

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA / DEMANDA CONTRA ENTIDAD PÚBLICA / CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / DISTRITO CAPITAL / SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL / SOLICITUD DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NULIDAD DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / NULIDAD DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA / PROCESO DE DOBLE INSTANCIA

Se tiene presente que el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), vigente a partir del 2 de julio de 2012, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para conocer, “(...) de las controversias y litigios originados en actos, contratos, (...) en los que estén involucradas las entidades públicas”. En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes al incumplimiento del contrato (...) celebrado entre el Distrito Capital - Secretaría Distrital de Educación y el consorcio (...) y la nulidad del acto mediante el cual aquel lo liquidó unilateralmente. Así las cosas, el Distrito Capital - Secretaría Distrital de Educación ostenta la naturaleza de entidad pública, por lo que, con sujeción a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 104 del CPACA, esta jurisdicción es competente para conocer del presente asunto. También le asiste competencia a la Sala para tramitar la causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en (...) monto que resulta superior a la suma (...) exigida en la Ley 1437 de 2011, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

FUENTE FORMAL: C.P.A.C.A. - ARTÍCULO 104

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / APROBACIÓN DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

Para establecer la oportunidad de la interposición de la demanda debe atenderse a la regla prescrita en el literal j) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, de conformidad con la cual la demanda deberá ser presentada dentro de los dos años contados: “iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;”. La Resolución (...) mediante la cual el Distrito Capital - Secretaría Distrital de Educación liquidó unilateralmente el contrato (...) cobró ejecutoria. Corolario de lo plasmado, al haberse presentado la demanda (...), se concluye que su interposición fue oportuna.

FUENTE FORMAL: C.P.A.C.A. - ARTÍCULO 164 NUMERAL 2 LITERAL J

SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / CONCILIACIÓN FALLIDA / AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / LIQUIDACIÓN

UNILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / ACTA DE LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / OBSERVACIONES A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

[A]ntes de iniciar el cómputo de caducidad, el consorcio (...) presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría (...) para Asuntos Administrativos, en la que promovió solicitud para que la entidad reconociera las mismas sumas que por concepto de perjuicios pretendió en este asunto, los cuales expresamente pidió que tuviera en cuenta la entidad para liquidar el contrato. Ese trámite fracasó (...) por ausencia de ánimo conciliatorio, en tanto la entidad no aceptó incorporar los en la liquidación del acuerdo. (...) Por lo dicho, la Sala estima que resultaría excesivo considerar que el requisito de procedibilidad no se agotó frente a la liquidación unilateral del acuerdo, pues, si bien la adopción del acto ocurrió a la semana siguiente de finalizar el trámite conciliatorio, ya de antemano en el marco de ese trámite y ante la Procuraduría, la entidad había manifestado su voluntad de no reconocer los rubros que pidió el contratista y que hoy son los mismos objeto de demanda, que a la postre no fueron incorporados en el acto liquidatorio.

REQUISITOS DE LA DEMANDA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / REQUISITOS SUSTANCIALES DE LA DEMANDA / CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL

[A]dmittir un planteamiento diferente equivaldría a desconocer la naturaleza y finalidad del instituto de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, toda vez que su exigencia estribó en la necesidad de llevar previamente los asuntos contenciosos al escenario del mecanismo alternativo de resolución de conflictos, para que las partes tuvieran un acercamiento dirigido a zanjar los desacuerdos y llegar a los consensos tendientes a evitar la posterior formulación de la demanda, aproximación que en este caso se surtió por las partes frente a los mismos puntos sobre los cuales hoy recae el debate iniciado tras no lograr un acuerdo conciliatorio.

ACTA DE CONCILIACIÓN / DECISIÓN DEL ACTA DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN / VALIDEZ DEL ACTA DE CONCILIACIÓN / CAPACIDAD DE CONCILIACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PÚBLICO / ENTIDAD PÚBLICA / COMITÉ DE DEFENSA JUDICIAL Y CONCILIACIÓN / IMPROCEDENCIA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL / DEMANDA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / ALCANCE DE LA CONCILIACIÓN

[E]sta Corporación en oportunidades anteriores ha sentado su postura acerca de la imposibilidad de valorar las actas de conciliación o las actas del comité de defensa y conciliación de las entidades públicas como una prueba documental con la virtualidad de acreditar, por cuenta de su contenido, la efectiva ocurrencia de los supuestos de hecho en que se fundamentan las pretensiones. Es así como en varios pronunciamientos se ha referido a la inviabilidad jurídica de considerar demostrado, a partir de la manifestación del consentimiento para conciliar que una entidad pública deposita en un acta de comité de conciliación, los hechos relacionados con el referido convenio que posteriormente se le imputen en un proceso judicial, consideraciones que por las mismas razones que allí se han expuesto deben aplicarse en este caso concreto.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la valoración de las actas del comité de defensa y conciliación de las entidades públicas como una prueba documental, ver sentencia del 30 de octubre de 2013, Exp. 32556, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 15 de abril de 2015, Exp. 33173, C.P. Hernán Andrade Rincón (E).

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INSTITUCIÓN EDUCATIVA / CONTENIDO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CLÁUSULAS DEL CONTRATO ESTATAL / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL - No varió el objeto principal / OBJETO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA - Ampliación del objeto de los diseños / AJUSTE DE PRECIOS EN EL CONTRATO ESTATAL / AJUSTE DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / AJUSTE DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PRECIO GLOBAL DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE OBRA A PRECIO GLOBAL / MAYOR CANTIDAD DE OBRA PÚBLICA

[D]e conformidad con el texto contractual, las obligaciones que debían realizarse en desarrollo de la etapa de ajustes a los estudios y diseños (...) atendió a una labor de revisión de los estudios y diseños primigenios para su posterior readecuación sin exceder las obras y el espacio del área convenida. Para su elaboración, las partes acordaron un precio global (...). [I]ncluso, con antelación a la suscripción del acta de inicio (...), la entidad advirtió la necesidad de efectuar cambios sustanciales a los diseños por ella entregados (...). Se encuentra entonces que de la propia entidad surgió el interrogante sobre la necesidad de ampliar el objeto de los diseños previamente elaborados para que en su “ajuste” se incluyeran nuevas áreas a intervenir y nuevas edificaciones a construir, sin que ello, valga aclarar, variara el objeto principal del contrato que seguía recayendo en la construcción de la institución de educativa. Lo que se alteró por cuenta de esos diseños, como se verá más adelante, fue el alcance y dimensión de las obras a ejecutar.

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CONTENIDO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CLÁUSULAS DEL CONTRATO ESTATAL / OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL / OBJETO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CONTRATACIÓN POR PARTE DE LA ENTIDAD PÚBLICA - La entidad pública requirió la ampliación de la obra sin estar contemplada en el acuerdo / OBRAS ADICIONALES DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PAGO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PRECIO GLOBAL DEL CONTRATO ESTATAL / AJUSTE DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA - Las nuevas áreas y edificaciones sobre los que recaerían los estudios y diseños fueron comprendidas dentro del objeto inicial del contrato / CONTRATO DE OBRA A PRECIO GLOBAL / IMPROCEDENCIA DEL CONTRATO ADICIONAL / OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO / DEBERES DEL CONTRATISTA / EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

[C]on apego al texto del contrato (...), el contratista no podrá hacer ajustes o diseños nuevos que se alejen de las condiciones mínimas de las contenidas en los documentos que se le entregan y de que la modalidad de pago pactada para esa fase correspondió a la del precio global. (...) La entidad estimó que las nuevas áreas y edificaciones sobre los cuales recaerían los estudios y diseños requeridos se encontraban comprendidas dentro del alcance inicial del objeto contratado; por tanto, al haberse convenido un precio global para su realización no resultaba viable suscribir un contrato adicional para aumentar su valor y, en ese orden, su precio se mantendría incólume en los términos originalmente convenidos. El

contratista aceptó las anteriores condiciones y decidió continuar con la ejecución del contrato, previniendo únicamente que se tramitaría una prórroga.

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CONTENIDO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CLÁUSULAS DEL CONTRATO ESTATAL / OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL / OBJETO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / AJUSTE DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CONTRATACIÓN POR PARTE DE LA ENTIDAD PÚBLICA - La entidad pública requirió la ampliación de la obra sin estar contemplada en el acuerdo / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL / OBRAS ADICIONALES DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA - Las partes acordaron que no habría reconocimiento económico por su ejecución / BUENA FE CONTRACTUAL / APLICACIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL / PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL

[A]un cuando lo que en un inicio se planteó como readecuación y ajustes a unos estudios y diseños preexistentes, lo ocurrido en el devenir de la ejecución contractual develó que, ciertamente, por requerimiento de la entidad fue necesario ampliar su elaboración a áreas y edificaciones no contempladas en el acuerdo, circunstancia que, si bien resulta censurable desde el punto de vista del deber de planeación, en tanto desdibujó lo convenido originalmente al no haber consultado las verdaderas necesidades que llevaron a la celebración del contrato, no por ello puede perderse de vista que, tras varios acercamientos para llegar a un consenso, las partes finalmente concertaron que no habría un reconocimiento económico adicional por su realización y así fue expresamente aceptado por el consorcio. (...) [R]esultaría contrario al principio de la buena fe contractual que, luego de arribar a ese arreglo, el consorcio hubiera reclamado el pago de los estudios y diseños por un valor que casi doblaba el que él mismo aceptó como precio global tras suscribir el acta de reunión (...) a la que se hizo alusión.

CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / DEBERES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / CONTRATACIÓN POR PARTE DE LA ENTIDAD PÚBLICA - La entidad pública requirió la ampliación de la obra sin estar contemplada en el acuerdo / EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / OBRA PÚBLICA - Recibida a satisfacción / PRECIO GLOBAL DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE OBRA A PRECIO GLOBAL / PAGO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CONDICIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO ESTATAL / PRECIO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA - No sufrió variaciones / INDEMNIZACIÓN AL CONTRATISTA - Improcedente

[P]ara la Sala no existe discusión frente al hecho de que el contratista acató los requerimientos de la entidad en relación con la inclusión de áreas y obras nuevas en la elaboración de los estudios y diseños encomendados y que, al ser ejecutados y entregados, fueron recibidos a satisfacción por la interventoría y también por la entidad, según se desprende del acta respectiva. (...) [L]os estudios y diseños que surgieron como resultado de lo solicitado por la entidad, se trataron financieramente como ajustes generales incluidos en el precio global pactado, que no tenían la virtualidad de modificar las condiciones económicas estipuladas, de tal suerte que en ningún momento se varió el precio inicial. [L]a Sala no encuentra de recibo el primer cargo de la apelación, orientado al reconocimiento económico pretendido por cuenta de la elaboración de los nuevos estudios y diseños presentados durante la primera fase del contrato (...) en valor superior al que fue pactado en el contrato (...) y reconocido y pagado al contratista en cuantía de \$85'199.699, según consta en el acto de liquidación unilateral.

SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PERIODO DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / PRÓRROGA DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / PRÓRROGA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / PRÓRROGA DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO / LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / SOLICITUD DE LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / VIGENCIA DE LA LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / OMISIÓN EN LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / TRÁMITE DE LA LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / ACTO QUE CONCEDE LA LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / EXPEDICIÓN DE LA LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / LICENCIAS DE LA CURADURÍA URBANA - Periodo de aprobación de los estudios previos y diseños elaborados por el contratista

[E]l contrato fue objeto de varias suspensiones y prórrogas que, en su mayoría (...) se debieron a dificultades en los trámites previos ante el DADEP, requeridos para esclarecer el área total del predio que sería intervenido en el proyecto y que resultaba fundamental adelantar de manera previa a la obtención de la licencia de construcción ante la Curaduría Urbana (...). [E]l negocio continuó siendo sometido a varias suspensiones, pero esta vez por cuenta del trámite que debió surtir ante la curaduría urbana para la aprobación de los estudios previos y diseños elaborados por el contratista, en el marco del procedimiento iniciado para la obtención de la licencia de construcción. (...) [U]na vez obtenida la licencia de construcción, (...) se reinició la etapa de estudios y diseños. De este breve recuento surge con nitidez que el plazo de dos meses previsto para la etapa de estudios y diseños (...) se prolongó por espacio de un año, seis meses y nueve días.

REQUISITOS DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ESTATAL / LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / SOLICITUD DE LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / TRÁMITE DE LA LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / ACTO QUE CONCEDE LA LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / LICENCIAS DE LA CURADURÍA URBANA / OBLIGACIONES DEL CONTRANTE / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN - No aportó oportunamente los documentos necesarios para la obtención de la licencia de construcción

[A]l contratista le asistía la obligación de tramitar la licencia de construcción para la ejecución del proyecto. Sin embargo, lo ocurrido en la práctica rebasó en gran medida las cargas atribuidas al contratista en relación con la responsabilidad que debía asumir por las dilaciones que pudieran derivarse del trámite de la obtención de esa licencia. [A]un cuando el contratista contrajo la obligación de adelantar los trámites ante la curaduría urbana para la obtención de la licencia, ciertamente se acreditó en este litigio que ese procedimiento no fue posible iniciarse tan pronto se radicaron los documentos por parte del contratista, debido a que surgió la necesidad de adelantar varias gestiones de manera previa que eran fundamentales para continuar con la solicitud de la licencia, las cuales resultaron del resorte de la entidad contratante por recaer sobre documentos respecto de los cuales ella era responsable como gestora del proyecto y cuyas deficiencias en manera alguna podían ser trasladadas al consorcio so pretexto de corresponderle la obtención de la licencia.

REQUISITOS DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / TRÁMITE DE LA LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / OBLIGACIONES DEL CONTRANTE / MÉTODOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL BIEN INMUEBLE / LINDEROS / SANEAMIENTO DE CABIDA Y LINDEROS / UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE CATASTRO DISTRITAL / CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIEN INMUEBLE / ACLARACIÓN DE LA ESCRITURA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN - No aportó oportunamente los documentos necesarios para la obtención de la licencia de construcción

[L]as inconsistencias de los documentos que se hallaban bajo su custodia condujeron al inicio de un procedimiento previo de saneamiento de cabida y linderos del predio ante la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital para la incorporación de las áreas adicionales, así como la aclaración de escritura pública de compraventa del predio. La prolongación del plazo (...), no obstante asociarse al trámite de la obtención de la licencia de construcción a cargo del contratista, obedeció a circunstancias atribuibles a la entidad estatal contratante, toda vez que fue por razón de las inconsistencias en los documentos por ella entregados que aquel procedimiento no pudo iniciarse ni avanzar de manera fluida.

SOBRECOSTOS EN CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PERIODO DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / INSUFICIENCIA DE LA PRUEBA / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA

Para acreditar los perjuicios solicitados por este concepto, la parte actora en su recurso advirtió que se hallaban demostrados por cuenta de la certificación de pagos expedida por el contador público (...). Sin embargo, la Sala considera que la anterior constancia no tiene vocación probatoria suficiente para demostrar la causación de los perjuicios solicitados por este concepto, en atención a que, en su contenido, además de incluir al personal de coordinación de obra cuyo reconocimiento no tendría lugar precisamente por no haberse ejecutado esa fase, no se discrimina el período que cobijó tales erogaciones. (...) [M]áxime cuando, como se dejó sentado, no todo el término en que se amplió el plazo del contrato puede servir de fundamento para el reconocimiento del perjuicio reclamado, pues un poco menos de la mitad, por las razones explicadas, quedó inmerso en el ámbito de responsabilidad del contratista.

RECURSOS DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL DEL CONTRATO / APROPIACIÓN DEL PRESUPUESTO / FALTA DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / OBJETO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA - Ampliación del objeto de los diseños / AJUSTE DE PRECIOS EN EL CONTRATO ESTATAL / AJUSTE DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / AJUSTE DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA - Ejecución de nuevas áreas y edificaciones sobre los que recaerían los estudios y diseños / INEJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / FALTA DE RECURSOS PARA EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / VENCIMIENTO DEL PLAZO PARA EJECUTAR CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL

Está acreditado que, como consecuencia del resultado obtenido en la etapa de ajustes a los estudios y diseños, los cuales atendieron a los requerimientos elevados por la SED frente a la necesidad de ampliar las áreas a intervenir y realizar edificaciones no contempladas de inicio, el presupuesto estimado para la ejecución de la etapa de obra (...) se acrecentó en tal proporción (...) que de considerar una adición en el precio se incurriría en la prohibición prevista en la Ley 80 de 1993, que impide aumentar el valor del contrato en más del 50% del precio inicial. Así lo evidenció el informe rendido (...) por la interventoría, en el que consideró que el contrato (...) de cara a los ajustes a los estudios y diseños, no podría ejecutarse con los recursos disponibles (...). Por tal motivo, la entidad, luego de varios intentos para llegar a un acuerdo con el contratista, consideró que la etapa de obra no podía llevarse a cabo, y al vencimiento del plazo pactado para su realización, procedió a su liquidación unilateral.

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL / OBJETO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / AJUSTE DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CONTRATACIÓN POR PARTE DE LA ENTIDAD PÚBLICA - La entidad pública requirió la ampliación de la obra sin estar contemplada en el acuerdo / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL

[F]ue la entidad la que, al comienzo de su ejecución, puso de manifiesto la imperiosa necesidad de extender y, en efecto, variar el alcance de los estudios y diseños inicialmente entregados al contratista, para que atendieran el verdadero carácter técnico de la institución, sin que esta circunstancia hubiera sido considerada por la SED, debiendo serlo, al planear la realización de la obra. Lo acontecido en el devenir contractual reveló una grave y manifiesta vulneración al deber de planeación de la entidad pública contratante, que condujo de manera directa a la imposibilidad de ejecutar la obra encargada.

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL / PROCEDIMIENTO DE LA SELECCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATISTA / PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA - Irregularidades / CELEBRACIÓN DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / EJECUCIÓN DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / AJUSTE DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL DEL CONTRATO / FALTA DE RECURSOS PARA EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA

Emerge con nitidez que el Distrito Capital - Secretaría de Educación Distrital abrió el procedimiento de selección con fundamento en unas especificaciones técnicas que en la práctica no consultaban las verdaderas necesidades que pretendía satisfacer con la celebración de contrato y, una vez suscrito el acuerdo, en pleno plazo de ejecución, se percató de la necesidad de modificar el alcance de los estudios y diseños iniciales y requirió al contratista para que se atendieran las particularidades que demandaba la institución educativa colegio Fátima, modificación que al final condujo a que se doblara el presupuesto de obra inicialmente estimado y tornara en financieramente inviable su ejecución.

AJUSTE DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL

CONTRANTE / INEJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / FALTA DE RECURSOS PARA EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / VENCIMIENTO DEL PLAZO PARA EJECUTAR CONTRATO ESTATAL

[D]e lo acontecido en el desarrollo de la fase de ajuste a los estudios y diseños se evidenció que la conducta permisiva del contratista confluyó de manera eficiente en la imposibilidad de construir la institución educativa encomendada. Esa aceptación por parte del contratista respecto de la ampliación del alcance del objeto contratado comportaba, así mismo, el conocimiento y eventual asunción de las consecuencias que tal situación podría acarrear en relación con el aumento del presupuesto dispuesto para ejecutar la etapa de obra. Tanto es así que era el mismo contratista el que materializaba los cambios requeridos por la entidad en los estudios y como resultado de ese ejercicio fue el que proyectó con base en esos “ajustes” el nuevo presupuesto de obra estimado para su ejecución, que, como se vio, sobrepasó el 50% del valor inicial y tornó en financieramente inviable su ejecución.

OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / PRINCIPIO DE LA COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DEL CONTRATISTA COLABORADOR DE LA ADMINISTRACIÓN / FINALIDAD DEL ESTADO / FINALIDAD DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO / CONTRATO DE ENTIDAD ESTATAL CON PARTICULARES / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / PARTICULAR EN EJERCICIO DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE EFICIENCIA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

[D]e conformidad con el contenido obligacional del contrato (...), el contratista “debía atender todas las observaciones y requerimientos a los diseños presentadas por la SED, la interventoría y demás autoridades competentes”. (...) Es con fundamento en su calidad de experto en el desarrollo de la tarea que se le asigna, que es considerado un verdadero colaborador de la Administración en el cumplimiento de sus fines estatales y no un simple ejecutor material. Lo dicho se traduce en que, una vez celebrado el contrato, el contratista se convierte en una pieza clave y aliado fundamental de la entidad para llevar a buen término el proyecto y, en razón de ello, se espera del particular una actitud proactiva, diligente y eficiente que contribuya al logro del cometido estatal y no que despliegue conductas que puedan poner en riesgo su satisfacción.

PLIEGO DE CONDICIONES / REGLAS DEL PLIEGO DE CONDICIONES / CONTENIDO DEL PLIEGO DE CONDICIONES / OBLIGATORIEDAD DEL PLIEGO DE CONDICIONES / INCUMPLIMIENTO DEL PLIEGO DE CONDICIONES / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / ETAPA PRECONTRACTUAL / ESTUDIOS PREVIOS EN LA CONTRATACIÓN / OBLIGACIÓN DE ESTUDIOS PREVIOS EN LA CONTRATACIÓN / PROCESO DE SELECCIÓN DE CONTRATISTA / INEJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

Tampoco resulta admisible que se aparte de forma irreflexiva de los lineamientos trazados en el pliego de condiciones de los cuales fue pleno concedor en la etapa precontractual. (...) [L]a inviabilidad de ejecutar el contrato (...), en su etapa de obra, resulta imputable a la entidad contratante, por desatender su deber de realizar estudios previos serios y fundados en razones de conveniencia y necesidad con cuya base fuera posible, desde el punto de vista técnico, jurídico y económico, estructurar un procedimiento de selección que diera como resultado la celebración de un contrato idóneo y óptimo para cumplir el fin perseguido y que

desembocó en el incumplimiento de la obligación asumida en el negocio por cuya cuenta debía permitir la adecuada ejecución de la obra.

INDEMNIZACIÓN AL CONTRATISTA / INEJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN / UTILIDAD PROYECTADA PARA EL CONTRATISTA / ELEMENTOS PARA ESTABLECER LA UTILIDAD PROYECTADA PARA EL CONTRATISTA / RELACIÓN CAUSAL / RELACIÓN DE CAUSALIDAD / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL - Omisión / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

[L]a Sala no encuentra de recibo lo considerado por la primera instancia, en el sentido de que el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la entidad pública no implicaba una afectación a la utilidad esperada, pues no hay duda de que, como lo advierte el apelante demandante, existe una relación causal directa entre la ausencia del deber de planeación de la entidad que conllevó a la inviabilidad económica de ejecutar la etapa de obra y la posibilidad de que el contratista percibiera la utilidad válidamente esperada de su ejecución, puesto que aquella causa impidió el cabal cumplimiento del acuerdo. Sin embargo, es claro que la falta al deber de planeación no fue la única causa que derivó en la frustración de la fase de obra. Concurrentemente, el contratista con su conducta permisiva y complaciente, y más allá de las discusiones iniciales prestó su consentimiento libre y sin condicionamientos para la modificación del alcance y dimensiones del objeto del contrato, lo que redundó en el aumento del presupuesto estimado en más del 50% del valor original, y así contribuyó de manera eficiente a la imposibilidad de desarrollar el proyecto.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INDEMNIZACIÓN AL CONTRATISTA / INEJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN / UTILIDAD PROYECTADA PARA EL CONTRATISTA / ELEMENTOS PARA ESTABLECER LA UTILIDAD PROYECTADA PARA EL CONTRATISTA / OBTENCIÓN DE UTILIDAD PARA EL CONTRATISTA / CONCURRENCIA DE CAUSAS / REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL / REDUCCIÓN DE LA CONDENA / PERJUICIOS POR LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

[E]s claro que la responsabilidad contractual de la entidad estatal que se halla comprometida en los hechos descritos da lugar al reconocimiento de los perjuicios que su incumplimiento en la obligación de permitir la adecuada ejecución de la obra pudo haber acarreado al contratista. Pese a lo anterior, en modo alguno puede constituirse un reconocimiento pleno de la utilidad esperada, pues al haber confluído la conducta del contratista en la producción del resultado nocivo, tal circunstancia, en criterio de la Sala, impone la reducción en un 50% del monto de los perjuicios pretendidos. (...) [L]a Sala reconocerá el 50% del valor de la utilidad proyectada para la fase de obra del contrato (...) como perjuicio causado al contratista (...), por razones imputables a la antijuridicidad de la conducta de la entidad pública.

GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / GARANTÍAS CONTRACTUALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / GARANTÍAS

DEL CONTRATISTA / GARANTÍAS EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / GARANTÍAS EN EL CONTRATO ESTATAL / GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / APROBACIÓN DE LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / VENCIMIENTO DEL PLAZO PARA EJECUTAR CONTRATO ESTATAL

La finalidad de la garantía única de cumplimiento consiste en amparar que se satisfagan todas las obligaciones contraídas por el contratista por razón de la celebración y ejecución del negocio jurídico. (...) En armonía con lo anterior, cabe anotarse que a pesar de que, como se advirtió, lo acontecido en el término de ejecución del contrato (...) mostró serias falencias en cuanto a la observancia al deber de planeación por parte de la entidad pública, finalmente el contrato terminó por vencimiento del plazo pactado para su ejecución, interregno durante el cual se discutió constantemente por las partes si la realización de la etapa de obra resultaba viable financieramente o no. Igualmente, durante todo el plazo contractual y hasta su terminación, el contratista fue requerido de manera permanente para que continuara atendiendo las obligaciones derivadas de la etapa de ajustes a los estudios y diseños y la sustentación del presupuesto de obra que con base en ellos presentó.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con la naturaleza y propósito de las garantías en materia de contratación estatal ver sentencia de 14 de junio de 2019, Exp. 36860, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / DEBERES DEL CONTRATISTA / VIGENCIA DEL CONTRATO / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / GARANTÍAS CONTRACTUALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / GARANTÍAS DEL CONTRATISTA / GARANTÍAS EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / GARANTÍAS EN EL CONTRATO ESTATAL / GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / COBERTURA DEL CONTRATO DE SEGURO / VIGENCIA DE LA PÓLIZA DEL CONTRATO DE SEGURO / PRECIO DEL CONTRATO

[A] lo largo del término de su vigencia, las obligaciones contraídas por el contratista con ocasión de la celebración del acuerdo continuaban resultándole exigibles, cuestión que llevaba al imperativo de mantener en vigor las pólizas que respaldaban su satisfacción en la forma y condiciones convenidas, sin que fuera jurídicamente procedente dejar su cumplimiento sin el amparo otorgado por el contrato de seguro, máxime cuando no hubo reparo por el contratista frente a su plazo de cobertura y su valor, los cuales se mantuvieron inalterables en los acuerdos de prórroga y suspensión del contrato. Por lo anterior, la Sala revocará la condena impuesta por la primera instancia por concepto del valor de las pólizas otorgadas por el consorcio Proyectar 2014, durante el plazo contractual.

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / APLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / INEJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / VENCIMIENTO DEL PLAZO PARA EJECUTAR CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO - Fallida

[E]n el caso, en realidad, no se produjo un acto administrativo de terminación unilateral del contrato (...) con desapego a lo dispuesto en los artículos 14 y 17 de la Ley 80 de 1993. Se reitera que, aun cuando la fase de obra finalmente no se ejecutó, esa situación no se dio como resultado de una decisión de terminación unilateral adoptada por la Administración a través de un acto administrativo, en tanto el contrato terminó por vencimiento del plazo sin que se procediera a prorrogarlo. Está demostrado que la entidad intentó lograr un acuerdo de terminación bilateral anticipada, pero que, ante la falta de consenso por parte del contratista para culminar el negocio, por cuanto la entidad no accedió a reconocerle las reclamaciones económicas para darle viabilidad a esa finalización, el plazo del contrato continuó transcurriendo mientras se daban esos acercamientos, hasta que finalmente se terminó, sin que se llegara a ningún acuerdo económico entre las partes.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 14 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 17

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO / SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INDEMNIZACIÓN AL CONTRATISTA / INEJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN / INDEMNIZACIÓN AL CONTRATISTA / UTILIDAD PROYECTADA PARA EL CONTRATISTA - Distribución entre las sociedades que conforman el consorcio / ELEMENTOS PARA ESTABLECER LA UTILIDAD PROYECTADA PARA EL CONTRATISTA / REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL / REDUCCIÓN DE LA CONDENA / PERJUICIOS POR LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

Con base en las consideraciones que anteceden la Sala modificará la sentencia de primera instancia proferida el 26 de noviembre de 2018, para en su lugar declarar que el Distrito Capital - Secretaría de Educación incurrió en responsabilidad contractual por incumplimiento del contrato (...), en su obligación de permitir la adecuada ejecución del objeto contractual. Como consecuencia de lo anterior, se condenará al Distrito Capital, Secretaría de Educación, a reconocer y pagar a las sociedades (...) que integraron el consorcio (...) la suma equivalente al 50% de la utilidad proyectada (...). La anterior suma deberá distribuirse entre cada una de las sociedades que conformaron el consorcio, de manera directamente proporcional al porcentaje de participación en que concurrieron a la celebración del contrato.

INDEMNIZACIÓN AL CONTRATISTA / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL / RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MATERIALES / MEDIOS DE PRUEBA / ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO / PRINCIPIO DE EQUIDAD / REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

Se agrega que el reconocimiento de los perjuicios que acá se ordena surgió del análisis del caso con apoyo en los elementos de prueba que obran en el proceso, de la aplicación de criterios de equidad y sana crítica propios de la valoración judicial, por lo que no procede incluirlos en la liquidación del contrato, en tanto no corresponde en estricto rigor al cruce final de cuentas que arrojó su ejecución, sino a una indemnización derivada de la responsabilidad contractual en que incurrió la parte demandada y que fue determinada por esta instancia.

NOTA DE RELATORÍA: Sentencia con salvamento parcial de voto de la honorable consejera María Adriana Marín.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., siete (7) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-36-000-2017-02136-01(64033)

Actor: CONSORCIO PROYECTAR 2014

Demandado: DISTRITO CAPITAL - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: INEFICACIA PROBATORIA DE LAS ACTAS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS / no reemplaza la carga probatoria de quien alega el incumplimiento - INOBSERVANCIA AL DEBER DE PLANEACIÓN / genera responsabilidad contractual / IMPOSIBILIDAD DE EJECUTAR EL CONTRATO POR RAZONES IMPUTABLES A LA ENTIDAD DEMANDADA EN CONCURRENCIA CON LA CONDUCTA PERMISIVA DEL CONTRATISTA - reducción en el reconocimiento de perjuicios pretendidos por haber concurrido la culpa del contratista en la frustración de la ejecución de la obra.

Apoderados: DISTRITO CAPITAL-SED: Carlos José Herrera Castañeda; actor: Diego Javier Muñoz Lancheros. **Procurador: Carlos José Holguín Molina.** **Magistrados: M.P.** Juan Carlos Garzón Martínez, Bertha Lucy Ceballos Posada y Alfonso Sarmiento Castro.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 26 de noviembre de 2018, mediante la cual se resolvió (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

PRIMERO: se DECLARA, que el DISTRITO CAPITAL - SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL incumplió su obligación emanada del contrato 2009 de 20 de marzo de 2014 -componente de obra-, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se CONDENA al DISTRITO CAPITAL - SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL al pago de la suma de CINCUENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA MIL TRESCIENTOS ONCE PESOS MCTE (\$58'440.311,00) por concepto del incumplimiento ya indicado.

TERCERO: se niegan las demás pretensiones de la demanda, de acuerdo a la parte motiva de sentencia.

CUARTO: se FIJAN agencias en derecho a favor de REDES Y EDIFICACIONES S.A., VENDICO S.A.S., y, UCOP CONSTRUCCIONES S.A. SUCURSAL COLOMBIA en la suma CINCO MILLONES DE PESOS MCTE (\$5.000.000)

(...)-

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

La presente controversia gira en torno al incumplimiento del contrato de obra No. 2009 de 2014, celebrado entre el Distrito Capital - Secretaría de Educación Distrital y el consorcio Proyectar 2014, cuyo objeto consistió en realizar “ajustes a los estudios y diseños existentes y ejecución de obra nueva, demolición total, cerramiento para la etapa I del colegio distrital Piloto Fátima, de la localidad 06 de Tunjuelito, de acuerdo con los planos y especificaciones entregadas por la Secretaría de Educación del Distrito”.

El incumplimiento se atribuye al hecho de que la entidad modificó el alcance de la etapa inicial de ajustes a estudios y diseños preexistentes y en su lugar requirió la confección de nuevos estudios y diseños distintos a los establecidos de inicio, lo que llevó a que el presupuesto de obra estimado para la fase siguiente de construcción de la institución educativa se incrementara en más de la mitad del valor estimado e hiciera inviable cumplir con el objeto contractual en la etapa de obra, ante la imposibilidad de adicionarlo. Esta situación trajo como resultado que la obra no se ejecutara y se privara al contratista de percibir la utilidad esperada por cuenta de su realización

También gravita la controversia alrededor de la nulidad del acto de liquidación del contrato, por cuanto, según el contratista, allí debió incluirse el reconocimiento económico por la elaboración de los nuevos estudios y diseños, dados los sobrecostos administrativos en que incurrió, debido a la ampliación del plazo del contrato por circunstancias atribuibles a la administración distrital.

2. La demanda

La demanda fue presentada el 14 de noviembre de 2017 por el consorcio Proyectar 2014, conformado por las sociedades Redes y Edificaciones S.A., Vindico S.A.S. y Ucop Construcciones S.A. Sucursal Colombia, en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) contra el Distrito Capital - Secretaría de Educación Distrital, con el fin de que:

- i) Se declare que el Distrito Capital - Secretaría de Educación Distrital incumplió las obligaciones derivadas del contrato de obra No. 2009 de 2014, por lo que es responsable contractualmente de los perjuicios causados al contratista, consorcio Proyectar 2014.
- ii) Se declare la nulidad de la Resolución No. 435 del 21 de julio de 2017, por la cual el ente contratante liquidó unilateralmente el contrato de obra No. 2009 del 20 de marzo de 2014.
- iii) Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Distrito Capital - Secretaría de Educación Distrital a pagar a las sociedades que integran el consorcio Proyectar 2014, la suma de \$808'402.463, más la que se logre acreditar en el proceso, por los siguientes conceptos:
 - \$426'554.035 a título de utilidad dejada de percibir por el consorcio, según lo pactado en el Contrato No. 2009 de 2014.
 - \$56'445.468 por concepto de constitución de pólizas del contrato en sus distintos amparos.
 - \$70'571.666 por concepto del pago de salarios del personal que ha estado en la coordinación del proyecto.
 - \$246'711.294 por valor de los nuevos diseños.
 - \$8'120.000 por concepto del acompañamiento jurídico al consorcio.

3. Los hechos

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

3.1. Previo procedimiento de licitación pública, el 20 de marzo de 2014, el Distrito Capital - Secretaría de Educación Distrital y el consorcio Proyectar 2014 celebraron el contrato de obra 2009, cuyo objeto consistió en realizar *“ajustes a los estudios y diseños existentes y ejecución de obra nueva, demolición total,*

cerramiento para la etapa I del colegio distrital Piloto Fátima, de la localidad 06 de Tunjuelito, de acuerdo con los planos y especificaciones entregadas por la Secretaría de Educación del Distrito” por un valor de \$10.894’078.943, discriminados así: \$85’199.700 por el componente de ajustes a los estudios y diseños existentes y \$10.808’879.243 por el componente de obra.

3.2. El plazo se pactó en catorce meses, en razón de dos meses para la etapa de reajuste de estudios y diseños y doce meses para obra, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, hecho que sucedió el 28 de julio de 2014.

3.3. Luego de varias suspensiones, adiciones y prórrogas suscritas por causas imputables a la inobservancia del principio de planeación del ente contratante, se prolongó el período de ejecución por más de 578 días.

3.4. Las circunstancias fueron las siguientes que, según la demanda, se presentaron en la ejecución del proyecto y constituyeron incumplimiento contractual de la demandante de lo pactado en la cláusula del acuerdo según la cual la Secretaría de Educación debía *“permitir la adecuada ejecución del objeto contractual”*:

- No tuvo un plan de contingencia a partir del cual lograra la reubicación de los estudiantes y del personal administrativo para que el contratista accediera al terreno de la obra.

- En los diseños iniciales, no tuvo en cuenta las áreas destinadas a talleres técnicos ni planeó el verdadero alcance del proyecto ni su método constructivo, toda vez que los diseños de la obra eran constantemente objeto de cambios sustanciales, hasta el punto de tener que realizar una nueva edificación.

Ello llevó a que la primera etapa del proyecto, en realidad, no contemplara un ajuste a los diseños existentes sino la elaboración de un nuevo diseño cuyos costos fueron más elevados que los previstos al inicio, por lo que el contratista realizó una nueva cotización por su elaboración en la suma de \$246’711.294, la que no fue aceptada por la entidad.

- No se tenía plenamente identificada el área de terreno que habría de intervenir con la obra, cuestión que impactó negativamente el trámite de obtención de la licencia de construcción.

3.5. La situación puesta de presente generó retardos y dilación en la ejecución del

contrato, lo cual causó sobrecostos administrativos a la demandante, que se vio privada de obtener la utilidad prevista.

3.6. En atención a que los nuevos diseños realizados a solicitud de la entidad superaban significativamente el presupuesto de obra, etapa que aún no había iniciado, la entidad decidió no continuar con su ejecución y sugerir su terminación anticipada de común acuerdo, lo cual no fue aceptado por el contratista.

3.7. El 21 de julio de 2017, el Distrito Capital - Secretaría de Educación, mediante Resolución No. 435, liquidó unilateralmente el contrato No. 2009 de 2014 sin reconocer las contraprestaciones económicas a las cuales tenía derecho el contratista, por concepto de la utilidad dejada de percibir, los sobrecostos administrativos derivados de la prolongación del plazo contractual, la constitución de la póliza en sus distintos amparos, el valor de los nuevos diseños elaborados y el costo del acompañamiento jurídico que debió asumir el contratista en defensa de sus intereses económicos.

