



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 250002326000201200225 01 (63.123)

Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.

Demandado: DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Temas: PRECISIONES EN TORNO A LOS INSTITUTOS DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / en el caso concreto se alega inobservancia al deber de planeación, incumplimiento de obligaciones contractuales y responsabilidad contractual por extensión del plazo del acuerdo, por causas imputables a la contratante – MAYOR PERMANENCIA EN OBRA / efectos vinculantes de las modificaciones, prórrogas y suspensiones – DESEQUILIBRIO ECONÓMICO POR AUMENTO DE PRECIOS / no basta con demostrar la fluctuación de precios ocurrida desde el inicio de obra hasta la terminación de actividades – ANTICIPO SOBRE LA SUMA ADICIONADA / no se pactó su entrega en el contrato modificadorio – PAGO DE ACTAS PARCIALES DE OBRA / se supeditó a la duración del trámite presupuestal de pasivos exigibles

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 3 de mayo de 2018, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

1. Síntesis del caso

La presente controversia gira en torno al incumplimiento del contrato de obra No. 329 de 2007, celebrado entre el Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital y la constructora Duoquem Ltda., el cual tuvo por objeto la construcción de las obras necesarias de reforzamiento estructural y mejoramiento integral de la Institución Educativa Distrital Villarrica de la Localidad de Kennedy, incumplimiento que se atribuyó a la inobservancia del deber de planeación, por no haber contado con la disponibilidad del predio y la licencia de construcción, y por haber entregado estudios de suelos defectuosos, todo lo cual generó un retardo en el inicio de la obra, la ampliación del plazo contractual y le ocasionó perjuicios por mayor permanencia en obra.

Igualmente se discute el incumplimiento de la entidad contratante por la mora en la entrega del anticipo sobre la suma adicionada y por la mora en el pago de las actas parciales de obra.

Así mismo, se somete a discusión el desequilibrio económico del contrato sufrido como consecuencia del aumento de precios de insumos y materiales durante la extensión del plazo de ejecución de la obra.

2. La demanda

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el 15 de febrero de 2012 por la constructora Douquem Ltda., en ejercicio de la acción de controversias contractuales, contra el Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital, a través de la cual se solicitó:

- Que se revisara la liquidación bilateral del contrato de obra No. 329 de 2007.
- Que se declarara que el Distrito Capital – Secretaría Distrital de Educación incumplió el contrato de obra No. 329 de 2007, por vulneración del principio de planeación, que se concretó en no haber pagado los sobrecostos



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

administrativos generados por la mayor permanencia en obra ocurrida por causas no imputables al contratista; por no haber pagado el mayor costo de los equipos; por no haber pagado oportunamente el anticipo pactado y las actas parciales de obra.

- Que se declarara que la variación de precios presentada desde el inicio de la obra hasta su terminación, por fuera de los plazos inicialmente pactados, ocasionó una ruptura del equilibrio económico del contrato.
- Que se declarara que el Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital es responsable de los perjuicios causados al contratista con fundamento en la existencia de un enriquecimiento sin causa.
- Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condenara al Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital a pagar a la constructora Douquem Ltda. las siguientes sumas de dinero:
 - \$275'309.039,00, por concepto de sobrecostos administrativos derivados de la mayor permanencia en obra.
 - \$39'223.005,00, por concepto de mayores costos en la adquisición de la herramienta.
 - \$90'285.300,00, por concepto de intereses moratorios derivados de la no entrega del anticipo acordado.
 - \$39'609.561,00, por concepto de costos financieros derivados del incumplimiento en el pago de las actas parciales.
 - \$425'335.334,00, por concepto de desequilibrio económico causado por la variación de precios, generada por la prolongación del plazo contractual.

3. Los hechos

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos que sirven como punto de partida del debate:



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

3.1. Que, como resultado de la Licitación Pública No. SPF-052 de 2007, el 24 de diciembre de 2007, el Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital y la constructora Douquem Ltda. celebraron, bajo la modalidad de precios unitarios, el contrato de obra No. 329 de 2007, cuyo objeto consistió en *“realizar la ejecución de las obras necesarias de reforzamiento estructural y mejoramiento integral de acuerdo con las especificaciones y cantidades de obra entregadas por la Secretaría de Educación del Distrito de la Institución Educativa Distrital Villarrica de la Localidad de Kennedy”*, por un valor de \$3.465'301.511,53 y un plazo de 195 días, de los cuales los 15 días iniciales eran para la entrega de documentos y los 180 días siguientes para la ejecución de la obra.

3.2.- Que, el 19 de mayo de 2008, es decir, 116 días después de haber firmado el contrato, las partes suscribieron el acta de inicio de actividades, tardanza que fue imputable a la Secretaría de Educación Distrital, por no haber cumplido oportunamente su obligación de entregar el predio donde se desarrollaría el proyecto, cuestión que llevó a la alteración de las condiciones económicas inicialmente previstas.

3.3.- Que el desplazamiento de la fecha de inicio de la obra llevó a que la cimentación del suelo, a diferencia de lo previsto en la oferta, se debiera ejecutar en temporada invernal. A lo dicho sumó que el estudio de suelos entregado por la contratante fue deficiente, circunstancia que condujo a realizar obras de mejoramiento de la cimentación.

3.4.- Que el proveedor del ladrillo presentó atrasos en la producción y entrega de ese producto.

3.5. Que todas las adversidades narradas en precedencia impidieron el cumplimiento del cronograma de actividades pactado y motivaron la necesidad de suscribir varias modificaciones, prórrogas y suspensiones que comportaron la extensión del plazo contractual por 424 días adicionales a los inicialmente previstos, todo lo cual generó sobre costos administrativos y de la herramienta



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

menor, en razón de la mayor permanencia en la obra, y desequilibrio económico por el incremento de precios de los insumos durante ese lapso.

3.6. Que, durante la ejecución contractual, la entidad contratante incurrió en incumplimientos tales como: i) no entrega del anticipo derivado de los contratos modificatorios; ii) dilación en el pago de las actas parciales de obra.

3.7. El 3 de septiembre de 2009, las partes suscribieron el acta de recibo final de la obra a satisfacción, según la constancia que se dejó consignada.

3.8. El 20 de noviembre de 2009, las partes firmaron el acta de liquidación bilateral del contrato no. 329 de 2007.

4. Fundamentos de derecho

Como sustento jurídico de sus pretensiones, la parte actora esgrimió que se desatendió el mandato contenido en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, que impone el deber de mantener la igualdad y equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar.

Señaló que la ampliación del plazo por causas imputables a la entidad causó la alteración de la ecuación financiera, habida cuenta de que durante ese lapso se aumentó el valor de los insumos.

Adujo que la entidad demandada inobservó el principio de planeación al que alude el numeral 12) del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, inobservancia que se concretó en los estudios de suelos deficientes y en la falta de disposición del predio en el que se ejecutaría el proyecto.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

5. Actuación procesal

5.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, mediante providencia del 14 de marzo de 2012, admitió la demanda y ordenó su notificación a la demandada y al Ministerio Público.

6. Contestación de la demanda – Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital

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

Sostuvo que las únicas pretensiones llamadas a resolverse de fondo eran aquellas que guardaran coincidencia con las salvedades plasmadas en el acta de liquidación bilateral y que correspondieron a: i) mayores costos administrativos y mayor permanencia en obra; ii) ajuste de precios; iii) mayores gastos financieros pagados por la no entrega del anticipo de las adiciones y pago en las actas parciales de obra.

Frente a los hechos en los que se sustentó la demanda, específicamente en relación con la mayor permanencia en la obra, puso de presente la necesidad de determinar sus causas, así como la regulación que al respecto se acordó por las partes. En ese sentido, precisó que la mayor permanencia en obra se produjo por la necesidad de ejecutar obras adicionales y mayores cantidades de obra, eventos en los que el incremento en el valor del contrato cumplía la función la salvaguardar los efectos derivados de la extensión del plazo contractual.

Indicó que en los precios pactados por esas obras nuevas se incorporó el costo de la mayor permanencia en la obra que demandó su realización.

En cuanto a los argumentos relacionados con el mayor costo por la herramienta menor y por desequilibrio económico del contrato, refirió que estos no fueron objeto de inconformidad en el acta de liquidación bilateral.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

Frente a la mora en el pago del anticipo explicó que, al diferenciarse del pago anticipado, no tenía vocación de entrar al patrimonio del contratista, razón por la cual su entrega tardía no daba lugar a la causación de intereses moratorios. A lo dicho agregó que no estaba demostrado que el inicio tardío de la obra hubiera ocasionado perjuicios al contratista.

En lo concerniente al pago de las actas parciales de obra, la entidad sostuvo que fue el contratista el que con su conducta provocó la tardanza en su reconocimiento, por cuanto no fueron presentadas en debida forma para su pago, dado que las cuentas de cobro no contaban con sustento y se encontraban incompletas, siendo indispensable su corrección.

7. Sentencia de primera instancia

El Tribunal de primera instancia resolvió el litigio en los términos indicados en procedencia.

Encontró acreditado que el retardo en el inicio de la ejecución de la obra no solo obedeció a causas imputables a la entidad demanda, en tanto igualmente convergieron circunstancias atribuibles al contratista en el cumplimiento de algunas obligaciones que aún se hallaban pendientes de satisfacer.

Advirtió que ni en los contratos modificatorios ni en las actas de suspensión se dejó salvedad alguna respecto del desequilibrio supuestamente sufrido, por lo que no se cumplió con el requisito de oportunidad señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que debía articularse con el principio de buena fe exigible a ambos extremos de la relación negocial.

Frente a los perjuicios derivados de la no entrega del anticipo sobre la suma adicionada, afirmó el *a quo* que no resultaba de recibo la argumentación del demandante de que el porcentaje pactado como anticipo procedía respecto de



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

cada una de las sumas adicionadas, en consideración a que tal figura solo se encuentra prevista para apalancar los costos iniciales de ejecución.

Respecto del pago tardío de las actas parciales de obra, consideró que en el proceso no se pactó un procedimiento específico para su reconocimiento. Añadió que tampoco se acreditó la existencia de una dilación injustificada en su reconocimiento. Para el Tribunal, a cada cuenta de cobro presentada se le impartió el trámite correspondiente, consistente en obtener la aprobación de la interventoría, solicitar el certificado de disponibilidad presupuestal y realizar las gestiones necesarias para expedir el acto administrativo que autorizara el pago de un pasivo exigible, radicar en la dirección financiera de la entidad la cuenta de cobro con sus soportes, incluirla en el plan de pagos y finalmente realizar el correspondiente desembolso.

8. El recurso de apelación

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con el fin de que fuera revocada y, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

Como sustento de la impugnación, se refirió a los hechos demostrados en el proceso que daban lugar a revocar la providencia impugnada, entre ellos, que, según los dictámenes periciales, el contrato no pudo ser ejecutado dentro de las condiciones previstas al momento de su firma, ni dentro del plazo inicialmente previsto, lo que desencadenó un desequilibrio económico del negocio.

