra se debía calcular con base en el tiempo que duró el plazo contractual, desde el 8 de octubre de 2003 hasta la fecha de recibo de las obras, esto es, por 164 días. Con base en ello estimó que la suma a reconocer por ese concepto ascendía a \$508'396.494.

Sobre el mismo punto, el apelante anotó que la partida de imprevistos no se había tenido en cuenta en el cálculo de la mayor permanencia. Observó que el valor del AIU correspondiente al Contrato No. 803/02 ascendió al 18.23% del costo de las obras y, de esa partida, el 3% se

destinó a cubrir imprevistos, porcentaje que no se encontraba incluido en la suma anteriormente señalada.

Por otro parte, alegó que no era cierto que el consorcio hubiera incumplido los compromisos adquiridos dentro de las adiciones al plazo, afirmación que soportó en el hecho de que durante la ejecución contractual la entidad no sancionó al contratista con la imposición de multas. Igualmente adujo que las actas de recibo de las obras, los informes de interventoría y el informe final de la sociedad Acfa Ltda. daban fe del cumplimiento de sus obligaciones en el plazo pactado.

Alegó que las obras ejecutadas superaron el valor del contrato por causas no imputables al contratista, pues, no obstante que el consorcio informó acerca de esta situación a la interventoría, la entidad hizo caso omiso de esa circunstancia y continuó ordenado la ejecución de labores.

7.2. La entidad demandada

La parte demandada centró la argumentación de la alzada, esencialmente, en el hecho de que, a pesar de haber sido vencida en juicio, la demandante no fue condenada en costas.

Para sustentar lo anterior señaló que, con sujeción a la normatividad que regulaba la materia, en el caso se presentaban los supuestos para que procediera dicha condena.

8. Actuación en segunda instancia

8.1. Mediante providencia del 22 de noviembre de 2013, la Sección Tercera de esta Corporación admitió los recursos de apelación interpuestos por las partes.

8.2. Por medio de providencia del 14 de febrero de 2014, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

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

El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo; **2)** presupuestos procesales; **2.1)** procedencia y oportunidad de la acción; **2.2)** legitimación en la causa; **3)** análisis de la apelación formulada por la parte actora; **3.1)** de la mayor permanencia en obra del Contrato No. 803 de 2002; **3.2)** sobre el no pago de las actas de obra extra ejecutada por el contratista; **3.3)** de la nulidad del acta de liquidación unilateral del contrato No. 803; **3.4)** de la suma debida; **4)** análisis de la apelación formulada por la parte demandada y **5)** costas.

1.- Competencia del Consejo de Estado

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

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

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes a la presunta ruptura del equilibrio económico y/o incumplimiento del Contrato No. 803 de 2002, celebrado entre el Instituto de Deportes y Recreación de Medellín y el consorcio Convel – Coninsa, así como a la nulidad del acto que lo liquidó unilateralmente.

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

Así las cosas, se precisa que la entidad contratante, INDER², de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del ordinal primero del artículo 2º de la Ley 80 de 1993³, es un establecimiento público y, por tanto, tiene el carácter de entidad estatal.

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

También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de \$810'540.798 por concepto de obras pendientes por pagar, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$190'750.000)⁴, exigida en la Ley 954, promulgada el 28 de abril de 2005, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

2. Presupuestos procesales

2.1.- Procedencia y oportunidad de la acción

El presente debate versa sobre el presunto incumplimiento y ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 803 de 2003 celebrado entre el Instituto de Deportes y Recreación de Medellín y el consorcio Convel - Coninsa, así como también acerca de la nulidad del acto que lo liquidó

² El INSTITUTO DE DEPORTES Y RECREACIÓN DE MEDELLÍN, es un establecimiento público, del orden municipal, creado por el Decreto 270 de 1993, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente que hace parte integral del Sistema Nacional del Deporte.

³ Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

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

“(…)”.

⁴ El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 15 de diciembre de 2005, correspondió a \$381. 500.oo.

unilateralmente, aspectos que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., corresponden ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada.

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

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

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

“d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”.

En consonancia con lo anterior, resulta pertinente destacar que en este caso se somete a examen la legalidad del acto que liquidó unilateralmente el Contrato No. 803 de 2002, el cual se encuentra contenido en la Resolución No. 345 de 2004 del 16 de noviembre de 2004, así como en la Resolución No. 428 del 30 de diciembre de 2004 por la cual, al resolver el recurso de interposición interpuesto en contra de aquel, lo confirmó.

Milita en el expediente⁵ la certificación expedida por la Asesora Jurídica del Instituto de Deportes y Recreación de Medellín en la que hizo constar que la Resolución No. 428 del 30 de diciembre de 2004, por la cual se desató el recurso formulado contra la liquidación unilateral del Contrato No. 803, cobró ejecutoria el 13 de enero de 2005, fecha a partir de la cual se iniciaba el cómputo de los dos años de caducidad de la acción contractual.

Como consecuencia, al haberse interpuesto la demanda el 15 de diciembre de 2005, la Sala concluye que la acción se ejerció dentro del término legalmente establecido.

2.2 Legitimación en la causa

⁵ Folio 4309 c1.

La Sala encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa a las sociedades Convel S.A. y Coninsa S.A. para integrar el extremo demandante, en su condición de miembros del consorcio contratista dentro del negocio jurídico No. 803, en cuyo desarrollo se produjo el supuesto incumplimiento y ruptura del equilibrio económico que constituye la materia de reclamación y sobre el cual recayó la liquidación unilateral cuya nulidad se acusa.

Igualmente, halla la Sala legitimado en la causa por pasiva al Instituto de Deportes y Recreación de Medellín Inder, dada su condición de entidad contratante del negocio jurídico que ocupa la atención de la Sala, además de ser la que profirió el acto impugnado.

3.- Análisis de la apelación formulada por la parte actora

Observa la Sala que la alzada se apoya en los siguientes argumentos medulares.

Por un lado, se reclama el reconocimiento de la ruptura del equilibrio económico del contrato derivado de la mayor permanencia en obra por causas imputables a la entidad contratante y, por otro, se discute la falta de pago de algunas de las actas de obra ejecutada.

A su turno, se acusa de nulidad el acto de liquidación unilateral del Contrato No. 803 por el vicio de falsa motivación que se concretó, según la parte actora, por no haber reconocido el pago de algunas de las actas de obra ejecutada y por no haber tenido en cuenta la fractura económica alegada.

Así pues, procede la Sala a resolverlos en el orden anotado y a la luz de los hechos probados.

-. El 26 de diciembre de 2002, el Instituto de Deportes y Recreación de Medellín – INDER y el consorcio Convel - Coninsa celebraron el Contrato de Obra Pública No. 803 de 2002, cuyo objeto lo constituyó la construcción de obras (primera etapa) para el reordenamiento del espacio público en la unidad deportiva Atanasio Girardot comprendido entre las calles 70 y 74 del municipio de Medellín. El valor inicialmente pactado se fijó en la suma de \$4.239'540.386 y el plazo convenido correspondió a 180 días calendario⁶.

Estas obras comprendían la intervención y readecuación del parque de ajedrez, parque de la tercera edad, parque del agua, parque de las palmeras, parque de banderas, alameda de las frutas, zona del gimnasio, senderos peatonales, parqueaderos y andenes de la calle Colombia,

⁶ Fls. 332-338 c1

canchas de voleypalya, juegos integrales en placas polideportivas, tratamiento de la arborización y jardines, ciclorutas, iluminación externa e interna, cerramientos, fuentes de agua, oficinas y baños del parque de ajedrez.

-. El 25 de julio de 2003, las partes suscribieron el acta modificatoria al Contrato No. 803 en la cual se acordó prorrogar el plazo en 126 días calendario contados a partir del 28 de julio de ese año y se estableció como fecha de culminación de las obras el 31 de octubre de 2003, con excepción de la terminación del parque de agua, el cual se entregaría el 30 de noviembre de esa calenda⁷.