4. Fundamentos de derecho

Como apoyo jurídico de sus pretensiones, la parte demandante señaló que en este evento se configuraron los elementos de la responsabilidad contractual atribuible a la entidad estatal en el marco de la ejecución del contrato No. 2009.

Explicó que su incumplimiento consistió en la desatención del deber de planeación de la administración distrital, al no haber adoptado las medidas dirigidas a permitir la correcta ejecución del objeto contratado, todo lo cual se tradujo en: no haber establecido el verdadero alcance del proyecto y los diseños que le sirvieron de fundamento; no haber garantizado la disponibilidad del predio para el inicio de los trabajos, ni para los estudios de suelos; no haber adoptado un plan de contingencia dirigido a trasladar a los estudiantes a otra sede mientras se adelantaban las actividades del proyecto y en no haber tenido en cuenta el cambio de la normativa urbanística que implicó la modificación del área de construcción.

Señaló que lo expuesto ocasionó un daño al demandante consistente en las mayores cargas económicas que debió asumir el consorcio en su ejecución y a la merma en su posibilidad de derivar la utilidad esperada.

Invocó como causales de nulidad de la resolución acusada las siguientes:

Infracción de las normas en que debía fundarse

Indicó que el acto administrativo de liquidación unilateral se apartó de las normas que consagraban los principios de buena fe contractual, planeación, economía, eficacia, celeridad, equilibrio económico del contrato y el debido proceso, postulados que se hallaban reglados en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política, el artículo 871 del Código de Comercio, los artículos 23, 25, 26, 28, 30 y 77 de la Ley 80 de 1993.

Para dotar de sustento fáctico la vulneración de las normas aludidas, el demandante se refirió nuevamente a los hechos en que fundó los cargos de incumplimiento contractual.

Falsa motivación

Advirtió que la entidad demandada al proferir el acto de liquidación unilateral omitió la realidad que rodeó la ejecución del contrato No. 2009, pues no se expusieron las verdaderas razones que condujeron a la no ejecución del proyecto.

Desviación de poder

Señaló que, en la liquidación unilateral, el Distrito desconoció garantías legales a los cuales tiene derecho el contratista y que amparan su sana expectativa de obtener utilidad en la ejecución del acuerdo, en su calidad de colaborador de la Administración.

5. Actuación procesal

5.1. Por auto del 21 de febrero de 2018, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera - Subsección A admitió la demanda, ordenó la notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público.

5.2. Contestación de la demanda - Distrito Capital - Secretaría de Educación Distrital

La entidad accionada contestó la demanda dentro del término legal. En esa oportunidad se opuso a las pretensiones, por considerar que no incumplió obligación alguna derivada del contrato No. 2009, en tanto fue el contratista el que debió estar atento a los diseños y adelantar las gestiones pertinentes para obtener los permisos y licencias de construcción.

Manifestó que algunos hechos eran ciertos, otros no lo eran y otros no le constaban y debían probarse.

Adujo que solo se ejecutó la etapa de ajuste de diseños y que la fase de obra no se inició, debido a que, como consecuencia del desarrollo de aquella, el contratista había manifestado que el presupuesto de obra debía ascender a \$22.677'279.366, lo que superaría el 50% del valor previsto inicialmente.

Señaló que el valor de los ajustes a los estudios y diseños realizados por el contratista ascendió a \$85'199.700, valor que fue aprobado por la interventoría, de conformidad con la cláusula sexta del contrato y el cual fue reconocido al contratista según el acto de liquidación unilateral del contrato.

5.3. Audiencia Inicial con sentencia oral

El 26 de septiembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, en la cual tuvo lugar la etapa de saneamiento.

En su desarrollo, se advirtió sobre la ausencia de causales de nulidad que viciaran lo actuado y así quedó expresamente convalidado por los intervinientes.

Señaló que no se formularon excepciones susceptibles de ser resueltas en esa audiencia.

Luego, previo a fijar el litigio, precisó que el cargo de nulidad por falsa motivación frente a la Resolución 435 del 21 de julio de 2017 se fundamentó en el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratante, consistentes en el pago de los diseños iniciales y en impedir la ejecución de la obra.

Dicho esto, lo circunscribió a establecer si la referida resolución es nula en razón del incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Secretaría Distrital de Educación y si existen saldos a favor del contratista. Advirtió que, en caso de obtener una respuesta positiva al anterior interrogante, debía determinarse si están demostrados los perjuicios solicitados.

Al pronunciarse acerca de las pruebas acotó que las partes allegaron solamente documentales correspondientes a los antecedentes administrativos del contrato No. 2009, frente a lo cual la parte actora planteó que aquellos no obraban en su totalidad.

Concedido el uso de la palabra a la demandante para que indicara cuáles hacían falta, señaló que no se requería de algún documento adicional.

En ese sentido, el magistrado ponente señaló que, habida consideración de que no se requería la práctica de pruebas adicionales, podía prescindirse de la etapa dispuesta para ese propósito.

Suspendió la audiencia inicial con el fin de conformar la Sala de decisión y fijó nueva fecha para su continuación.

El 26 de noviembre de 2018, una vez integrada la sala de decisión, se siguió con la audiencia. En esa oportunidad, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, espacio en el cual la parte actora sostuvo que existían suficientes medios de prueba que acreditaban el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la Secretaría de Educación Distrital.

Por su parte, la entidad demandada expresó que, en la fase inicial, el contratista elaboró nuevos diseños diferentes a los previstos originalmente y debido al aumento que ello comportó en los metros cuadrados a intervenir, lo que implicaba un incremento en los costos, no se dio continuación a la etapa siguiente.

Escuchados los intervinientes, el *a quo* procedió a reiterar los términos en los cuales quedó limitado el litigio, al cabo de lo cual se refirió a las conclusiones probatorias.

Al efecto indicó que no estaba demostrado que la entidad estatal hubiera ordenado rediseños diferentes a los establecidos en el objeto contractual, por cuanto los planos aportados al proceso no permitían establecer las diferencias entre el alcance del objeto del contrato y las prestaciones ejecutadas por el contratista en la fase de reajuste de diseño.

Agregó que el interventor no tenía competencia para modificar el objeto del contrato, pues, según el acuerdo, su función se restringía a observar que se cumpliera el objeto contratado. Afirmó que tampoco los documentos contentivos de la propuesta conciliatoria tenían eficacia probatoria para demostrar la elaboración de diseños adicionales a los contratados.

Consideró que no se hallaba demostrada la aprobación de los rediseños, como tampoco en qué consistieron, lo que llevaba a negar el cargo de incumplimiento

derivado del no reconocimiento de esas actividades.

De otro lado, encontró demostrado que la Secretaría Distrital de Educación incumplió la obligación de permitir la adecuada ejecución del contrato, pero solamente respecto de la etapa de obra, toda vez que esa fase no se pudo adelantar por aspectos financieros y, además, no tenía el plan de contingencia para poder realizar la construcción y poder trasladar los alumnos a otra sede.

Dicho esto, procedió a analizar los perjuicios solicitados por el incumplimiento.

Advirtió que el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la entidad pública no implicaba *per se* una afectación a la utilidad esperada, en razón a que le asistía a la parte actora la carga de demostrar que ese incumplimiento fue lo que impidió su obtención.

En ese sentido precisó que, al no haber ejecutado la etapa de obra, se tornaba impróspero el reconocimiento de utilidad de lo que no desarrolló. Agregó que no estaba demostrado que el pago realizado por el componente de rediseños no comprendiera la utilidad.

En relación con el pago correspondiente a la constitución de las garantías contractuales, estimó que, al no haber permitido la entidad la adecuada ejecución del contrato, el contratista no debía soportar la carga de pagar las pólizas para su cumplimiento. Con base en esta consideración, el tribunal adicionó en el acta de liquidación del contrato el rubro de las garantías otorgadas por valor de \$58'440.311.

Respecto de los gastos de administración y honorarios de abogado indicó que no se hallaba demostrada su causación, ya que, al no haberse ejecutado la etapa de obra, mal podría pretender el pago de gastos supuestamente asumidos durante esa fase.

Decidió no declarar la nulidad del acto de liquidación unilateral, habida cuenta de que el monto de los rediseños no debía ser reconocido por no haberse acreditado su elaboración y, si bien demostró el incumplimiento de la entidad de su obligación de permitir la ejecución de la obra, no se demostraron los perjuicios solicitados con fundamento en ese supuesto.

En ese orden realizó una liquidación adicional en la cual se incluyeron los

perjuicios causados por concepto de constitución de las garantías del contrato.

Por último, condenó a la demandada a pagar a las demandantes la condena en costas, para lo cual fijó la suma de \$5'000.000 como agencias en derecho.

5.4. El recurso de apelación

5.4.1. Parte actora

Como fundamento de su inconformidad contra la sentencia de primera instancia, la parte actora manifestó que, pese a que se declaró que la entidad incumplió el contrato de obra no. 2009 de 2014, no se hizo una debida valoración respecto de la totalidad de las pruebas en que se sustentaba la causación de los perjuicios por concepto del pago de rediseños, utilidad y gastos de administración.

Precisó que frente a la elaboración de los nuevos diseños existían suficientes pruebas en el proceso que daban cuenta de que fueron solicitados y reconocidos tanto por la interventoría como por la entidad demandada, tal como constaba en los oficios del 5 de octubre de 2016 y 10 de noviembre de 2016, en cuyo contenido se evidenciaba la necesidad de su realización, su elaboración y alcance, así como el hecho de que la entidad ordenó los cambios a los diseños.

Añadió que la prueba de su elaboración también constaba en el acta del comité de conciliación de la entidad y en los oficios que hacían alusión a la propuesta conciliatoria de la entidad, documentos que, en conjunto, en momento alguno fueron objetados ni desconocidos por la accionada. Sumó a esto último que la entidad, tanto a instancia administrativa como judicial aceptó la realización de los nuevos diseños y manifestó su intención de reconocer su pago.

Adujo que en el caso se presentaba un enriquecimiento sin causa en detrimento de los intereses del contratista, por cuanto en desarrollo del contrato No. 2009 “*se ejecutó en mayor cantidad a lo acordado*”; las partes y la interventoría así lo convinieron y lo realizado de manera adicional guardó relación de necesidad con el objeto principal y su alcance, pues los diseños eran necesarios para el cumplimiento a satisfacción de lo contratado, sin que su realización supusiera “*un nuevo objeto no pactado*”.

Manifestó que el Tribunal desconoció lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, en la cual se establece la contraprestación en favor del autor de la elaboración de los diseños.

Censuró la decisión de primera instancia, por cuanto, no obstante reconocer que la demandada impidió la debida ejecución del objeto contractual, desconoció la jurisprudencia del Consejo de Estado al negar el reconocimiento de la utilidad a que tenía derecho el contratista si la entidad hubiera honrado su obligación de permitir en debida forma la ejecución de la obra.

En su criterio, la consecuencia lógica de haber declarado ese incumplimiento, imputable a la entidad estatal, consistía en que se concediera la indemnización pretendida por la parte cumplida de cuya obtención fue privada por culpa de la entidad pública.

De otra parte, precisó que en este caso no se estaban pretendiendo los gastos administrativos correspondientes a la etapa de la obra, porque era claro que, al no haberse ejecutado, no se habían causado. Lo que se solicitaba era el reconocimiento de los sobrecostos administrativos erogados en la etapa de diseños, la cual fue objeto de varias suspensiones y prórrogas por razones imputables a la administración y, por tal motivo, incrementó los costos asumidos por el contratista en su propuesta por la mayor permanencia del personal.

Adujo que su causación estaba acreditada con las pruebas que obraban en el expediente, entre ellas, la certificación expedida por el contador público.

Sostuvo que el Tribunal omitió pronunciarse respecto de la terminación unilateral que se produjo por la entidad al decidir no dar inicio a la etapa de obra, aduciendo razones presupuestales, terminación que se llevó a cabo de manera arbitraria con abierto desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 14 y 17 de la Ley 80 de 1993 y sin reconocer indemnización alguna en favor del contratista.

5.4.2. Parte demandada

La entidad demandada fundó su inconformidad con el fallo recurrido en la condena impuesta por concepto de las pólizas en la suma de \$58'440.311.

Al respecto, señaló que era una obligación del contratista mantener vigentes las garantías como requisito de ejecución del contrato estatal, además de lo cual el demandante en ninguno de los actos de suspensión o prórroga manifestó su discrepancia frente a este punto.

Aclaró que, aun cuando la etapa de obra no se llevó a cabo, la póliza que otorgó el contratista correspondía a la cobertura de la ejecución de la etapa de ajustes a diseños, fase que debía respaldarse desde su inicio, porque no de otra forma podían empezar las actividades comprendidas en ese período.

6. Actuación en segunda instancia

6.1. Mediante providencia del 4 de junio de 2019, la Sección Tercera de esta Corporación admitió los recursos de apelación interpuestos por las partes.

6.2. Por medio de auto del 24 de julio de 2019, se negó la solicitud probatoria elevada en segunda instancia por la parte demandante, por no encontrarse configurada en alguna de las causales de procedencia previstas en el artículo 212 del CPACA.

6.3. En decisión del 20 de agosto de 2019, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

En el término otorgado, las partes presentaron sus escritos de alegaciones, en los que, en esencia, reiteraron los argumentos que soportaron la causa y la contradicción.

El Ministerio Público rindió concepto, en el cual solicitó revocar parcialmente el fallo impugnado y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto en el proceso estaba probado que el contratista realizó los nuevos diseños solicitados por la entidad estatal, además de encontrarse plenamente demostrado el incumplimiento en que incurrió esta última, lo que llevaba a la procedencia del reconocimiento de los perjuicios pretendidos por el consorcio.

II. 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)** análisis de la apelación: **3.1)** hechos probados: **3.1.1)** el alcance del objeto del contrato No. 2009 de 2014 y su contenido obligacional; **3.1.2)** lo acontecido durante la ejecución de la etapa de ajustes a los estudios y diseños del contrato no. 2009 de 2014 hasta su liquidación unilateral; **3.2)** el verdadero alcance de los “ajustes” a los estudios y diseños y su falta de reconocimiento por parte de la entidad; **3.3)** la falta de reconocimiento de

los sobrecostos por la extensión del plazo durante la fase de ajuste a los estudios y diseños por causas imputables a la entidad demandada; **3.4)** la imposibilidad de ejecutar la obra por razones atribuibles al incumplimiento de la entidad pública y la procedencia del pago de la utilidad dejada de percibir; **3.5)** condena por concepto de la constitución de las garantías contractuales; **3.6)** la ilegalidad de la terminación unilateral del contrato No. 2009 de 2014 y **4)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado

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

Se tiene presente que el artículo 104¹ de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), vigente a partir del 2 de julio de 2012, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para conocer, *“además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, (...) en los que estén involucradas las entidades públicas”*.

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes al incumplimiento del contrato 2009 de 2014 celebrado entre el Distrito Capital - Secretaría Distrital de Educación y el consorcio Proyectar 2014 y la nulidad del acto mediante el cual aquel lo liquidó unilateralmente.

Así las cosas, el Distrito Capital - Secretaría Distrital de Educación ostenta la naturaleza de entidad pública, por lo que, con sujeción a lo dispuesto en el párrafo del artículo 104 del CPACA, esta jurisdicción es competente para conocer del presente asunto.

1.2.- También le asiste competencia a la Sala para tramitar la causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de \$426'554.035², monto que resulta superior a

¹ “Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

“Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

“(…)”.

“2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.

² Folio 3 del cuaderno 1.

la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$338'858.500)³, exigida en la Ley 1437 de 2011, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

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

Observa la Sala que las pretensiones versan sobre el supuesto incumplimiento y la nulidad del acto que liquidó unilateralmente el contrato No. 2009 de 2014, celebrado entre el Distrito Capital - Secretaría Distrital de Educación y el consorcio Proyectar 2014, aspecto que, al tenor de los dictados del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 orientan a que: *“Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas”*, corresponde ventilarse a través del medio de control de controversias contractuales.

Para establecer la oportunidad de la interposición de la demanda debe atenderse a la regla prescrita en el literal j) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, de conformidad con la cual la demanda deberá ser presentada dentro de los dos años contados: *“iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;”*.

La Resolución No. 435 del 21 de julio de 2017, mediante la cual el Distrito Capital - Secretaría Distrital de Educación liquidó unilateralmente el contrato No. 209 de 2014 cobró ejecutoria el 28 de agosto de 2017⁴.

Así pues, el punto inicial del término de caducidad ha de situarse en el 29 de agosto de 2017, por lo que los dos años de caducidad habrían de cumplirse el 29 de agosto de 2019.

Corolario de lo plasmado, al haberse presentado la demanda el 14 de noviembre de 2017, se concluye que su interposición fue oportuna.

Cabe poner de presente que el 11 de mayo de 2017, antes de iniciar el cómputo de caducidad, el consorcio Proyectar 2014 presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 137 Judicial II para Asuntos Administrativos, en

³ \$368'858.500 con fundamento en el salario mínimo legal vigente en noviembre de 2017 (\$737.717X 500 = \$368'858.500).

⁴ Así se desprende de su constancia de ejecutoria que obra a folio 451 vuelto del cuaderno 2.

la que promovió solicitud para que la entidad reconociera las mismas sumas que por concepto de perjuicios pretendió en este asunto, los cuales expresamente pidió que tuviera en cuenta la entidad para liquidar el contrato.

Ese trámite fracasó el 5 de julio de 2017 por ausencia de ánimo conciliatorio, en tanto la entidad no aceptó incorporar los perjuicios en la liquidación del acuerdo.

En ese orden se precisa que, si bien el trámite conciliatorio se llevó a cabo días antes de que se expidiera el acto de liquidación unilateral del contrato, lo cierto es que en ese trámite el demandante puso a consideración de la entidad el reconocimiento de los valores que a su turno pretendió incorporar en el cruce final de cuentas del contrato que estaba *ad portas* de definirse y, a instancia de ese procedimiento conciliatorio, la entidad no aceptó reconocerlos⁵.

Por lo dicho, la Sala estima que resultaría excesivo considerar que el requisito de procedibilidad no se agotó frente a la liquidación unilateral del acuerdo, pues, si bien la adopción del acto ocurrió a la semana siguiente de finalizar el trámite conciliatorio, ya de antemano en el marco de ese trámite y ante la Procuraduría, la entidad había manifestado su voluntad de no reconocer los rubros que pidió el contratista y que hoy son los mismos objeto de demanda, que a la postre no fueron incorporados en el acto liquidatorio.

Se aúna a lo dicho que las causales de nulidad formuladas en su contra, en suma, no persiguen nada distinto a que se reconozcan a su favor los perjuicios solicitados en la instancia conciliatoria y ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, derivados del incumplimiento contractual que se atribuyó desde un comienzo al ente territorial.