Indicó que, con el dictamen practicado por el contador César Rodríguez Rojas, se acreditaron los sobrecostos administrativos, del alquiler de equipos y herramientas, los costos financieros por el anticipo no recibido sobre las sumas adicionadas y el pago tardío de las actas parciales de obra, así como el reajuste de precios por la prolongación del plazo, que en suman arrojaban un total de \$1.708'055.695.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

Añadió que, de acuerdo con el dictamen practicado por el ingeniero civil Javier Mauricio Torres Cruz, se ajustaron los precios en función de la prolongación del plazo contractual, materializado en modificaciones, prórrogas y suspensiones que se presentaron por circunstancias atribuibles a la entidad, tales como la no entrega del predio, la no entrega de la licencia de construcción, la deficiencia en el estudio de suelos y la demora en el suministro del ladrillo. Como resultado de ese ejercicio, el perito concluyó que todo lo anterior generó unos costos adicionales por valor de \$1.052'449.680.

Sostuvo que durante la ejecución del contrato se presentó una mora injustificada en el pago de las actas parciales de obra y refirió las pruebas documentales que evidenciaban tal retardo.

El apelante detalló uno a uno los eventos que produjeron la ampliación del plazo, la desactualización de los precios ofrecidos y la mayor permanencia en la obra.

Indicó que la entidad desatendió su obligación de entregar el anticipo sobre la suma adicionada, de acuerdo con lo establecido en el contrato original, e insistió en que el retardo en el pago de las actas parciales de obra fue injustificado, lo que le generó sobrecostos financieros al contratista en razón a que debió asumir el pago de los materiales y la mano de obra con sus propios recursos mientras se producían los respectivos desembolsos.

9. Actuación en segunda instancia

9.1. En providencia del 1 de febrero de 2019, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia.

9.2. En providencia del 22 de abril de 2019 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiera su concepto. En el término otorgado, la parte demandada presentó su escrito de



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

alegaciones, en el cual, básicamente, reiteró los argumentos expuestos en las oportunidades procesales precedentes.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual; **3)** legitimación en la causa: **3.1)** por activa; **3.2)** por pasiva; **4)** algunas precisiones en torno a los institutos del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual. Causas y consecuencias; **5)** el alcance de las pretensiones en relación con los puntos materia de salvedad en el acta de liquidación bilateral del contrato; **6)** cargos del recurso de apelación: **6.1)** responsabilidad derivada de la mayor permanencia en obra: **6.1.1)** la mayor permanencia en obra por el inicio tardío de la obra – desde la celebración del contrato – 24 de diciembre de 2007- hasta la fecha en que se suscribió el acta de inicio del contrato, el 19 de mayo de 2008; **6.1.2)** la mayor permanencia en la obra, derivada de la prolongación del plazo contractual desde el inicio del contrato 239 de 2007 hasta la terminación de la obra; **6.2)** desequilibrio económico por no actualizar los precios para contener el incremento del precio durante la extensión del plazo contractual; **6.3)** la falta de pago del anticipo sobre la suma adicionada; **6.4)** la mora en el pago de las actas parciales de obra y **7)** costas.

1.- Competencia del Consejo de Estado

A continuación, la Sala verificará la competencia para conocer del recurso de apelación:



409

Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

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 al presunto incumplimiento y/o ruptura del equilibrio económico del contrato No. 329 de 2007, celebrado entre el Distrito Capital – Secretaría de Educación y la constructora Douquem Ltda.

Así las cosas, se precisa que la entidad contratante, Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital, de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del numeral 1 del artículo 2º de la Ley 80 de 1993², es un ente territorial que tiene el carácter de entidad estatal.

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".

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

"Para los solos efectos de esta ley:

"1o. Se denominan entidades estatales:

"a) La Nación, las regiones, los 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.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

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 esta controversia en segunda instancia en razón de que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de \$425'335.334,00, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$283'350.000)³, exigida en la Ley 954, promulgada el 28 de abril de 2005, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

2.- Procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual

El presente debate versa sobre el supuesto incumplimiento y/o ruptura del equilibrio económico del contrato No. 329 de 2007 celebrado entre el Distrito Capital – Secretaría de Educación y la constructora Douquem Ltda., aspecto que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., corresponde ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada.

En orden a determinar la oportunidad de su interposición, la Sala precisa que debe atenderse a la regla consagrada en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, según el cual el cómputo del término de caducidad de la acción contractual: *"c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta; (...)"*.

En consonancia con lo anterior, es pertinente destacar que obra en el expediente⁴ el acta de liquidación bilateral del contrato No. 329 de 2007, celebrada el 20 de noviembre de 2009, cuestión que, en aplicación de la norma que se cita, permite

"(...)".

³ El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 15 de febrero de 2012, correspondió a \$566.700.00, y al multiplicarlo por 500 arroja un valor de \$283'350.000.00.

⁴ Folios 168 a 171 del cuaderno 2.



410

Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

concluir que el término de caducidad se habría de vencer el 20 de noviembre de 2011.

En este punto es imperativo señalar que el 17 de noviembre de 2011, faltando tres días para vencerse el plazo, la parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 132 Judicial II para Asuntos Administrativos, trámite que culminó el 15 de febrero de 2012⁵, tras expedirse la constancia en la cual se daba cuenta de que la audiencia se declaró fallida por ausencia de ánimo conciliatorio.

A partir del día siguiente se reanudó el término de tres días restantes para completar los dos años de la caducidad, los cuales vencían el 18 de febrero de 2012, que por ser sábado, se trasladaba al siguiente día hábil, 20 de febrero de 2012.

Como consecuencia, al haberse interpuesto la demanda el 15 de febrero de 2012, la Sala concluye que la acción se ejerció dentro del término legalmente establecido.

3.- Legitimación en la causa

La legitimación en la causa en el ejercicio de la acción contractual, según lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A.⁶, se reservó a las partes cocontratantes de la relación obligacional, restricción que conlleva al entendimiento de que el daño o

⁵ Folios 1744 a 1745 del cuaderno 4.

⁶ C.C.A. **"Artículo 87. De las controversias contractuales:** Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuentes, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

"(...).

"El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes".



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

perjuicio por cuya indemnización se entabla el litigio tiene como fuente el negocio jurídico, del cual solo pueden desprender derechos y obligaciones, a través de este cauce procesal, quienes conforman uno de sus extremos.

3.1.- Por activa

La Sala encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa a la constructora Douquem Ltda. para integrar el extremo demandante, en su condición de contratista dentro del negocio jurídico No. 329 de 2007, en cuyo desarrollo se produjo el supuesto incumplimiento y/o ruptura del equilibrio económico que constituye la materia de reclamación.

3.2.- Por pasiva

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

4.- Algunas precisiones en torno a los institutos del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual. Causas y consecuencias

Teniendo en consideración que el supuesto jurídico de la reclamación sometida al conocimiento de la Sala halla su fundamento en el incumplimiento contractual y la ocurrencia de un desequilibrio económico del contrato, la Sala advierte la necesidad de realizar algunas puntualizaciones sobre las dos figuras en comento.

Como punto de partida, debe iniciarse por indicar que, de manera reiterada, esta Subsección ha enfatizado en que la conservación del sinalagma prestacional propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar la oferta y que le sirvieron de cimiento.



411

Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

En ese sentido, ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos a las partes cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como "*Hecho del Príncipe*" o en uso de sus facultades de entidad contratante a través de las potestades excepcionales "*ius variandi*", pero que en ningún caso se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante.

Igualmente, el legislador ha establecido que dicha equivalencia debe garantizarse a ambas partes, en tanto no constituye un privilegio exclusivo del contratista particular. Por tanto, en el evento de quebrantarse corresponderá adoptar los mecanismos de restablecimiento dispuestos por el legislador y adoptados por las partes, entre ellos, el reajuste de precios.

A *contrario sensu*, el incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato.

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

Asimismo, tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral⁷.

⁷ Sobre el particular consultar sentencia proferida por Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, el 22 de agosto de 2013, dentro del expediente No. 22.947, C.P: Mauricio Fajardo Gómez.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

Como se aprecia, el incumplimiento se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos cocontratantes que, de manera injustificada, se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulada.

Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y, desde esa perspectiva, la parte cumplida podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligacional, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados.

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 desprenden⁸.

Aunque las figuras analizadas obedecen a causas diferentes y tienen consecuencias distintas, la jurisprudencia de esta Subsección ha reconocido que en algunas oportunidades las decisiones judiciales han adoptado posturas que permiten identificar, impropiamente, el incumplimiento contractual como causa de la ruptura económica del contrato⁹.

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

En este caso la parte actora sostuvo que el supuesto fáctico de sus pretensiones se apoyaba en el incumplimiento del deber de planeación del contratante por no contar con la disponibilidad del predio donde se ejecutarían las obras y la licencia de construcción cuando se firmó el contrato y por haber suministrado estudios de

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 22 de agosto de 2013, expediente: 22.947, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

suelos defectuosos, circunstancias que generaron una mayor permanencia en la obra por la prolongación del plazo contractual; igualmente, fundó sus pretensiones en el incumplimiento en la entrega del anticipo sobre la suma adicionada y en la mora en el pago de las actas parciales de obra.

De otro lado, basó su reclamación en la ocurrencia de un desequilibrio económico por el aumento de precios de insumos y materiales de obra que tuvo lugar por la prolongación del plazo contractual.

Como se aprecia, lo que en realidad se encuentra en discusión en relación con este último punto, más allá de corresponder a un evento de ruptura del equilibrio económico del contrato, obedece a un caso en el cual se atribuye responsabilidad contractual al ente público porque con su conducta llevó a la extensión del plazo pactado durante el cual se produjo el incremento de costos propio del cambio de ejercicio fiscal.

Precisado lo anterior, la Sala abordará el estudio de los cargos de la apelación desde la óptica que en derecho corresponda.

5.- El alcance de las pretensiones en relación con los puntos materia de salvedad en el acta de liquidación bilateral del contrato

Antes de abordar el estudio de los argumentos presentados por la parte actora en el recurso de apelación, concierne determinar si jurídicamente resultaba viable, en sede judicial, formular las pretensiones invocadas en la demanda.

Para ese propósito debe tenerse en consideración que el contrato de obra No. 329 de 2007 fue liquidado bilateralmente por el Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital y la constructora Duoquem Ltda. mediante acta suscrita el 20 de noviembre de 2009 y, en tal virtud, la prosperidad de las pretensiones aquí formuladas se encuentra supeditada a las salvedades que el demandante hubiere consignado en el mencionado documento.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

A propósito del tema relativo a la liquidación bilateral de los contratos, la Sección Tercera de esta Corporación, de manera uniforme y reiterada ha considerado¹⁰ que, una vez el contrato se liquida por mutuo acuerdo entre las partes, el documento en el que consta contiene un consenso de los extremos contratantes que no puede ser desconocido posteriormente ante la instancia judicial por parte de quien lo suscribe, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) o se deje expresa constancia de la existencia de salvedades o discrepancias respecto del cruce de cuentas que allí se consigna.