En esa oportunidad se indicó que la ampliación del plazo era necesaria para la terminación de las obras pero que la no ejecución de las mismas en el tiempo inicialmente pactado obedecía a causas no imputables a alguna de las partes.

Finalmente, a través de ese mismo documento se modificó la forma de pago en el sentido de que el INDER pagaría el 40% del valor total, de acuerdo con lo estipulado en el acta de reunión del 21 de mayo de 2003.

-. El 8 de octubre de 2003, las partes suscribieron otra adición⁸ al Contrato No. 803 de 2002, en cuya cláusula primera acordaron un aumento del precio en cuantía de \$1'940.000.000 y ampliaron su plazo hasta el 30 de diciembre del mismo año.

-. El 29 de diciembre de 2003 las partes, por tercera vez, prorrogaron⁹ el plazo del Contrato No. 803 de 2002, en esta ocasión, hasta el 30 de enero de 2004.

-. El 30 de enero de 2004, los extremos co-contratantes efectuaron la ampliación No. 4 al contrato No. 803, de conformidad con la cual extendieron el plazo en 49 días calendario hasta el 19 de marzo de 2004¹⁰.

-. El 19 de marzo de 2004, la entidad contratante, el consorcio contratista y la sociedad interventora se reunieron con el fin de suscribir el acta de entrega y recibo de la obra.

⁷ Fls. 340-341 c1.

⁸ Fls. 3398-3399 C6.

⁹ Fls. 3400-3403 C6.

¹⁰ Fls. 339 C1.

- Después de varios intentos y acercamientos fallidos para lograr la liquidación del contrato por mutuo acuerdo, el 16 de noviembre de 2004 la entidad contratante profirió la Resolución No. 345, por la cual liquidó unilateralmente el Contrato No. 803.

- Finalmente, el 30 de diciembre del mismo año, el INDER expidió la Resolución No. 428, a través de la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto liquidatorio y decidió confirmarlo en todas sus partes.

3.1. De la mayor permanencia en obra del Contrato No. 803 de 2002

Uno de los argumentos de la apelación apuntó a cuestionar la falta de reconocimiento de los perjuicios derivados de la mayor permanencia en obra atribuible a las diferentes prórrogas de que fue objeto del Contrato No. 803 por causa de la tardanza en que incurrió la entidad pública en la entrega de los planos y diseños necesarias para el cumplimiento de su objeto. En criterio del accionante, esta circunstancia generó la ruptura del equilibrio económico del contrato.

De entrada, la Sala evidencia que este cargo de censura, en realidad, no guarda coincidencia con una causa generadora de la ruptura¹¹ del equilibrio económico del contrato. Contrario sensu, es claro que su cimiento se halla en el presunto incumplimiento de la carga obligacional asumida por la entidad pública en torno a la entrega oportuna de los planos y diseños requeridos para la realización del proyecto.

Así pues, sin perjuicio de que, de manera reiterada, esta Subsección¹² ha puntualizado que los institutos del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual tienen un

¹¹ En ese sentido la jurisprudencia de esta Subsección ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos a las partes cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como “*Hecho del Príncipe*” o “*Ius variandi*”, dependiendo de la entidad de donde emanen, pero que no se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante.

¹² Se recuerda que esta Subsección se ha ocupado de puntualizar las múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, así como los efectos que de uno y otro caso se desprenden, para efectos de precisar el tratamiento jurídico que debe dispensarse a cada caso concreto. Sobre el particular se pueden consultar: Sentencia proferida por la Sección Tercera Subsección A, Consejo de Estado, 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 22 de agosto de 2013, dentro del expediente No. 22.947, C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

tratamiento jurídico distinto y que en el caso concreto la base de reclamación se estructuró en la ocurrencia del segundo de los fenómenos enunciados y no del primero, la Sala abordará el estudio del cargo desde la perspectiva que corresponde, es decir, del incumplimiento contractual que se atribuye al ente público.

Ahora bien, como quiera que el apelante restringe su inconformidad a los sucesos ocurridos luego de la suscripción de la adición y prórroga del contrato celebrada el 8 de octubre de 2003, en tanto reconoce que en ese documento el contratista se declaró compensado por cualquier desequilibrio económico¹³ presentado hasta esa fecha, la Sala limitará el examen del cargo a los acontecimientos ocurridos entre el 8 de octubre de 2003 y el 19 de marzo de 2004, fecha en que suscribió el acta final del recibo de las obras contratadas.

Definido como está el alcance de la alzada en este punto que se pasa a resolver, la Sala evidencia que, de conformidad con lo establecido en el numeral 3.15 del pliego de condiciones, la entidad debía entregar al contratista los planos y especificaciones con base en los cuales se construirían las obras de reordenamiento del espacio público en la unidad deportiva Atanasio Girardot.

Ahora bien, el 8 de octubre de 2003, esto es, cuando ya se había vencido el plazo inicialmente pactado en el contrato y encontrándose dentro del término otorgado por cuenta de la primera prórroga, las partes efectuaron una adición¹⁴ al Contrato No. 803 de 2002, en cuya cláusula primera acordaron un aumento del precio en cuantía de \$1.940'000.000.

Igualmente se convino que los precios de la obra ordinaria y adicional ejecutada a partir del 27 de julio de 2003 serían reajustados de acuerdo con la fórmula del anexo 1 de ese documento, utilizando los índices de Camacol actualizados a julio de 2003 y teniendo como base noviembre de 2002. Además, se estipuló que los precios de la obra extra serían pactados con apego a los precios actuales de mercado.

¹³ Entiéndase nuevamente como perjuicio derivado del incumplimiento, en cuanto no se hace mención de alguna causa generadora de ruptura del equilibrio económico.

En efecto, en la cláusula novena la adición suscrita el 8 de octubre de 2003, el contratista expresamente manifestó que quedaba compensando por cualquier desequilibrio económico presentado hasta esa fecha, en la ejecución del contrato. Fls. 3398-3399 C4.

¹⁴ Fls. 3398-3399 C4.

La anterior adición se dirigía a ejecutar las siguientes obras: construcción de la torre de ajedrez, construcción de estructura metálica y venteros, iluminación del parque de ajedrez, terminación de obras en el parque del ajedrez y en el parque del agua, terminación del cerramiento, terminación de ciclovías, adecuación de parqueaderos, construcción de andenes perimetrales, pisos adoquinados y remodelación del coliseo de tenis de mesa.

Así mismo, las partes prorrogaron el plazo en 30 días calendario que vencían el 30 de diciembre de 2003. En esa fecha se debían entregar las obras terminadas con excepción del ascensor de la torre y su equipo de operación que debían ser entregados a los 90 días siguientes al pago del anticipo correspondiente al valor adicionado.

En comunicación del 11 de diciembre de 2003 el contratista solicitó a la interventoría que se tramitara una nueva ampliación de plazo contractual en razón a que los planos y la información válida para la terminación de las obras acordadas no le fueron entregados por el Inder el 14 de octubre de 2003 y a la fecha se encontraba pendiente la entrega del diseño de la estructura metálica de la cubierta de la torre, el diseño estructural de la sala de máquinas de ascensor, redes eléctricas e hidrosanitarias. Adicionalmente, afirmó que la entidad no había asignado los espacios para la instalación de los módulos de venteros¹⁵.

El 24 de diciembre de 2003 el contratista nuevamente solicitó una ampliación del plazo contractual, habida consideración de que la entidad no había realizado la entrega de los planos para la construcción del parque de ajedrez y las obras complementarias, así como los diseños eléctricos e hidrosanitarios¹⁶.

El 29 de diciembre de 2003, las partes suscribieron otra prórroga¹⁷ al Contrato No. 803 de 2002, en la que aumentaron su plazo hasta el 30 de enero de 2004, fecha en la que el contratista debía entregar las obras terminadas con excepción de las relacionadas con la torre de ajedrez y su ascensor panorámico.

Las obras que se debían entregar en la fecha prevista eran las siguientes: corrección de detalles del gimnasio, cancha de voleypalya, placas polideportivas, parque de banderas, alameda de las frutas, parque de palmeras, parque tercera edad, cicloruta del parque de palmeras y de la tercera edad, paisajismo y arborización, parque del ajedrez incluyendo

¹⁵ Fls. 3451-3452 C6.