Además de lo anterior, admitir un planteamiento diferente equivaldría a desconocer la naturaleza y finalidad del instituto de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, toda vez que su exigencia estribó en la necesidad de llevar previamente los asuntos contenciosos al escenario del

⁵ Es pertinente acotar que esta circunstancia fue considerada por la primera instancia en el auto admisorio de la demanda en los siguientes términos: *"en el presente asunto se precisa que la conciliación extrajudicial fue realizada con anterioridad a la expedición del acto que liquidó unilateralmente el contrato de obra No. 209 de 2014, lo cierto es que la conciliación guarda concordancia con lo solicitado en las pretensiones de la demanda (...) finalmente el despacho considera que si se agotó el requisito de la conciliación extrajudicial"*. Folios 65 a 66 del cuaderno 1. Notificada de esa decisión la entidad demandada no presentó reparo alguno y al contestar la demanda tampoco manifestó inconformidad frente a esa consideración, como tampoco lo hizo en la audiencia inicial.

mecanismo alternativo de resolución de conflictos, para que las partes tuvieran un acercamiento dirigido a zanjar los desacuerdos y llegar a los consensos tendientes a evitar la posterior formulación de la demanda, aproximación que en este caso se surtió por las partes frente a los mismos puntos sobre los cuales hoy recae el debate iniciado tras no lograr un acuerdo conciliatorio.

3. Análisis de la apelación

La apelación de la parte actora, en síntesis, versa sobre cuatro aspectos puntuales que consisten en:

- i) El verdadero alcance de los “ajustes” a los estudios y diseños y su falta de reconocimiento por parte de la entidad.
- ii) La falta de reconocimiento de los sobrecostos por la extensión del plazo durante la fase de ajuste a los estudios y diseños por causas imputables a la entidad demandada.
- iii) La imposibilidad de ejecutar la obra por razones atribuibles al incumplimiento de la entidad pública y la procedencia del pago de la utilidad dejada de percibir.
- iv) La ilegalidad de la terminación unilateral del contrato No. 2009 de 2014.

A su turno, la entidad demandada basó su impugnación en la condena impuesta en su contra por concepto del pago de las garantías.

3.1. Hechos probados

Para resolver los cargos de la apelación, la Sala se referirá a los hechos probados en el expediente que interesan para resolver la impugnación y que se refieren, a:

3.1.1. El alcance del objeto del contrato No. 2009 de 2014 y su contenido obligacional

El 20 de marzo de 2014, previo procedimiento de licitación pública No. SED-LPDCCEE-123-2013, el Distrito Capital - Secretaría de Educación Distrital y el consorcio Proyectar 2014, conformado por las sociedades Redes y Edificaciones S.A., Vindico S.A.S. y Ucop Construcciones S.A. Sucursal Colombia celebraron el contrato de obra No. 2009, cuyo objeto, según la cláusula primera, consistió en realizar⁶ (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*AJUSTES A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS EXISTENTES Y
EJECUCIÓN DE OBRA NUEVA, DEMOLICIÓN TOTAL,
CERRAMIENTO PARA LA ETAPA I DEL COLEGIO DISTRITAL*

⁶ Folios 39 a 75 del cuaderno 1.

*PILOTO FÁTIMA DE LA LOCALIDAD 06 TUNJUELITO DE ACUERDO
CON LOS PLANOS Y ESPECIFICACIONES ENTREGADAS POR LA
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL.*

En la cláusula segunda del texto contractual se definió que el alcance del objeto del contrato comprendía dos etapas:

- **Etapas de ajustes a los estudios y diseños**

En esa fase se previó que el contratista debía realizar los ajustes a los estudios y diseños requeridos, así como la obtención de la licencia de construcción y todos los permisos y aprobaciones requeridos para el correcto funcionamiento de la institución educativa. Esta etapa tenía una duración de dos meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio.

El desarrollo de esas actividades comprendía: i) el estudio geotécnico; ii) ajustes de los diseños arquitectónicos con plantas generales, cortes y detalles de construcción; iii) ajuste del diseño estructural; iv) ajuste al diseño hidrosanitario y de gas; v) ajuste al diseño eléctrico; v) ajuste al diseño de redes contra incendios; vi) ajuste de la programación de obra; vii) ajuste del presupuesto detallado; viii) ajuste de las especificaciones técnicas de construcción.

Con base en el resultado de los ajustes a los estudios y diseños, igualmente se definiría el presupuesto destinado para la ejecución de la obra, pues el previsto hasta entonces era aproximado.

Al respecto, en el numeral 1.4. de la cláusula tercera del contrato, se estipuló expresamente *“La elaboración del presupuesto de obra para el establecimiento educativo requiere el conocimiento detallado de los diseños de los proyectos pues implica contar con dos insumos fundamentales que son las especificaciones técnicas (generales y particulares) y las cantidades de obra. 1”*.

Adicionalmente, se estableció que durante esa etapa *“NO se aceptarán reconocimientos económicos que por mayores cantidades de obra e ítem no previstos que se justifiquen en un cambio sustancial de los estudios y diseños originalmente entregados”*.

El precio correspondiente a esta etapa se pactó en la suma de \$85'199.700, incluido IVA, el cual se pagaría, previa entrega a satisfacción de: i) la programación de obra; ii) la elaboración del presupuesto detallado; ii) la

elaboración de especificaciones técnicas detalladas de construcción; iv) el recibo a satisfacción de la totalidad de los ajustes y diseños por parte de la interventoría y la SED; v) la aprobación de los estudios y diseños por parte de la curaduría urbana - obtención de la licencia de construcción; vi) documentos suscritos por cada uno de los trabajadores en los que indicaran que el contratista había pagado la totalidad de salarios y prestaciones sociales y se encontraba a paz y salvo por todo concepto.

Respecto de la etapa de ajuste a los diseños, el contratista asumió varias obligaciones, entre ellas, tramitar ante las empresas de servicios públicos, la curaduría urbana y ante la autoridad ambiental competente la aprobación de los diseños definitivos para la posterior ejecución del proyecto. Además, debía tramitar y obtener los permisos y licencias de construcción requeridas.

Igualmente se previó, al establecer las obligaciones relacionadas con los diseños y planos que: *“8) En caso de ser necesario cualquier rediseño o modificación en los diseños, planos o cualquier otro documento entregado por la SED que implique la creación de una obra nueva, protegida por los derechos de autor, los derechos patrimoniales sobre la misma se entenderán cedidos a la SED”.*

Etapas de obra

La etapa subsiguiente correspondería a la ejecución de la obra que se desarrollaría con base en el ajuste a los estudios y diseños. Esa segunda fase se habría de adelantar en un plazo de 12 meses que iniciaría al finalizar la primera.

Se convino que, con apoyo en los estudios y diseños técnicos y arquitectónicos, el contratista debía medir, cuantificar y presupuestar todos los elementos para el establecimiento educativo. El valor correspondiente a la etapa de obra se acordó en la suma de \$10.888'879.243, por el sistema de precios unitarios, sin fórmula de reajuste, el cual podría variar en función del resultado obtenido en la fase de ajuste a los diseños.

En el numeral 16 del contrato se convino que el contratista debería entregar el documento de especificaciones técnicas de construcción generales y particulares con base en los estudios y diseños técnicos y arquitectónicos, el cual debía estar aprobado por la interventoría y la Secretaría de Educación del Distrito

Así mismo, se estipuló que, en caso de requerir la ejecución de obras adicionales y necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, el contratista debería ejecutarlas, previa celebración del contrato adicional.

A su turno, la entidad, según la cláusula cuarta del contrato, se comprometió a: realizar los pagos en la forma y monto indicados y a “2. Permitir la adecuada ejecución del objeto contractual”⁷

3.1.2. Lo acontecido durante la ejecución de la etapa de ajustes a los estudios y diseños del contrato No. 2009 de 2014 hasta su liquidación unilateral

El 28 de julio de 2014 las partes suscribieron el acta de inicio de la etapa de ajustes y diseños, que tenía un plazo de dos meses, que vencían el 28 de septiembre de 2014. Durante esa etapa se presentaron las siguientes suspensiones y prórrogas del plazo contractual:

No. de suspensión y fecha	Tiempo de suspensión	Fundamento
No. 1 - 1 de septiembre de 2014	30 días	Estaba pendiente la respuesta del Departamento Administrativo del Espacio Público -DADEP ⁸ - para dar trámite a la solicitud de licencia de construcción ante la Curaduría Urbana.
Prórroga No. 1 a la suspensión 1 - 12 de octubre de 2014	20 días	Pendiente de definirse trámite ante el DADEP.
Prórroga No. 2 a la suspensión 1 - 1 de noviembre de 2014	30 días	Pendiente de definirse trámite ante el DADEP.
Prórroga No. 3 a la suspensión 1 - 1 de diciembre de 2014	45 días	Pendiente de definirse trámite ante el DADEP.
Prórroga No. 4 a la suspensión 1 - 15 de enero de 2015	30 días	Pendiente de definirse trámite ante el DADEP.
Prórroga No. 5 a	60 días	Pendiente de definirse trámite ante el

⁷ Folios 39 a 79 del cuaderno 2.
⁸ En el cuerpo de la sentencia, para referirse al Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público se utilizará la sigla DADEP.

la suspensión 1 - 14 de febrero de 2015		DADEP.
Prórroga No. 6 a la suspensión 1 - 15 de abril de 2015	60 días	Pendiente de definirse trámite ante el DADEP.
Prórroga No. 7 a la suspensión 1 - 14 de junio de 2015	30 días	Pendiente de definirse trámite ante el DADEP.
Acta de reinicio a la suspensión 1		Fecha: 14 de julio de 2015.
Suspensión 2 - 17 de julio de 2015	60 días	Luego de aprobado el Formulario Único Nacional por parte del DADEP y de haber radicado los estudios técnicos y diseños por el contratista ante la Curaduría Urbana No. 5, se estaba en espera de la revisión y aprobación de los requisitos para la obtención de la licencia de construcción.
Acta de inicio anticipado a la suspensión 2- 24 de agosto de 2015	38 días	La Curaduría Urbana No. 5 entrega al contratista el acta de observaciones a los estudios y diseños para su revisión y corrección.
Suspensión 3 - 4 de septiembre de 2015	60 días	El contratista presentó a la Curaduría Urbana No. 5 respuesta al acta de observaciones en el trámite de la obtención de la licencia de construcción.
Prórroga 1 a la suspensión 3 - 3 de noviembre de 2015	45 días	El contratista continúa con los trámites ante la Curaduría Urbana No. 5 respecto del acta de observaciones a los ajustes a los estudios y diseños
Prórroga 2 a la suspensión 3 - 18 de diciembre de 2015	60 días	El contratista continúa con los trámites ante la Curaduría Urbana No. 5 respecto del acta de observaciones a los ajustes a los estudios y diseños.
Prórroga 3 a la suspensión 3 - 16 de febrero de 2016	30 días	El contratista continúa con los trámites ante la Curaduría Urbana No. 5 respecto del acta de observaciones a los ajustes a los estudios y diseños.
Prórroga 4 a la suspensión 3 - 17 de marzo de 2016	30 días	El contratista continúa con los trámites ante la Curaduría Urbana No. 5 respecto del acta de observaciones a los ajustes a los estudios y diseños.
Acta de reinicio anticipado a la suspensión 3 - 4 de abril de 2016	18 días	La Curaduría No. 5 expide la licencia de construcción y la entrega al contratista.

Con el contenido de la correspondencia cruzada entre las partes y las actas de varios comités de reunión está demostrado en el proceso que, una vez superados los obstáculos asociados a la obtención de la licencia de construcción, el contratista presentó el ajuste a los estudios y diseños y, en adelante, las partes iniciaron conversaciones dirigidas a determinar el alcance de la etapa de obra que debía desarrollarse a continuación.

La necesidad de aclararlo y definirlo surgió por el hecho de que, como consecuencia de los ajustes a los estudios y diseños elaborados por el contratista, el presupuesto de obra inicialmente previsto sufrió un incremento superior al 50% del valor original, circunstancia que hacía inviable suscribir un contrato adicional que contuviera la adición en precio por contravenir las disposiciones del Estatuto de Contratación Estatal.

En esa medida resultaba necesario indicar cuáles obras se habrían de ejecutar de manera prioritaria con cargo al presupuesto de obra originalmente acordado.

Ante el panorama expuesto, la entidad consideró que no resultaba viable desde el punto de vista jurídico y económico iniciar la ejecución de la etapa de obra, por lo que instó al contratista para llegar a un consenso sobre la terminación anticipada del contrato, frente a lo cual el consorcio no prestó su consentimiento, dado que la SED no accedió al reconocimiento de reclamaciones presentadas por aquel para acceder a terminarlo de mutuo acuerdo.

El 5 de mayo de 2017, la SED remitió al contratista el acta de liquidación bilateral y le advirtió que esperaba que la suscribiera a más tardar el 8 de mayo de 2017⁹. Frente a lo anterior, el contratista, en oficio del 5 de mayo, se pronunció en el sentido de que se trataba de un acta y no de una propuesta que pudiera revisarse y ajustarse. El contratista se abstuvo de suscribirla¹⁰.

El 21 de julio de 2017, el Distrito Capital - Secretaría de Educación expidió la Resolución No. 0435, mediante la cual liquidó unilateralmente el contrato No. 2009 de 2014, en cuyo contenido registró el siguiente balance financiero¹¹:

Descripción	Valor
-------------	-------

⁹ Folios 409 del cuaderno 1.
¹⁰ Folios 415 a 416 del cuaderno 1.
¹¹ Folios 445 a 451 del cuaderno 1.

Valor total contratado (valor inicial pactado + adiciones suscritas)	\$10.894'078.943
Valor total ajustado al peso, según Resolución 222 de 2007 o la que la modifique o sustituya (es el que debió pagarse al contratista por la ejecución realmente efectuada):	\$85'199.699
Valor total pagado ajustado al peso, según Resolución 222 de 2007 o la que la modifique o sustituya (es el que realmente se ha cancelado al contratista)	\$85'199.699
Saldos a liberar - SED	\$10.808'879.244
Saldo a favor del contratista (pagos previstos contra acta de liquidación, pasivos exigibles, entre otros:	\$0,00
Nota: Los recursos liberados a favor de la SED corresponden al valor de la etapa de obra no ejecutada, por las razones expuestas en la parte considerativa.	

Planteado como está el panorama de lo acontecido durante el plazo contractual del acuerdo No. 2009, pasa la Sala a resolver los cargos de la apelación:

3.2. El verdadero alcance de los “ajustes” a los estudios y diseños y su falta de reconocimiento por parte de la entidad

Se recuerda que el tribunal de primera instancia consideró que no estaba demostrado que la entidad hubiera ordenado la elaboración de rediseños diferentes a los establecidos en el objeto contractual, pues el interventor no tenía competencia para modificarlo y tampoco el acta de comité de conciliación de la entidad tenía eficacia probatoria para arribar a esa conclusión. Agregó que los planos aportados al proceso no permitían establecer las diferencias entre el alcance del objeto del contrato y las prestaciones ejecutadas por el contratista en la fase de reajuste de diseño.

En discrepancia con lo anterior, el recurrente alegó que existían suficientes pruebas en el proceso que daban cuenta de que los rediseños fueron solicitados y reconocidos tanto por la interventoría como por la entidad demandada, tal como constaba en los oficios del 5 de octubre de 2016 y 10 de noviembre de 2016, en cuyo contenido se evidenciaba la necesidad de su realización, su elaboración y alcance, así como el hecho de que la entidad ordenó los cambios a los diseños.

Añadió que la prueba de su elaboración también constaba en el acta del comité de conciliación de la entidad y en los oficios que hacían alusión a la propuesta

conciliatoria de la entidad, documentos que en conjunto en momento alguno fueron objetados ni desconocidos por la accionada

Adujo, además, que en el caso se presentaba un enriquecimiento sin causa en detrimento de los intereses del contratista, por cuanto se había “*ejecutado en mayor cantidad a lo acordado*”, las partes y la interventoría así lo convinieron y lo realizado guardó relación de necesidad con el objeto principal y su alcance, pues los nuevos diseños eran necesarios para el cumplimiento a satisfacción de lo contratado, sin que su realización supusiera “*un nuevo objeto no pactado*”.

Previo a resolver el cargo de la apelación alusivo a la falta de pago de los ajustes a los estudios y diseños, la Sala estima necesario delimitar su alcance en congruencia con lo solicitado en la demanda.

Se recuerda que en la demanda reiteradamente se sostuvo que, la etapa de ajustes a diseños, en realidad, no comportó un verdadero ajuste a los diseños existentes sino la elaboración de otros completamente nuevos sobre áreas distintas a intervenir y obras diferentes a las contempladas en un comienzo.

En ese orden, la Sala encuentra que no resulta admisible el argumento de la apelación de conformidad con el cual, en relación con los estudios y diseños se ejecutó “*en mayor cantidad a lo acordado*”, sin que su realización supusiera “*un nuevo objeto no pactado*”, porque, en primer lugar, tal afirmación entra en abierta contradicción con lo aseverado en el escrito introductorio, lo que de suyo conduciría además a alterar la causa petendi.

Tampoco se alegó en la demanda que lo ocurrido en este evento frente a la elaboración de los nuevos diseños no reconocidos obedeciera a un evento de enriquecimiento sin causa que no hubiera estado amparado en una relación contractual, cuestión que, al corresponder a un argumento no formulado de inicio, escapa de ser dilucidado en esta providencia.

Así pues, lo que está llamado a resolverse por cuenta de este cargo de la impugnación, en congruencia con lo alegado en la demanda, es si la entidad ordenó la realización de nuevos diseños distintos a los acordados, constitutivos de un objeto adicional al pactado inicialmente y si estos fueron ejecutados y recibidos a satisfacción por la entidad contratante.

Para abordar el examen de este punto de la apelación, concierne señalar que esta Corporación en oportunidades anteriores ha sentado su postura acerca de la imposibilidad de valorar las actas de conciliación o las actas del comité de defensa y conciliación de las entidades públicas como una prueba documental con la virtualidad de acreditar, por cuenta de su contenido, la efectiva ocurrencia de los supuestos de hecho en que se fundamentan las pretensiones.

Es así como en varios pronunciamientos se ha referido a la inviabilidad jurídica de considerar demostrado, a partir de la manifestación del consentimiento para conciliar que una entidad pública deposita en un acta de comité de conciliación, los hechos relacionados con el referido convenio que posteriormente se le imputen en un proceso judicial, consideraciones que por las mismas razones que allí se han expuesto deben aplicarse en este caso concreto¹².

Con fundamento en la línea jurisprudencial que impera sobre la materia, la Sala estima que no le asiste la razón a la parte actora, en cuanto resulta improcedente otorgar mérito probatorio al contenido y a las manifestaciones de voluntad de la entidad pública, recogidas en las actas e informes del comité de defensa judicial y conciliaciones que les sirvieron de sustento, y a las certificaciones emitidas en desarrollo de ese trámite, pues, en virtud de lo allí plasmado, no se pueden considerar demostrados los supuestos de hecho en los cuales se sustenta el *petitum*.

En ese orden, para examinar la prosperidad del argumento de la apelación deberá acudirse de manera exclusiva a las pruebas que reposan en el proceso y que fueron válidamente aportadas.