Por lo expuesto, el ejercicio de la acción contractual se encuentra circunscrito a la posibilidad de controvertir exclusivamente aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el accionante hubiere manifestado expresamente su disconformidad en el acto de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, quedando excluido aquello respecto de lo cual se hubiere guardado silencio¹¹.

Se impone agregar que el alcance y el sentido de la liquidación definitiva de un contrato es el de un verdadero balance o corte de cuentas, de tal suerte que solo a partir de su contenido será posible determinar si alguno de los extremos de un contrato le debe algo al otro y, de ser así, en qué cuantía¹².

De acuerdo con la referida orientación jurisprudencial, procede la Sala a examinar el acta de liquidación final del contrato No. 329 de 2007, suscrita entre las partes, con el fin de determinar: i) si el contratista consignó algunas salvedades acerca de su contenido y ii) en caso de ser así, si dichas inconformidades guardan coincidencia con las pretensiones que se ventilan.

¹⁰ Ver entre otras: sentencia de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 22 de agosto de 2013, Exp. 22.947, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida el 20 de octubre de 2014, Exp. 27.777, C.P. Enrique Gil Botero.

¹¹ Consultar sentencia del 27 de mayo de 2015, Exp. 38.695, C.P. (E) Hernán Andrade Rincón.

¹² Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 22 de noviembre de 2011, Exp. 19.931, C.P. Danilo Rojas Betancourth, reiterada en sentencia del 12 de diciembre de 2014, Exp. 27.426, proferida por esa misma Subsección con ponencia del doctor Ramiro Pazos Guerrero.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
 Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
 Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
 EDUCACIÓN DISTRITAL
 Referencia: Acción Contractual

En el texto de dicho documento el contratista, constructora Duoquem Ltda., consignó las siguientes salvedades¹³ (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"Sin perjuicio de la AQUIECENCIA del contratista Constructora Duoquem Ltda., con el Balance Económico establecido en este Acta de Liquidación, este se reserva el derecho de reclamar vía judicial o extrajudicial por: 1) Los mayores costos administrativos por mayor permanencia en la obra. 2) Los ajustes de precios. 3) Los mayores costos financieros pagados por el Contratista a causa de la no entrega del anticipo por parte de la entidad dentro de las adiciones en valor del contrato y la mora en el pago de las actas parciales de obra".

En atención a las inconformidades plasmadas, resulta viable estudiar la prosperidad de las pretensiones formuladas en cuanto guardan identidad con aquellas, a excepción de la que se dirigió al reconocimiento y pago de la suma de \$39'223.005,00, por concepto de mayores costos en la adquisición de la herramienta, la cual no fue mencionada en las salvedades registradas en el acta de liquidación bilateral.

6.- Cargos del recurso de apelación

En síntesis, los cargos de la apelación formulada por la parte actora apuntan a reiterar que, de conformidad con las pruebas periciales y documentales, se encuentra acreditado que el contratista sufrió perjuicios derivados de: i) la mayor permanencia que se causó desde la celebración del contrato hasta que se terminó la obra, derivados de su inicio tardío y de la suscripción de varias modificaciones, suspensiones y prórrogas, por causas imputables a la entidad pública, tales como no contar con el predio donde se ejecutarían las obras y la licencia de construcción, haber suministrado estudios de suelos defectuosos y retardo en el suministro del ladrillo; ii) el desequilibrio producido como consecuencia del aumento de los precios de insumos y materiales, con ocasión de la extensión del plazo contractual por causas imputables a la entidad pública; iii) incumplimiento en

¹³ Folios 168 a 171 del cuaderno 2.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

el pago del anticipo sobre la suma adicionada y iv) mora en el pago de las actas parciales de obra.

En ese orden serán resueltos por la Sala.

6.1.- Responsabilidad derivada de la mayor permanencia en obra

Para el análisis del presente cargo, la Sala abordará su estudio atendiendo a las dos fases planteadas tanto en la demanda como en la impugnación, esto es, la primera se refirió a la demora en el inicio de actividades tras la firma del contrato y la segunda a la prolongación del plazo de ejecución convenido, por cuenta de las distintas prórrogas, adiciones y suspensiones de que fue objeto.

6.1.- La mayor permanencia en obra por el inicio tardío de la obra – desde la celebración del contrato – 24 de diciembre de 2007- hasta la fecha en se suscribió el acta de inicio del contrato, 19 de mayo de 2008

El Tribunal de primera instancia negó la reclamación consistente en los perjuicios derivados del inicio tardío de las obras, en tanto consideró que la demora obedeció a causas imputables al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones previas a la suscripción del acta de inicio.

Inconforme con lo anterior, el recurrente sostuvo que el lapso comprendido entre la celebración del contrato y la suscripción del acta de inicio causó perjuicios al contratista, derivados de la mayor permanencia en la obra y el incremento de precios respecto de los ofrecidos en la propuesta, todo lo cual obedeció a circunstancias imputables a la entidad demandada, concretadas en su inobservancia al deber de planeación por no entregar oportunamente el predio en el que se ejecutaría el proyecto y no contar con la licencia de construcción.

Sobre el particular se encuentra demostrado que:



414

Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

El 24 de diciembre de 2007, el Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital y la constructora Douquem Ltda. celebraron el contrato de obra No. 329 de 2007, con el objeto de realizar la ejecución de las obras necesarias de reforzamiento estructural y mejoramiento integral, de acuerdo con las especificaciones y cantidades entregadas por la Secretaría de Educación del Distrito, correspondientes a la Institución Educativa Villa Rica, sede B, Perpetuo Socorro, localidad de Kennedy¹⁴.

En el pliego de condiciones de la Licitación Pública SED-LP-SPF-052-2007 que dio origen al contrato No. 329 de 2007, materia de controversia, se incorporaron las siguientes previsiones que interesan a la solución de este cargo:

El inicio del plazo contractual se dividió en dos etapas: 1) la suscripción del acta de inicio del contrato y ii) la suscripción de inicio de actividades.

Para la suscripción del acta de inicio del contrato, el pliego de condiciones no previó un plazo determinado. Simplemente se indicó en su numeral 2.1.1. que el contratista se obligaba a suscribirla tres días hábiles después de haber recibido el requerimiento de inicio por parte de la Subdirección de Plantas Físicas o del interventor.

Para la suscripción del acta de inicio de actividades se indicó que se haría dentro de los 15 días calendario siguientes a la suscripción del acta de inicio del contrato.

En relación con las obligaciones adquiridas por el contratista, relativas a la suscripción del acta de inicio de actividades, en el contrato se consignó lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"2.1.2. OBLIGACIONES PREVIAS A LA SUSCRIPCIÓN DEL ACTA DE INICIACION DE ACTIVIDADES

"2.1.2.1. OBLIGACIONES EN MATERIA DE PRESENTACION DE DOCUMENTOS

¹⁴ Folios 90 a 110 del cuaderno 2.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

"1.- Se obliga a presentar ante el interventor del contrato antes de la suscripción del ACTA DE INICIACION DE ACTIVIDADES DE OBRA todos los documentos previos de conformidad con el pliego de condiciones se requieran para la iniciación de la obra, una vez revisados por este, el contratista se obliga a realizar todos los ajustes pertinentes de acuerdo a las observaciones realizadas por el interventor antes de la aprobación de la primera acta parcial de avance de obra, estos documentos son entre otros.

- a).- EL PROGRAMA DE INVERSION DEL ANTICIPO (...).
- b) .- EL PROGRAMA DETALLADO DE OBRA (...).
- c).- EL PROGRAMA DE INVERSION DE OBRA (...).
- d).- EL CRONOGRAMA DE INICIACION, EJECUCION Y ENTREGA POR ETAPAS Y/O ACTIVIDADES Y/O BLOQUES Y/O CONSTRUCCION (...).
- e).- PLAN DE CALIDAD (...).
- f).- ANALISIS DE PRECIOS UNITARIOS (APU)
- g).- PROFESIONALES PRESENTADOS A LA INTERVENTORIA".

A su turno, en el numeral 2.1.3 se establecieron las obligaciones contraídas por ambas partes respecto de esa etapa previa al inicio de actividades (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"2.1.3. OBLIAGACIONES RELACIONADAS CON LA SUSCRIPCIÓN DEL ACTA DE INICIACION DE ACTIVIDADES

"1-. La iniciación de las actividades se hará una vez cumplidos los requisitos de legalización del contrato, entregados los documentos indicados en el pliego de condiciones y una vez sea impartida la orden a través del interventor que para tal fin designe la Secretaría de Educación del Distrito Capital y/o directamente por la SED – Subdirección de Plantas Físicas.

"(...).

"3.- ENTREGA DEL TERRENO PARA LAS OBRAS

"La Secretaría de Educación del Distrito Capital y/o la interventoría entregará a EL CONSTRUCTOR las áreas necesarias para realizar el trabajo según el plan de construcción, y garantizará el derecho de ocupación, para los fines de sus obligaciones contractuales"¹⁵.

Se evidencia que la obligación de entregar el predio por parte de la SED se hacía exigible con posteridad a la suscripción del acta de inicio del contrato y como requisito indispensable para elevar el acta de inicio de actividades, sin que para el

¹⁵ Folio 23 del cuaderno 2.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
 Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
 Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
 EDUCACIÓN DISTRITAL
 Referencia: Acción Contractual

primer evento se hubiera estipulado un término perentorio del cual pudiera derivarse una mora en su cumplimiento por parte de la administración distrital.

De igual, forma para el contratista surgió de forma concomitante con la suscripción del acta de inicio del contrato y para el subsiguiente inicio de actividades, la obligación de entregar los documentos previstos en el pliego de condiciones, enlistados en el transcrito numeral 2.1.2.1.

Así pues, precisado el escenario en torno a las obligaciones contraídas por las partes para la suscripción del acta de inicio del contrato y posterior comienzo de actividades, se encuentra demostrado que las actas en mención se suscribieron en las siguientes fechas y bajo las siguientes precisiones que se transcriben de forma literal:

Fecha	Acto	objeto	Motivación
19 de mayo de 2008	Acta de inicio del contrato ¹⁶	Dar inicio al plazo para la entrega de documentos	"1.- Mediante oficio No. 452-I-005584 la Subdirección de Contratos de la SED, aprobó de manera definitiva las garantías del contrato el día 5 de febrero de 2009. 2.- Revisada la consultoría entregada por la SED al contratista se realizaron algunas observaciones que serán enviadas por la interventoría al consultor del proyecto para su aclaración, las cuales no constituyen impedimento para la iniciación de la obra contratada. 3.- Por lo anterior y teniendo en cuenta que la Secretaría de Educación Distrital autorizó las demoliciones necesarias y se finalizó el plan de contingencia para el traslado de la comunidad académica a otras sedes alternas, se considera que las condiciones del sitio de obra permiten el inicio del contrato".
3 de junio de 2008	Acta de inicio de actividades	Dar inicio al plazo de ejecución de la obra	

Se encuentra demostrado que con anterioridad a la suscripción del acta de inicio del contrato, en reunión del 17 de abril de 2008, las partes registraron lo siguiente¹⁷ (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"Temas a tratar: Definición actas de inicio contrato y obra.