¹⁶ Fls. 3458 C7.

¹⁷ Fls. 3400-3403 C6.

oficinas, locales y pisos exteriores, parque del agua y del ajedrez, mobiliario urbano – bancas (140 unidades) y los pisos del jardín de la cebada.

Y además para esa fecha el contratista debía finalizar las puertas de acceso a la unidad deportiva, los andenes de la calle Colombia, la señalización de la cicloruta sobre asfalto nuevo, puntos de venteros ambulantes, topellantas y señalización de parqueaderos de la calle Colombia, alcorques para árboles, canto rodado de playa para el parque del agua, piso en adoquín del acceso 15, remate de pasamanos en mármol del parque de ajedrez, trabajos hidráulicos en marte No. 1 y pintura antigrafiti del parque de ajedrez.

El 30 de enero de 2004, mediante documento escrito, las partes nuevamente decidieron extender el plazo en 49 días calendario hasta el 19 de marzo de 2004, con el fin de terminar las obras objeto del presente contrato, incluyendo la instalación y puesta en funcionamiento del ascensor panorámico de la torre “Mirador del Ajedrez”¹⁸.

El 20 de febrero de 2004 las partes elevaron el acta de entrega y recibo de la obra correspondiente al Contrato No. 803 de 2002.

En esa oportunidad se dejó constancia de que se había verificado la corrección de todos los detalles constructivos indicados por la interventoría y se recibieron las siguientes obras y adecuaciones: muro de cerramiento, aparcaderos de la calle Colombia, andenes de la calle Colombia, gimnasio, placas polideportivas, cancha de voleyplaya, parque de palmeras y parque de la tercera edad, plaza de banderas, concha acústica, jardín de la cerveza o bulevar de la cebada, alameda de las frutas, arborización y grama, parques del agua y del ajedrez, módulos para venteros ambulantes.

Igualmente se consignó que no se hacía entrega todavía de la torre mirador del parque de Ajedrez, fijando como fecha para ese propósito el 19 de marzo de 2004¹⁹.

Finalmente, el 19 de marzo de 2004 las partes sentaron el acta final de entrega de obras. En esa oportunidad se ratificó lo consignado en el acta de recibo parcial elevada el 20 de febrero de 2004 en cuanto al recibo de las obras allí señaladas y se agregó que se recibía la torre “Mirador del parque de ajedrez”.

¹⁸ Fls. 339 C1.

¹⁹ Fls. 3409-3420 C6.

Adicionalmente se advirtió que *“para la total terminación de la torre mirador queda pendiente contratar por parte del Inder los pasamanos para todos los niveles, la teja para la cubierta, las puertas de emergencia del ascensor, el pararrayos, las puertas rejas del primer nivel, las obras de urbanismo circundante a la torre, iluminación eléctrica interior y exterior y red de drenaje de aguas lluvias”*²⁰.

Posteriormente, a través del oficio del 31 de mayo de 2004, el interventor dejó constancia de que la entidad no hizo entrega de los planos concretos definitivos de la torre del ajedrez, ya que estos se entregaron en febrero de 2004 y precisó que antes de esa fecha solo se obtuvieron bocetos y esquemas²¹.

Los hechos narrados, en criterio de la Sala, dan cuenta de que, en efecto, las prórrogas del contrato suscritas entre el 8 de marzo de 2003 y el 30 de enero de 2004 obedecieron, en gran medida, a la falta de entrega de los planos por parte de la entidad, específicamente de la torre de ajedrez y de los diseños eléctricos e hidrosanitarios necesarios que se requerían para culminar la totalidad de las obras contratadas, circunstancia que, sin duda, alteró el cronograma de obra inicialmente pactado y condujo a la ampliación de su plazo.

Con todo, aun cuando tales circunstancias determinarían, en principio, la viabilidad de efectuar el reconocimiento de perjuicios a favor del contratista, quien por causas ajenas a su voluntad se vio obligado a permanecer en la obra por mayor tiempo del previsto en el contrato original, ocurre que tal evidencia no resulta suficiente para proceder al reconocimiento de los sobrecostos en que dice haber incurrido, toda vez que además se requiere que el demandante demuestre que sufrió efectivamente los perjuicios a que alude en los hechos y pretensiones de su demanda.

Para sacar adelante su pretensión encaminada al reconocimiento de los perjuicios derivados de la mayor permanencia en obra, el apelante alegó que debía acogerse el dictamen pericial practicado en la presente actuación por el auxiliar de la justicia, ingeniero Gustavo Patiño Duque, como prueba dentro de la objeción por grave formulada en contra de la experticia inicialmente rendida en el debate probatorio y a partir del cual se acreditaba que la suma que debía reconocerse por ese concepto equivalía a \$508'396.494.

²⁰ Fls. 3408 a 3414 C6.

²¹ Fls. 3544 C7.

Revisada la experticia se observa que la metodología adoptada por el auxiliar de la justicia para calcular el valor de los perjuicios que se debían reconocer por concepto de la mayor permanencia, consistió en realizar una liquidación del valor de administración y utilidad calculada con base en el valor inicial del contrato y su adición y proyectarla por el plazo en que se prorrogó el acuerdo, esto es, por 236 días.

Sin embargo, la Sala advierte que la operación realizada por el perito a partir, exclusivamente, de las cifras extraídas del contrato y de su adición, en modo alguno reflejan la efectiva ocurrencia de los perjuicios presuntamente sufridos por el demandante.

Con ese propósito resultaba imperioso acudir a distintos medios de prueba (inspecciones, exhibiciones, documentos etc.) como por ejemplo los libros de contabilidad de los demandantes, facturas, comprobantes de pago, planillas de seguridad social - documentos que deben hacer parte del archivo del contratista- para establecer si se realizaron desembolsos o consignaciones por concepto de pago de maquinaria y equipos, contratos de alquiler, personal, nómina, prestaciones sociales, parafiscales, arriendos, vigilancia u otros documentos que permitieran probar las erogaciones hechas por estos conceptos durante el período reclamado.

No bastaba entonces con solicitar la experticia para que, con base únicamente en los datos del contrato y sus adiciones, se tuvieran por acreditados los perjuicios sufridos por el contratista a causa de la permanencia extendida en la obra, sin aportar elementos concretos orientados a establecer si los costos reclamados por el demandante realmente se efectuaron y si, de haberse realizado, superaron el valor reconocido en su favor por estos rubros.

Así las cosas, ante la ausencia de demostración de los perjuicios deprecados sobre la base de la mayor permanencia en obra, la Sala negará su reconocimiento.

3.2 Sobre el no pago de las actas de obra extra ejecutada por el contratista

Señala el libelista que la entidad pública dejó de reconocerle la suma de \$810'540.798 por concepto de obra original, adicional y extra condensada en las actas de obra ejecutada No. 15, 16, 17 y 18, actividades que, a pesar de estar aprobadas y firmadas por la interventoría y la entidad no fueron reconocidas en el acta de liquidación unilateral del contrato en favor del contratista.

Para resolver la cuestión litigiosa, la Sala parte de señalar que en el contenido del acto de liquidación unilateral del Contrato de Obra No. 803 de 2002, vertido en la Resolución No. 345 de 2004, se observa que la entidad pública, en efecto, sostuvo que aun cuando el contratista había reclamado el reconocimiento de obras ejecutadas que todavía no se habían cancelado, en su mayoría se trataba de obras extras ejecutadas sin que existiera un pacto de precios que las autorizara.

En ese orden, para la entidad contratante resultaba improcedente su reconocimiento, habida consideración de que la regla consagrada en la cláusula 2.9 del pliego de condiciones expresamente señalaba que ninguna obra extra se realizaría sin tener suscrito el acuerdo de precios que le sirviera de sustento.