La Sala parte por indicar que, de conformidad con el texto contractual, las obligaciones que debían realizarse en desarrollo de la etapa de ajustes a los estudios y diseños consistía en la elaboración del estudio geotécnico, ajustes de los diseños arquitectónicos con plantas generales, cortes y detalles de construcción; ajuste del diseño estructural; ajuste al diseño hidrosanitario y de gas, ajuste al diseño eléctrico; ajuste al diseño de redes contraincendios, ajuste de la programación de obra, ajuste del presupuesto detallado, ajuste de las

¹² Ver sentencia proferida por la Subsección A, de la Sección Tercera, 30 de octubre de 2013, expediente 32556, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Posición reiterada por la Subsección en sentencia del 15 de abril de 2015, proferido dentro del expediente número 33.173, C.P. (E) Hernán Andrade Rincón.

especificaciones técnicas de construcción, todo lo cual debía surtirle frente a los estudios y diseños preexistentes elaborados por la antigua consultoría y frente a las áreas contempladas originariamente.

En ese orden, surge con claridad que lo convenido atendió a una labor de revisión de los estudios y diseños primigenios para su posterior readecuación sin exceder las obras y el espacio del área convenida. Para su elaboración, las partes acordaron un precio global de \$85'199.700.

Sin embargo, la dinámica contractual reveló que, incluso, con antelación a la suscripción del acta de inicio -28 de julio de 2014-, la entidad advirtió la necesidad de efectuar cambios sustanciales a los diseños por ella entregados, en atención a que en la consultoría previamente realizada no se tuvo en consideración la naturaleza técnica de la institución que se habría de edificar, lo que a su turno demandaba la destinación de unos espacios diferentes para construir en su interior talleres de práctica.

Tal aserto se desprende del oficio del 9 de abril de 2014, mediante el cual la supervisora del contrato No. 2009 designada por la SED y el coordinador zona norte de esa misma entidad manifestaron al coordinador del área de planeación y diseño de la Secretaría de Educación que en la primera etapa del proyecto no se contemplaba la construcción de los talleres de ebanistería, metalistería y electricidad que eran de prioridad para la formación de los niños, situación que generaba preocupación por no estar incluidos en los diseños iniciales entregados al contratista, por lo que requerían de su orientación para dar una solución a la necesidad de incluir esos espacios en el proyecto, los cuales eran fundamentales, dada la vocación técnica que tenía la institución¹³.

En respuesta, mediante oficio del 11 de abril de 2014 el coordinador del área de planeación y diseño de la SED indicó que: *“El área de Planeación está dispuesta a apoyar en todo lo que esté a su alcance a la supervisión en la etapa de ajustes y diseño con el fin de llevar a buen término el proyecto y permitir el normal desarrollo de la vocación técnica que tiene el colegio Fátima”*¹⁴.

Se encuentra entonces que de la propia entidad surgió el interrogante sobre la necesidad de ampliar el objeto de los diseños previamente elaborados para que

¹³ Folio 23 de la carpeta 1 Cd de antecedentes administrativos allegados por la SED folio 121 C3.

¹⁴ Folio 25 de la carpeta 1 Cd de antecedentes administrativos allegados por la SED folio 121 C3.

en su “*ajuste*” se incluyeran nuevas áreas a intervenir y nuevas edificaciones a construir, sin que ello, valga aclarar, variara el objeto principal del contrato que seguía recayendo en la construcción de la institución de educativa. Lo que se alteró por cuenta de esos diseños, como se verá más adelante, fue el alcance y dimensión de las obras a ejecutar.

Ante ese escenario, en lo sucesivo, la entidad, la interventoría y el contratista iniciaron una serie de conversaciones y reuniones dirigidas a establecer si la inclusión de las nuevas áreas y edificaciones en los diseños para atender las necesidades vocacionales de la entidad debía entenderse contenida en los términos acordados para la primera fase del objeto contratado o si, por el contrario, debían considerarse como actividades adicionales que ameritaban un aumento en el precio global convenido para la fase de estudios y diseños.

Muestra de ello consta en el oficio del 17 de junio de 2014, a través del cual el consorcio Proyectar 2014 informó a la interventoría que en reuniones preliminares sostenidas con la SED, la entidad había solicitado una serie de cambios en los diseños del colegio piloto - Fátima que, en realidad, no obedecían propiamente a ajustes de aquellos sino a verdaderos rediseños generales correspondientes a los diseños arquitectónicos, estructurales, hidrosanitario, eléctrico y de gas, cuyo valor ascendía a \$296'972.256, que equivalía al porcentaje real de intervención.

Al mes siguiente, en oficio del 4 de julio de 2014, el contratista solicitó a la interventoría información acerca de si la entidad había avalado la anterior propuesta, por cuanto hasta este momento no se tenía respuesta¹⁵.

El primero de agosto de 2014 el consorcio remitió a la interventoría un informe sobre las áreas adicionales que debían intervenir, indicando que equivalían a 9.398,08 M2, las cuales se extendían a raíz de la necesidad de construir áreas de biblioteca, laboratorios y talleres. Se adjuntó la respectiva propuesta económica por valor de \$270'118.625,70 para la evaluación y aprobación¹⁶.

En reunión del 11 de agosto de 2014, realizada en la dirección de construcciones de la SED, en la que participaron el director de construcciones de la contratante, la asesora jurídica, el coordinador de planeación, la supervisora del contrato, el coordinador de zona oriente, el coordinador de estudios previos y el funcionario

¹⁵ Folio 289 del cuaderno 1.

¹⁶ Folios 290 a 295 del cuaderno 1.

gestor, se discutieron los temas relacionados con los diseños, en los términos que se transcriben a continuación (de forma literal, incluso con posibles errores):

Por parte de la ingeniera Adriana Velandia¹⁷ expone los antecedentes del proyecto del colegio técnico industrial piloto de la localidad de Tunjuelito.

Presente que dentro del proyecto no cuenta con los espacios para talleres por cuanto estos se encuentran en una segunda etapa ubicada en el predio de al frente del colegio el cual no está dentro del alcance del contrato 2009-2014, por lo tanto y en compañía con el área de planeación se ha determinado incluir dentro de los ajustes de los diseños incluir estos espacios dentro de esta etapa talleres, por lo cual se requiere realizar unos diseños adicionales a los ajustes de la actualización a norma del proyecto. Estos diseños adicionales que son los talleres necesarios y que se encuentran dentro de la zona a intervenir se requeriría de 2000 mts² de diseños adicionales.

Actualmente ya se tiene una propuesta de diseño y ubicación de los espacios para los talleres, sin embargo el contratista de obra e interventoría han consultado a la SED como se reconocería el pago por el diseño de áreas adicionales.

Se observa que se ajustaría en diseños aproximadamente 6000 m² determinando el valor por metro cuadrado de ajuste a diseños y con base en esto determinar y cuantificar cuantos metros cuadrados estarían como diseños nuevos.

Para determinar la viabilidad jurídica se debe estudiar el contrato desde su objeto y alcance.

El área de estudios previos menciona que el valor contractual de ajuste por m² no puede variar y que la inclusión de los talleres estaría contemplados dentro de los ajustes. Sacando la diferencia de áreas habría una mayor cantidad de ajustes a diseños de 380 m² para lo cual se tendría que estudiar la posibilidad de adicionar el contrato en su parte de diseños en valor y tiempo. La supervisión del contrato solicita el apoyo del área de estudios previos en el comité del contrato para explicar el alcance del ajuste de los diseños del contrato 2009-2014 para el proyecto colegio técnico industrial piloto.

Conclusiones.

1.- Las modificaciones al diseño que se analizaron se encuentran cubiertas dentro de las áreas a ajustar en el alcance del contrato como ajuste a los diseños.

2.- La interventoría verificará la ejecución en diseños de las mayores y menores cantidades de diseño que resultaran de los ajustes requeridos y el reconocimiento económico de estas cantidades se hará proporcionalmente al valor por metro cuadrado contractualmente pactado para estos ajustes.

¹⁷ Supervisora del contrato No. 2009.

3.- La interventoría evaluará igualmente la incidencia económica en la etapa de obra que resultara de sus diseños finales y sus ajustes¹⁸.

En reunión del 13 de agosto de 2014, llevada a cabo entre la SED, la interventoría y el contratista se discutieron los siguientes temas (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

Intervención de la ingeniera Adriana Velandia para informar la definición de las áreas y la forma de pago de los diseños.

Se define que el diseño como lo dice el contrato es un precio global.

El representante legal del contratista no está de acuerdo en lo que es rediseño y diseño nuevo.

Se destaca que en las obligaciones del contrato se contemplan los rediseños o ajustes al diseño.

En las obligaciones contractuales se habla de actualización a las normas.

(...)

La interventoría destaca que se debe cumplir con el alcance contractual que ya fue firmado por el contratista. No se llega a ningún acuerdo con la forma de pago con el contratista, la supervisión y la interventoría¹⁹.

De lo ocurrido en estas reuniones resulta claro que la intención inicial de la entidad fue plantear la posibilidad de reconocer el valor de los cambios derivados de su iniciativa y que habrían de repercutir en la elaboración de los ajustes a los estudios y diseños, como si se tratara de actividades no previstas cuyo valor se liquidaría atendiendo a una modalidad de precios unitarios calculada en función del aumento de los metros cuadrados del área a intervenir.

Sin embargo, conscientes de que, con apego al texto del contrato No. 2009 de 2014, el contratista no podrá hacer ajustes o diseños nuevos que se alejen de las condiciones mínimas de las contenidas en los documentos que se le entregan y de que la modalidad de pago pactada para esa fase correspondió a la del precio global, el anterior planteamiento fue desestimado por la entidad en la reunión llevada a cabo el 21 de agosto de 2014, con intervención del contratista²⁰, en la

¹⁸ Folios 77 a 82 de la carpeta 3 Cd de antecedentes administrativos allegados por la SED folio 121 C3.

¹⁹ Folios 91 a 94 de la carpeta 3 del Cd de antecedentes administrativos allegados por la SED folio 121 C3.

²⁰ La persona que asistió a esa reunión en representación del contratista fue el representante del consorcio Proyectar 2014, Fabio Arturo Gómez, que fue el mismo que suscribió el contrato No. 2009.

que se plasmó lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

Consta de 6 bloques y en el bloque es donde se deben ubicar los talleres, requerimientos para los talleres, ventilación y doble altura. Se ubican las aulas del bloque A en una de las dos bibliotecas en el primer piso y la construcción de un segundo piso. Área inicial contractual 8.939,m2, área final del requerimiento 9.339,08 m2. Hay una diferencia de 367,08 m2.

Intervención del RL ingeniero Fabio Gómez y de la doctora Vilma Alvira explicando los alcances y pretensiones del contratista.

SED. El alcance del contrato contempla los ajustes de los diseños al igual que las especificaciones técnicas como producto final de memorias, planos, especificaciones y presupuesto ajustado a los ajustes a los diseños actualizados con la NSR-2010 con sus respectivas licencias aprobadas.

La doctora Claudia Nieto hace la intervención donde especifica que las mayores cantidades de obra que aparecen en los diseños se podrán pagar sin ningún problema ya que la obra es por precio unitario con mayor o menor cantidad de obra.

Es un ajuste a los diseños y su pago es global, sin que pueda adicionar a lo contratado por ajustes y diseños.

El contratista solicita definir que es ajuste a los diseños y que es rediseños.

La interventoría interviene destacado que la parte técnica contempla nuevos diseños y áreas necesarias para el uso de la institución y que el contrato contempla que el contratista debe diseñar, rediseñar nuevos espacios de acuerdo a las necesidades y que el alcance del contrato está contemplado el pago de los estudios y diseños.

El ingeniero José Soto aclara que el pago de los estudios y diseños es global y no tiene reajuste y el contrato de obra va a traer unas mayores cantidades y serán reconocidas de acuerdo a los apu contractuales debido a actualización de la norma.

El RL contratista expresa que continua con el contrato pero que se debe pensar en una prórroga.

El contrato continúa con los diseños propuestos y con los cambios propuestos por la SED.

El contratista tramitará una prórroga por ser insuficiente el tiempo por los cambios requeridos²¹.

Del contenido de esta acta de reunión en cuestión se desprende con nitidez, que:

- La entidad estimó que las nuevas áreas y edificaciones sobre los cuales recaerían los estudios y diseños requeridos se encontraban comprendidas

²¹ Folios 95 a 103 de la carpeta 3 Cd de antecedentes administrativos allegados por la SED folio 121 C3.

dentro del alcance inicial del objeto contratado; por tanto, al haberse convenido un precio global para su realización no resultaba viable suscribir un contrato adicional para aumentar su valor y, en ese orden, su precio se mantendría incólume en los términos originalmente convenidos.

- El contratista aceptó las anteriores condiciones y decidió continuar con la ejecución del contrato, previniendo únicamente que se tramitaría una prórroga.

Al tenor de lo expuesto, se evidencia que, aun cuando lo que en un inicio se planteó como readecuación y ajustes a unos estudios y diseños preexistentes, lo ocurrido en el devenir de la ejecución contractual develó que, ciertamente, por requerimiento de la entidad fue necesario ampliar su elaboración a áreas y edificaciones no contempladas en el acuerdo, circunstancia que, si bien resulta censurable desde el punto de vista del deber de planeación, en tanto desdibujó lo convenido originalmente al no haber consultado las verdaderas necesidades que llevaron a la celebración del contrato, no por ello puede perderse de vista que, tras varios acercamientos para llegar a un consenso, las partes finalmente concertaron que no habría un reconocimiento económico adicional por su realización y así fue expresamente aceptado por el consorcio.

Con base en el razonamiento expuesto resultaría contrario al principio de la buena fe contractual que, luego de arribar a ese arreglo, el consorcio hubiera reclamado el pago de los estudios y diseños por un valor que casi doblaba el que él mismo aceptó como precio global tras suscribir el acta de reunión del 21 de agosto de 2014 a la que se hizo alusión.

Esta conclusión no se altera por el hecho de que, según el recurso de apelación de la demandante, con los oficios del 5 de octubre de 2016 y 10 de noviembre del mismo año se acreditaba que la interventoría y la entidad recibieron los nuevos estudios y diseños ejecutados como consecuencia del pacto logrado por las partes, según pasa a explicarse.

En efecto, mediante oficio del 5 de octubre de 2016, la interventoría presentó informe a la entidad en los siguientes términos: (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

Por este concepto el contratista señala que fueron elaborados diseños nuevos que no estaban contemplados por valor de \$246'711.294, correspondientes a 3.082,356 mts2 de rediseño.

En efecto, el ajuste al diseño arquitectónico en la socialización del mismo que se hizo ante la comunidad estudiantil, padres de familia, con presencia de la SED, se sugirieron cambios a este, debido al enfoque técnico del mismo, originando una serie de ajustes que no estaban previstos inicialmente, ni en los pliegos, ni en el contrato, ni en los estudios y diseños entregados por la Entidad; pasando el proyecto inicial de un área de construcción planteada de 8.972,76 m2 de la primera licencia de construcción a una nueva licencia de 9.970,10 m2, lo cual presentó un incremento de área de 997,34 m2 equivalente a un 11% con respecto al área inicial. Los cambios en cuestión se resumen en los siguientes:

a.- Inicialmente, la zona de biblioteca eran dos volúmenes (edificios) independientes de un solo piso cada uno. En el nuevo diseño solicitado, se modificó a la unión de los volúmenes en uno solo ampliando su área y poniendo un segundo piso nuevo, para laboratorios lo cual implicó un nuevo diseño estructural y de cimentación.

b.-se aumentó de una a tres las canchas múltiples.

c.- se diseñaron talleres de ebanistería, electricidad, etc, los cuales modifican notablemente las alturas y condiciones estructurales eléctricas e hidráulicas, modificaciones y aumentos en requerimientos de refuerzo, concretos, rampas de acceso y cimentación, cambiando totalmente el concepto, por el uso. En el primer diseño entregado por la SED estaban previstos salones distribuidos en tres pisos de 2 mts de altura y se pasó a dos pisos de tres metros de altura, pero con condiciones estructurales diferentes.

d. tuvo que diseñarse una rampa diferente.

(...)

RESUMEN

1.- Área inicial según licencia de construcción entregadas por la SED = 8972 M2

2.- Área según licencia de construcción entregada recientemente por la Curaduría 9970,10 M2.

3.- Diferencias de áreas entre la 1era y la 2da licencia de construcción= 998,1 M2.

4.- Área por cambio de uso y afectadas por cambios de volúmenes y alturas = 3082,35 M2.

En las actas de obra No. 01 a 03 se discuten dichos cambios como ajustes generales, porque el pliego de condiciones de la Licitación Pública No. SED-LP-DCCEE-123-2013 que el contratista no podrá hacer ajustes o diseños nuevos que se alejen de las condiciones mínimas de las contenidas en los documentos que se le entregan.

Lo anterior implica que tuvieron que realizarse cambios en los volúmenes (edificios iniciales), pasando el proyecto inicial de un área de construcción planteada de 8.972,76 m² de la primera licencia de construcción, a una nueva licencia de 9.970,10 m², con un incremento neto de área de 997,34 m², pero que en términos técnicos conllevó a que aparte de estos últimos, se realizaran ajustes nuevos a los edificios existentes por 2.085,01 mts², para un total de 3.082,35 mts²²².

En cuanto a los diseños nuevos, el interventor, a través de oficio del 10 de noviembre de 2016, manifestó al contratista que desde el punto de vista financiero no se encontraban los soportes de pago de esos estudios que justificaran la cuenta de cobro presentada por ese concepto²³.

De acuerdo con lo allí lo anotado, distinto a lo considerado por el *a quo*, para la Sala no existe discusión frente al hecho de que el contratista acató los requerimientos de la entidad en relación con la inclusión de áreas y obras nuevas en la elaboración de los estudios y diseños encomendados y que, al ser ejecutados y entregados, fueron recibidos a satisfacción por la interventoría y también por la entidad, según se desprende del acta respectiva.

Sin embargo, del texto de los mencionados oficios también se reafirma lo aseverado en párrafos anteriores, en el sentido de que los estudios y diseños que surgieron como resultado de lo solicitado por la entidad, se trataron financieramente como ajustes generales incluidos en el precio global pactado, que no tenían la virtualidad de modificar las condiciones económicas estipuladas, de tal suerte que en ningún momento se varió el precio inicial.

Por lo expuesto, la Sala no encuentra de recibo el primer cargo de la apelación, orientado al reconocimiento económico pretendido por cuenta de la elaboración de los nuevos estudios y diseños presentados durante la primera fase del contrato No. 2009 de 2014, en valor superior al que fue pactado en el contrato 2009 y reconocido y pagado al contratista en cuantía de \$85'199.699, según consta en el acto de liquidación unilateral.

3.3. La falta de reconocimiento de los sobre costos por la extensión del plazo durante la fase de ajuste a los estudios y diseños por causas imputables a la entidad demandada

El Tribunal de primera instancia negó las pretensiones de la demanda orientadas

²² Folios 385 a 391 del cuaderno 1.

²³ Folios 392 a 394 del cuaderno 1.

al reconocimiento y pago de los sobre costos administrativos consistentes en el pago de salarios al personal destinado a la ejecución del proyecto, causados por la prolongación del plazo contractual, por considerar que no se hallaba demostrada su causación, ya que, al no haberse ejecutado la etapa de obra, mal podría pretender el pago de gastos supuestamente asumidos durante esa fase.