"Verificación del cumplimiento de los compromisos pactados en el acta anterior:

"1. Se encuentra pendiente la entrega del balance presupuestal inicial por parte del contratista.

"2. La interventoría oficiará durante la presente semana al área de planeación y

¹⁶ Folio 122 del cuaderno 2.

¹⁷ Folios 375 a 376 del cuaderno 2.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

diseño a efecto de establecer si la consultoría del proyecto entregada corresponde a la consultoría aprobada por la SED.

"Desarrollo de temas y toma de decisiones:

"1.- de acuerdo con el avance obtenido en el trámite para la suscripción de los contratos de alquiler de las dos sedes alternas para albergar la comunidad estudiantil y docente del IED, donde se prevé que en un término de 15 días esté finalizado, la SED la interventoría y el contratista acuerdan las siguientes fechas para la suscripción del acta de inicio de la obra (...) Acta de inicio del contrato: 30 de abril del 2008

"Acta de inicio de actividades: 16 de mayo de 2008.

"2.- La SED solicita al contratista e Interventoría entregar una programación de obra definitiva que tenga en cuenta las fechas de inicio de actividades establecidas y los ítemes de obra ejecutados (...).

"(...).

"5.- La SED informa que la Licencia de Construcción se encuentra radicada ante la Curaduría. (...).

"Compromisos pactados y" responsables:

1. El contratista presentará balance presupuestal inicial del proyecto durante la presente semana".

Luego de la suscripción del acta de inicio del contrato y de manera previa al comienzo de actividades, las partes, en acta de comité del 22 de mayo de 2008 registraron lo siguiente¹⁸ (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"Compromisos pactados y responsables:

"El contratista presentará revisión técnica general del proyecto a fin de presentar las observaciones del caso a la Secretaría para el próximo comité de obra.

"El contratista presentará el balance presupuestal del proyecto para el día 5 de junio.

"El contratista se compromete a entregar a la SED los nombres de las personas encargadas de manejo de los servicios públicos.

"El contratista se compromete a entregar los documentos previos al contrato a más tardar el día 23 de mayo de 2008".

La Sala observa que para el 22 de mayo de 2008, antes de la suscripción del acta de inicio de actividades, el contratista aún no había satisfecho su obligación de entregar los documentos que debía presentar en esa fase.

¹⁸ Folios 377 del cuaderno 2.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
 Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
 Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
 EDUCACIÓN DISTRITAL
 Referencia: Acción Contractual

Si bien no se indicó en esa acta de manera específica a cuáles documentos se referían las partes, resulta viable inferir que se trataba de aquellos que, según se estipuló en el en el transcrito numeral 2.1.2.1. del pliego de condiciones, debía presentar el contratista antes de dar comienzo a la ejecución de la obra para cuya presentación se concedió un término de 15 días calendario.

Ante el panorama que antecede, conviene poner de relieve que el incumplimiento del contrato se presenta cuando uno de los extremos del negocio no satisface o acata tardío o defectuosamente el contenido obligacional de aquellas estipulaciones que de manera libre y voluntaria acordaron las partes al tiempo de su celebración y que incluso se hace extensivo al reproche frente a la inobservancia de los principios que gobiernan la contratación estatal.

Su ocurrencia faculta al otro contratante, siempre que hubiere cumplido las obligaciones a su cargo o que hubiera estado dispuesto a satisfacerlas en la forma y tiempo debidos, para que, en sede judicial, pueda solicitar la resolución del respectivo vínculo negocial o su cumplimiento, en ambas opciones con la correspondiente indemnización de los perjuicios causados¹⁹.

El artículo 1757 del Código Civil dispone que *"Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta"*.

Retomando el análisis de lo acontecido, resulta claro que la parte actora no había acatado las obligaciones que le incumbían de manera previa a la suscripción del acta de inicio de actividades, circunstancia que le impedía reclamar o alegar mora

¹⁹ De tiempo atrás la jurisprudencia de esta Corporación ha sido uniforme en considerar que en los eventos en que se pretende el pago de prestaciones ejecutadas que se adeudan en el marco del cumplimiento del contrato, quien lo alega tiene la carga de acreditar que cumplió cabalmente las obligaciones a su cargo o que estando dispuesto a satisfacerlas le fue imposible ejecutarlas por causas imputables a su contraparte: *"En el caso del proceso contractual que se estudia, lo explicado en precedencia según jurisprudencia de esta Sala, implica que correspondía al demandante demostrar: (i) que efectivamente cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales; y, en consecuencia, (ii) que el municipio se encontraba en mora de pagar la ejecución de dicho contrato y, por tanto, incumplió las obligaciones que le eran exigibles"*. Sección Tercera del Consejo de Estado, 22 de julio de 2009, Exp: 17552, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

o retardo en el cumplimiento de su contratante hasta que hubiera satisfecho sus propias cargas.

Sin perjuicio de esto último, se advierte que el 3 de junio de 2008 se suscribió el acta de inicio de actividades²⁰, fecha para la cual la SED ya había entregado al contratista el predio, lo cual ocurrió una vez suscrita el acta de inicio del contrato, de acuerdo con lo estipulado en el pliego de condiciones, según se desprende del acta del comité de obra suscrita en esa misma fecha²¹.

En lo que respecta a la entrega tardía de la licencia de construcción, la Sala encuentra acreditado que, de acuerdo con lo contemplado en el documento precontractual, para la época en que se adelantó el procedimiento de selección, la obtención de ese documento se hallaba en trámite y así fue puesto de presente al oferente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"2-ESPECIFICACIONES TÉCNICAS

En el marco de las proyecciones del Plan de Acción de 2004-2008, tiempos proyectados y las necesidades a cubrir; puntualmente en relación con los proyectos objeto de contratación de este proceso es pertinente aclarar que a la fecha la Subdirección de Plantas Físicas se encuentra adelantando los trámites necesarios para obtener la respectiva licencia de construcción. (...): las licencias pertinentes serán entregadas al contratista por el SED cuando el trámite sea finalizado"²².

Aclarado lo anterior, la Sala observa que, si bien el hecho de no haber contado con la licencia de construcción al momento de celebrarse el contrato No. 329 de 2007 podría dejar en entredicho la debida observancia del principio de planeación²³ que orienta la actividad contractual del Estado, lo cierto es que en este caso no puede dejarse de lado la circunstancia de que la gestión dirigida a obtener la licencia constituyó una actuación que se adelantó por la Secretaría de Educación de manera paralela al procedimiento de selección y, tal cual fue puesto

²⁰ Folios 390 del cuaderno 2

²¹ Folio 380 del cuaderno 2.

²² Folio 17 del cuaderno 2.

²³ Ver sentencia del 13 de noviembre de 2013, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del expediente 23829, C.P. Hernán Andrade Rincón.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

de manifiesto cuando se convocó a los interesados en presentar propuestas, al indicar en el pliego que esa cuestión se encontraba en trámite.

Bajo ese entendido, la Sala considera alejado al principio de la buena fe que el contratista hubiera aceptado la circunstancia relativa a que la entrega de la licencia se hubiere supeditado a la finalización de ese trámite y al tiempo pretenda el reconocimiento de los sobrecostos supuestamente generados por la mayor permanencia en obra que le generó el transcurso del tiempo comprendido entre la celebración del contrato y el inicio de actividades, máxime si se tiene en consideración que el contratista, según se evidenció en precedencia, tampoco había satisfecho las obligaciones a su cargo, previas a la suscripción del acta de inicio de actividades.

El conocimiento y la aceptación previa de esa circunstancia le imponía al contratista el deber de actuar precavidamente a la hora de estructurar su propuesta, a efectos de prevenir que el consentido transcurso del tiempo entre la presentación de la propuesta, la suscripción del contrato y el inicio de las obras causara un impacto negativo en la economía de su oferta²⁴.

Lo anterior genera la inviabilidad de reconocer los perjuicios derivados de la mayor permanencia en obra que alega haber sufrido el demandante como consecuencia del retardo entre la celebración el contrato y la suscripción del acta de inicio de actividades y cuya causación pretendió demostrar a través de la práctica de dos dictámenes periciales rendidos en la etapa probatoria de la primera instancia, habida consideración de que resultaba ajeno al deber de cooperación disponer de

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 14 de septiembre de 2017, exp. 35.252, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. *"Debe recordarse que el daño y la correlativa obligación de indemnizar no pueden ser agravados con la inacción del damnificado, pues éste se halla en el deber de adoptar las medidas que requiere la situación creada, para conjurar los perjuicios que se puedan causar (deber de cooperación), de modo que si la situación se hace más gravosa por la omisión o el retardo del acreedor, se deben deducir de la indemnización reclamada los daños causados por su propia culpa"*.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

personal para la ejecución de la obra²⁵, a sabiendas de que las actividades contratadas no iniciarían tan pronto se celebrara el contrato.

Como consecuencia, la Sala encuentra que el cargo relativo a la causación de perjuicios por el retardo en el inicio de actividades no está llamado a prosperar.

6.1.2.- La mayor permanencia en obra derivada de la prolongación del plazo contractual desde el inicio del contrato 329 de 2007 hasta la terminación de la obra

Se recuerda que el *a quo* negó la reclamación fundamentada en la mayor permanencia en obra, con el argumento de que el contratista suscribió las actas de adición, suspensión y prórroga del plazo contractual sin dejar en su contenido alguna salvedad relativa al hecho de que tales acuerdos habrían de generar perjuicios o un desequilibrio económico.

Inconforme con lo anterior, el recurrente indicó que la prolongación en el plazo del contrato se debió a circunstancias atribuibles a la entidad contratante, situación que generó perjuicios por la mayor permanencia en obra. En ese sentido, explicó que el plazo del contrato se pactó inicialmente en 180 días, los cuales se prorrogaron en 424 días por causas ajenas al contratista.

En orden a resolver este cargo de la impugnación, la Sala se referirá a lo que sobre el particular se encuentra probado en el proceso.

El plazo del contrato, de acuerdo con la cláusula sexta, fue de 180 días calendario, contados a partir de la suscripción del acta de inicio de actividades, hecho que ocurrió el 3 de junio de 2008.