Como fundamento de lo anotado, la entidad, en el texto del acto de liquidación unilateral del negocio explicó que *“como no se conoce el precio o valor de la obra que se pretende realizar es absolutamente necesario pactar el precio antes de ejecutar la obra, de manera que el compromiso de los contratantes quede expresamente establecido antes de iniciar a ejecutar la obra y que cada uno de los contratistas pueda reclamar al otro el precio y lo que se reclamó”*²².

Con base en ello, las actas de obra ejecutada que fueron materia de reconocimiento en el acto unilateral de liquidación fueron las Nos. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14, con sus respectivos reajustes, todo lo cual sumó \$5.802'895.706. Y, por las razones anteriormente advertidas, se excluyeron del acto de liquidación las actas Nos. 15, 16, 17 y 18 que son las que constituyen materia de reclamación.

Una vez revisado el pliego de condiciones que gobernó la licitación que dio origen al contrato bajo examen, la Sala advierte que en la cláusula No. 2.9 a la que se hizo referencia en el acta de liquidación que se acaba de mencionar se estableció que cuando hubiera necesidad de ejecutar obra extra o adicional o de modificar el plazo o el valor convenido inicialmente, se suscribirían contratos adicionales que serían autorizados por el director del INDER.

Así mismo, se observa que, según el Adendo No. 3 al pliego de condiciones, por el cual se modificó su numeral 3.5., se precisó que *“Se entiende por trabajo extra el que, además de no estar incluido en los planos de licitación ni en las especificaciones ni en los formularios de cantidades de obra de la propuesta, no puede clasificarse por su naturaleza, entre los previstos*

²² Tal cual fue plasmado en el acta de liquidación unilateral del contrato No. 803. Fls. 541 del C1.

entre estos documentos. (...)La obra extra o adicional será autorizada por el Director General del INDER, para lo cual se suscribirá un contrato adicional. (...) las obras extras se liquidarán a los precios unitarios que se convengan con el contratista”²³.

Ahora bien, la revisión del acervo probatorio que reposa en el plenario revela con claridad que durante el plazo del Contrato No. 803 de 2002 y de sus prórrogas, los extremos contratantes, con soporte en las previsiones que se acaban de referir, suscribieron siete actas denominadas “*actas de convenio de precios*” en las cuales acordaron los precios unitarios de las obras extras que comprendían más de 100 ítemes adicionales que se habrían de ejecutar en cumplimiento del objeto contractual, las cuales, tanto a juicio del interventor como de ambas partes, resultaban necesarias para el cabal uso y funcionamiento de las obras contratadas.

Según el informe final de interventoría No. 13 del 19 de marzo de 2004, la necesidad de ejecutar obra extra se atribuyó a las inconsistencias halladas entre los diseños, las cantidades de obra del contrato y sus especificaciones generales. Y agregó que todas estas obras fueron analizadas y avaladas en los comités de obra a los cuales asistieron siempre funcionarios en representación de la entidad.

En la parte final del informe en mención se concluyó que el valor facturado hasta ese momento, correspondiente a las actas de obra Nos. 1 a la 14, ascendía a \$5.336’074.782 y añadió que existía obra ejecutada pendiente por facturar en cuantía de \$843’465.604.

Luego de la suscripción del acta final de recibo de las obras, se presentaron varios intentos para lograr un acuerdo de liquidación bilateral del contrato. Sin embargo, ante las diferencias existentes entre las partes respecto de las sumas que por concepto de obra ejecutada se debía reconocer al contratista, los intentos de lograr un consenso fracasaron.

Como consecuencia de lo anterior, el 2 de julio de 2004 el INDER y la constructora Acfa Ltda. celebraron el Contrato de Consultoría No. 629 de 2004, cuyo objeto consistió en realizar el apoyo técnico y administrativo para la liquidación del Contrato de Obra No. 803 de 2002, relacionado con el reordenamiento del espacio público en la Unidad Deportiva Atanasio Girardot²⁴. En desarrollo de ese convenio, en septiembre de 2004 la sociedad Acfa Ltda. rindió un informe final²⁵.

²³ Fls. 4266 C1.

²⁴ Fls. 4647 a 4651 C2.

²⁵ Fls. 4652 a 4780 C2.

Según se indica en el contenido de ese informe, las conclusiones adoptadas en el mismo se extrajeron del análisis de los ítemes que presentaron diferencias en la cantidad de obra ejecutada, examen que se efectuó teniendo en consideración las actas suscritas en los “Comités para la aclaración de cantidades” llevadas a cabo entre la entidad, el contratista, el interventor y la sociedad Acfa Ltda. con el fin de cuantificar el valor total del proyecto.

La sociedad Acfa presentó varias gráficas en las que condensó información relativa a: i) cuadro de las cantidades de obra acordada y su respectivo valor; ii) cuadro comparativo con las cantidades de obra de cada una de las partes en el cual se observa el costo total de las obras y la diferencia entre ese valor y el valor del presupuesto del proyecto; iii) cuadro de las cantidades de obra de las actividades que no debieron ejecutarse como obra extra, con sus respectivos valores y iv) cuadro con el valor de las obras incluidas en los convenios de precios de obra extra No. 6 y No. 7, los cuales, según afirmó, no fueron debidamente legalizados.

En el referido informe se concluyó que aun cuando para el contratista el costo del proyecto ascendió a \$6.588'267.701 y para la interventoría a la suma de \$6.465'744.832, para la sociedad Acfa Ltda. su costo total se calculó en la suma de \$6.499'358.942,98 e indicó que algunas de las obras que constituyeron la diferencia entre los valores señalados por el consorcio contratista y por el interventor fueron soportadas por el consorcio constructor mediante documentos que acreditaban la autorización y aprobación por parte de la interventoría.

Con todo, precisó que los convenios de precios de obra extra No. 6 y No. 7, cuyo valor ascendía a \$574'263.190,95 para el contratista y a \$573'748.490.05 para la interventoría, no fueron debidamente legalizados ya que no estaban firmados por la Directora General del Inder.

Como consecuencia de lo anterior, estimó que el valor de las obras ejecutadas, de conformidad con los convenios de precios No. 6 y No. 7, no podía ser considerado dentro del valor total del proyecto debido a su falta de legalización. En razón a ello señaló que el costo real del proyecto correspondió a la suma de \$5.925'095.752 la cual no superaba el presupuesto del contrato.

Las conclusiones del informe que se vienen de comentar resultan de gran utilidad para la Sala en razón a que a partir de su contenido es viable establecer que existió un porcentaje de obra extra ejecutada que no fue materia de reconocimiento por la entidad pública, pues al liquidar el contrato unilateralmente, como se señaló en la parte inicial de este acápite, concluyó que su ejecución no estuvo precedida del respectivo convenio de precios como lo indicaba el pliego.

Ahora bien, establecido como está que en realidad existieron obras extras ejecutadas que no fueron materia de reconocimiento, procede la Sala a analizar si en el marco del contrato, en efecto, procedía su pago como lo reclama el contratista o si resultaba improcedente como lo afirmó la entidad al argumentar que no existían convenios de precios que las respaldaran.

El estudio integral de la prueba documental que sirve de soporte para esta decisión revela de manera clara que en cumplimiento de la cláusula 2.9 del pliego de condiciones, a medida que surgió la necesidad de ejecutar obra extra y adicional, lo cual se hizo evidente casi que a la par con la fase inicial del proyecto²⁶, las partes contratantes suscribieron varias actas de convenios de precios para acordar el valor de las obras extras, así como actas de cambio de obra inicial para realizar obra adicional.

Muestra de ello es el acta de obra ejecutada No.4 del mes de mayo de 2003, que se soportó en el acta de obra adicional adelantada según acta de cambio No. 4, firmada esta última por las partes el 28 de mayo del mismo año.

Así mismo, se observa que el acta de obra ejecutada No.5 del mes de junio de 2003 se fundamentó en el acta de cambio de obra No. 6 que reflejaba obra adicional, suscrita el 1 de julio del mismo año, es decir, con posterioridad a la realización de las obras que allí se autorizaban.