Inconforme con lo anterior, la parte actora en su apelación precisó que en este caso no se estaban pretendiendo los gastos administrativos correspondientes a la etapa de la obra, sino el reconocimiento de los sobre costos administrativos erogados en la etapa de diseños, la cual fue objeto de varias suspensiones y prórrogas por razones imputables a la administración y, por tal motivo, incrementó los costos asumidos por el contratista en su propuesta por la mayor permanencia del personal.

A lo anterior agregó que su causación estaba acreditada con la certificación expedida por el contador público.

Sobre el particular, conviene indicar de entrada que, como lo sostiene el recurrente, el *a quo* incurrió en una imprecisión al negar los supuestos sobre costos administrativos que se habrían generado en la etapa de obra, la cual no se ejecutó, dado que, como se desprende de lo pretendido en la demanda y de los fundamentos fácticos que le sirven de sustento, lo reclamado se identificaba con lo acontecido durante la etapa de ajuste a los estudios y diseños durante la cual se produjeron múltiples prórrogas por causas que, de acuerdo con el demandante, fueron imputables a la entidad demandada.

Despejado el panorama argumentativo, procede la Sala a analizar si la prolongación del plazo se produjo por causas imputables a la entidad demandada y, si ello ocasionó los perjuicios que dice haber padecido el contratista.

De conformidad con los hechos relatados en acápite precedente y como se profundizará enseguida, está acreditado que, tras haberse suscrito el acta de inicio -28 de julio de 2014- que dio comienzo a la etapa de estudios y diseños que habría de tener un plazo inicial de dos meses, al mes siguiente de su ejecución -1 de septiembre de 2014- el contrato fue objeto de varias suspensiones y prórrogas que, en su mayoría y al menos hasta el 14 de julio de 2015, se debieron a dificultades en los trámites previos ante el DADEP, requeridos para esclarecer el área total del predio que sería intervenido en el proyecto y que resultaba

fundamental adelantar de manera previa a la obtención de la licencia de construcción ante la Curaduría Urbana No. 5 de Bogotá.

En adelante, una vez resuelto lo atinente al esclarecimiento del área a intervenir por parte del DADEP, a partir del 17 de julio de 2015 y hasta el 4 de abril de 2016, el negocio continuó siendo sometido a varias suspensiones, pero esta vez por cuenta del trámite que debió surtirse ante la curaduría urbana para la aprobación de los estudios previos y diseños elaborados por el contratista, en el marco del procedimiento iniciado para la obtención de la licencia de construcción.

Fue hasta el 4 de abril de 2016, una vez obtenida la licencia de construcción, que se reinició la etapa de estudios y diseños, la cual finalizó el 5 de abril de 2016 y al día siguiente empezó el plazo de un año para la fase de obra, término que transcurrió sin que se llevaran a cabo las obras contratadas y que finalizó el 5 de abril de 2017.

De este breve recuento surge con nitidez que el plazo de dos meses previsto para la etapa de estudios y diseños cuya culminación se concretaría originalmente el 28 de septiembre de 2014, se prolongó por espacio de un año, seis meses y nueve días hasta finalizar el 5 de abril de 2016.

Es respecto de ese período de prolongación que la parte actora basa su reclamación de sobre costos administrativos.

Como se anotó en precedencia, las causas que produjeron esa ampliación de plazo se atribuyeron principalmente a los trámites que debieron surtirse de manera previa a la obtención de la licencia de construcción y que, según la parte actora, se dilataron por las deficiencias que presentaban los documentos entregados por la entidad para su consecución y que se asociaron a las inconsistencias que existían frente al área a intervenir que arrojaba la escritura de compraventa del predio y aquella que reportaba el levantamiento topográfico y la licencia de construcción previamente expedida en 2012.

En su defensa, la entidad demandada sostuvo reiteradamente que la obligación contractual de obtener la licencia de construcción recaía en el contratista, por lo que le correspondía al consorcio Proyectar 2014 adoptar las medidas dirigidas a mitigar el impacto que podría derivarse por la ampliación del plazo a causa de ese trámite.

Al respecto, observa la Sala que en el contrato No. 2009 se introdujo la siguiente obligación a cargo del contratista (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

18) Licencias de construcción y permisos. El contratista deberá realizar los diseños acordes con los permisos y consulta previa emitida por las entidades competentes tales como planeación distrital, empresa de acueducto y alcantarillado distrital, empresa de energía, curaduría urbana, y demás entidades que intervengan en la reglamentación, control y a aprobación de estos proyectos. Entre los trámites que deberá realizar adicionalmente se incluyen la licencia de construcción (...).

19) Trámites de licencia de construcción. El contratista se obliga a realizar todos los trámites para la obtención de las respectivas licencias de construcción y las demás que se requieran en los predios donde se va a implantar el establecimiento educativo ante la curaduría o la oficina de planeación si es el caso y será responsable de la aprobación de sus diseños ante la respectiva curaduría y por ende deberá realizar los ajustes necesarios para obtener dicha aprobación para la obtención de la licencia la cual será prerequisite para el último pago y la correspondiente liquidación del contrato de consultoría. El contratista adelantará bajo su total responsabilidad y dentro del plazo establecido en su cronograma de trabajo los trámites para obtener la licencia de construcción ante las entidades. El contratista deberá estar atento de la expedición de dicha licencia para continuar con los trámites de obtención de la licencia de construcción.

Como se aprecia del contenido de la cláusula en comentario, al contratista le asistía la obligación de tramitar la licencia de construcción para la ejecución del proyecto.

Sin embargo, lo ocurrido en la práctica rebasó en gran medida las cargas atribuidas al contratista en relación con la responsabilidad que debía asumir por las dilaciones que pudieran derivarse del trámite de la obtención de esa licencia.

En ese sentido es de capital importancia poner de relieve que aun cuando el contratista contrajo la obligación de adelantar los trámites ante la curaduría urbana para la obtención de la licencia, ciertamente se acreditó en este litigio que ese procedimiento no fue posible iniciarse tan pronto se radicaron los documentos por parte del contratista, debido a que surgió la necesidad de adelantar varias gestiones de manera previa que eran fundamentales para continuar con la solicitud de la licencia, las cuales resultaron del resorte de la entidad contratante por recaer sobre documentos respecto de los cuales ella era responsable como

gestora del proyecto y cuyas deficiencias en manera alguna podían ser trasladadas al consorcio so pretexto de corresponderle la obtención de la licencia.

En efecto, las inconsistencias de los documentos que se hallaban bajo su custodia condujeron al inicio de un procedimiento previo de saneamiento de cabida y linderos del predio ante la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital para la incorporación de las áreas adicionales, así como la aclaración de escritura pública de compraventa del predio²⁴.

²⁴ Así se observa en los siguientes elementos probatorios que reposan en la carpeta 1 Cd de antecedentes administrativos allegados por la SED folio 121 C3.

En comunicación del 14 de octubre de 2014, el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público DADEP le indicó a la SED que, una vez revisada la documentación aportada en el trámite de la obtención de la licencia, se encontraron inconsistencias en las áreas del predio que impedían otorgar el aval respectivo en calidad de dueño del terreno.

En respuesta del 16 de octubre de 2014, la SED informó al DADEP que el área reportada en el formulario era la aprobada en la licencia de construcción No. 10-3-0869 expedida el 26 de octubre de 2010, la cual correspondía a 9060.33 m² que fue la aprobada por la Curaduría y soportada en los planos y diseños respectivos, razón por la cual no se reportó el área de 8.000 m² que aparecía en la escritura pública 2198 otorgada en la Notaría 55 del Círculo Notarial de Bogotá, ni el área de 8050m² que registraba el acta de entrega.

Mediante oficio del 25 de noviembre de 2014, la supervisora del contrato informó a la directora del área de gestión de suelo de la SED que el DADEP el 11 de noviembre de 2014 había dado su aval para tramitar la licencia de construcción, pero reconociendo únicamente 8.000 m². Por lo anterior, solicitaba su aprobación para aclarar el área requerida, ya que en la licencia aprobada el 12 de noviembre de 2010 se reconocía un área de 8.972.26 m² mientras que en el levantamiento topográfico desarrollado en ese entonces por el consorcio arquitectura y educación urbana se registraba un área de 9.099 m².

Informó igualmente que, según el levantamiento topográfico realizado por el consorcio Proyectar 2014, para los ajustes a los diseños y estudios existentes en el que se verificó el área a intervenir y se amarró a las coordenadas reales de sistema de referencia aprobado por el IGAC arrojó un área de 9.100 m².

En oficio del 26 de noviembre de 2014, el director de construcciones y establecimientos educativos de la SED remitió al DADEP el plano del levantamiento topográfico para que certificara que el área para la respectiva licencia de construcción era de 9.100, 88 m² y no 8.000 m² y, de ser necesario, se iniciara el trámite de cabidas y linderos.

En el informe del avance de obra de 14 de diciembre de 2014 se consignó que las áreas de la escritura no concordaban con la licencia de construcción aprobada en 2010 y debía solicitarse ante el área de gestión de suelo de la SED los trámites para la aclaración de la escritura pública a fin de reiniciar el contrato.

El DADEP advirtió que el trámite para actualizar, modificar, la cabida y linderos del predio era competencia de la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital y una vez realizado ese estudio por la UAECD, procedería a incorporar el área y a dar el aval correspondiente.

En oficio del 21 de enero de 2015, el director de construcciones y conservación de establecimientos educativos de la SED señaló a la supervisora del contrato que los ajustes sobre el área viabilizada de 8.000 m² concordaba con la reportada por el grupo de gestión de suelo y aprobada por la DADEP y no con la del área de la licencia, por lo que han debido coordinar todas esas áreas para evitar las dificultades presentadas. Explicó que el trámite de saneamiento de cabida y linderos que debía alentarse demoraba más de seis meses.

En marzo de 2015 la Unidad Administrativa devolvió a la DADEP los documentos sin ningún trámite por la falta de consistencia entre los linderos que reportaban en el título y los registrados en el levantamiento topográfico, por lo que no era viable expedir el certificado de plano predial catastral porque con ello se estarían variando los linderos de la escritura, debía ajustarse el levantamiento topográfico, para lo cual se acudió al topógrafo de la SED.

En abril de 2015, el director de construcciones y conservación de la SED allegó ante la DADEP los ajustes solicitados para continuar con la expedición del certificado del plano predial catastral del inmueble.

El 23 de junio de 2015 la supervisora del contrato informó al coordinador del área de gestión de suelo que la UAECD actualizó el área del lote en 9842,3 m² de los 8.000 m² reportados en la

La prolongación del plazo producida entre septiembre de 2014 y julio de 2015, no obstante asociarse al trámite de la obtención de la licencia de construcción a cargo del contratista, obedeció a circunstancias atribuibles a la entidad estatal contratante, toda vez que fue por razón de las inconsistencias en los documentos por ella entregados que aquel procedimiento no pudo iniciarse ni avanzar de manera fluida.

En adelante, las suspensiones y prórrogas ocurridas entre el 17 de julio de 2015 y el 4 de abril de 2016 sí invadieron la órbita de responsabilidad del contratista en tanto fueron producto de los distintos requerimientos elevados por la Curaduría Urbana 5²⁵ para que realizara ajustes a los diseños por él elaborados con miras a expedir la licencia de construcción, la cual finalmente fue obtenida el 4 de abril de 2016, por lo que incumbía al contratista la asunción de los mayores costos que se hubieran podido generar durante este interregno.

Con todo, la ampliación del plazo acaecida entre el 1 de septiembre de 2014 y el 14 de julio de 2015, originada por circunstancias imputables a la entidad pública contratante, pudo eventualmente haber causado perjuicios al contratista.

Para acreditar los perjuicios solicitados por este concepto, la parte actora en su recurso advirtió que se hallaban demostrados por cuenta de la certificación de pagos expedida por el contador público Manuel Fernando Briñez Muñoz que obraba en el expediente²⁶, de acuerdo con la cual *“conforme a la contabilidad del Consorcio Proyectar 2014 se pagó por concepto de coordinación de obra, auxiliar administrativa y dirección del proyecto el valor de sesenta millones quinientos sesenta y un mil seiscientos sesenta y seis pesos mcte (\$70'.571.666)”*.

Sin embargo, la Sala considera que la anterior constancia no tiene vocación probatoria suficiente para demostrar la causación de los perjuicios solicitados por este concepto, en atención a que, en su contenido, además de incluir al personal

escritura y un área construida actual de 9047,7 m2, por lo que solicitaba continuar con el trámite ante la DADEP para realizar una escritura aclaratoria para continuar con el saneamiento predial y continuar con el trámite de obtención de la licencia ante la curaduría.

En julio de 2015 la DADEP dio aval favorable con las modificaciones de las áreas realizadas por la UAECD, por lo que el 15 de julio de 2015 el contratista radicó los estudios y diseños ante la curaduría.

²⁵ El 27 de noviembre de 2015 la supervisora informó al contratista que según la curaduría los diseños presentados tenían observaciones que han impedido continuar con el trámite de aprobación de las licencias. Folios 39 a 41 de la carpeta 2 carpeta 1 Cd de antecedentes administrativos allegados por la SED folio 121 C3.

²⁶ El mencionado documento se encuentra a folio 442 del cuaderno 2.

de coordinación de obra cuyo reconocimiento no tendría lugar precisamente por no haberse ejecutado esa fase, no se discrimina el período que cobijó tales erogaciones.

Debe recordarse al respecto que el plazo del contrato estuvo vigente desde su inicio-28 de julio de 2014 hasta su vencimiento -15 de abril de 2017- por lo que resultaba necesario establecer el período que se relacionó en la certificación, máxime cuando, como se dejó sentado, no todo el término en que se amplió el plazo del contrato puede servir de fundamento para el reconocimiento del perjuicio reclamado, pues un poco menos de la mitad, por las razones explicadas, quedó inmerso en el ámbito de responsabilidad del contratista.

La ambigüedad que arroja la certificación en comento comporta una dificultad de cara al desconocimiento del porcentaje de administración efectivamente erogado en la fase de estudios y diseños y si los gastos en que habría incurrido el contratista -cuyo monto se reitera se desconoce por la Sala- durante el interregno en que se extendió el término por causas atribuibles a la entidad excedió la estimación que por ese concepto contuvo su propuesta y si, en tal virtud, ocasionó un verdadero perjuicio al contratista.

Así pues, a pesar de haberse acreditado que la ampliación del plazo del contrato No. 2009 en la fase de ajuste a estudios y diseños se produjo en gran medida por razones imputables a la entidad pública contratante, no por ello procede de manera automática el reconocimiento de los perjuicios que supuestamente se habrían derivado de su prolongación, habida consideración de que no fueron demostrados.

3.4. La imposibilidad de ejecutar la obra por razones atribuibles al incumplimiento de la entidad pública y la procedencia del pago de la utilidad dejada de percibir

En la sentencia de primera instancia se concluyó que la Secretaría Distrital de Educación incumplió la obligación de permitir la adecuada ejecución del contrato, pero solamente respecto de la etapa de obra, toda vez que esa fase no se pudo realizar por aspectos financieros y por no tener el plan de contingencia para trasladar los alumnos a otra sede.

Para el *a quo*, el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la entidad pública no implicaba una afectación a la utilidad esperada, en razón a que le asistía a la parte actora la carga de demostrar que ese incumplimiento fue lo

que impidió su obtención, a lo que sumó que, al no haber ejecutado la etapa de obra, se tornaba impróspero el reconocimiento de utilidad de lo que no desarrolló.

El demandante consideró errada la decisión, por cuanto, no obstante reconocer que la demandada impidió la debida ejecución del objeto contractual, desconoció la jurisprudencia del Consejo de Estado al negar el reconocimiento de la utilidad a que tenía derecho el contratista si la entidad hubiera honrado su obligación de permitir en debida forma la ejecución de la obra. Sostuvo que la consecuencia natural de haber declarado ese incumplimiento imputable a la entidad estatal consistía en que se concediera la indemnización pretendida por la parte cumplida de cuya obtención fue privada por culpa de la entidad pública.

De otro lado, la parte demandada igualmente apeló la decisión de primer grado para que se revocara la condena proferida por el *a quo* relacionada con el valor de las pólizas otorgadas durante su ejecución, pero, al sustentar su impugnación, la demandada no alegó argumentos concretos frente al incumplimiento contractual declarado en su contra por el *a quo*, sino que se limitó a solicitar que se revocara la condena que le fue impuesta.

Es del caso destacar que en el recurso de apelación no se formularon cargos puntuales contra la declaratoria de incumplimiento contractual de la entidad dispuesta por el tribunal²⁷, por lo que se entiende que no presentó reparo frente a la responsabilidad que se le endilgó por la inejecución de la obra y, en esa medida, en principio, no habría necesidad de volver sobre los hechos en que se fundamenta, sino entrar a analizar la procedencia de los perjuicios que reclama el contratista como consecuencia de esa declaratoria.

Con todo, la Sala considera que, con el propósito de analizar la prosperidad del reconocimiento de los perjuicios derivados de la no ejecución de la obra, resulta necesario retomar lo ocurrido en relación con las causas que condujeron a la imposibilidad de ejecutar la fase de obra, para lo cual se analizará de manera articulada la conducta observada por ambos extremos contratantes en la etapa previa a la ejecución de la obra, pues solo así se determinará si el contratista tiene derecho al reconocimiento pleno de la utilidad que ahora pretende a causa del

²⁷ Se recuerda que en el numeral primero de la parte resolutive del fallo apelado, el Tribunal resolvió: PRIMERO: se DECLARA, que el DISTRITO CAPITAL – SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL incumplió su obligación emanada del contrato 2009 de 20 de marzo de 2014 - componente de obra, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

incumplimiento de la entidad o si, por el contrario, concurre alguna eventualidad que se oponga a que así se proceda.

Está acreditado que, como consecuencia del resultado obtenido en la etapa de ajustes a los estudios y diseños, los cuales atendieron a los requerimientos elevados por la SED frente a la necesidad de ampliar las áreas a intervenir y realizar edificaciones no contempladas de inicio, el presupuesto estimado para la ejecución de la etapa de obra -\$10.894'078.943- se acrecentó en tal proporción - \$22.812'442.971- que de considerar una adición en el precio se incurriría en la prohibición prevista en la Ley 80 de 1993, que impide aumentar el valor del contrato en más del 50% del precio inicial²⁸.

Así lo evidenció el informe rendido el 11 de mayo de 2016 por la interventoría, en el que consideró que el contrato No. 2009, de cara a los ajustes a los estudios y diseños, no podría ejecutarse con los recursos disponibles, ya que, de no apropiarse recursos adicionales para su ejecución, se presentarían serios inconvenientes, por cuanto se requerían estudios de vulnerabilidad estructural y ejecución de obras temporales, para garantizar que las obras antiguas que se habrían de afectar con la demolición no colapsaran mientras se ejecutaba la siguiente etapa y todo el tiempo se trabajaría con presencia de niños, lo que comportaba un peligro inminente, razón por la cual consideró que debía convocarse a una nueva licitación por parte de la entidad en el menor tiempo posible, para garantizar la continuación y terminación del proyecto²⁹.