²⁵ Se recuerda que, en el escrito de apelación, el recurrente condensó en una gráfica la reclamación elevada por este concepto y la extendió a los siguientes gastos: 3.1) costos de obra: personal profesional, asesores, personal no profesional de obra, 3.2) costos oficina principal; 3.3) costos legales; 3.4) costos varios.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
 Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
 Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL
 Referencia: Acción Contractual

Durante el plazo contractual se presentaron las siguientes, modificaciones, prórrogas y suspensiones (se transcribe de forma literal):

Fecha	Acto	objeto	Motivación
16 de noviembre de 2008	Acta de suspensión No. 01 ²⁶	Suspensión del contrato por 8 días calendario	"La SED adelanta actualmente la gestión administrativa para la asignación de recursos adicionales para ampliar en valor el contrato de obra, para lo cual es necesario expedir los Certificados de Disponibilidad Presupuestal y/o Futuras vigencias, a fin de ejecutar una segunda fase del proyecto. Así mismo resulta necesaria la definición por parte del consultor arquitectónico del proyecto de los cambios de especificación planteados para la placa nevada, los baños de preescolar y rectoría, adecuación de ludoteca y la implementación del montacargas para discapacitados, entre otros".
24 de noviembre 2008	Acta de reinicio a la suspensión N 0. 01 ²⁷	Reinicio de la suspensión del termino de ejecución contractual	
2 de diciembre de 2008	Modificación no. 1 ²⁸	Adición en valor \$1.700'000.000 Prorroga el plazo en 180 días calendario	"De acuerdo con las mayores cantidades de obra y/o los ítemes de obra no previstos originalmente, presentados como consecuencia de la ejecución normal de la obra, sus procesos constructivos y la baja resistencia de los suelos de soporte, como fueron: a) mayores excavaciones y retiros de escombros; b) mayores volúmenes de rellenos compactados; c) mejoramiento del terreno en piedra medio zonga para soportes de relleno; d) instalación de entibados para construcción de cimientos en concreto ciclópeo; e) demolición de muros de cerramiento en mamposterías; f) demolición de cerramientos enterrados y placa de contrapiso existente, entre otras, (...). Así mismo, la SED aprobó y asignó recursos adicionales para ejecutar una segunda fase del proyecto la cual incluye Aula informática, Biblioteca, Área de Audiovisuales, Emisora, Cuarto Eléctrico, Tienda Escolar, depósitos de Basuras, Puente de Conexión con Bloque Ay Exteriores, analizados los tiempos realmente empleados en la ejecución se las actividades adicionales y no previstas mencionadas anteriormente, y el tiempo previsto de ejecución de la segunda fase, la interventoría solicita una prórroga en plazo de 180 días calendario, para lo que se anexa la reprogramación de obra correspondiente a fin de ejecutar el 100% del presupuesto inicial del contrato inicial y ejecutar la segunda etapa del proyecto. El contratista presentó una solicitud de prórroga del valor y plazo contractual con base en una reprogramación de trabajos a ejecutar mediante oficio No. VR-CD32907-C0035-08 del 20 de noviembre de 2008, la cual cuenta con el Visto Bueno de la Interventoría. De acuerdo con la cláusula 2.1.4.2 del Pliego de Condiciones de la Licitación SED-LP-SPF-052-2007 y numeral 18 de la cláusula tercera del Contrato de Obra- Riesgos del contratista se reitera lo expresado en dichas cláusulas que rezan así : <u>el contratista correrá con el riesgo de mayor permanencia en la obra producto de situaciones no previsibles como lo son el clima, localización de las obras, dificultades constructivas en la construcción de la cimentación o relacionadas con los suelos de soporte</u> ".
5 de junio de 2009	Modificación No. 2 ²⁹	Ampliación del plazo en 30 días calendario	"Con base en las definiciones y ajustes en el diseño arquitectónico realizado por el consultor del proyecto relacionados con las modificaciones en: a) volumen arquitectónico del Bloque del CIRE; B) los parámetros y niveles de las zonas duras de plazoletas y parqueadero; c) la arquitectura de zonas exteriores que conllevan a la construcción de muros de confinamiento de las cimentaciones de construcciones aledañas al proyecto, d) localización de cárcamos de desagüe de aguas lluvias , entre otros, y la incidencia de la temporada invernal del periodo febrero-marzo de 2009sobre la

²⁶ Folios 117 del cuaderno 2.
²⁷ Folio 118 del cuaderno 2.
²⁸ Folios 112 a 114 del cuaderno 2.
²⁹ Folios 115 a 116 de cuaderno 2.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

			ejecución de las obras exteriores que obligaron a implementar acciones de mejoramiento del terreo de cimentación y adecuación de la subrasante para la instalaciones del adoquine, para las plazoletas (...), el contratista mediante oficio No. VR-CD-32907-CO009-02 del 1 de abril de 2009 solicita a la interventoría ampliar el plazo del contrato en 55 días calendario. Analizados los tiempos realmente empleados en la ejecución de las actividades adicionales y no previstas mencionadas anteriormente, la interventoría solicita una prórroga en plazo de 30 días calendario, <u>para lo cual se anexa la reprogramación de obra correspondiente a fin de ejecutar el 100% del presupuesto inicial del contrato y entregar las obras totalmente funcionales. El contratista presentó la solicitud de prórroga del plazo contractual con base en una reprogramación de los trabajos a ejecutar, la cual cuenta con el visto bueno de la interventoría. De acuerdo con la cláusula 2.1.4.2 del pliego de condiciones de la licitación SED-LP-SPF-052-2007 y numeral 18 de la cláusula tercera del contrato de obra – riesgos del contratista, se reitera lo expresado en dichas cláusulas que rezan así: “El contratista correrá con el riesgo de mayor permanencia en la obra producto de situaciones no previsibles como son el clima, localización de las obras, dificultades constructivas en la construcción de la cimentación o relacionadas con los suelos de soporte”.</u>
26 de junio de 2009	Acta de suspensión No. 02 ³⁰	Suspensión del contrato por 30 días calendario	“Se ha presentado a la fecha un atraso en el suministro de ladrillo estructural prensado liviano, el cual fue seleccionado para la ejecución del proyecto, por parte de la firma LADRILLERA ARDESA S.A. quien reportó que debido a problemas técnicos ocurridos en la presan, máquina que produce dicho ladrillo, se ha dificultado el cumplimiento de los respectivos desde el pasado 12 de junio y que se estima normalizar la programación de entregas de pedidos a partir del próximo 1 de agosto de 2009. Dicho inconveniente ha retrasado la ejecución de las actividades críticas del proyecto como son la instalación de mampostería y de las redes eléctricas y telefónicas, entre otras, del bloque nuevo del CIRE
26 de julio de 2009	Acta de prórroga No. 1 a las suspensión No. 2 ³¹	Prórroga el término de suspensión por 30 días calendario	“Se ha presentado a la fecha un atraso en el suministro de ladrillo estructural prensado liviano, el cual fue seleccionado para la ejecución del proyecto, por parte de la firma LADRILLERA ARDESA S.A. quien reportó que debido a problemas técnicos ocurridos en la presan, máquina que produce dicho ladrillo, se ha dificultado el cumplimiento de los respectivos desde el pasado 12 de junio y que se estima normalizar la programación de entregas de entregas entre el 24 y 28 de agosto de 2009. Dicho inconveniente ha retrasado la ejecución de las actividades críticas del proyecto como son la instalación de mampostería y de las redes eléctricas y telefónicas, entre otras, del bloque nuevo del CIRE”.
25 de agosto de 2009	Acta de reinicio a la prórroga No. 01		

La fecha de terminación del plazo contractual fue el 3 de septiembre de 2009.

La Sala encuentra demostrado que el plazo del contrato inicial de ejecución del contrato fue de 180 días y, luego de ser extendido en varias ocasiones, tuvo una duración de 458 días.

Establecido lo anterior, frente a las causas que produjeron esa ampliación del plazo, la Sala evidencia lo siguiente:

³⁰ Folios 119 del cuaderno 2.

³¹ Folio 120 del cuaderno 2.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

1) En lo que respecta a la primera suspensión del contrato y a las modificaciones No. 1 y 2 en valor y en plazo, se advierte que, en esencia, la suscripción de dichos acuerdos se sustentó en razones de tipo técnico, relacionadas con la necesidad de realizar los cambios de especificaciones para el mejoramiento del terreno y algunas obras adicionales indispensables para la funcionalidad del proyecto.

En efecto, se evidencia que el 3 de junio de 2008, fecha en que se dio comienzo a la ejecución de actividades³², las partes suscribieron un acta en la que se dejó la siguiente constancia (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"En vista de las condiciones del terreno observadas (...) las excavaciones y basados en la visita del geotecnista se aprueba el mejoramiento del terreno en el área donde amerite reemplazarlo por completo en una profundidad en promedio de 1.0 mts, sustituyéndolo en pedraplén y base. (...) De igual forma se aprobó por ante el comité preliminar de obra el mejoramiento de la zona de acceso vehicular en un ancho de 3.00 mts"³³.

Igualmente, de la motivación de las actas de suspensión y modificación se desprende que su celebración tuvo respaldo en los siguientes cambios en las especificaciones: para la placa nevada, los baños de preescolar, la rectoría, la adecuación de la ludoteca, la implementación del montacargas para discapacitados, la ejecución de obras adicionales derivadas de la baja resistencia de los suelos de soporte que condujeron a la realización de mayores excavaciones y retiros de escombros, colocación de mayores volúmenes de rellenos compactados, ejecución de obras de mejoramiento del terreno en piedra para soportes de relleno, instalación de entibados para construcción de cimientos en concreto ciclópeo, demolición de muros de cerramiento en mamposterías y demolición de cerramientos enterrados y placa de contrapiso existente.

También se indicó que la conveniencia de realizar obras para el mejoramiento de la cimentación y adecuación de la subrasante para la instalación del adoquín estribó en la incidencia de la temporada invernal en el primer trimestre de 2009.

³² Folios 390 del cuaderno 2.

³³ Folio 380 del cuaderno 2.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

Al respecto, se advierte que la posibilidad de realizar algunos cambios en las especificaciones, atendiendo a las condiciones del terreno, no fue una medida deliberada de la entidad contratante, en cuanto esta halló sustento en las previsiones contenidas en el numeral 2.1.4.2 de los pliegos de condiciones, de conformidad con las cuales el constructor (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"2.- se compromete durante la ejecución del contrato (...) a no modificar los diseños, normas, especificaciones y proyectos, a menos que por razones técnicas de fuerza mayor así lo determinar. El consultor del diseño responsable del proyecto hará las aclaraciones que sean necesarias y solicitadas (...).

"3.- En caso de reforma del proyecto original, el INTERVENTOR suministrará a EL CONSTRUCTOR los planos que necesite para la construcción de acuerdo con el plan de trabajo vigente. Además de los planos, le suministrará las referencias del terreno que se requieran para la correcta construcción de todas las obras (...).

"4.- Si el CONSTRUCTOR encuentra discrepancias o errores en los planos o datos que haya suministrado el INTERVENTOR o duda respecto a la localización de obras, su diseño o las condiciones que puedan afectar, debe obtener las aclaraciones satisfactorias de este antes de iniciar la respectiva construcción"³⁴.

En esa línea, surge con claridad para la Sala que el cambio de especificaciones asociadas a la cimentación fue una posibilidad introducida en el documento precontractual que podría tener ocurrencia por razones técnicas o por discrepancia o dudas respecto de los planos y diseños, las cuales podían provenir de la entidad, a través del concepto que rindiera el interventor o el consultor o por sugerencias del constructor.