También reposa el acta de obra ejecutada No. 8 del mes de septiembre de 2003, la cual se soportó en el acta de convenio de precios No. 3 suscrita el 30 de septiembre de 2003, es decir, en el mismo mes en que se ejecutaron las obras extras cuyos valores se estipulaban en este último documento.

Sin embargo, llama la atención a la Sala que el acta de convenio de precios No. 3 del 30 de septiembre de 2003 que sirvió de fundamento para la ejecución de las obras extras llevadas a cabo durante ese mismo mes, se legalizó o firmó por la entidad hasta noviembre de ese mismo año²⁷, esto es, dos meses después de la ejecución de las obras que allí se autorizaban. Con todo, esta situación no constituyó obstáculo para su posterior reconocimiento e inclusión en el acta de liquidación unilateral pues se partía del supuesto de que habían sido aprobadas.

²⁶ Se advierte que el acta de convenio de precios No. 1 se celebró el 1 de mayo de 2003, es decir, a los tres meses de haber iniciado la ejecución de la obra.

²⁷ Mediante oficio del 7 de noviembre de 2003 la entidad contratante entregó al interventor el acta de convenio de precios No. 3 debidamente firmada. Fls. 3579 C7.

La misma situación se presentó en relación con el acta de obra ejecutada No. 11 en la que se describían las actividades realizadas en noviembre de 2003, varias de ellas fundamentadas en el acta de convenio de precios No. 4 del 31 de octubre de 2003, pero cuya legalización se llevó a cabo por la entidad en diciembre de ese mismo año²⁸.

Esto último no deja de resultarle curioso a la Sala, ya que al parecer la dinámica contractual que se ejerció durante su ejecución determinaba que las obras extras ejecutadas durante determinado mes se sustentaban en actas de convenios de precios concertados y calendados en ese mismo período, pero cuya legalización se dilataba varios meses por trámites evacuados al interior de la entidad, no obstante haber sido ordenadas y aprobadas por la contratante en el tiempo de su ejecución. Precisamente por ello, el ente público procedió a su reconocimiento en el acto de liquidación.

Algo similar ocurrió en relación con las actas de obra No. 15 y 16, a cuya falta de reconocimiento se dirige el litigio; empero las obras extras allí descritas no fueron incluidas por la contratante en el cruce final de cuentas.

De conformidad con el contenido de las actas de obra ejecutada No. 15 y 16 que reposan en el plenario, la Sala precisa que allí se detallan las actividades realizadas en enero de 2004²⁹.

También se evidencia que las obras descritas en su texto se soportaron en los precios unitarios por actividades inicialmente pactadas en el contrato y en los convenios de precios por obra extra Nos. 2 (suscrito el 22 de agosto de 2003) y 3 (30 de septiembre de 2003).

Igualmente se sustentaron en el convenio de precios No. 6 celebrado el 29 de enero de 2004, en el cual acordaron los valores unitarios de 38 ítemes correspondientes a la obra extra del contrato en referencia y sobre los cuales la entidad reconoció un valor de 15% por concepto de AIU y se advirtió que sobre el ítem 153³⁰ se reconocía un 12% por concepto de administración

³¹.

²⁸ A través de comunicación del 30 de diciembre de 2003 el INDER remitió al interventor el Acta de Convenio de Precios No. 4 “*debidamente firmada para sus trámites pertinentes*”. fls 512-513 C1.

²⁹ Fls. 303 a 324 del C4.

³⁰ Ítem 53 mano de obra para la aplicación de la grasa retinax a los cables tensores exteriores de la estructura metálica de la cubierta del parque del ajedrez se reconoce un 12% de administración sobre el suministro.

³¹ Fls. 3662-3673 C7.

De ahí que respecto del acta de convenio de precios No. 6 de 2004 se presentó el mismo supuesto que aconteció respecto de las actas de obra anteriormente aludidas y que sí fueron reconocidas por la entidad, es decir, comprendió actividades ejecutadas al tiempo de su suscripción.

En este punto resulta de gran relevancia destacar que a diferencia de lo sostenido por la entidad en el acta de liquidación y por la sociedad Acfa Ltda. en el informe que le sirvió de apoyo para efectuarla, la Sala observa con claridad que el acta de convenio de precios No. 6 se encuentra debidamente firmada por el Director General del INDER, el representante del consorcio contratista, el interventor, el Coordinador del Obra del INDER, el Director de Obra del Consorcio contratista y el Director de Interventoría³². A lo anterior se impone agregar que el mencionado escrito no fue desconocido, ni tachado de falsedad por la entidad, del tal suerte que no existe motivo válido para dudar o desestimar su contenido.

En ese orden de ideas, para la Sala no es de recibo el dicho de la entidad cuando sostuvo que las obras extras respaldadas en las actas de obra No. 15 y 16 no se encontraban soportadas en convenios de precios legalizados, pues, como se dejó expuesto, la realidad probatoria mostró un escenario distinto.

Ahora, si lo anotado no resultara suficiente para desvirtuar los argumentos de la defensa, la Sala considera pertinente referirse a otros elementos de prueba que revisten de vigor la anterior conclusión.

En primer lugar, no puede perderse de vista que, de conformidad con lo previsto en el inciso tercero del numeral 3.7 del pliego de condiciones se estableció que el contratista debería cumplir inmediatamente cualquier orden escrita que impartiera el interventor.

En el contexto de esa práctica se evidencia que durante finales de diciembre de 2003 e inicios del 2004, la firma interventora informó al contratista acerca de la aprobación de varios análisis de precios unitarios de las obras extras que en adelante se ejecutarían y que habrían de estar contenidos en el acta de convenio de precios No. 6 e igualmente dio la orden de ejecutar los trabajos relacionados con esas obras.

³² Folios 514 a 5254 C1.



En consonancia con lo anterior, resulta menester precisar que el acta de convenio de precios No. 6 de enero de 2004 cobijó los ítemes 121 a 159.

Como sustento de lo anotado, se encuentra que mediante memorando No.488 del 6 de enero de 2004 el interventor informó al contratista que se había aprobado el análisis de precios unitarios para la adecuación de las redes hidrosanitarias y baterías de baño de la cancha Marte No. 1, que es precisamente la actividad y el precio unitario que correspondía al ítem descrito en el No. 125 del acta de convenio de precios No. 6, a la par con lo cual le solicitó que con carácter urgente se iniciaran esos trabajos ese mismo día para tener parte del sistema funcionando antes del 10 de enero de 2004³³.

Así mismo, a través de memorando No. 495 del 7 de enero de 2004, la interventoría manifestó al contratista que el APU correspondiente a la estructura metálica para cubierta del parque mirador del ajedrez debía ajustarse a la suma de \$57'930.880, valor que es efectivamente el que se pactó en el ítem No. 135 del acta de convenio de precios No. 6³⁴.

En igual sentido se tiene que similar situación se presentó en las comunicaciones Nos. 496 y 512 del 8 y 16 de enero³⁵, respectivamente, en las que la interventoría se refirió frente a la aprobación de los ítemes 121, 122, 124, 125, 126, 129, 131, 132 todos los cuales se encontraban acordados en el acta de convenio de precios de obra extra No. 6.

También reposa en el plenario el memorando No. 522 del 20 de enero de 2004³⁶, en el cual la interventoría informó al contratista sobre la aprobación de la suma de \$73'419.771 para la adquisición del equipo para la torre de ajedrez, actividad que se encuentra descrita y detallada en el ítem 133 del acta de convenio de precios No. 6.

De otro lado, en memorando No. 5515 del 16 de enero de 2004 la firma interventora explicó que no se estaban modificando actividades claramente definidas, sino que se habían adicionado ajustes y detalles para complementar las obras que se estaban construyendo y agregó que los precios unitarios se analizarían a medida que el contratista los fuera presentando para su aprobación³⁷.

³³ FIs. 2873 C6.

³⁴ FI. 2864 C6.

³⁵ FIs. 2829 y 2863 del C6.

³⁶ FIs. 2806 del c3.

³⁷FI. 2824 C6.



En memorando No. 538 del 24 de enero de 2004, la interventoría manifestó al contratista que estaba revisando las actas de obra Nos. 15 y 16 para constatar las cantidades que allí se plasmaron e informarle al Inder³⁸.

Posteriormente, en memorando No. 539 del 27 de enero de 2004, el interventor comunicó al consorcio lo siguiente: en relación con el acta de obra No. 15 precisó que su verdadero valor ascendía a \$715'637.817 y respecto del acta No. 16 en la que constaba obra ejecutada por valor de \$623'532.329 le manifestó que la misma se encontraba en proceso de revisión³⁹.

El 10 de febrero de 2004 el interventor remitió a la entidad la homologación de las obras de las actas de obra parcial Nos. 14, 15, 16⁴⁰ correspondientes al mes de enero de ese año en las que se incluía teja para la torre, cubierta metálica, ventanería, pasamanos mampostería, puertas de emergencia y andenes de la calle Colombia, todo lo cual se calculó en la suma de \$1.571'310.320⁴¹.

A su turno, la entidad contratante, mediante oficio del 31 de mayo de 2004, informó al interventor que, una vez revisadas las actas de obra No. 15 y 16, se halló un error en el acta No. 15 en cuyo contenido figuraba el ítem de obra extra No. 140 con un precio unitario de \$24.552, valor distinto al acordado en el acta de convenio de precios No. 6 en la que se pactó un precio unitario de \$24.452, lo cual representaba una diferencia de \$32.692⁴².

De conformidad con lo anterior, el INDER solicitó que ese error fuera considerado para descontarlo del acta No. 16 y así proceder con los trámites respectivos.

Esto última situación deja entrever que la entidad tenía pleno conocimiento de las obras ejecutadas según actas Nos. 15 y 16 y del hecho de que las mismas se sustentaron en un acuerdo de precios por obra extra celebrado entre las partes, al punto, que su objeción no se basó en la supuesta falta de legalización del convenio de precios en que se apoyaban las obras ejecutadas, sino en la diferencia cuantitativa encontrada entre el precio consignado en el acta de obra y aquel estipulado en el convenio de precios No. 6.

³⁸ Fl. 2784 C6.

³⁹ Fls. 2770 – 2771 C5.

⁴⁰ A pesar de que en la referencia del oficio en mención también se hizo alusión al acta No. 17, lo cierto es que en el contenido de las actas remitidas no figura la misma.

⁴¹ Fls. 3002-3024 C6.

⁴² Fl. 3542 C7.

Todo lo expuesto en conjunto permite sostener que, en efecto, la ejecución de las obras contenidas en las actas No. 15 y 16 no obedeció al arbitrio injustificado del contratista. Por el contrario, resulta incuestionable que tales obras fueron ordenadas y sustentadas en el respectivo acuerdo de precios No. 6 que las contuvo, el cual, además de estar suscrito por ambos extremos co-contratantes, también fue reconocido expresamente por la entidad al refutar la falta de coincidencia entre uno de los precios plasmados en el acta de obra No. 15. y el valor convenido por las partes en el referido arreglo.

Dicho lo anterior, la Sala considera que las mismas conclusiones que se dejan anotadas deben hacerse extensivas en lo concerniente a las actas de obra Nos. 17 y 18 cuyo pago también constituye objeto de debate y al acta de convenio de precios No. 7.

Ciertamente, el 8 de marzo de 2004 las partes suscribieron el acta de convenio de precios No. 7 del Contrato No. 803 de 2002, en la cual acordaron los valores unitarios de 18 ítemes correspondientes a la obra extra del contrato en referencia y sobre los cuales la entidad reconoció un valor de 15% por concepto de AIU, excepto en relación con los ítemes 187 y 188 en cuyo caso se reconocería un 12% de administración⁴³.

En relación con esta última acta debe tenerse en cuenta que al igual que acontece con el acta de convenios No. 6, se encuentra debidamente firmada por la Directora General del Inder, el Gerente del Consorcio y el Interventor⁴⁴, de tal suerte que queda sin sustento el argumento de la defensa según el cual el convenio de precios No. 7 no se encontraba legalizado. Tampoco este documento fue censurado por la entidad o desconocido su contenido.

Ahora bien, en relación con las actividades consignadas en las actas de obra Nos. 17 y 18⁴⁵, las cuales se encuentran fundamentadas en los convenios de precios Nos. 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7, la Sala estima viable acoger las conclusiones que sobre las mismas adoptó la sociedad Acfa Ltda. en su informe de apoyo para la liquidación del Contrato No. 803, toda vez que ese documento fue el producto de varias reuniones en las que intervinieron las partes para resolver las diferencias existentes en torno al valor total del proyecto y a las cantidades de obra realmente ejecutada y también fue el resultado de la revisión de los documentos que se suscribieron durante la ejecución contractual. En el mencionado informe se sostuvo:

⁴³ Fls. 3674-3680 C7.

⁴⁴ Fls. 381-388 C1

⁴⁵ Fls. 645 a 657 C1.

“En el acta de liquidación que presenta la interventoría, las obras del ítem OE160⁴⁶ en adelante aparecen sin cantidad de obra ejecutada, lo cual hace pensar que estas obras no fueron ejecutadas, no fueron autorizadas o no fueron aceptadas por la interventoría, pero el Acta de Convenio de Precios de Obra Extra No. 7, incluye todos estos ítems lo cual confirma que la interventoría tenía la intención de ejecutar estas actividades: además, la mayoría de estas actividades están cuantificadas en el cuaderno de medidas de la interventoría, lo cual permite concluir que efectivamente se hicieron y fueron aprobadas, y en el libro de obra, la interventoría describe el proceso constructivo de dichas actividades. Lo anterior permite concluir que la interventoría autorizó la totalidad de las obras ejecutadas”⁴⁷ (destaca la Sala).

Sobre el particular, se reitera que el acta de convenio de precios de obra extra No. 7 en que descansaron las actas de obra No. 17 y 18 y en la que la sociedad Acfa Ltda. apoyó sus consideraciones, no solo se encuentra firmada por el interventor. Cabe recordar que también se signó por la Directora General del Inder y por otros funcionarios de la contratante, circunstancia que pone de relieve la anuencia expresa de la entidad respecto de la ejecución de las obras que allí se hicieron constar.

Como síntesis de todas las consideraciones que anteceden puede afirmarse que, no obstante que la entidad convino, autorizó y aprobó la ejecución de las obras descritas en las actas Nos. 15, 16, 17 y 18 consumadas dentro del marco del Contrato No. 803 para el cabal cumplimiento de su objeto, las mismas no fueron reconocidas en favor del contratista por razones que a lo largo de este acápite han quedado desprovistas de justificación válida.

Ahora bien, aun cuando el monto de la reclamación elevada por el contratista en la presente causa por la obra ejecutada según las actas Nos. 15, 16, 17 y 18 asciende a la suma de \$810'540.798, para efectos de reconocer el valor que se dejó de pagar en su favor por las actividades desarrolladas según esos documentos, la Sala, nuevamente y por las razones antes expuestas, acogerá las sumas que arrojó el informe final efectuado por la sociedad Acfa Ltda. en relación con las obras ejecutadas con fundamento en los acuerdos de precios Nos. 6 y 7, que no fueron incluidas en el acto de liquidación del contrato.

No puede perderse de vista además que en desarrollo del proceso de revisión para el cual fue contratada la firma Acfa Ltda. se realizó una verificación física del lugar en donde se realizaron las obras con el fin de determinar, a través de medición directa, las cantidades y las actividades

⁴⁶ Estos ítems de obra extra son los contenidos en el acta de convenio de precios No, 7 que comprende los ítems 160 a 188 del C1.

⁴⁷ Fls. 4313 a 4334 C1.

ejecutadas, así como un análisis de los planos, diseños, especificaciones y documentos suscritos durante la ejecución contractual con el propósito de establecer errores de tipo aritmético y diferencias halladas entre los documentos elaborados por la interventoría y aquellos diligenciados por el contratista.

Como resultado de esta labor se concluyó que el valor de las obras ejecutadas según convenios de precios Nos. 6 y 7 que no se reconocieron en favor del contratista corresponde a \$573'748.490⁴⁸.

Esta suma habrá de ser reconocida a favor del contratista atendiendo a las precisiones que se efectuarán luego de abordar el examen del acta de liquidación del Contrato No. 803, de cuya legalidad se ocupará la Sala en acápite siguiente.

3.3 De la nulidad del acto de liquidación unilateral del Contrato No. 803

La parte demandante alegó que tanto el acto de liquidación unilateral del Contrato No. 803 como aquel que resolvió su impugnación, contenidos en las Resoluciones Nos. 345 del 16 de noviembre de 2004 y 428 del 30 de diciembre del mismo año, respectivamente, se encuentran viciados de falsa motivación, entre otras causales, por no haber incluido en ellas las actas de obra ejecutada Nos. 15, 16, 17 y 18 y por no haber reconocido en favor del contratista la mayor onerosidad que le produjo la ruptura económico del contrato⁴⁹.

Teniendo en cuenta que los perjuicios⁵⁰ presuntamente sufridos por el demandante por la ampliación del plazo del contrato por causas imputables a la entidad no fueron materia de demostración, el examen del cargo de nulidad se centrará en el aspecto atinente a la falta de reconocimiento de las actas de obras Nos. 15 a 18.

Analizado el contenido del acta de liquidación unilateral del Contrato No. 803, la Sala reitera que las razones que en esa oportunidad se esgrimieron para negar el reconocimiento de las actas de obra ejecutada por el contratista estribaron, *grosso modo*, en que las mismas se habían realizado por el contratista sin contar con las respectivas actas de convenio de precios de obra extra que las respaldaran.

⁴⁸ Si bien el consorcio manifiesta que este valor corresponde a \$574'263.190, la suma acogida se privilegia por la Sala por ser la que coincide con la conceptuada por el interventor del contrato.

⁴⁹ FI. 4106 C1.

⁵⁰ Impropiamente atribuidos, como ya se explicó, a la ruptura del equilibrio económico del contrato.

Así se señaló textualmente:

“En su mayoría se trata de obras extras ejecutadas sin que existiera un pacto de precios.

“(…).

“Así las cosas el contrato de obra que ahora se pretende liquidar EL CONTRATISTA ejecutó obra extra sin pactar el precio con EL INDER. Además, pretendió cobrar la obra extra sin que existiera un pacto de precios.

“EL CONTRATISTA no puede actuar de esa manera y el INDER no puede avalar esta actuación por ser contraria a la ley, aun cuando la obra que se refuta como extra se haya medido por la comisión que se conformó para ese fin.

“En consecuencia las obras extras que EL CONTRATISTA PRETENDE que se reconozcan y que aduce como referidas en los pactos de precios identificados con el número 6 y 7, no podrán ser pagados de manera directa. Se requiere de una autorización judicial en la cual se demuestre su precio justo y de mercado antes de su ejecución y que además se den los presupuestos judiciales o procesales para su reconocimiento”.

Sin embargo, como quedó expuesto en precedencia, las probanzas obrantes en el plenario reflejaron la realidad de la ejecución contractual y evidenciaron que las obras descritas en las actas Nos. 15 a la 18, además de haber sido ordenadas y aprobadas por la interventoría, encontraron sustento en las actas de convenio de precios de obra extra No. 6 y 7, las cuales reposan en el plenario y se encuentran suscritas por el Director de la entidad contratante.

También se evidenció por la Sala que la entidad conocía plenamente el contenido de las actas de precios en mención al punto que, al revisar las actas de obra ejecutada Nos. 15 y 16, manifestó que uno de los precios unitarios de las actividades que allí se detallaban no concordaba con el concertado en una de las referidas actas de convenio de precios por manera que solicitó que se descontara la diferencia del acta siguiente.

Ahora, si la preocupación de la entidad consistía en que las actas de convenio de precios Nos. 6 y 7 hubieran sido firmadas por el INDER en fecha posterior a la de la ejecución de las obras allí autorizadas, como lo deja ver entre líneas en el acto de liquidación, lo cierto es que tal circunstancia no está acreditada y, además, las fechas de las referidas actas de convenio de precios, en todo caso, coinciden con los meses en que se ejecutaron las obras detalladas en su interior.



Con todo, incluso en el evento de otorgar mérito a la inisinuación de la entidad relativa a la inadmisibilidad de ejecutar las obras extras con anterioridad a la fecha en que se firmaban los convenios de precios, tal actitud, en criterio de la Sala, resultaría desarticulada con la práctica que la propia entidad impuso durante la ejecución del contrato.

Un ejemplo claro de ello es lo ocurrido en relación con el acta de convenio de precios No. 3 del 30 de septiembre de 2003 que sirvió de soporte para el desarrollo de las obras extras durante ese mismo mes, pero que se legalizó o firmó por la entidad dos meses después de la ejecución de las obras que allí se autorizaban. Tal cual aconteció también en el caso del acta de obra ejecutada No. 11 contentiva de las actividades realizadas en noviembre de 2003, varias de ellas fundamentadas en el acta de convenio de precios No. 4 del 31 de octubre de 2003, pero cuya legalización se llevó a cabo por la entidad en diciembre de ese mismo año.

No obstante, en ninguno de estos casos existió reparo de la entidad para su posterior reconocimiento en el acta de liquidación unilateral, pese a la tardanza en que, por razones desconocidas, incurrió la contratante para la firma de esos convenios de precios.

A lo anotado cabe agregar que aun de aceptar la hipótesis planteada por la entidad, esto es, que las obras ejecutadas según actas Nos. 15 a 18 no podían ser reconocidas por la supuesta falta de legalización de las actas de convenio de precios Nos. 6 y 7, tampoco en este supuesto la Sala hallaría un argumento válido para negarse totalmente a su reconocimiento, pues no puede perderse de vista que gran parte de las actividades enunciadas en esas actas de obra igualmente se encontraban soportadas en los convenios de precios Nos. 1, 2, 3, 4 y 5, sobre los cuales no se expresó algún tipo de discrepancia y que además fueron suscritos por las partes en el año anterior a la fecha en que se ejecutaron las obras allí autorizadas.

Así las cosas, emerge con claridad que la motivación expuesta por la entidad para negar el reconocimiento de las pluricitadas actas de obra extra no consultó el verdadero escenario fáctico que rodeó la ejecución del Contrato No. 803.

Tal pareciera que la razón auténtica que condujo a la entidad a rechazar su reconocimiento, lejos de atribuirse a la falta de aprobación de las obras que ahora se reclaman, obedeció al temor de sobrepasar el presupuesto asignado para el proyecto por la falta de organización y control financiero que se presentó durante su vigencia, como se desprende de la

correspondencia cruzada entre la entidad, la interventoría y el consorcio contratista⁵¹ en los meses de enero, febrero y marzo de 2004 y como finalmente lo advirtió la sociedad Acfa Ltda. en su informe al indicar que: *“se observa que la interventoría ajustó las últimas actas hasta agotar el presupuesto del proyecto y simplemente dejó el resto de las obras por fuera de los cobros”*⁵².

En consideración a esto último, en esta oportunidad la Sala conviene la necesidad de precisar que con independencia de las implicaciones de índole presupuestal que se presenten por el hecho de superar el valor estimado de un contrato, que en todo caso fue pactado bajo el sistema de precios unitarios, lo que implica que fácilmente puede presentarse esta situación, lo cierto es que ello en modo alguno equivale a afirmar que las obras que en mayor cantidad se ejecuten en cumplimiento del mismo y aquellas adicionales que mediando acuerdo entre las partes sobre su ejecución guarden directa relación con su objeto, se encuentren por fuera del amparo convencional.

Es claro que las mismas se hallan cobijadas por el acuerdo de voluntades que da origen al vínculo negocial y, en tal virtud, su ejecución debe ser objeto de reconocimiento en el marco del respectivo contrato que les sirvió de fundamento.

Así pues, habiéndose acreditado que los motivos expuestos para sustentar la falta de reconocimiento de las obras contenidas en las actas Nos. 15, 16, 17 y 18 no se apoyaron en la realidad de lo acontecido, la Sala procederá a declarar la nulidad parcial por falsa motivación de la Resolución No. 345 del 16 de noviembre de 2004 por la cual el INDER liquidó unilateralmente el Contrato No. 803, únicamente en cuanto contuvo el rechazo al pago de las aludidas actas de obra y mantendrá incólume todo lo demás, pues además de no haber prosperado el reconocimiento de perjuicios por la mayor permanencia en obra, tampoco se pretendió en su reemplazo la liquidación judicial.

En los mismos términos será declarada la nulidad parcial de la Resolución No. 428 del 30 de diciembre de 2004, por la cual la entidad demandada resolvió el recurso de reposición en contra de aquella, en lo referente a la negativa de reconocimiento de las actas de obra ejecutada Nos. 15, 16, 17 y 18.

3.4. De la suma debida

⁵¹ Fls. 2805-2809 C6, 4295-4296, 4300 - 4303 C1.

⁵² Fls. 4330 C1.

El valor a cuyo pago se condenará a la entidad demandada Instituto de Deportes y Recreación de Medellín – INDER a pagar en favor del consorcio Convel - Coninsa, corresponde a la suma de \$573'748.490⁵³ por concepto de la obra ejecutada según actas Nos. 15, 16, 17 y 18 en el marco del Contrato No. 803 de 2002.

La suma indicada deberá ser actualizada desde la fecha en que cobró ejecutoria el acta de liquidación que negó su reconocimiento y cuya nulidad será declarada en este fallo, hasta la fecha de la presente providencia.

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

Vp: Corresponde al valor presente

Vh: Es el valor histórico o inicial (\$573'748.490)

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

Índice inicial: Es el IPC vigente a la fecha de ejecutoria del acto de liquidación del contrato No. 803 = 80,87 enero de 2005)

$$Vp = \frac{\$573'748.490 \times 130,63}{80,87} = \$ 926'780.824$$

$$Vp = \$ 926'780.824$$

Finalmente, se advierte que sobre la anterior suma de dinero no se reconocerán intereses moratorios en tanto la exigibilidad de su pago se deriva de la presente condena⁵⁴.

4. De la apelación formulada por la entidad demandada

⁵³ Este fue el valor que arrojó el informe final realizado por la Sociedad Acfa Ltda. como apoyo al proceso de liquidación del Contrato No. 803, el cual fue el producto de la medición directa de la obra ejecutada según convenios de precios Nos. 6 y 7 y de la revisión de documentos suscritos por las partes durante la ejecución del contrato, como bitácoras de obra y libros de cantidades, entre otros.

⁵⁴ La Sala se abstendrá de reconocer los intereses moratorios deprecados en la demanda, pues con sujeción a la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, en los casos en que la condena es consecuencia directa de la nulidad de un acto administrativo expedido por la entidad estatal contratante, resulta improcedente el reconocimiento de intereses moratorios, en cuanto ha de tenerse en cuenta que hasta antes del momento en que la decisión es anulada por la autoridad judicial competente, no podría predicarse la mora debido a que la decisión que a la postre se anula se encontraba revestida de la presunción de legalidad. Sobre el particular ver sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, 12 de julio de 2012, expediente: 15024, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

La inconformidad del recurso presentado por la entidad pública recayó en la ausencia de condena en costas en la primera instancia, carga que, en su criterio, debía imponerse a su contraparte tras haber resultado vencida en juicio.

Para resolver esta cuestión la Sala destaca que, con arreglo a los dictados del artículo 55 de la Ley 446 de 1998, norma bajo cuya vigencia se decide este asunto, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.

Sobre el particular cabe enfatizar que, no empero la remisión normativa que, en materia de condena en costas, se establece al Estatuto Procesal civil, esta Corporación⁵⁵ de antaño ha entendido que la norma en examen contiene un concepto jurídico indeterminado que concede al juez de lo Contencioso Administrativo una facultad discrecional para decidir si se abre paso a esa imposición sobre la base del análisis de la conducta asumida por las partes en litigio.

Así lo ha compartido igualmente la jurisprudencia del máximo órgano constitucional⁵⁶ al precisar que, si bien el artículo 55 de la Ley 446 no concede al operador judicial una facultad absolutamente potestativa de decidir cuándo procede o no la condena en costas, la discreción que puede ejercerse sobre la misma debe atender a una evaluación razonable de la conducta procesal de la parte vencida, ponderación que, a su turno, debe verificar si ha procedido con notorio abuso del derecho de acceso a la justicia, por el ejercicio del derecho de acción o de defensa, de la facultad de solicitar o presentar pruebas, de interponer recursos o de promover incidentes, en forma claramente irrazonable, temeraria, infundada, dilatoria o desleal.

Descendido lo anterior al caso concreto, la Sala no encuentra que la actuación de la parte demandante, desplegada dentro de la primera instancia, hubiera comportado una práctica abusiva del derecho de acción. Ciertamente, el hecho de que la sentencia de primer grado hubiera resultado adversa a sus intereses, en modo alguno implica un ejercicio desmedido del derecho o un uso caprichoso del aparato jurisdiccional.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 18 de febrero de 1999, Exp. 10.775. M.P. Ricardo Hoyos Duque “*En otros términos, en la medida en que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con un interés meramente dilatorio se considerará que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial*”.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-043 del 27 de enero de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Al contrario, se evidenció una actuación técnica, seria y sustentada en la válida convicción de contar con fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos suficientes para lograr la prosperidad de sus pretensiones, como en efecto aconteció a instancia de la impugnación.

Como consecuencia, los argumentos de la apelación presentada por la entidad pública deben ser desestimados.

En mérito de lo expuesto, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 345 del 16 de noviembre de 2004 por la cual el INDER liquidó unilateralmente el Contrato No. 803 y de la Resolución No. 428 del 30 de diciembre de 2004 por la cual la entidad demandada resolvió el recurso de reposición en contra de aquella, únicamente en lo que concierne a la negativa al reconocimiento y pago de las actas de obra ejecutada Nos. 15, 16, 17 y 18 dentro del Contrato de Obra Pública No. 803 de 2002.

Consecuencialmente se condenará al Instituto de Deportes y Recreación de Medellín – INDER a pagar en favor del consorcio Convel - Coninsa, la suma de NOVECIENTOS VEINTISEIS MILLONES SETECIENTOS OCHENTA MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS M/CTE (**\$926'780.824**), por concepto de actas de obra ejecutada Nos. 15, 16, 17 y 18 en cumplimiento del Contrato de Obra Pública No. 803 de 2002.

5. Costas

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

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

FALLA

1.- REVOCAR, por las razones expuestas, la sentencia proferida el veinte (20) de junio de dos mil trece (2013) por el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Cuarta de Decisión y en su

lugar se dispone:

“PRIMERO. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 345 del 16 de noviembre de 2004 por la cual el Instituto de Deportes y Recreación de Medellín **INDER** liquidó unilateralmente el contrato No. 803 y de la Resolución No. 428 del 30 de diciembre de 2004 por la cual la entidad demandada resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra aquella, únicamente en lo que concierne a la negativa al reconocimiento y pago de las actas de obra ejecutada Nos. 15, 16, 17 y 18 dentro del Contrato de Obra Pública No. 803 de 2002.

“SEGUNDO. – Como consecuencia de lo anterior, condenar al Instituto de Deportes y Recreación de Medellín – **INDER** a pagar en favor del consorcio Convel – Coninsa integrado por las sociedades Coninsa S.A. y Convel S.A., la suma de **NOVECIENTOS VEINTISEIS MILLONES SETECIENTOS OCHENTA MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS M/CTE (\$926’780.824)**, por concepto de actas de obra ejecutada Nos. 15, 16, 17 y 18 en cumplimiento del Contrato de Obra Pública No. 803 de 2002.

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

“CUARTO. - Sin condena en costas.

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

2.- Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