También se observa que, en escrito del 7 de junio de 2016, la interventoría indicó a la SED que durante la ejecución de la etapa de estudios y diseños se tuvieron en cuenta las observaciones realizadas por la SED para obtener el presupuesto final de obra. Advirtió que el presupuesto previsto por la SED presentaba falencias técnicas, en tanto no se tuvieron en cuenta todas las actividades requeridas,

²⁸ En oficio del 16 de marzo de 2016 el contratista expresó al interventor que como resultado de los ajustes y diseños realizados por el consorcio las cantidades de obra e ítemes pactados inicialmente no resultarían suficientes para adelantar la totalidad del objeto del contrato, por cuanto requerían un aumento de más del 50% del presupuesto contemplado en un origen.

En oficio del 4 de mayo de 2016 el contratista solicitó a la SED definir el alcance del proyecto que se habría de ejecutar, toda vez que a la fecha no tenían respuesta y la licencia de construcción se obtuvo desde el 4 de abril de 2016. Advirtió que el colegio a la fecha se encontraba ocupado por los estudiantes, razón por la cual no se podían iniciar actividades. Con base en ello solicitó que la entidad señalara los alcances de la obra fijando prioridades de acuerdo con el presupuesto existente, teniendo en cuenta que en todo caso no podría terminarse el colegio en su totalidad Folios 349 a 351 del cuaderno 2.

²⁹ Folios 7 a 83 de la carpeta 2 carpeta 1 Cd de antecedentes administrativos allegados por la SED folio 121 C3.

debido a las omisiones de la consultoría inicial, que fue, precisamente, lo que los llevó a convocar a la nueva licitación que dio origen a este contrato³⁰.

Por tal motivo, la entidad, luego de varios intentos para llegar a un acuerdo con el contratista, consideró que la etapa de obra no podía llevarse a cabo³¹, y al vencimiento del plazo pactado para su realización, procedió a su liquidación unilateral.

Puesto esto de presente, la Sala advierte que el aumento del precio que demandaría la realización de la obra surgió como producto de las condiciones acordadas en los estudios y diseños confeccionados por el consorcio Proyectar 2014 en la primera fase del contrato No. 2009.

No puede olvidarse, por un lado, que fue la entidad la que, al comienzo de su ejecución, puso de manifiesto la imperiosa necesidad de extender y, en efecto, variar el alcance de los estudios y diseños inicialmente entregados al contratista, para que atendieran el verdadero carácter técnico de la institución, sin que esta circunstancia hubiera sido considerada por la SED, debiendo serlo, al planear la realización de la obra.

Lo acontecido en el devenir contractual reveló una grave y manifiesta vulneración al deber de planeación³² de la entidad pública contratante, que condujo de manera directa a la imposibilidad de ejecutar la obra encargada.

³⁰ Folios 225 a 229 de la carpeta 4 Cd de antecedentes administrativos allegados por la SED folio 121 C3.

³¹ -. En oficio del 7 de julio de 2016 la entidad informó al interventor lo siguiente: *Luego de la mesa de trabajo realizada el 5 de julio en la SED y al informe de fecha 23 de mayo presentado por interventoría, quien ejerce la supervisión técnica, administrativa y financiera el contrato de obra No. 2009 de 2014 desde la Dirección de Construcciones no consideramos viable darle continuidad a este proyecto, toda vez que el informe resumen que la consultoría de los ajustes a los estudios y diseños para el INSTITUTO TECNICO INDUSTRIAL PILOTO FATIMA, arroja que con el presupuesto inicialmente contratado en el proceso de licitación se presenta un incremento del 83% del presupuesto total de la obra, lo que conlleva a no poder realizar la totalidad del proyecto o en su defecto, ejecutarlo de manera parcial (por etapas) situación que no se contempla en el contrato de obra, recomendando a la entidad contratante conseguir los recursos necesarios para la construcción total del proyecto.*

En ese sentido, insistir en continuar adelante en este proceso iría en contravía del interés público y de las normas de contratación pública, donde lo adecuado es estructurar y financiar desde el comienzo la totalidad de las obras necesarias para cumplir con el objeto contractual, realizando una intervención integral adecuada a la realidad del plantel.

Bajo este contexto, basados en el informe y recomendaciones presentadas por interventoría, la SED solicita a la interventoría JUAN CARLOS BELALCAZAR culminar en su totalidad la etapa de estudios y diseños e iniciar los trámites de liquidación bilateral del contrato de obra No. 2009 de 2014, la cual deberá ser allegada dentro de los 10 días siguientes al recibo de la presente comunicación Folio 367 del cuaderno 1

³² Al desarrollar el principio de planeación, el artículo 20 del Decreto 1510 de 2013, vigente para la época en que se abrió el procedimiento de selección -23 de diciembre de 2013, según consulta realizada en el SECOP- que culminó con la celebración del contrato No. 209 de 2014, estableció:

Emerge con nitidez que el Distrito Capital - Secretaría de Educación Distrital abrió el procedimiento de selección con fundamento en unas especificaciones técnicas que en la práctica no consultaban las verdaderas necesidades que pretendía satisfacer con la celebración de contrato y, una vez suscrito el acuerdo, en pleno plazo de ejecución, se percató de la necesidad de modificar el alcance de los estudios y diseños iniciales y requirió al contratista para que se atendieran las particularidades que demandaba la institución educativa colegio Fátima, modificación que al final condujo a que se doblara el presupuesto de obra inicialmente estimado y tornara en financieramente inviable su ejecución³³.

Artículo 20. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.
2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.
3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.
4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.

³³ Fue la misma entidad la que reconoció que fue su falta de planeación lo que llevó a la frustración del contrato. Tal cual se lee en el documento de julio de 2016 en el que la supervisión del contrato de la SED rindió un concepto jurídico expresando las razones por las cuales resultaba inviable ejecutar la obra, en los siguientes términos³³ (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores): Desde esta dirección no consideramos viable darle continuidad a este proyecto para vernos abocados a mitad de camino a abandonar la obra en un estado que desde este momento sabemos, que con los recursos comprometidos en la actualidad no llegaríamos a realizar la totalidad del proyecto, o en su defecto ejecutarlo de manera parcial (por etapas), situación que no se contempla en el contrato de obra

A pesar de que si para alcanzar el objeto contractual se hace necesario corregir errores de diseño o buscar soluciones técnicas alternativas frente a eventos no previstos, la administración está en la posibilidad, y en el deber jurídico, de adecuar los diseños y estudios, así ello implique la ejecución de una mayor cantidad de obra y el desarrollo de obras adicionales al objeto contractual, máxime si, como en el caso que nos ocupa, actuar de una manera distinta puede comprometer la estabilidad misma de los trabajos, en el Colegio Piloto Fátima existen errores desde la planeación y estructuración de las necesidades iniciales para contratar, lo que convierte en dos realidades distintas lo que salió a licitar la administración con el resultado objeto de la etapa de diseños (proceso licitatorio LP-SED-DCCE-123-2013). Esto en consideración a que se deberán revisar los alcances de los diseños entregados en el marco del contrato de consultoría No. 226/2004, que al parecer no incluían las áreas técnicas ubicadas dentro del colegio y que son un pilar fundamental del mismo por ser un colegio cuyo PEI es técnico – industrial, sin desconocer la actualización o actualizaciones de las normas que lo conformen y que repercuten directamente en el presupuesto.

No obstante, es dable analizar si los mayores presupuestos pueden obedecer a la actualización de la norma, en consideración a que se trabajó sobre unos diseños contratados en el año 2008 y cuyo resultado arrojó una licencia en el año 2010. Al realizar este estudio se evidencia que, si bien es un aspecto relevante, no es esta la justificación de la totalidad del incremento, y volvemos a encontrar áreas que no fueron tenidas en cuenta en nuestro primer ejercicio de consultoría, demostrando una vez más el presunto error inicial en los diseños sobre los cuales se estructuró el proceso licitatorio LP-SED-DCCEE-055-2013; resolución NO. 359 del 23 de noviembre de 2013, donde se revoca la resolución No. 254 del 24 de octubre de 2013 mediante la cual se dio trámite al

Con todo, lo dicho hasta ahora no lleva a esta Sala al convencimiento de que fue la conducta de la entidad la que de manera única y exclusiva condujo al fracaso de la obra, pues de lo acontecido en el desarrollo de la fase de ajuste a los estudios y diseños se evidenció que la conducta permisiva del contratista confluyó de manera eficiente en la imposibilidad de construir la institución educativa encomendada.

Como se anotó en acápite precedente, esa etapa se caracterizó por las constantes modificaciones frente al alcance del objeto contratado, en cuanto a sus dimensiones, áreas a intervenir, características de las construcciones, variaciones que en todo momento fueron atendidas y consentidas por el contratista al efectuar los cambios a los estudios y diseños previamente entregados por la SED.

Esa aceptación por parte del contratista respecto de la ampliación del alcance del objeto contratado comportaba, así mismo, el conocimiento y eventual asunción de las consecuencias que tal situación podría acarrear en relación con el aumento del presupuesto dispuesto para ejecutar la etapa de obra.

Tanto es así que era el mismo contratista el que materializaba los cambios requeridos por la entidad en los estudios y como resultado de ese ejercicio fue el

proceso licitatorio antes descrito, que conlleva a un nuevo proceso licitatorio LP-SED-DCCEE-123-2013, donde se adjudica el contrato de obra No. 2009 de 2014.

"(...).

En este sentido insistir en continuar adelante en este proceso iría en contravía del interés público, donde lo adecuado es estructurar y financiar desde el comienzo la totalidad de las obras necesarias para cumplir con el objeto contractual realizando una intervención integral adecuada a la realidad del plantel.

No sobra advertir, en todo caso, que la administración tiene un deber de verificación de la calidad e idoneidad de los trabajos efectuados por los consultores y diseñadores, el cual debe realizarse a través de las interventorías efectuadas sobre los contratos respectivos y que, por lo mismo, no deberían presentarse este tipo de situaciones. La interventoría del contrato de consultoría N 226 de 2005 se encontraba a cargo del arquitecto Carlos Benavides Suescun, de quien se adjunta informe de lo recibido.

Por ello, resulta necesario llamar la atención muy especialmente sobre la forma de elaboración y definición de los pliegos de condiciones o términos de referencia que dan lugar a la celebración de los contratos de consultoría, bien de estudios de factibilidad o bien de diseño de los proyectos respectivos, pues de ellos se deriva el alcance de las obligaciones de los contratistas consultores y, por ende, de su propia responsabilidad en el resultado y calidad de los estudios que, a su vez, son la base para la contratación de la ejecución o construcción de tales proyectos.

Desde el enfoque jurídico, se ve vulnerado el principio de la planeación que es un asunto en apariencia preliminar a la contratación de obras públicas, pero la práctica demuestra que también es un asunto que repercute durante toda la ejecución, entre los estudios previos que plantean los términos de referencia del contrato en su dimensión objetiva y el modo fáctico correspondiente al cumplimiento contractual, donde se deberán adoptar las medidas legales necesarias para garantizar un proyecto en donde se tenga absoluta claridad de lo que se va a contratar ajustado a un presupuesto debidamente soportado, que coincida con las necesidades reales verificadas en terreno en cada uno de los edificios que serán intervenidos en el desarrollo del contrato de obra, por estas razones no vemos viable continuar adelante con la ejecución de un contrato de obra que no coincide con los presupuestos apropiados y que excede de manera sustancial con las cantidades de obra planeadas inicialmente, lo que desencadenaría en sobrecostos que la entidad y el ordenador de gasto al momento de asumirlos generarían todo tipo de riesgos contractuales incalculables en este momento. Folios 1 a 25 de la carpeta 8 Cd de los antecedentes administrativos allegados por la SED folio 121 C3.

que proyectó con base en esos “ajustes” el nuevo presupuesto de obra estimado para su ejecución, que, como se vio, sobrepasó el 50% del valor inicial y tornó en financieramente inviable su ejecución.

No ignora la Sala que, de conformidad con el contenido obligacional del contrato No. 2009, el contratista “*debía atender todas las observaciones y requerimientos a los diseños presentados por la SED, la interventoría y demás autoridades competentes*”.

Sin embargo, ocurre que esa situación en modo alguno puede considerarse como una razón válida para excusar o relevar al contratista de la pericia y probidad que, como experto en el desarrollo de la obra que se le encomienda y como amplio conocedor de la materia constructiva, se le demanda en la realización del proyecto, lo que a su turno envuelve un deber de precaución y cautela ante la ocurrencia de circunstancias que puedan obstaculizar el resultado esperado al celebrar el negocio.

Es con fundamento en su calidad de experto en el desarrollo de la tarea que se le asigna, que es considerado un verdadero colaborador de la Administración en el cumplimiento de sus fines estatales y no un simple ejecutor material.

Lo dicho se traduce en que, una vez celebrado el contrato, el contratista se convierte en una pieza clave y aliado fundamental de la entidad para llevar a buen término el proyecto y, en razón de ello, se espera del particular una actitud proactiva, diligente y eficiente que contribuya al logro del cometido estatal y no que despliegue conductas que puedan poner en riesgo su satisfacción.

Bajo esa comprensión su labor no puede restringirse o limitarse al acatamiento de instrucciones y requerimientos elevados por la entidad durante la ejecución del contrato de forma pasiva e inmutable, sin observar en medio de su desarrollo la experiencia y el conocimiento técnico que se le exigen para anticipar las consecuencias nocivas que esas demandas de la entidad podrían desencadenar.

Tampoco resulta admisible que se aparte de forma irreflexiva de los lineamientos trazados en el pliego de condiciones de los cuales fue pleno conocedor en la etapa precontractual, al punto que le sirvieron de cimiento para estructurar la oferta presentada y que en el caso particular establecían que “*NO se aceptarán reconocimientos económicos por mayores cantidades de obra e ítem no previstos que se justifiquen en un cambio sustancial de los estudios y diseños originalmente*

entregados”, cambios sustanciales que, se reitera, fueron realizados con el beneplácito y consentimiento del contratista.

Así las cosas, recapitulando, para la Sala surge como un hecho irrefutable que la inviabilidad de ejecutar el contrato No. 2009, en su etapa de obra, resulta imputable a la entidad contratante, por desatender su deber de realizar estudios previos serios y fundados en razones de conveniencia y necesidad con cuya base fuera posible, desde el punto de vista técnico, jurídico y económico, estructurar un procedimiento de selección que diera como resultado la celebración de un contrato idóneo y óptimo para cumplir el fin perseguido y que desembocó en el incumplimiento de la obligación asumida en el negocio por cuya cuenta debía permitir la adecuada ejecución de la obra.

Con base en lo anotado, la Sala no encuentra de recibo lo considerado por la primera instancia, en el sentido de que el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la entidad pública no implicaba una afectación a la utilidad esperada, pues no hay duda de que, como lo advierte el apelante demandante, existe una relación causal directa entre la ausencia del deber de planeación de la entidad que conllevó a la inviabilidad económica de ejecutar la etapa de obra y la posibilidad de que el contratista percibiera la utilidad válidamente esperada de su ejecución, puesto que aquella causa impidió el cabal cumplimiento del acuerdo.

Sobre el particular, se advierte que no resulta admisible el argumento del *a quo* en cuanto a que, al no haberse ejecutado la etapa de obra, se tornaba impróspero el reconocimiento de utilidad de lo que no desarrolló, en razón de que, precisamente, su inejecución se produjo por causas atribuibles a la entidad pública, de tal suerte que aceptar ese planteamiento equivaldría a castigar injustificadamente al contratista por la conducta antijurídica del estamento público.

Sin embargo, es claro que la falta al deber de planeación no fue la única causa que derivó en la frustración de la fase de obra. Concurrentemente, el contratista con su conducta permisiva y complaciente, y más allá de las discusiones iniciales prestó su consentimiento libre y sin condicionamientos para la modificación del alcance y dimensiones del objeto del contrato, lo que redundó en el aumento del presupuesto estimado en más del 50% del valor original, y así contribuyó de manera eficiente a la imposibilidad de desarrollar el proyecto.

A partir de lo expuesto, es claro que la responsabilidad contractual de la entidad estatal que se halla comprometida en los hechos descritos da lugar al reconocimiento de los perjuicios que su incumplimiento en la obligación de permitir la adecuada ejecución de la obra pudo haber acarreado al contratista.

Pese a lo anterior, en modo alguno puede constituirse un reconocimiento pleno de la utilidad esperada, pues al haber confluído la conducta del contratista en la producción del resultado nocivo, tal circunstancia, en criterio de la Sala, impone la reducción en un 50% del monto de los perjuicios pretendidos.

A título de perjuicios derivados de la imposibilidad de ejecutar el contrato en la fase de obra, el demandante pretendió, por lucro cesante, el reconocimiento de la utilidad dejada de percibir, la que estimó en la suma de \$426.554.035 equivalente al 5% del valor de su oferta sin IVA - \$10.808'879.243 para el componente de obra³⁴.

Así pues, según lo explicado, la Sala reconocerá el 50% del valor de la utilidad proyectada³⁵ para la fase de obra del contrato No. 2009 de 2014 como perjuicio causado al contratista consorcio Proyectar 2014, por razones imputables a la antijuridicidad de la conducta de la entidad pública, la cual asciende a \$213'277.017 la que habrá de actualizarse desde la fecha en que se liquidó el contrato y la fecha del presente fallo.

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

Vp: Corresponde al valor presente

Vh: Es el valor histórico o inicial (\$ 213'277.017)

Índice Final: Es el IPC vigente a la fecha de este fallo del que se tiene conocimiento = 107,12 marzo 2021.

Índice inicial: Es el IPC vigente a la fecha de liquidación del contrato No. 2009 de 2014 = 96,18 julio de 2017)

³⁴ Se recuerda que el valor total de la propuesta y del contrato ascendió a \$10.894'074.943, de los cuales \$85'199.700 correspondían a la etapa de estudios y diseños y el resto a la fase de obra. Folios 76 a 90 del cuaderno 1.

³⁵ Del contenido de la propuesta presentada por el consorcio Proyectar 2014 en la licitación que dio origen a la celebración del contrato No. 209 de 2014, la cual reposa en los folios 76 a 90 del cuaderno 1, se observa que el valor del componente de obra ascendió a \$10.808'554.035, cuyo 5% correspondió al concepto de utilidad equivalente a \$426'554.035.

$$V_p = \frac{\$213'277.017 \times 107,12}{96,18} = \$ 237'536.224$$

$$V_p = \$237'536.224$$

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

3.5. Condena por concepto de la constitución de las garantías contractuales

El Tribunal de primera instancia estimó que al no haber permitido la entidad la adecuada ejecución del contrato, por lo mismo el contratista no debía soportar la carga de pagar las pólizas para su cumplimiento. Con base en esta consideración, sin declarar su nulidad, adicionó en el acto de liquidación del contrato el rubro de las garantías otorgadas por valor de \$58'440.311.

La entidad demandada apeló esa decisión señalando que era una obligación del contratista mantener vigentes las garantías como requisito de ejecución del contrato estatal, además de lo cual el demandante, en ninguno de los actos de suspensión o prórroga, manifestó su discrepancia frente a este punto. Aclaró que aun cuando la etapa de obra no se llevó a cabo, la póliza que otorgó el contratista correspondía a la cobertura de la ejecución de la etapa de ajustes a diseños, fase que debía respaldarse desde su inicio porque no de otra forma podían empezar las actividades comprendidas en ese período.

Al respecto, la Sala estima que le asiste razón a la demandada por las razones que pasan a explicarse:

La finalidad de la garantía única de cumplimiento consiste en amparar que se satisfagan todas las obligaciones contraídas por el contratista por razón de la celebración y ejecución del negocio jurídico³⁶.

³⁶ Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 7o. DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos. Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno

En relación con la naturaleza y propósito de las garantías en materia de contratación estatal, esta Subsección ha sostenido:

Esta Corporación ha expresado que los contratos de seguro, celebrados en ejercicio de la actividad contractual estatal, constituyen una tipología contractual especial dentro de los demás contratos de seguro, pues por medio de ellos lo que se procura es garantizar y respaldar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista -en su calidad de colaborador de la administración-, con miras a asegurar el cumplimiento del objeto contractual, la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y el cumplimiento de las finalidades estatales.

Así, se ha entendido que la inclusión de cláusulas sobre garantías contractuales en los contratos celebrados por la administración no sólo se erige como un requisito de obligatorio cumplimiento por parte del contratista, sino también como un instrumento para salvaguardar intereses de carácter general, garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contractual y proteger el patrimonio público de los detrimentos que se puedan causar con ocasión de eventuales incumplimientos en que incurra el contratista³⁷.

En armonía con lo anterior, cabe anotarse que a pesar de que, como se advirtió, lo acontecido en el término de ejecución del contrato No. 2009 mostró serias falencias en cuanto a la observancia al deber de planeación por parte de la entidad pública, finalmente el contrato terminó por vencimiento del plazo pactado para su ejecución, interregno durante el cual se discutió constantemente por las partes si la realización de la etapa de obra resultaba viable financieramente o no.

Igualmente, durante todo el plazo contractual y hasta su terminación, el contratista fue requerido de manera permanente para que continuara atendiendo las obligaciones derivadas de la etapa de ajustes a los estudios y diseños y la sustentación del presupuesto de obra que con base en ellos presentó.

De ahí que, a lo largo del término de su vigencia, las obligaciones contraídas por el contratista con ocasión de la celebración del acuerdo continuaban resultándole exigibles, cuestión que llevaba al imperativo de mantener en vigor las pólizas que respaldaban su satisfacción en la forma y condiciones convenidas, sin que fuera

Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 14 de junio de 2019, exp. 36.860, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

jurídicamente procedente dejar su cumplimiento sin el amparo otorgado por el contrato de seguro, máxime cuando no hubo reparo por el contratista frente a su plazo de cobertura y su valor, los cuales se mantuvieron inalterables en los acuerdos de prórroga y suspensión del contrato³⁸.

Por lo anterior, la Sala revocará la condena impuesta por la primera instancia por concepto del valor de las pólizas otorgadas por el consorcio Proyectar 2014, durante el plazo contractual.

3.6. La ilegalidad de la terminación unilateral del contrato No. 2009 de 2014

El último cargo de la apelación formulado por la parte actora apuntó a que el tribunal *a quo* omitió pronunciarse respecto de la terminación unilateral que se produjo por la entidad al decidir no dar inicio a la etapa de obra aduciendo razones presupuestales, terminación que se llevó a cabo de manera arbitraria con abierto desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 14 y 17 de la Ley 80 de 1993 y sin reconocer indemnización alguna en favor del contratista.

En relación con este punto de inconformidad, la Sala estima pertinente aclarar que en el caso, en realidad, no se produjo un acto administrativo de terminación unilateral del contrato No. 2009 con desapego a lo dispuesto en los artículos 14 y 17 de la Ley 80 de 1993.

³⁸ **Decreto 1510 de 2013. Artículo 112. Indivisibilidad de la garantía.** La garantía de cobertura del Riesgo es indivisible. Sin embargo, en los contratos con un plazo mayor a cinco (5) años las garantías pueden cubrir los Riesgos de la Etapa del Contrato o del Periodo Contractual, de acuerdo con lo previsto en el contrato.

En consecuencia, la Entidad Estatal en los pliegos de condiciones para la Contratación debe indicar las garantías que exige en cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual así:

1. La Entidad Estatal debe exigir una garantía independiente para cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual o cada unidad funcional en el caso de las Asociaciones Público-Privadas, cuya vigencia debe ser por lo menos la misma establecida para la Etapa del Contrato o Periodo Contractual respectivo.

2. La Entidad Estatal debe calcular el valor asegurado para cada Etapa del Contrato, Periodo Contractual o unidad funcional, tomando el valor de las obligaciones del contratista para cada Etapa del Contrato, Periodo Contractual o unidad funcional y de acuerdo con las reglas de suficiencia de las garantías establecidas en el presente decreto.

3. Antes del vencimiento de cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual, el contratista está obligado a obtener una nueva garantía que ampare el cumplimiento de sus obligaciones para la Etapa del Contrato o Periodo Contractual subsiguiente, si no lo hiciere se aplicarán las reglas previstas para el restablecimiento de la garantía.

Si el garante de una Etapa del Contrato o un Periodo Contractual decide no continuar garantizando la Etapa del Contrato o Periodo Contractual subsiguiente, debe informar su decisión por escrito a la Entidad Estatal garantizada seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía. Este aviso no afecta la garantía de la Etapa Contractual o Periodo Contractual en ejecución. Si el garante no da el aviso con la anticipación mencionada y el contratista no obtiene una nueva garantía, queda obligado a garantizar la Etapa del Contrato o el Periodo Contractual subsiguiente.

Se reitera que, aun cuando la fase de obra finalmente no se ejecutó, esa situación no se dio como resultado de una decisión de terminación unilateral adoptada por la Administración a través de un acto administrativo, en tanto el contrato terminó por vencimiento del plazo sin que se procediera a prorrogarlo.

Está demostrado que la entidad intentó lograr un acuerdo de terminación bilateral anticipada, pero que, ante la falta de consenso por parte del contratista para culminar el negocio, por cuanto la entidad no accedió a reconocerle las reclamaciones económicas para darle viabilidad a esa finalización, el plazo del contrato continuó transcurriendo mientras se daban esos acercamientos, hasta que finalmente se terminó, sin que se llegara a ningún acuerdo económico entre las partes.

El reproche y la censura que enrostra el demandante bajo el rótulo de este cargo encierra los mismos argumentos que cuestionaron el incumplimiento de la entidad al no permitir que se ejecutara el contrato en la fase de obra, los cuales ya fueron analizados con amplitud en el acápite correspondiente a *“La imposibilidad de ejecutar la obra”*, por lo que se estará a lo allí consignado.

Conclusiones

Con base en las consideraciones que anteceden la Sala modificará la sentencia de primera instancia proferida el 26 de noviembre de 2018, para en su lugar declarar que el Distrito Capital - Secretaría de Educación incurrió en responsabilidad contractual por incumplimiento del contrato No. 2009 de 2014, en su obligación de permitir la adecuada ejecución del objeto contractual.

Como consecuencia de lo anterior, se condenará al Distrito Capital, Secretaría de Educación, a reconocer y pagar a las sociedades Redes y Edificaciones S.A., Vindico S.A.S. y Ucop Construcciones S.A. Sucursal Colombia, que integraron el consorcio Proyectar 2014, la suma equivalente al 50% de la utilidad proyectada, lo que equivale a \$237'536.224 a título de indemnización de perjuicios derivados de la imposibilidad de ejecutar el contrato No. 2009 de 2014 en su fase de obra, por razones imputables a la entidad demandada, pero en concurrencia con la conducta del contratista, por los motivos explicados en precedencia.

La anterior suma deberá distribuirse entre cada una de las sociedades que conformaron el consorcio, de manera directamente proporcional al porcentaje de participación en que concurrieron a la celebración del contrato No. 2009 de 2014,

establecido en el documento de conformación del consorcio Proyectar 2014, visible a folio 3 y 4 del cuaderno 2.

Se negarán las demás pretensiones de la demanda.

Conviene precisar que el acto de liquidación unilateral del contrato se mantendrá incólume, puesto que, al negarse su nulidad en primera instancia, no se elevaron cargos de apelación dirigidos a insistir en su ilegalidad.

Se agrega que el reconocimiento de los perjuicios que acá se ordena surgió del análisis del caso con apoyo en los elementos de prueba que obran en el proceso, de la aplicación de criterios de equidad y sana crítica propios de la valoración judicial, por lo que no procede incluirlos en la liquidación del contrato, en tanto no corresponde en estricto rigor al cruce final de cuentas que arrojó su ejecución, sino a una indemnización derivada de la responsabilidad contractual en que incurrió la parte demandada y que fue determinada por esta instancia.

4. Costas

Habida cuenta de que para este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con las reglas previstas en el artículo 365 del Código General del Proceso, y teniendo en consideración que ambos extremos procesales apelaron la decisión de primera instancia y sus recursos prosperaron parcialmente, por esa circunstancia, a lo que se suma que no está demostrado que alguna de las parte hubiera incurrido en expensas en segunda que instancia, la Sala considera que no hay lugar a condena en costas por la segunda instancia en contra de alguno de los recurrentes, en la medida en que se entienden compensadas.

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,

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR la parte resolutive de la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2018, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección A, con fundamento en las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia, la cual quedará de la siguiente manera:

1.- *Declarar que el Distrito Capital - Secretaría de Educación incurrió en responsabilidad contractual por incumplimiento del contrato No. 2009 de 2014, en su obligación de permitir la adecuada ejecución del objeto contractual, en la fase de obra.*

2.- *Como consecuencia de lo anterior, se condenará al Distrito Capital - Secretaría de Educación a reconocer y pagar a las sociedades Redes y Edificaciones S.A., Vindico S.A.S. y Ucop Construcciones S.A. Sucursal Colombia que integraron el consorcio Proyectar 2014, la suma equivalente al 50% de la utilidad proyectada, lo que equivale a \$237'536.224 a título de indemnización de perjuicios derivados de la imposibilidad de ejecutar el contrato No. 2009 de 2014 en su fase de obra, por razones imputables a la entidad demandada pero en concurrencia con la conducta del contratista, por los motivos explicados en procedencia.*

La anterior suma deberá reconocerse en favor de cada una de las sociedades demandantes de manera directamente proporcional al porcentaje de participación en que concurrieron a la celebración del contrato No. 2009 de 2014, establecido en el documento de conformación del consorcio Proyectar 2014, visible a folio 3 y 4 del cuaderno 2.

3.- *Negar las demás pretensiones de la demanda.*

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Para el cumplimiento de esta sentencia, expídanse, con destino a las partes, las copias auténticas con las constancias previstas en la ley procesal. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

CUARTO: El cumplimiento de la presente sentencia deberá realizarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO: Cumplido lo anterior, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
Salvamento parcial de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



VF

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INDEMNIZACIÓN AL CONTRATISTA / INEJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN / UTILIDAD PROYECTADA PARA EL CONTRATISTA / ELEMENTOS PARA ESTABLECER LA UTILIDAD PROYECTADA PARA EL CONTRATISTA / OBTENCIÓN DE UTILIDAD PARA EL CONTRATISTA / CONCURRENCIA DE CAUSAS / REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL / REDUCCIÓN DE LA CONDENA / PERJUICIOS POR LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

[N]o estoy de acuerdo con la deducción que en ella se hizo respecto de los perjuicios a favor del demandante, reconociéndole únicamente el 50% de las utilidades esperadas, con fundamento en que su actuación contribuyó a la producción del daño. (...) Al contrario de lo que se afirma en la sentencia de la cual me aparto parcialmente, creo que el contratista obró lealmente con la entidad y sobre todo con el interés público involucrado en la correcta ejecución de las obras requeridas para ese plantel educativo en particular. (...) no se ha debido disminuir el monto de la indemnización a favor del demandante en la forma en que se hizo en la sentencia, pues no se probaron los hechos que así lo justificaran y, en cambio, sí se presumió la mala fe del contratista y se le castigó por acatar las instrucciones de la contratante, mientras que, por otra parte, resultaba evidente la responsabilidad exclusiva de la entidad estatal, en la imposibilidad de ejecución del contrato celebrado con el.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

SALVAMENTO DE VOTO

Consejera: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., siete (7) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-36-000-2017-02136-01(64033)

Actor: CONSORCIO PROYECTAR 2014

Demandado: DISTRITO CAPITAL - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

La razón por la cual me aparto parcialmente de la decisión de la referencia, es porque no estoy de acuerdo con la deducción que en ella se hizo respecto de los perjuicios a favor del demandante, reconociéndole únicamente el 50% de las utilidades esperadas, con fundamento en que su actuación contribuyó a la producción del daño.

Esa conclusión obedece a que, según se dice en la sentencia:

[E]s claro que la falta al deber de planeación no fue la única causa que derivó en la frustración de la fase de obra. Concurrentemente, el contratista con su conducta permisiva y complaciente, y más allá de las discusiones iniciales prestó su consentimiento libre y sin condicionamientos para la modificación del alcance y dimensiones del objeto del contrato, lo que redundó en el aumento del presupuesto estimado en más del 50% del valor original, y así contribuyó de manera eficiente a la imposibilidad de desarrollar el proyecto.

Al respecto, considero que la entidad, al percatarse de que el objeto del contrato era insuficiente para cubrir las necesidades del plantel educativo, le pidió al contratista -con fundamento en las obligaciones pactadas en el mismo contrato- que realizara otros estudios y diseños, que condujeron al resultado de que el contrato no podría ejecutarse con los recursos disponibles para ello.

No comparto lo que afirma el proyecto en los siguientes párrafos:

Con todo, lo dicho hasta ahora no lleva a esta Sala al convencimiento de que fue la conducta de la entidad la que de manera única y exclusiva condujo al

fracaso de la obra, pues de lo acontecido en el desarrollo de la fase de ajuste a los estudios y diseños se evidenció que la conducta permisiva del contratista confluyó de manera eficiente en la imposibilidad de construir la institución educativa encomendada.

Como se anotó en acápite precedente, esa etapa se caracterizó por las constantes modificaciones frente al alcance del objeto contratado, en cuanto a sus dimensiones, áreas a intervenir, características de las construcciones, variaciones que en todo momento fueron atendidas y consentidas por el contratista al efectuar los cambios a los estudios y diseños previamente entregados por la SED.

Esa aceptación por parte del contratista respecto de la ampliación del alcance del objeto contratado comportaba, así mismo, el conocimiento y eventual asunción de las consecuencias que tal situación podría acarrear en relación con el aumento del presupuesto dispuesto para ejecutar la etapa de obra.

Tanto es así que era el mismo contratista el que materializaba los cambios requeridos por la entidad en los estudios y como resultado de ese ejercicio fue el que proyectó con base en esos “ajustes” el nuevo presupuesto de obra estimado para su ejecución, que, como se vio, sobrepasó el 50% del valor inicial y tornó en financieramente inviable su ejecución.

No ignora la Sala que, de conformidad con el contenido obligacional del contrato No. 2009, el contratista “debía atender todas las observaciones y requerimientos a los diseños presentadas por la SED, la interventoría y demás autoridades competentes”.

Sin embargo, ocurre que esa situación en modo alguno puede considerarse como una razón válida para excusar o relevar al contratista de la pericia y probidad que, como experto en el desarrollo de la obra que se le encomienda y como amplio conocedor de la materia constructiva, se le demanda en la realización del proyecto, lo que a su turno envuelve un deber de precaución y cautela ante la ocurrencia de circunstancias que puedan obstaculizar el resultado esperado al celebrar el negocio.

Es con fundamento en su calidad de experto en el desarrollo de la tarea que se le asigna, que es considerado un verdadero colaborador de la Administración en el cumplimiento de sus fines estatales y no un simple ejecutor material.

Lo dicho se traduce en que, una vez celebrado el contrato, el contratista se convierte en una pieza clave y aliado fundamental de la entidad para llevar a buen término el proyecto y, en razón de ello, se espera del particular una actitud proactiva, diligente y eficiente que contribuya al logro del cometido estatal y no que despliegue conductas que puedan poner en riesgo su satisfacción.

Bajo esa comprensión su labor no puede restringirse o limitarse al acatamiento de instrucciones y requerimientos elevados por la entidad durante la ejecución del contrato de forma pasiva e inmutable, sin observar en medio de su desarrollo la experiencia y el conocimiento técnico que se le exigen para anticipar las consecuencias nocivas que esas demandas de la entidad podrían desencadenar.

Tampoco resulta admisible que se aparte de forma irreflexiva de los lineamientos trazados en el pliego de condiciones de los cuales fue pleno conocedor en la etapa precontractual, al punto que le sirvieron de cimiento para estructurar la oferta presentada y que en el caso particular establecían que “NO se aceptarán reconocimientos económicos por mayores cantidades de obra e ítem no previstos que se justifiquen en un cambio sustancial de los estudios y diseños originalmente entregados”, cambios sustanciales que, se reitera, fueron realizados con el beneplácito y consentimiento del contratista.

Al contrario de lo que se afirma en la sentencia de la cual me aparto parcialmente, creo que el contratista obró lealmente con la entidad y sobre todo con el interés público involucrado en la correcta ejecución de las obras requeridas para ese plantel educativo en particular.

Es así porque, aún con el riesgo de que sucediera lo que finalmente pasó, y es que resultara imposible para él ejecutar el contrato en los términos en que había sido celebrado, efectuó las correcciones y los ajustes que la realidad de esa edificación demandaba, y que implicaban, obviamente, una inversión muy superior a la que había calculado erróneamente la entidad, que fue quien sí se equivocó gravemente en el cumplimiento de su deber de planeación.

Por lo anterior no me parece acertado castigar al contratista que, en cumplimiento de su papel de colaborador de la administración, presentó lo que ésta le exigió y que era lo que realmente se necesitaba para una correcta intervención de ese

plantel educativo. Grave hubiera sido que, en aras de conservar la posibilidad de ejecutar las obras, hubiera presentado unos ajustes no acordes con lo requerido pero que se adecuaran más al presupuesto que sí se pudiera adicionar al contrato, para que lo pudiera ejecutar el contratista.

No aparece probada en la sentencia la afirmación que allí se hace, en el sentido de que el contratista obró movido por el ánimo de obtener un *“excedente adicional al lucro proyectado al presentar la propuesta”*, ni que hubiera desplegado conductas que pudieran poner en riesgo la satisfacción del cometido estatal. Lo que surge, reflejado de lo relatado en la providencia, es que el contratista se limitó a dar cumplimiento a las instrucciones de la entidad, en la forma en que consideró adecuada y correcta.

En conclusión, estimo que no se ha debido disminuir el monto de la indemnización a favor del demandante en la forma en que se hizo en la sentencia, pues no se probaron los hechos que así lo justificaran y, en cambio, sí se presumió la mala fe del contratista y se le castigó por acatar las instrucciones de la contratante, mientras que, por otra parte, resultaba evidente la responsabilidad exclusiva de la entidad estatal, en la imposibilidad de ejecución del contrato celebrado con el demandante.

En los términos anteriores, dejo consignado mi salvamento parcial de voto.

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN
Magistrada