Sentado lo anterior, la Sala efectuará las siguientes precisiones:

³⁴ Folios 36 a 37 del cuaderno 2.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

Conscientes de que tal eventualidad podría tener cabida, en la distribución de riesgos establecida en la etapa precontractual se estableció que (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"18.- RIESGOS DEL CONTRATISTA

El contratista correrá con el riesgo de la mayor permanencia en la obra producto de situaciones no previsibles como el clima, localización de las obras, dificultades constructivas en la construcción de la cimentación o relacionadas con los suelos de soporte".

Esta misma previsión fue incorporada al suscribir los dos documentos de modificación contractual, frente a lo cual el contratista prestó su libre consentimiento sin expresar algún reparo.

Similar situación se presentó al suscribir la suspensión No. 01, en cuyo texto, si bien no insertó la mencionada estipulación, tampoco se manifestó algún tipo de reserva frente a los sobrecostos que dicha situación podría generar.

En contraste con lo anterior, en el numeral 16 del pliego de condiciones se previó que (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"El contratista deberá advertir al interventor lo antes posible sobre futuros posibles eventos o circunstancias específicas que puedan perjudicar la calidad de los trabajos, elevar el precio del contrato o demorar la ejecución de las obras. El interventor podrá solicitar al contratista que presente una estimación de los efectos esperados que el futuro evento o circunstancia podría tener sobre el precio del contrato y la fecha de terminación. El contratista deberá proporcionar dicha estimación tan pronto como le sea razonablemente posible".

De manera articulada con lo expuesto, se observa que, en desarrollo de esa previsión contractual, en la modificación No. 01, las partes, además de disponer la ampliación del plazo para ejecutar las obras adicionales en comento, incluidas las labores de recimentación, convinieron un precio destinado a cubrir su ejecución, monto que, según la lectura del texto modificadorio, fue producto igualmente de la iniciativa del contratista al presentar la solicitud de incremento del valor y la



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

prórroga del plazo, con base en la reprogramación de trabajos a ejecutar, efectuada por este.

Un evento semejante se presentó respecto de la modificación No.02 en la que, a pesar de no pactarse un valor adicional, se expresó que conjuntamente la interventoría y el contratista analizaron el tiempo en la ejecución de las actividades adicionales con base en la reprogramación de obra correspondiente, con el propósito de ejecutar el 100% del presupuesto inicial del contrato y entregar las obras totalmente funcionales.

2) La segunda circunstancia que dio origen a la extensión de plazo contractual estribó en la demora en el suministro de ladrillo estructural prensado liviano, por la ladrillera Ardesa S.A., a causa de problemas técnicos de la máquina productora de ese insumo.

Frente a este aspecto se reiteran las consideraciones que anteceden en relación con la ausencia de salvedades por parte del contratista respecto de los perjuicios por los mayores costos que esa situación podría desencadenar.

3) En atención al contexto fáctico planteado en tomo a las causas que produjeron la extensión del plazo contractual, la Sala procede a realizar las siguientes consideraciones en torno a los efectos vinculantes de las modificaciones contractuales en valor y en plazo y a las suspensiones.

En varias providencias de la Sección Tercera de esta Corporación se ha advertido que las etapas del contrato son de carácter preclusivo, lo que equivale a sostener que las partes gozan de las oportunidades para negociar y pactar las condiciones del contrato, así como para proponer y acordar sus modificaciones, con base en la información disponible al tiempo en que estas se suscriben y en sus propios cálculos, las cuales, una vez formalizadas, agotan la posibilidad en lo que se refiere a buscar nuevos reconocimientos sobre las mismas condiciones que se



421

Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

conocieron, o debieron conocerse, a la celebración del contrato o de su respectiva modificación³⁵.

Se reitera que durante la relación negocial las partes pueden afrontar dificultades relativas a la definición de los alcances y el contenido de las prestaciones contraídas con ocasión del negocio jurídico, de cara al advenimiento de circunstancias endógenas o exógenas al vínculo obligacional, con la virtualidad de impactar las condiciones técnicas y económicas originalmente estipuladas, inconvenientes que bien pueden solventarse a través de acercamientos de los extremos cocontrantes encauzados a redefinir el acuerdo y ajustarlo a la realidad imperante al tiempo de su ejecución e instrumentados a través de contratos adicionales, modificatorios, suspensiones o prórrogas.

Es por eso que estos instrumentos deben contener tanto el acuerdo relativo a las modificaciones que habrá de sufrir el alcance y dimensión del objeto contractual como al precio o mecanismo de ajuste dispuesto para cubrir esas alteraciones, dado que resultaría alejado del principio de buena fe contractual³⁶ que se transara la renegociación en unos términos y luego, al final de la ejecución, se sorprendiera a la contraparte con reclamaciones que se entendían zanjadas.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 8 de noviembre de 2016, radicación: 17001233100020080013801 (47336), actor: Constructora Castilla y otros, demandado: Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales – INFI-MANIZALES, acción: contractual. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 3 de agosto de 2016, radicación: 05001-23-31-000-2010-00587-01 (56.513) actor: Traing Trabajos de Ingeniería Ltda.- Hidroeléctrica de Colombia S.A.S., demandado: Cormagdalena, acción contractual, asunto: recurso de apelación. Igualmente, en la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. *“No solo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violentan los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de las reclamaciones respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización , sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. . recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocia implica para las partes la observancia la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para remitir la realización de los efectos finales buscados en el contrato”*.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

Así las cosas, la Sala no encuentra de recibo el cargo de la impugnación impetrada por la demandante en relación con los perjuicios sufridos con ocasión de la mayor permanencia en obra derivada de la extensión del plazo contractual, habida consideración de que el consenso condensado en los documentos de modificación, suspensión y prórroga del contrato constituían un acuerdo vinculante respecto de las condiciones en que se llevarían a cabo.

Esos acuerdos mantuvieron incólumes los aspectos relativos a las condiciones económicas del contrato y a la asunción de riesgos económicos derivados de la mayor permanencia en obra en cabeza del contratista, no solo en los casos en que su asunción quedó definida expresamente, sino en aquellos en los que no alegó reparo alguno, en tanto el silencio que guardó el contratista frente a las reclamaciones que en torno a esa extensión del plazo cabrían, convalidó los términos en que se efectuó esa negociación y, por contera, saneó cualquier inconformidad que se presentara en adelante con ocasión de esta.

Al suscribir todos los acuerdos de modificación, suspensión y prórroga del acuerdo, y por supuesto conocer de las causas que daban origen a su celebración, concernía al contratista establecer las implicaciones económicas derivadas de ese proceder en términos de los sobrecostos que podían presentarse con ocasión de esa prolongación, para alegar su ocurrencia y determinar las medidas dirigidas a salvaguardar su economía o, por el contrario, podría optar por asumir el paso del tiempo sin albergar aspiraciones adicionales, como en efecto lo hizo.

Como consecuencia del estudio que antecede, el cargo de la apelación que estriba en el reconocimiento de los sobrecostos ocasionados por la mayor permanencia en obra no está llamado a prosperar.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

6.2.- Desequilibrio económico por no actualizar los precios para contener el aumento de su valor producido con ocasión de la extensión del plazo contractual

Sobre este punto de la reclamación, el Tribunal de primera instancia señaló que en ninguno de los documentos modificatorios y en las actas de suspensión no se dejó salvedad alguna respecto del desequilibrio financiero alegado, a lo que añadió que tal situación debe ser alegada tan pronto ocurre la circunstancia generadora de ruptura.

En discrepancia con lo decidido por el *a quo*, el apelante afirmó que durante el lapso transcurrido entre la celebración del contrato y la terminación de las obras se presentó un desequilibrio económico por cuenta del aumento de precios de insumos y materiales causados por el transcurso del tiempo. Al respecto manifestó que, de acuerdo con los dictámenes periciales practicados por el perito financiero e ingeniero civil, se acreditó que el valor de la actualización de precios, con arreglo a la fórmula del IPEN índice de precios de las edificaciones nuevas IPEN emitido por el DANE, ascendía a \$425'279.582.

Para resolver este cargo de la apelación, la Sala debe partir de precisar que, con arreglo a lo acordado en la cláusula séptima, el valor del contrato se acordó de la siguiente manera (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"corresponde a la suma de TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS UN MIL QUINIENTOS ONCE PESOS CON 53/100 M/CTE (\$3.465'301.511,53) incluido A.I.U, precio unitario fijo sin reajuste"³⁷.

La incorporación de esta cláusula halló soporte en lo advertido en el documento precontractual, en cuyo texto se consignó que (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"2.2.3. PRECIOS PROYECTADOS

³⁷ Folio 113 del cuaderno 2.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

"Los valores totales contenidos en la propuesta económica, NO se actualizarán. El proponente deberá incluir en su propuesta todos los cambios de precio, actualización salarial y en general todos los costos que impliquen construir la obra"³⁸.

La Sala considera que, si bien la literalidad de la cláusula en comento indicaba que los precios pactados no serían objeto de reajuste, en todo caso su exégesis debe atemperarse por esta instancia a las reglas de interpretación de los contratos estatales que se soportan en la protección del principio de conmutatividad y que imponen la igualdad y el equilibrio entre derechos y prestaciones³⁹, precisión que articulada con el artículo 27 y con el numeral 2) del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, imponen que, de concurrir circunstancias imprevisibles y sobrevinientes a la celebración del contrato que causen la ruptura de la ecuación financiera del negocio, deben adoptarse los mecanismos de restablecimiento para conservar las condiciones económicas iniciales, entre ellas, la actualización de precios.

La Sala pone de presente que, como se anotó, la prolongación del plazo contractual no se atribuyó a causas constitutivas de desequilibrio económico del contrato, en tanto obedeció a la concreción de situaciones previstas en el pliego de condiciones y a aspectos propios de la órbita de previsibilidad del contratista, respecto de las cuales las partes pactaron los acuerdos modificatorios, suspensiones y prórrogas a partir de cuya suscripción vincularon su voluntad en relación con los efectos económicos derivados de la extensión del término de ejecución.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe precisar que tampoco está acreditado que para el contratista hubiera resultado más onerosa la ejecución del contrato por causa del alegado aumento de precios de insumos y materiales que se produjo desde que se celebró y hasta que finalizó.

³⁸ Folio 48 de cuaderno 2.

³⁹ **Artículo 28º de la Ley 80 de 1993.-** "De la Interpretación de las Reglas Contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos".



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
 Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
 Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
 EDUCACIÓN DISTRITAL
 Referencia: Acción Contractual

Para ese propósito, la parte actora solicitó la práctica de un dictamen pericial a cargo de un perito financiero, el cual fue elaborado por el auxiliar de la justicia César Rodríguez Rojas, profesional en contaduría pública, quien, al rendir la experticia en torno a este punto, conceptuó lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"El último ítem de los perjuicios reclamados por la demandante, está representado según los términos y anexos de la demanda, en la variación de precios, tanto de mano de obra como de materiales que debió asumir la demandante como consecuencia de las modificaciones, prórrogas y suspensiones en la ejecución y desarrollo del contrato para lo cual aduce que su propuesta se presentó con base en precios del 2007 y su ejecución debía culminar el 06 de julio de 2008, fecha hasta la cual la demandante asumió las variaciones de precios conforme al comportamiento del Índice de Precios de las Edificaciones nuevas Educación IPEN, publicado por el DANE y partiendo del valor inicial del contrato, se debe actualizar desde el 07 de julio de 2008 hasta el 03 de septiembre de 2009 y para la adición en valor al contrato, a partir del 01 de junio de 2008 y hasta el 03 de septiembre de 2009; tomando para la actualización el valor del contrato inicial, (\$3.465.301.511,53 m c/te), y el de la adición, (\$1.700'000.000,00 m c/te), aplicando a dichos valores, deducidos los imprevistos (2,02%), los porcentajes en que creció el IPEN, anexo 12 en 1 folio; el valor inicial del contrato, y por consiguiente también la adición en valor, según la propuesta de la demandante así como la liquidación de los precios, con los parámetros precedentemente consignados (...).

"Nos muestra el cuadro que el valor de la actualización de los precios, como consecuencia de las suspensiones, modificaciones y prórrogas en la ejecución del contrato, ascendió a la suma de \$423'587.641,00 m c/te"⁴⁰.

La misma metodología empleada para hallar el valor correspondiente a la actualización de precios desde al inicio del contrato hasta su culminación, salvo algunas diferencias frente a los períodos tomados en consideración para su cálculo, fue la adoptada por el segundo dictamen rendido en el período probatorio de la primera instancia por el ingeniero civil Javier Mauricio Torres Cruz, a petición de la demandante.

Al respecto, por las razones que a continuación se expondrán, la Sala no encuentra demostrado que entre la fecha en la que se suscribió el contrato y la fecha en la que terminaron las actividades hubiera ocurrido un aumento de costos

⁴⁰ Folios 16 a 18 del cuaderno 8.



Radicación: 250002326000201200255'01 (63:123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

de insumos y materiales por cuenta del cual se hubiera impactado negativamente la economía del contrato, toda vez que no existe prueba de los costos directos en que, de manera efectiva, debió incurrir el contratista para ejecutar la obra encomendada.

Para ese propósito no bastaba con sostener en los dictámenes periciales, con base en el aumento reflejado en las variaciones porcentuales de los Índices de Precios de Edificaciones Nuevas Educación IPEN, que el paso del tiempo comportó un incremento de precios de construcción superior al proyectado en la propuesta. Resultaba indispensable demostrar el costo real de su ejecución⁴¹ y que este excedió de manera considerable el precio formulado en la oferta, actividad probatoria que en el caso no se llevó a cabo, habida cuenta de que no se aportó prueba documental dirigida a demostrar cuál fue su costo real y efectivo y tampoco ese aspecto fue tenido en consideración en los aludidos peritazgos.

Así las cosas, considera la Sala que no prospera el cargo relacionado con el desequilibrio económico supuestamente sufrido con el aumento de precios con ocasión de la prolongación del plazo contractual.

6.3.- La falta de pago del anticipo sobre la suma adicionada

Para el *a quo* no existió obligación de entregar un anticipo sobre la suma adicionada, en consideración a que la esencia de esa figura estribaba en cubrir los costos iniciales en que debía incurrir el contratista.

⁴¹ Sentencia proferida por la Subsección A del Consejo de Estado, el 29 de julio de 2015, dentro del expediente No. 41.008, C.P. (E) Hernán Andrade Rincón. "Sin embargo, las anteriores evidencias por sí solas no acreditan que para el caso concreto del negocio jurídico identificado con el número 233, el demandante se hubiera visto afectado por el alto incremento de los costos del asfalto sólido presentado en el año 2000, pues para la demostración del grado de impacto en la economía del referido contrato por cuenta del aumento de precios, era indispensable acreditar el valor real que le costó la adquisición de ese producto. En otras palabras, no bastaba con acreditar, a través de los listados de precios oficiales el valor del asfalto para esa fecha, sino que debía demostrarse cuánto pagó el contratista por el mismo".



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

Por su parte, el apelante afirmó que la entidad desatendió su obligación de entregar el anticipo sobre el valor convenido en el contrato modificatorio, de acuerdo con lo establecido en el contrato inicial, lo que generó sobrecostos financieros al contratista, en razón a que debió asumir el pago de los materiales y mano de obra con sus propios recursos mientras se producían los respectivos desembolsos.

Con el propósito de decidir este aspecto de desacuerdo, la Sala estima necesario referirse a los términos en que quedaron concebidas inicialmente las obligaciones relativas al precio y al pago del anticipo en el contrato No. 239 de 2007.

Respecto de las condiciones económicas del contrato, se estableció (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"NOVENA: ANTICIPO. La SED entregará al contratista en cuantía equivalente al 40% del valor total del contrato, sujeto a la programación del PAC, una vez estén los documentos de la cuenta conjunta, los requisitos previos a la legalización del contrato y los requisitos presupuestales a que haya lugar (...)"

Posteriormente, el 2 de diciembre de 2008, al suscribir el documento modificatorio No. 01, las partes convinieron (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"En consecuencia, la presente modificación se regirá por las siguientes CLÁUSULAS:

"PRIMERA.- El valor del contrato de obra se incrementará en la suma de MIL SETECIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$1.700.000.000)

"SEGUNDA.- El valor del contrato junto con las adiciones hasta aquí efectuadas asciende a la suma de CINCO MIL CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS UN MIL QUINIENTOS DOCE PESOS M/CTE (\$5.165.301.512) INCLUIDO AIU

"TERCERA.- El valor adicionado en la cláusula primera de este documento, se pagará con cargo al presupuesto ordinario de la Secretaría de Educación del Distrito Capital para la vigencia fiscal 2008, de acuerdo con la disponibilidad presupuestal No. 5061 del 13 de noviembre de 2008 y la No. 1274 de la vigencia fiscal 2009 expedida el 13 de noviembre de 2008.

"CUARTA.- El plazo de ejecución del presente contrato, se prorroga en ciento ochenta (180) días calendario.

"QUINTA.- La presente modificación requiere para su perfeccionamiento y validez,



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

además de las firmas de las partes y del registro presupuestal, de la publicación en el registro distrital y ampliación de la garantía única, requisitos éstos a cargo del contratista (...)

"SEXTA.- Las demás partes y cláusulas del contrato de obra No. 329 del 21 de diciembre de 2007, permanecen sin modificación".

De la confrontación del texto del contrato primigenio con el contenido del documento modificadorio, la Sala evidencia que la obligación relativa a la entrega del anticipo pactado se aplicaba a la suma acordada como precio inicial, sin que se hubiere pactado que esta resultara extensiva a la suma objeto de adición.

Así fue explicada por la SED al contratista durante el comité de obra llevado a cabo el 21 de enero de 2009, en el que se puso de presente que *"no es posible otorgar anticipo sobre la ampliación en valor del contrato, por cuanto dicha gestión debía haberse realizado antes de la firma del modificadorio No. 1"*⁴².

En efecto, al suscribir el contrato modificadorio No. 01, existió consenso sobre el valor que se incrementaba y su imputación a las respectivas disponibilidades presupuestales allí señaladas. Sin embargo, nada se dijo acerca de la obligación de entregar un porcentaje por concepto de anticipo sobre el valor incrementado.

Dicho esto, la Sala estima que el silencio que se guardó sobre el particular no puede interpretarse como una pervivencia de la obligación inmersa en el acuerdo inicial, por el hecho de que las demás cláusulas del contrato permanecían incólumes.

Ello se explica en la medida en que, al constituir un compromiso de índole presupuestal, su surgimiento necesariamente debía ser expreso e inequívocamente encaminado a obligarse a su entrega, no siendo posible dejar a la inferencia la existencia de ese deber.

Con fundamento en las razones plasmadas, la Sala advierte que el cargo relacionado con el reconocimiento de los perjuicios derivados del incumplimiento

⁴² Folios 493 a 5494 del cuaderno 2.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
 Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
 Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
 EDUCACIÓN DISTRITAL
 Referencia: Acción Contractual

de la obligación de entregar el anticipo sobre la suma adicionada no está llamado a prosperar, ante la inexistencia del compromiso que se reputa insatisfecho.

6.4.- La mora en el pago de las actas parciales de obra

En lo concerniente al pago tardío de las actas parciales de obra, en la sentencia impugnada se observó que en el contrato no se pactó un procedimiento específico para su pago. Añadió que tampoco se acreditó la existencia de una dilación injustificada en su reconocimiento y que, al contrario, a cada cuenta de cobro presentada se le impartió el trámite correspondiente, consistente en obtener la aprobación de la interventoría, solicitar el certificado de disponibilidad presupuestal y realizar las gestiones necesarias para expedir el acto administrativo que autorizara el pago de un pasivo exigible, radicar la cuenta de cobro con los soportes en la dirección financiera, incluirla en el plan de pagos y finalmente realizar el correspondiente desembolso.

En la apelación, el demandante sustentó su inconformidad en el hecho de que durante la ejecución del contrato se presentó una mora injustificada en el pago de las actas parciales de obra y refirió las pruebas documentales que evidenciaban tal retardo, lo que le habría generado sobrecostos financieros al contratista, en razón a que debió asumir el pago de los materiales y mano de obra con sus propios recursos mientras se producían los respectivos desembolsos.

Al respecto, la Sala encuentra demostrado que en el pliego de condiciones se estableció la forma de pago de los avances de obra en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"A).- PAGOS PARCIALES El contrato se cancelará mediante pagos parciales mensuales de acuerdo con:

"-. El avance de los trabajos previa presentación de actas parciales suscritas por el contratista, el interventor del proyecto, el gerente y el Subdirector de Plantas Físicas.

"-. El flujo de caja previa suscrita por el contratista y el interventor del proyecto.

"-. Recibo a satisfacción del avance de obra por parte del interventor.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

"En cada uno de los pagos se amortizará el anticipo en el mismo porcentaje, hasta amortizar su totalidad.

Nota: Todo pago está sujeto a la disponibilidad de la Programación Anual Mensualizada de Caja PAC, de la Secretaría de Educación del Distrito y de la Dirección de Tesorería"⁴³.

En cuanto al procedimiento previsto para efectuar la liquidación de los pagos de las actas parciales, se plasmó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"Las actas de pago parcial de obra serán liquidadas de acuerdo con la medición de obras ejecutadas.

"NOTA: todo pago está sujeto a la disposición de la programación anual mensualizada PAC de la SECRETARIA DE EDUCACION DEL DISTRITO y de la Dirección Distrital de la Tesorería. La SECRETARIA DE EDUCACION DEL DISTRITO cancelará, el valor del acto una vez se cumplan con los requisitos establecidos en el contrato"⁴⁴.

De la correspondencia cruzada durante el término de ejecución contractual, se tiene que:

Mediante oficio del 23 de abril de 2009, remitido por el contratista a la interventoría, aquel informó que en el desarrollo de la obra se tramitaron las actas de acuerdo con el procedimiento establecido por la SED, pero, por razones desconocidas, el pago de estas fue demorado. *"Para citar un caso en concreto, el pago del acta correspondiente a octubre de 2008, tan solo se recibió efectivamente en enero de 2009"*⁴⁵.

Al mes siguiente, en comunicación del 15 de mayo de 2009, el contratista manifestó a la interventoría que⁴⁶ (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"A la fecha de hoy, 15 de mayo de 2009, Constructora Douquem registra que se encuentran sin pago las actas mensuales de obra correspondientes a enero,

⁴³ Folio 47 del cuaderno 2.

⁴⁴ Folio 48 del cuaderno 2.

⁴⁵ Folios 512 a 513 del cuaderno 2.

⁴⁶ Folio 524 del cuaderno 2.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
 Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
 Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
 EDUCACIÓN DISTRITAL
 Referencia: Acción Contractual

febrero y marzo de 2009. Las actas en mención, ascienden a la suma de \$665.008.435 y son las siguientes:

ACTA MENSUAL DE PAGO No.	VALOR
ACTA No. 7 ENERO	\$236.084.692
ACTA No. 8 FEBRERO	\$151.668.748
ACTA No. 9 MARZO	\$277.254.985
TOTAL	\$665.008.435

En respuesta, la Secretaria de Educación Distrital, a través de comunicación del 20 de mayo de 2009, se pronunció como sigue⁴⁷ (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"En atención al documento CD-32907-029-09 del 15 de mayo, el cual fue dirigido directamente a la gerencia de interventoría, por parte de la constructora Douquem, donde informa de un presunto incumplimiento a cláusula 10 la forma de pago del contrato, me permito informar que la SED analizó la información que reposa en los archivos encontrando lo siguiente:

ACTA PARCIAL	FECHA RECIBO EN SED POR PARTE DE LA INTERVENTORÍA	No. CDP	FECHA CDP	VALOR DISPONIBILIDAD	FECHA RADICACIÓN EN CONTRATOS	No. RESOLUCIÓN	FECHA	FURC RADICADOS	FECHA DE RADICACIÓN A FINANCIERA
	de marzo de 2009	272	3/03/09	236.084.692	3/03/09	8	3/04/09	236.084.692	1/05/09
Pasivo	de abril de 2009	463	3/04/09	151.668.748	5/04/09	9	2/04/09	151.668.748	1/05/09
Pasivo	4 de abril de 2009	527	3/05/09	277.254.985	1/05/09	RAM			

"Lo cual, en primera instancia implicaría que la SED ha realizado las gestiones en forma expedita ya que no solo es el recibo de la documentación y pago del acta, aclarando que estos recursos corresponden a pasivos, siendo necesaria la generación de trámites previos como generación de resolución, envío a contratos y posterior envío a financiera.

"Así mismo se solicita a la interventoría analice las razones por las cuales las actas son remitidas a la SED casi un mes después del recibo en la interventoría, así como sea analizada la programación de pagos relacionados a afectaciones a los CDP, en primera instancia a los recursos de mayor tiempo o que se encuentren en reserva, con el fin de evitar traumatismos financieros, que pudieron ser minimizados, ya que la SED a cargo de la coordinación del proyecto para el caso de las obras de ley 21 solicito este tipo de tramite y/o gestión por parte de la interventoría. (...)"

⁴⁷ Folios 528 a 529 del cuaderno 2



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

Frente a lo anterior, la interventoría en documento del 21 de mayo de 2009 precisó lo siguiente: (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"Acusamos recibo de su oficio de la referencia, con radicado de interventoría No. 1344 de 26 de mayo de 2009, por medio del cual nos informa sobre la gestión realizada por la SED para el trámite de pago de las actas parciales No. 7, 8 y 9 presentadas por la CONSTRUCTORA DOUQUEM en desarrollo del contrato de la referencia y se nos solicita analizar con el contratista la ampliación en plazo del contrato.

"Para su información y evaluación nos permitimos realizar los siguientes comentarios al respecto:

"1. ACTAS PARCIALES Nos. 7, 8 y 9

** Las actas parciales en comento fueron revisadas, aprobadas y tramitadas por la interventoría ante la SED en las siguientes fechas, tal como se indica en el cuadro resumen anexo:*

Acta No.	Fechas de radicación		Valor facturado
	En interventoría	En la SED	
7	20/02/09	03/03/09	\$393.474.488,25
8	26/03/09	01/04/09	\$252.781.247,77
9	20/04/09	24/04/09	\$461.922.931,10

"Se aclara que las fechas indicadas de radicación en interventoría corresponden a aquellas en que las actas cumplieron con todas las formalidades y requisitos exigidos por la SED, luego de un proceso de revisión y ajuste por parte del contratista. Así pues, se evidencia que no hubo atrasos de un mes en el trámite surtido por la interventoría para la aprobación de las actas, como equivocadamente se menciona en su comunicado.

**Las demoras ocurridas en el pago de las mismas por parte de la SED obedecen a que las partidas afectadas corresponden a pasivos exigibles, los cuales como se indica en su oficio disponen para su pago de trámites previos que inciden en los plazos previstos para su reconocimiento, a pesar de que las disponibilidades y registros presupuestales afectados corresponden a la vigencia fiscal del año 2008"⁴⁸.*

De conformidad con las resoluciones No. 49 del 30 de abril de 2013, 63 del 20 de mayo de 2009 y 83 del 10 de julio de 2009, la Secretaría de Educación Distrital dispuso el pago de las actas parciales Nos. 8, 9 y 10 respectivamente⁴⁹. Como argumento de su motivación se expuso (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

⁴⁸ Folios 530 a 531 del cuaderno 2.

⁴⁹ Folios 104 a 152 del cuaderno 1.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

“Que mediante Resolución No. 1602 del 10 de diciembre de 2001 la Secretaría de Hacienda ‘Por medio de la cual se adopta el Manual de Programación, Ejecución y Cierre Presupuestal de las entidades que conforman el Presupuesto Anual del Distrito Capital’, la Secretaría de Hacienda, en su capítulo III Ejecución, presupuestal, numeral 3. Ejecución Pasiva, Ítem, 3.17 Pasivos Exigibles, nos indican que los compromisos que fenecen presupuestalmente por no haber sido cancelados en la vigencia en que se constituyeron como reserva presupuestal, deben pagarse con cargo al presupuesto de la vigencia en que se haga exigible, mediante traslado presupuestal. Que de igual forma conforme lo señalado en la ya mencionada Resolución No. 1602 del 10 de diciembre de 2001, en su capítulo III ‘cierre presupuestal’ y en virtud de lo indicado en la circular 041/08, se expide la correspondiente ata de fenecimiento que da como fenecida la cuenta y se constituyó como pasivo exigible, acta que hace parte integral de la presente resolución.

“Que los pasivos exigibles son compromisos que deben asumirse con cargo al presupuesto disponible de la vigencia en que se pagan, por cuanto la reserva presupuestal o cuenta por pagar que los respaldó en su oportunidad feneció por términos”.

Del recorrido probatorio que antecede, la Sala evidencia, en primer lugar, que el procedimiento de pago de las actas mensuales de obra no se supeditó a un término o plazo específico sino al cumplimiento de una serie de condiciones de tipo técnico por parte del contratista, cuya verificación correspondía efectuarla a la interventoría y a la Subdirección de Plantas Físicas, tales como verificación de su valor en función de la medición de la obras ejecutadas, recibo a satisfacción de estas, requisitos que, en caso de no ser cumplidos, debían ser ajustados por el contratista. Igualmente, se sujetó a la comprobación del pago de aportes a la seguridad social integral y a la conservación de la vigencia de la garantía⁵⁰.

A su turno, el contratista debía presentar la correspondiente factura con los soportes respectivos, de conformidad con el régimen tributario aplicable al contrato.

⁵⁰ Cláusula décima del contrato No. folio 148 del cuaderno 1.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

La correspondencia que se analizó en precedencia evidenció que los pagos de las actas 7, 8 y 9 se supeditaron al cumplimiento de los anteriores requisitos técnicos, lo que generó que estas no se pagaran una vez que se radicarón ante la interventoría para su revisión.

Así mismo, el desembolso por parte de la Secretaría de Educación Distrital del valor contenido en esas actas se subordinó a la observancia de razones de tipo financiero.

En efecto, una vez cumplido lo anterior en relación con las labores de verificación por parte de la interventoría y la Subdirección de Plantas Físicas, el correspondiente pago se hallaba sujeto al sistema de programación del plan anual mensualizado de caja -PAC-, de tal suerte que los giros respectivos quedaron ligados al flujo periódico que tuviera la entidad, de conformidad con su regla de ejecución del presupuesto, desde el ángulo de su temporalidad, y atendiendo a los plazos para los traslados de fondos correspondientes por parte de la Secretaría de Hacienda Distrital y la Dirección Distrital de Tesorería.

Adicionalmente, en el párrafo cuarto de la cláusula décima del contrato No. 329 de 2007 se acordó que *"en el evento de que algún pago sea objeto del proceso del pasivo exigible, la duración de este trámite presupuestal no ocasionará ningún tipo de responsabilidad ni de interés por parte de la SED"*⁵¹.

Así pues, se observa que el transcurso del tiempo entre la presentación de las actas parciales de obra y la aprobación que sobre su pago impartió la SED, además de obedecer al trámite propio que se derivaba de la revisión y aprobación de las condiciones técnicas que soportaban las obras cobradas, también radicó en cuestiones de tipo financiero que debían adelantarse por la SED en el marco del plan anualizado de caja, junto con el trámite del pago de pasivos exigibles, sin que por ello se pudiera afirmar que la entidad contratante incurrió en una mora en su reconocimiento y pago.

⁵¹ Folio 148 vto. del cuaderno 1.



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
 Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
 Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
 EDUCACIÓN DISTRITAL
 Referencia: Acción Contractual

En ese sentido, para configurar el retardo que acusa el apelante en el pago correspondiente a las actas parciales de obra debía acreditarse que su desembolso desatendió el plan anual de caja de la Secretaría de Educación y que habiéndose surtido el proceso de pago de pasivos exigibles, al cual quedó atado por ministerio de ambas partes, su pago no se llevó a cabo tan pronto culminó este último trámite, aspecto que, además de no ser demostrado en el proceso, ni siquiera fue discutido por el demandante, dado que, como se advirtió, su argumento se estructuró en la existencia de un retardo en el pago de las actas sin hacer referencia a las razones de tipo financiero al que este se hallaba ligado.

En consideración a lo explicado, los argumentos de la apelación concernientes al retardo en el pago de las actas parciales de obra deben ser desestimados.

Conclusión

Por las razones expuestas, la Sala encuentra que los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia no tienen vocación de prosperidad, lo que imponer confirmar el fallo apelado en cuanto negó las pretensiones de la demanda.

7.- 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 sub examine 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,



Radicación: 250002326000201200255 01 (63.123)
Actor: CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DISTRITAL
Referencia: Acción Contractual

FALLA

1. **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 3 de mayo de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. Sin condenas en costas por la segunda instancia.
- 3.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA ADRIANA MARÍN


MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO