

Laudo Arbitral

Consortio Procam Ltda. y Ossa Cía. S. en C.

v.

Secretaría de Educación Distrital de Bogotá

Marzo 31 de 2004

Laudo arbitral

Bogotá, D.C., teinta y uno (31) de marzo de dos mil cuatro (2004).

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991 y la Ley 446 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el tribunal de arbitramento profiere el laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre Consortio Procam Ltda. y Ossa y Cía. S. en C. parte convocante, y la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, parte convocada, surgidas con ocasión del contrato estatal 234 celebrado el 3 de noviembre de 1999, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

1. Antecedentes

1.1. El contrato.

Las partes de este proceso celebraron el 3 de noviembre de 1999, el contrato 234 de 1999, cuyo objeto consistió en la construcción del Centro Educativo Distrital Bilbao Parques del Campo de la localidad 11, Suba, de Santafé de Bogotá, D.C.

1.2. El pacto arbitral.

Las controversias que se deciden mediante el presente laudo se originan en el contrato 0234 celebrado el 3 de noviembre de 1999, en cuya cláusula vigésima primera, se pactó la siguiente cláusula compromisoria:

“Diferencias entre las partes: Las diferencias que surjan entre las partes por asuntos diferentes a la aplicación de la cláusula de caducidad y de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, con ocasión de la celebración, cumplimiento y liquidación del contrato, serán dirimidas mediante la utilización de los mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley, tales como arreglo directo, amigable composición, conciliación, transacción y si tales diferencias tienen carácter insalvable, serán sometidas a un tribunal de arbitramento integrado por tres árbitros designados de común acuerdo entre las partes o en su defecto por la Cámara de Comercio de Bogotá, el cual sesionará en Bogotá y fallará en derecho, de acuerdo a lo establecido en las normas vigentes”.

1.3. Iniciación del trámite.

1.3.1. Con fundamento en la cláusula compromisoria, la parte actora presentó el 24 de abril de 2003 solicitud de convocatoria a tribunal de arbitramento y demanda arbitral contra la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá (Cdn. ppal. 1, fls. 1 a 33).

1.3.2. La precedente solicitud se admitió mediante auto proferido el 10 de julio de 2003, por el director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y de ella y de sus anexos se corrió traslado por el término de diez (10) días a la convocada. En dicho auto se reconoció personería al doctor Adriana Polidura Castillo como apoderada (Cdn. ppal. 1, fls. 106 a 110).

1.3.3. Con fecha 15 de julio de 2003, se notificó personalmente la admisión de la solicitud de convocatoria y demanda arbitral y de ella y de sus anexos se corrió el traslado por el término legal a la doctora Martha Lucía Ramírez Sandoval, apoderada general de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá (Cdn. ppal. 1, fl. 110A).

1.3.4. La parte convocada contestó la demanda arbitral el 29 de julio de 2003 por conducto de la doctora Martha Lucía Ramírez Sandoval, con expresa oposición a las pretensiones y solicitó la práctica de pruebas (Cdno. ppal. 1, fls. 115 a 130).

1.3.5. Con fecha 15 de septiembre de 2003 se surtió la audiencia de conciliación y agotada se declaró fracasada (Cdno. ppal. 1, fls. 153 a 177).

1.3.6. De las listas de árbitros de la Cámara de Comercio de Bogotá, las partes designaron a Jorge Eduardo Chemas Jaramillo, Carlos Eduardo Manrique Nieto y William Namén Vargas, como árbitros, quienes aceptaron oportunamente (Cdno. ppal. 1, fls. 56 a 80).

1.3.7. En audiencia del 16 de junio de 2003, con la presencia de todos los árbitros, los señores representantes de las partes y del agente del Ministerio Público, se instaló el tribunal de arbitramento, designó presidente, secretaria y profirió el auto 1 (acta 1), en el cual se fijó la suma de honorarios y gastos, disponiéndose su consignación por mitades dentro de los términos legales (Cdno. ppal. 1, fls. 81 a 84).

1.3.8. Por auto 4 del 25 de agosto de 2003, notificado personalmente a los señores apoderados de las partes y comunicado al señor agente del Ministerio Público, se señaló el 15 de septiembre siguiente, para surtir la audiencia de conciliación y, en caso de fracasar, la primera audiencia de trámite (Cdno. ppal. 1, fls. 106 a 110).

1.4. Partes procesales.

1.4.1. Parte convocante.

La parte convocante de este trámite es el Consorcio Procam Ltda. y Ossa & Cía. S. en C., integrado por las personas jurídicas Ossa y Cía. S. en C., sociedad legalmente constituida por escritura pública 6655 del 18 de diciembre de 1991, otorgada en la Notaría 4 del Círculo Notarial de Manizales y matriculada en la Cámara de Comercio de Manizales, bajo el 55408, y representada por Germán González Gómez y, Promotora de Construcciones Hamburgo Ltda. — Procam Ltda., sociedad constituida por escritura pública 2306 del 10 de julio de 1990, otorgada en la notaría 02 del Círculo Notarial de Pereira y matriculada en la Cámara de Comercio de Pereira, bajo el número 59025, y representada por Luis Fernando Ossa Arbeláez.

En el presente proceso arbitral las citadas sociedades, están representadas judicialmente por el doctor Alberto Zuleta Londoño, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 78.181 del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo con los poderes visibles a folios 34 a 36 del cuaderno de principal 1.

1.4.2. Parte convocada.

La parte convocada del presente trámite arbitral es el Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación, creada por el acuerdo 26 de 1955 proferido por el Consejo Administrativo del D.E., representada legalmente por la doctora María Margarita Peña Botero, según Decreto Distrital 327 del 22 de julio de 2003 (fl. 2 del cdno. de pbas. 1). En este trámite arbitral está representada judicialmente por la doctora Martha Lucía Ramírez, abogada de profesión con tarjeta profesional número 72.874 del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo al poder visible a folios 53 a 55 del cuaderno principal 1.

1.5. Trámite arbitral.

1.5.1. Primera audiencia de trámite.

El 15 de septiembre de 2003 a las 9:30 a.m., acta 5, se realizó la primera audiencia de trámite dándose lectura a la cláusula compromisoria acordada en la cláusula vigésima primera del contrato de obra 234 de 3 de noviembre de 1999 (fls. 14 y 15 del cdno. de pbas. 1), a las cuestiones sometidas a decisión arbitral expresadas en la solicitud de convocatoria y demanda presentada el 24 de abril de 2003 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Bogotá por la parte convocante (fls. 1 a 34 del cdno. ppal. 1) y a la contestación de la demanda por la parte convocada (cdno. ppal. 1).

En dicha audiencia, el tribunal, mediante auto 6, se declaró competente para conocer y decidir en derecho todas las

controversias de contenido particular, económico y patrimonial surgidas entre las partes, a que refieren la demanda y su contestación, de conformidad con la cláusula compromisoria del contrato de obra 234 del 3 de noviembre de 1999.

1.5.2. Audiencias de instrucción del proceso.

Definida la competencia del tribunal, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes mediante auto 7 proferido en la audiencia del 15 de septiembre de 2003, acta 5 (cdno. ppal. 1, fls. 171 a 177).

El presente proceso se llevó a cabo en 16 audiencias, en las cuales se asumió competencia, se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas y aquellas decretadas de oficio, se recibieron los alegatos de conclusión y se profirió este laudo, en audiencia celebrada el 2 de marzo de 2004, el tribunal citó a las partes el día 31 de marzo de 2004 a las 2:30 p.m., para audiencia de fallo.

1.5.3. Pruebas decretadas y practicadas.

Por auto 7, acta 5, el tribunal de arbitramento, en audiencia realizada el 15 de septiembre de 2003, decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

1.5.3.1. Documentales.

Se ordenó tener como pruebas documentales los documentos presentados y numerados en la demanda, (cdno. ppal. 1, fls. 12 a 24 y, en el cdno. de pba. 1, fls. 1 a 257) y en su contestación (fls. 126 a 129 del cdno. ppal. 1). Se incorporaron documentos en respuesta a los oficios librados y en las diligencias de exhibición de documentos practicadas los días 22 de septiembre de 2003, acta 6.

1.5.3.2. Dictámenes periciales.

Se decretó y practicó un dictamen pericial financiero y contable rendido el día 22 de octubre de 2003 por la doctora Gloria Zady Correa Palacio. Las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones, rendidas por la perito el día 1º de diciembre de 2003 (cdno. ppal. 1, fls. 368 a 371) y, un dictamen técnico rendido el 29 de octubre de 2003 por el perito Jorge Orlando Pineda. Oportunamente se solicitó su aclaración y complementación por la parte convocada, rindiéndose el 1º de diciembre de 2003.

1.5.3.3. Oficios.

Se ordenó oficiar a la Secretaría de Educación para que remitiera copia de las actas 8, 10, 14, 36 y 38 de comité de empalme y de obras realizadas y de la totalidad de los antecedentes del contrato de obra 234 del 3 de noviembre de 1999 y de las comunicaciones que se hubieren dirigido las partes por causa de su formación, celebración, desarrollo, ejecución y la controversia suscitada entre ellas.

1.5.3.4. Testimonios.

En las oportunidades procesales señaladas se practicaron los testimonios de Jairo Briceño Leguízamo, el día 28 de octubre de 2003, acta 9; Jorge Alberto Echeverri, el día 20 de octubre de 2003, acta 9; Mauricio Eduardo Tique González, el día 20 octubre de 2003, acta 8; Jairo Mejía Giraldo, el 20 de octubre de 2003, acta 8 y Ricardo Leguízamo Romero, el 20 de octubre de 2003, acta 8. Las partes desistieron de los testimonios de Juan Carlos Vargas (acta 8, audiencia de del 20 de octubre de 2003), Juan José Salamanca y Luis Carlos Ramírez (acta 10, audiencia del 6 de noviembre de 2003).

1.5.3.5. Exhibición de documentos.

El 22 de septiembre de 2003, acta 6, se practicaron las exhibiciones de documentos de la Secretaría de Educación, J. Felipe Ardila & Cía. Ltda. y A.R.Q. y Ltda.— Laverde Pachón & Cía. Ltda.

1.5.3.6. Inspecciones judiciales.

En virtud del decreto de las exhibiciones documentales precitadas, mediante auto 14 del 5 de febrero de 2004, el tribunal decidió no decretar las inspecciones judiciales con exhibición de documentos contenidas en el acápite de pruebas, numeral III, subnumerales 1º y 2º de la demanda arbitral, así como la solicitud de inspección judicial con exhibición de documentos contenida en el numeral 3º del acápite de pruebas de la contestación a la demanda, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil.

En audiencia del 2 de marzo de 2003 las partes manifestaron su conformidad con la evacuación de la totalidad de las pruebas (cdno. ppal. 1, fls. 434 a 438).

1.5.4. Audiencia de conciliación.

Con auto 4 proferido en audiencia del 25 de agosto de 2003 (acta 4), se fijó el día 15 de septiembre de 2003, a las 9:30 a.m. para llevar a cabo audiencia de conciliación en el trámite prearbitral, que surtida, se declaró frustrada. Así mismo, el 2 de marzo de 2004, se llevó a cabo dentro del proceso arbitral, la audiencia de conciliación citada mediante auto 17, del 16 de febrero de 2004, la cual también fracasó.

1.5.5. Audiencia de alegatos de conclusión.

Concluida la etapa probatoria, los señores apoderados de las partes en audiencia del día 2 de marzo de 2004 expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos (cdno. 1, fls. 452 a 507).

En forma resumida, se presentan los temas y aspectos que fueron tratados en los respectivos alegatos.

1.5.5.1. Alegato de la parte convocante.

El señor apoderado de la parte convocante solicitó al tribunal un pronunciamiento favorable a las pretensiones incoadas en la demanda, para cuyo efecto, delimitó la controversia respecto de la responsabilidad del Distrito Capital Secretaría de Educación, a la luz de las normas que rigen la responsabilidad contractual de la administración pública, en particular la Constitución Política, artículo 90 que introduce el concepto del daño antijurídico y la Ley 80 de 1993, artículo 50, que establece que las entidades estatales deberán responder por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicas que le sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas, las cuales deberán indemnizar de manera íntegra y estimó que la entidad estatal contratante, incumplió sus obligaciones contractuales para con el contratista, por las siguientes razones:

- a) En lo que respecta a la mayor permanencia en la obra, durante el período de suspensiones y de parálisis del contrato no pagó oportunamente las actas de obra, lo cual generó sobrecostos financieros y aumento en la duración del contrato.
- b) En lo que se refiere al concreto a la vista, exigió al contratista acabados que no se encontraban contemplados en los pliegos de condiciones y demás especificaciones de la obra que le fueron entregados, los cuales no le fueron reconocidos.
- c) El contratista se comprometió a llevar a cabo el “plan de contingencia” siempre y cuando se le pagaran los costos totales en que se incurriera durante su desarrollo, sin límite temporal alguno. Sin embargo, la Secretaría de Educación, tenía previsto un límite de valor para dicho plan que le reconocería al contratista, el cual no le fue dado a conocer. Por lo tanto no le reconoció al contratista la totalidad de los costos incurridos, ni aquellos incurridos con posterioridad al 31 de marzo de 2000.
- d) No reajustó el anticipo correspondiente al otrosí número dos, de conformidad con lo establecido en el contrato.

1.5.5.2. Alegato de la parte convocada.

La señora apoderada de la parte convocada, solicita en su escrito de alegatos que sean negadas las súplicas de la demanda, y que en su lugar se declaren probadas las excepciones propuestas, toda vez que no existen fundamentos de hecho o de derecho para alegar el desequilibrio económico ni el daño antijurídico invocado.

1.6. Audiencia de fallo.

El tribunal, por auto 18 proferido en la audiencia llevada a cabo en dicho día 2 de marzo de 2004, acta 15, señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo que se realiza (cdno. 1, fls. 434 a 439).

1.7. Término para fallar.

De conformidad con el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, cuando las partes no señalan el término para la duración del proceso arbitral, será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, “al cual se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso”.

El tribunal se encuentra en término para fallar, conforme a las siguientes circunstancias:

a) El día 15 de septiembre de 2003 se realizó la primera audiencia de trámite, asumió competencia y decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

b) A solicitud conjunta de ambas partes el proceso se suspendió en las siguientes fechas: 23 de septiembre al 5 de octubre de 2003, ambas fechas inclusive, 17 de diciembre de 2003 al 18 de enero de 2004, ambas fechas inclusive, 3 de marzo al 30 de marzo de 2004, ambas fechas inclusive, para un total de 47 días hábiles.

c) Adicionados los días de suspensión del proceso, el término vence el 26 de mayo de 2004 y, por tanto, el tribunal se encuentra en la oportunidad legal para proferir el fallo.

1.8. La demanda y su contestación.

Las pretensiones incoadas por la parte convocante se analizan y deciden más adelante.

1.8.1. Los hechos de la demanda.

Las pretensiones están fundamentadas en los siguientes hechos:

1. El tres de noviembre de 1999 se firmó entre el Consorcio “Procam Ltda. — Ossa y Cía S. en C y el Distrito Capital de Bogotá— Secretaría de Educación, el contrato de obra 234 para “La construcción del Centro Educativo Distrital Bilbao Parques del campote la localidad 11, Suba, de Santafé de Bogotá, D.C.”. En dicho contrato la modalidad pactada de remuneración fue la de precios unitarios, y el plazo inicialmente previsto para la ejecución de las obras fue de doscientos cuarenta días (240) calendario, dividido en dos etapas, cada una de las cuales duraría ciento (120) días (hechos 1 y 2).

2. En la cláusula primera del citado contrato se dispuso que las obligaciones del constructor se ejecutarían “...de acuerdo con los estudios, planos y especificaciones técnicas de construcción entregados al constructor...”, por lo que el contratista dependería siempre de los estudios, planos y especificaciones cuya precisión y calidad era responsabilidad de la entidad contratante (hecho 3).

3. El 27 de octubre de 1999, se firmó un “acta de entrega provisional de precios” y se empezaron a ejecutar “actividades provisionales de obra” mientras se legalizaba el contrato y el contratista recibía el anticipo. El 4 de noviembre se llevó a cabo una reunión del comité de empalme, en la que se hizo entrega al contratista de los planos estructurales, arquitectónicos, hidrosanitarios y eléctricos del proyecto (hechos 4 y 5).

4. El 26 de noviembre de 1999 el contratista recibió el anticipo pactado en el contrato, debiéndolo firmar el acta de iniciación de la obra, según lo disponía el convenio, dentro de los tres días hábiles siguientes. Para esa fecha, sin embargo, ya se presentaban varios problemas relacionados con la disponibilidad de los planos con que debía contar el contratista para ejecutar la obra, pues no se encontraban listos los planos estructurales de cimentación, ni los planos estructurales del segundo piso (hechos 6 y 7).

5. Antes de firmarse el acta de iniciación de la obra, se habían realizado cuatro comités de obra, en cada uno de los cuáles se trató el tema referente a las inconsistencias que presentaban los planos estructurales. Solamente el 2 de diciembre de 1999, se entregaron al contratista los planos (6 de ellos), revisados y firmados por el calculista, el

interventor y el constructor, que le permitieron a este último empezar las obras de cimentación, a pesar de que se encontraba listo para hacerlo desde hacía más de diez días (hechos 8 y 9).

6. Se dio inicio, entonces, a la obra. En lo referente a la cimentación se iniciaron las excavaciones de zapatas y vigas de cimentación y la excavación de tanques, y se solicitó la figuración de hierro a “Laminados Andinos”, empresa proveedora. Fue posteriormente, cuando el calculista entregó unos planos de cimentación diferentes a los entregados el 2 de diciembre, y diferentes a la planilla de zapatas y hierros entregada en esa misma fecha, que se decidió, por parte de la auditoría de la obra, recalcular totalmente el proyecto, lo cual llevó a la parálisis total de la obra a partir del 19 de diciembre, con el compromiso de cancelar al constructor la totalidad de los perjuicios que le causaran, tanto la parálisis de la obra, como los defectos de los planos estructurales. El 22 de diciembre se le entregaron al contratista los planos de cimentación y columnas para ser revisados por él, y para proceder a acomodar el hierro depositado en obra (60 toneladas aproximadamente al nuevo diseño. Para el 28 de diciembre, se detectó que los nuevos planos recibidos también presentaban inconsistencias y que, además, el hierro nuevo diseñado era diferente al que ya se encontraba en la obra, por lo que fue necesario mandar a figurar una gran cantidad de hierro y refigurar alrededor de 2000 piezas. Adicionalmente a lo anterior, faltaban aún por recibir planos de la estructura en concreto, los planos de la estructura metálica, elementos no estructurales y vigas de cimentación, los cuales debían haber sido entregados al inicio de la obra. Pese a las dificultades anotadas, la obra se reanudó el 27 de diciembre, pero a un ritmo excesivamente lento, pues fue necesario modificar la excavación de las zapatas, reubicar las nuevas zapatas, escoger el hierro utilizable, y realizar otra serie de modificaciones engorrosas, originadas en el recálculo de la estructura. Las anteriores dificultades llevaron a un atraso en las obras de aproximadamente 30 días y, adicionalmente, sobrecostos por desperdicios de hierro, formaletas de zapatas no previstas y rellenos, debido a la reubicación de las nuevas zapatas (hechos 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16).

7. Ante el atraso que presentaban este y otros proyectos de construcción de centros educativos distritales, la Secretaría de Educación envió cartas a los inventores de los diferentes contratos, autorizándolos para el estudio y aprobación de un plan de contingencia que permitiera cumplir con la entrega de los centros educativos en las fechas esperadas. La carta enviada a J. Felipe Ardila y Cía. Ltda., firma interventora de este contrato, está fechada el 13 de enero de 2000, y ordena el estudio y aprobación de actividades de obra tales como el pago de horas extras diurnas y nocturnas, horas extras en feriados, transporte y alimentación nocturnos, equipo adicional de iluminación, y otros ítems, encaminados a acelerar el ritmo de los trabajos. La orden impartía exigía la implementación del plan de contingencia a partir de la semana que iniciaría el 17 de enero hasta la fecha de entrega de la primera etapa (hechos 17, 18 y 19).

8. El 15 de enero la interventoría solicitó al contratista esfuerzos adicionales con el fin de acelerar el ritmo de las obras. El 17 de enero de 2000, el contratista envía a la interventoría del proyecto un memorando en el que da a conocer varios detalles sobre las exigencias de la obra y el plan de contingencia exigido por la Secretaría de Educación. La respuesta del contratista a los requerimientos de aceleración de las obras fue más que sobresaliente. Los rendimientos alcanzados por los esfuerzos adicionales que se llevaron a cabo superaron ampliamente las expectativas del contratante y contratista. Las obras continuaron en medio de las dificultades que representaba para el contratista el hecho de no contar con los planos adecuados para trabajar, lo cual atrasaba las obras, por esta razón, generaba sobrecostos. Como ejemplo de lo anterior solamente hacia el 10 de marzo fueron llegando planos como los de la rampa de acceso a primaria y el plano de las escaleras de acceso a la rectoría (hechos 20, 21, 22 y 23).

9. De la misma manera, en el comité de obra del 23 de marzo de 2000, aún se estaban definiendo detalles de la parte eléctrica correspondiente a la primera etapa. Aún con la ejecución del plan de contingencia, estos hechos hicieron imposible cumplir con el plazo de terminación de la primera parte de la obra, previsto para el 31 de marzo de 2000, por lo que el contratista debió solicitar una prórroga al plazo para entregar las obras correspondientes, el cual fue finalmente concedido por la interventoría para el 10 de abril de 2000. A pesar de que la prórroga del plazo fue necesaria por razones imputables a la entidad contratante, esta última decidió, inexplicablemente, negar al contratista el reconocimiento de parte importante de los costos correspondientes al plan de contingencia que se causaran durante la extensión del plazo (hechos 24, 25, 26 y 27).

10. Pero no solamente sufría el contratista con los perjuicios propios de la demora en la entrega de los planos, sino

que hacia el mes de abril de 2000 se vio obligado a financiar la obra en una proporción importante, debido a la demora en que incurría la entidad contratante en realizar los pagos de las actas de obra que le presentaba el contratista (hecho 28).

11. Adicionalmente, la entidad contratante imponía una carga adicional no prevista en el contrato ni en los pliegos de condiciones, consistente en la exigencia de que los acabados se hicieran con el concreto “a la vista”, lo cual terminó generando aún mayores sobrecostos a un contrato que estuvo, por culpa de la entidad contratante, con constantes problemas de liquidez. La falta de liquidez del contrato, ocasionada por las demoras injustificadas de los pagos de las actas de obra, llevó a que la ejecución de las obras funcionara a media marcha hasta que, el 14 de abril de 2000, se paralizó la obra hasta el 1° de junio del mismo año (45 días), lo cual generó importantes sobrecostos al contratista (hechos 29 y 30).

12. Incurriendo en muy altos costos, el contratista logró negociar ante entidades del sistema financiero las actas de obra cuyo pago se encontraba vencido, logrando de esta manera mitigar, en algo, el daño que le causaba la mora en que incurría la entidad contratante, pues para mediados del mes de mayo aún no se producía el pago (hecho 31).

13. Con todo y los esfuerzos realizados por el contratista en la implementación del plan de contingencia, la SED no le reconocía los costos totales en que había incurrido el contratista por este concepto. En Especial, pero sin limitarse a ellos, la SED se rehusó sistemáticamente reconocerle al contratista los costos correspondientes al plan de contingencia, que se causaron durante las prórrogas al contrato, a pesar de que estas se hicieron necesarias por causas ajenas al contratista, y, en muchos casos, por incumplimiento directo del contratista (hechos 32 y 33).

14. A pesar de que la obra continuó, en medio de las dificultades que hemos descrito, los trabajos se paralizaron nuevamente. Fue necesario suspenderla de nuevo, suspensión que de hecho duró desde el 31 de julio hasta el 17 de octubre de 2000, debido a la falta de presupuesto de la entidad contratante. El 20 de octubre de 2000, se firmó una adición al contrato en la cual se modificaron el plazo y el valor del mismo, quedando como plazo de terminación el 26 de diciembre de 2000. La SED se demoró varios días más de lo previsto en la entrega del anticipo correspondiente a esta adición contractual, entre otras razones, porque calculó el plazo para su entrega con base en la fecha de la firma de la adición y en la entidad contratante extraviaron el documento, habiendo sido necesario firmarlo nuevamente, varios días después (hechos 34, 35 y 36).

15. Al pagar el anticipo, la entidad contratante incumplió su obligación de ajustarlo en los términos previstos en el contrato, y decidió entregar la cantidad correspondiente a precios de octubre de 1999, es decir, valores desactualizados en más de un año (hecho 37).

16. El 17 de enero de 2001 fue necesario suspender la obra debido, nuevamente, a la falta de reserva presupuestal por parte de la entidad contratante. La suspensión duró hasta el día 11 de marzo de 2001, generando una nueva dilación, por un término aproximado de cincuenta y cuatro (54) días. Es necesario anotar que, durante todos los períodos de parálisis o de suspensión de las obras, los cuales ocurrieron por causas por las que debe responder la entidad contratante, el contratista hizo esfuerzos muy importantes para mitigar el impacto de los perjuicios que sufría, redistribuyendo sus recursos y prescindiendo temporalmente de algunos de ellos, cuando era posible. Por esta razón los perjuicios que hoy reclama el contratista son significativamente menores que aquellos que se hubiera producido sino se hubiera realizado este esfuerzo (hechos 38 y 39).

17. Finalmente, el 2 de abril de 2001, se recibió definitivamente la obra, a satisfacción de la entidad contratante. Mediante comunicación 234-117-01 OB del 31 de julio de 2001, el contratista presentó al Distrito Capital - Secretaría de Educación, las reclamaciones originadas en el contrato que aún se encontraban insatisfechas por parte de la entidad contratante. El contrato se liquidó el 8 de agosto de 2001, habiéndose dejado por la parte contratista, en el acta respectiva, las salvedades correspondientes a las reclamaciones que se encontraban pendientes de solución, y sobre las que versa la presente demanda (hechos 40, 41 y 42).

1.8.2. La contestación de la demanda por la Secretaría de Educación.

La entidad de derecho público convocada, al contestar la demanda, dijo respecto de las pretensiones (expediente a fl. 115 del cdno. ppal. 1):

“Me opongo a todas y cada una de las pretensiones del demandante, por no asistirle razón al convocante teniendo en cuenta la inexistencia de obligaciones a cargo de la Secretaría de Educación a favor del solicitante”.

Aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes, en los siguientes términos:

Al hecho 1: es cierto.

Los hechos 2 al 4: son parcialmente ciertos.

Los hechos 5 y 6: son ciertos.

Al hecho séptimo: no es cierto.

Al hecho octavo: es parcialmente cierto.

Los hechos noveno y décimo: son ciertos.

Al hecho undécimo: es parcialmente cierto.

Los hechos décimo segundo, décimo tercero y décimo cuarto: son ciertos.

Los hechos décimo quinto y décimo sexto: son parcialmente ciertos.

Los hechos décimo séptimo, décimo octavo y décimo noveno: son ciertos.

Al hecho vigésimo: no es cierto.

Al hecho vigésimo primero: es cierto.

Los hechos vigésimo segundo, vigésimo tercero: técnicamente no son hechos.

Al hecho vigésimo cuarto: no es cierto.

Al hecho vigésimo quinto: es parcialmente cierto.

Los hechos vigésimo sexto, vigésimo séptimo: no son ciertos.

Al hecho vigésimo octavo: no me consta.

Los hechos vigésimo noveno y trigésimo: no son ciertos.

Al hecho trigésimo primero: no me consta.

Los hechos trigésimo segundo, trigésimo tercero y trigésimo cuarto: no son ciertos.

Los hechos trigésimo quinto y trigésimo sexto: es cierto.

Los hechos trigésimo séptimo y trigésimo octavo: no son ciertos.

Al trigésimo noveno: no me consta.

Al hecho cuadragésimo: es parcialmente cierto.

Los hechos cuadragésimo primero y cuadragésimo segundo: son ciertos.

2. Consideraciones.

Precisada la controversia planteada por las partes, para su decisión en derecho, el tribunal analizará:

I. Preliminarmente, los presupuestos procesales.

II. Las pretensiones de la demanda.

III. La controversia sometida a decisión del tribunal.

I. Los presupuestos procesales.

Para el tribunal la totalidad de los “presupuestos procesales” ⁽¹⁾ concurren en este proceso:

1. Demanda en forma.

La demanda iniciatoria de este proceso cumple en su totalidad las exigencias legales consagradas por el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil.

2. Competencia.

El tribunal, es competente para el juzgamiento y decisión de las controversias contenidas en las pretensiones y excepciones, todas de carácter patrimonial o económicas, disponibles y transigibles entre sujetos capaces y susceptibles de “pacto arbitral”, tal como analizó detenidamente en la providencia proferida el quince (15) de septiembre de dos mil tres (2003), acta 5. Ambas partes, en ejercicio del derecho constitucional fundamental de acceso a la justicia, acordaron el arbitraje como mecanismo eficaz e idóneo para la decisión de las controversias presentadas durante la ejecución del contrato estatal reseñado, estando facultadas para tal efecto al tenor de los artículos 116 de la Carta Política, 8° y 13 de la ley estatutaria de la administración de justicia, 270 de 1996, 3° y 111 de la Ley 446 de 1998, 70 de la Ley 80 de 1993 ⁽²⁾.

3. Capacidad de parte.

Las partes, el consorcio conformado por personas jurídicas de derecho privado y la entidad pública, son sujetos plenamente capaces y por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, abogados titulados, debidamente constituidos, y por ende con “capacidad procesal” o “para comparecer a proceso”.

Revisado el expediente y con base en las certificaciones que obran en el mismo, confirma el tribunal que las partes en el presente proceso, son personas con capacidad para transigir y que han estado legalmente representadas.

No se observa causal alguna de nulidad de la actuación, pues el tribunal se integró e instaló en debida forma y en las oportunidades legales se consignó el total de los gastos y honorarios, asumió competencia, decretaron y practicaron las pruebas con sujeción a las formas, el debido proceso, el respeto del derecho de defensa y contradicción, el laudo según el pacto arbitral, se profiere en derecho, dentro del término y la acción relativa a controversias contractuales se ejerció dentro de la oportunidad legal (CCA, art. 136, num. 10, modificado por L. 446/98, art. 44), pues, a la presentación de la solicitud de convocatoria y demanda arbitral el 10 de julio de 2003 (fls. 1 a 35, cdno. 1), no habían transcurrido los dos años contados desde el acta de liquidación (ago. 1°/2001) y, en esta, se consignaron las salvedades relacionadas con la controversia (fls. 228 y 229 del cdno. de pbas. 1).

II. Las pretensiones de la demanda.

Las diferencias sometidas al juzgamiento del tribunal conciernen al contrato estatal de obra 234 de noviembre de 1999 celebrado por las partes, respecto del cual en la demanda arbitral la parte convocante, formula las siguientes pretensiones:

1. “Que se declare que, por razones ajenas al contratista, y por las que debe responder el Distrito Capital - Secretaría de Educación, fue necesario elaborar y poner en marcha un plan de contingencia para terminar oportunamente las obras de la primera etapa, previstas en el contrato 234 del 3 de noviembre de 1999 celebrado entre la Secretaría de Educación del Distrito Capital, como entidad contratante, y el consorcio conformado por las sociedades Procama Ltda. y Ossa y Cía. S. en C., como contratista, el cual representó para el contratista sobrecostos directos e indirectos que no le fueron reconocidos en su totalidad.

2. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene al Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de

Educación, a pagar al contratista la suma de ochenta y dos millones de pesos (\$ 82'000.000), o la que resulte probada en el proceso.

3. Que se declare que, por razones ajenas al contratista, y por las que debe responder el Distrito Capital - Secretaría de Educación, el contrato de obra 234 del 3 de noviembre de 1999 celebrado entre la Secretaría de Educación del Distrito Capital, como entidad contratante, y el consorcio conformado por las sociedades Procam Ltda. y Ossa y Cía. S. en C., como contratista, duró varios meses más de lo previsto originalmente por las partes, generándose un daño antijurídico para el contratista por concepto de mayor permanencia en la obra.

4. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene al Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación, a pagar al contratista la suma de ciento dieciséis millones de pesos, (\$116'000.000), o la que resulte probada en el proceso.

5. Que se declare que el Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación, estaba obligado a reajustar el valor del anticipo entregado al contratista en virtud de la adición 2 al contrato, pactada entre las partes el 18 de octubre de 2000, en los términos establecidos en el contrato original.

5. Primera subsidiaria. Que se declare que el Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación, estaba obligado a reajustar el valor del anticipo entregado al contratista en virtud de la ampliación pactada entre las partes el 18 de octubre de 2000, en los términos que determine el honorable tribunal.

6. Que como consecuencia de la declaración contenida en la pretensión anterior, bien sea en la pretensión principal o en la subsidiaria, se condene al Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación a pagar al contratista los perjuicios que le ocasionó el incumplimiento de la entidad contratante, de su obligación de actualizar el anticipo correspondiente a la ampliación contractual del 18 de octubre de 2000, los cuales ascienden a la suma de más de cincuenta millones de pesos (\$50'000.000), o la que resulte probada en el proceso.

7. Que se declare que el Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación, incumplió en repetidas ocasiones su obligación de pagar oportunamente las actas presentadas por el contratista— el consorcio conformado por las sociedades Procam Ltda. y Ossa y Cía. S. en C.

8. Que como consecuencia de la declaración anterior, se declare que Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación, está obligado a pagar al contratista intereses de mora a una tasa equivalente al doble del interés legal civil (12%), sobre el monto histórico actualizado del capital o, en su defecto, a la tasa que el honorable tribunal determine.

9. Que se declare que los pagos hechos extemporáneamente al contratista deberán ser imputados primero a intereses y luego a capital.

10. Que como consecuencia de las declaraciones 7, 8 y 9, se condene al Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación, a pagar al contratista— el consorcio conformado por las sociedades Procam Ltda. y Ossa y Cía. S. en C.— el capital que resulte insoluto después de imputar a intereses los pagos hechos extemporáneamente por concepto de actas presentadas, más los intereses de mora sobre ese capital insoluto, a una tasa equivalente al doble del interés legal civil (12%), sobre el monto histórico actualizado del capital o, en su defecto, la que el honorable tribunal determine, calculados entre la fecha en que debió hacerse el pago y aquella en que el pago efectivamente se realice.

10. Primera subsidiaria. Que como consecuencia de la declaración séptima se condene al Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación, a pagar al contratista, la suma que resulte de aplicar el criterio que sobre imputación de pagos y cálculo de intereses de mora el tribunal estime procedente.

11. Que se declare que el incumplimiento del Distrito Capital - Secretaría de Educación, consistente en el pago extemporáneo de las actas presentadas por el contratista, generó al contratista perjuicios adicionales a los que resultan reparados por el pago de intereses, consistentes en costos financieros por negociación de las actas de obra, intereses pagados a proveedores, prestamos obtenidos de terceros y costos por suspensión de los trabajos, los cuales le deben ser reparados en su integridad.

12. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene al Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación, a pagar al contratista la suma de ciento setenta y un millones de pesos (\$ 171'000.000), o la que resulte probada en el proceso, y

13. Que se declare que el Distrito Capital - Secretaría de Educación se apartó de las condiciones previstas en el pliego de condiciones y pactadas en el contrato, al exigirle al contratista que la estructura de concreto fuera entregada con acabado "a la vista", lo cual generó para el contratista un daño antijurídico, consistente en los costos adicionales que significa elaborar una estructura de concreto a la vista, en relación con los costos que hubiera representado hacerlo en las condiciones previstas en el pliego de condiciones y en el contrato.

14. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene al Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación, a pagar al contratista la suma de sesenta y siete millones de pesos (\$67'000.000), o la que resulte probada en el proceso, por concepto de los costos adicionales en que incurrió como consecuencia de la exigencia del contratante en el sentido de entregar la estructura de concreto con acabado a la vista.

15. Que se condene al Distrito Capital - Secretaría de Educación, a pagar al contratista la totalidad de las condenas originadas en las pretensiones anteriores, actualizadas a la fecha del laudo, de acuerdo con el índice de precios al consumidor más doce por ciento (12%), o de acuerdo con el criterio de actualización que el honorable tribunal estime procedente.

16. Que se declare que el Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación, incumplió sus obligaciones contractuales, adquiridas dentro del contrato 234 del 3 de noviembre de 1999 celebrado con el consorcio conformado por las sociedades Procam Ltda. y Ossa y Cía. S. en C., como contratista.

17. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene al Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación, a indemnizar al consorcio integrado por las sociedades Procam Ltda. y Ossa y Cía. S. en C., la totalidad de los perjuicios que se le causaron como consecuencia del incumplimiento de la entidad contratante.

18. Que se condene al Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación, a pagar las costas de este proceso".

Las anteriores pretensiones equivalen a las salvedades del contratista en el acta de liquidación al contrato del 1º de agosto de 2001 (fls. 228 y 229 del cdno. de pbas. 1).

"Acta de liquidación:

(...).

Con la suscripción quedan extinguidas todas las obligaciones surgidas entre el Distrito Capital D.C.— Secretaría de Educación y el contratista por concepto del contrato de obra 234/99, a excepción de las obligaciones que pidieron resultar a favor del contratista referentes a las reclamaciones presentadas durante el desarrollo del contrato relacionadas y evaluadas en el oficio 234-117-01 OB de fecha julio 31 de 2001, las que se resumen en los siguientes ítems:

Oficio 2354-117-01 OB

- Mayor permanencia de obra.
- Costos financieros y sobrecostos causados por el incumplimiento en los pagos por parte de la SED.
- Plan de contingencia.
- Reajustes referentes a la ampliación del contrato.
- Exigencias del acabado del concreto de la estructura.

"Todos estos ítems tienen un costo aproximado de \$400'000.000 traídos a valor presente de la fecha de presentación de esta acta (...) (la firma Germán González Gómez por parte del contratista).

III. La controversia sometida a decisión del tribunal

La lectura de las pretensiones de la demanda, permite concluir que la controversia atañe a una hipótesis de responsabilidad patrimonial de naturaleza contractual, pues respecto del contrato 0234 de 1999 celebrado por las partes, la demandante pretende imputar a su contratante, Distrito Capital – Secretaría de Educación, la obligación de pagar unas sumas de dinero a título de daño antijurídico, rompimiento del equilibrio o incumplimiento contractual.

El tribunal, con el propósito de fijar el marco jurídico conceptual para resolver este conflicto, analizará el régimen normativo del contrato estatal de obra pública, expondrá las razones y fundamentaciones pertinentes en el ámbito de la Ley 80 de 1993, norma aplicable al contrato sobre el cual versa el laudo, respecto del daño antijurídico, del incumplimiento contractual y del rompimiento del equilibrio contractual, como entidades jurídicas que apuntan todas, a que la administración deba asumir los daños que pueda sufrir el contratista, de contrato estatal.

Previo análisis de la legitimación en la causa para el ejercicio de la acción y una vez establecidos los elementos de cada una de estas entidades con base en las normas vigentes y en atención a los pronunciamientos de la doctrina y la jurisprudencia, el tribunal confrontará los hechos probados en el proceso, y su adecuación a los supuestos fácticos y normativos, para según lo que resulte de esta confrontación, decidir la situación fáctica controvertida de conformidad con el ordenamiento jurídico, los argumentos de las partes y los elementos probatorios.

1. El contrato estatal de obra.

De acuerdo con el estatuto contractual vigente, son contratos de obra pública, los “que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago” ⁽³⁾ .

En cuanto contrato estatal expresamente consagrado en la Ley 80 de 1993 ⁽⁴⁾ , ostenta tipicidad legal, esto es, nomen y disciplina normativa, es de carácter bilateral en su formación y efectos o de prestaciones correlativas, oneroso y conmutativo, usualmente de ejecución sucesiva, progresiva o prolongada en el tiempo y, tiene por elementos esenciales o necesarios e imprescindibles para su existencia la obra que puede consistir en la construcción, mantenimiento o instalación o la realización de cualquier tipo de trabajo material sobre inmuebles y el precio, sea determinado o determinable, fijo o variable, unitario o global o a alzada.

La escogencia del contratista, por lo general, se hará a través del procedimiento prodrómico disciplinado por la ley. En este sentido, los pliegos de condiciones, términos de referencia o bases de la licitación, concurso o invitación a ofrecer ⁽⁵⁾ , según el caso, son indicativos de un proceso compuesto y de un “molde” o “recetario” definitorio de la contratación, que precisan un contenido mínimo legalmente impuesto de forzosa observación por la entidad estatal y los particulares, a punto que la oferta debe someterse al pliego de condiciones, el contrato a este y a la propuesta, requisito examinado por la jurisprudencia, *ab initio* , con severidad ⁽⁶⁾⁽⁷⁾⁽⁸⁾ y ahora con admisión de “leves” desajustes ⁽⁹⁾ , siendo de singular trascendencia para determinar el alcance de los derechos y obligaciones de las partes, la equivalencia prestacional y la incidencia de sucesos ulteriores en el equilibrio de la relación jurídica contractual. En cuanto refiere al régimen jurídico regulador del contrato de obra pública, se aplicarán las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y sus normas reglamentarias y, en las materias no reguladas, las del derecho privado, civil o comercial ⁽¹⁰⁾ .

Las estipulaciones del contrato estatal, “serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza”; pudiendo convenirse las modalidades, condiciones “y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración” ⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾ , considerando, por supuesto los fines, intereses y cometidos de la contratación estatal ⁽¹¹⁾ .

Consecuencialmente, el contrato de obra celebrado por las partes originario de la controversia sometida a conocimiento del tribunal, 234 del 3 de noviembre de 1999, se regula:

a) Por la Constitución Política en lo atañadero a los fines de la función administrativa (arts. 1º y 209);

- b) Por la Ley 80 de 1993 y sus normas reglamentarias en las materias expresamente disciplinadas.
- c) En lo no contemplado en el estatuto de contratación estatal, por el derecho privado, civil y comercial.

2. La legitimación en la causa.

La legitimación en la causa refiere a la titularidad del derecho para incoar una acción y deducir una pretensión, es presupuesto de fondo imprescindible de la sentencia y, su ausencia, conduce al rechazo de las pretensiones ⁽¹¹⁾.

La convocatoria y demanda arbitral de este asunto se presentó por el Consorcio Procam Ltda. y Ossa & Cía. S. en C. Al tenor de los artículos 6º y 7º de la Ley 80 de 1993, el consorcio, se presenta “cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman”, en cuyo caso, designarán “la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad”, “pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal” ⁽¹²⁾.

El consorcio, no es persona ni sujeto de derechos y carece de personificación normativa, si bien tiene capacidad ⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾, presentándose como una unión, combinación o coligación de varios y distintos sujetos, sean naturales, sean jurídicos, con una finalidad común y convergente, todos solidarios del cumplimiento y de la responsabilidad inherente, esto es, supone una pluralidad de sujetos que conservan su singularidad, personificación y personalidad jurídica, una comunidad de intereses e identidad de propósitos y una responsabilidad solidaria por la seriedad de la oferta, la celebración y ejecución del contrato, pero los efectos de los actos sancionatorios recaen exclusivamente respecto de quien incurre en los actos que los determinan e imponen de acuerdo con su participación ⁽¹⁵⁾. Por ello, los derechos, acciones y pretensiones, se radican en cada uno de sus miembros y, por tanto, la legitimación y el poder dispositivo se predica de cada uno conforme al acuerdo constitutivo, quienes, no obstante, por mandato legal confieren representación a uno de sus integrantes.

Tampoco con el consorcio se estructura una hipótesis de solidaridad activa, más si de solidaridad pasiva ⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾ y, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en reiteradas oportunidades ha postulado la presencia de un litisconsorcio necesario entre sus miembros ⁽¹⁷⁾.

En el presente asunto, todas las personas integrantes del consorcio con el cual se celebró el contrato generatriz de la controversia y respecto del que se pretende la declaración de restablecimiento del equilibrio económico y pronunciamientos consecuenciales han comparecido a proceso por sus representantes legales y su apoderado judicial. Y, por otra parte, el contrato, se liquidó bilateralmente por las partes y en el acta se hizo expresa reserva a propósito de las controversias vinculadas al cese de actividades.

En consecuencia, para el tribunal, es evidente la legitimación en causa por activa y pasiva.

3. La existencia y validez del contrato.

Para deducir la responsabilidad contractual o desatar pretensiones económicas por daño antijurídico, incumplimiento o desequilibrio prestacional derivadas de un contrato, es menester su existencia y validez.

En este sentido, el juez del contrato, por mandato constitucional y legal ⁽¹⁷⁾, tiene el deber de verificar la ausencia de causas de nulidad absoluta y, en su caso declararlas oficiosamente ⁽¹⁸⁾ cuando quiera que el ordenamiento jurídico así lo imponga ⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾⁽²¹⁾ y este deber no es extraño a quienes en condición de árbitros habilitados por las partes ejercen la función pública de administrar justicia y asumen la investidura de juzgadores, tanto cuanto más que el Consejo de Estado en providencia de 14 de agosto de 2003 ⁽²²⁾, rectificando interpretaciones anteriores de la misma corporación, concluyó que el legislador “en efecto, estableció que los tribunales de arbitramento pueden conocer procesos en los cuales se debata la existencia y validez del contrato. Así, la ley expresamente faculta a los árbitros para pronunciarse sobre las materias mencionadas” (L. 446/98, art.

116, D. 1818/98, art. 118, D. 2279/89, art. 2º) (.

Del análisis del contrato estatal de obra 234 del 3 de noviembre de 1999 y sus adicionales, el tribunal concluye su existencia y no encuentra con caracteres manifiestos y ostensibles causales de nulidad absoluta de aquellas respecto de las cuales el orden jurídico le impone el deber de examinar, constatar y declarar *ex officio*.

4. La responsabilidad contractual por daño antijurídico.

Entendida la responsabilidad ([22](#)) como el deber de reparar el daño, esto es, la lesión de un derecho, interés o “valor tutelado por el ordenamiento”, cuando la fuente del quebranto es un contrato, es de naturaleza contractual y, por tanto, presupone por elementos constantes a más de su existencia, la causación de un daño y la relación de causalidad.

A partir de la Constitución del 1991 ([23](#)) , se introdujo con carácter normativo y por tanto mandatorio, el concepto de daño antijurídico.

Esta doctrina, transformó y consolidó el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado, con un ámbito propio, diferente del desarrollado hasta entonces por la jurisprudencia ([24](#)) , que explica la Corte Constitucional, así:

“el artículo 90 de la Carta, atendiendo las construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico.

Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal —bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía— sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación” ([25](#)) .

La Corte Constitucional, prohijando pronunciamientos precedentes del Consejo de Estado, ha dejado establecido, que el régimen de daño antijurídico, es aplicable no solo en materia extracontractual, sino contractual, al considerar que el mandato del artículo 90 constitucional no solo es imperativo sino que no hizo alguna excepción o distinción que justificara una interpretación diferente sobre el alcance de su aplicación ([26](#)) .

En Sentencia C-333 de agosto 1º de 1996, expresó:

“El artículo 90 y la responsabilidad patrimonial del Estado

(...) para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no solo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual (...).

Daño antijurídico, conducta antijurídica y responsabilidad contractual del Estado.

(...) 13. La Corte coincide con los intervinientes en que el estatuto contractual incorpora como deberes de las entidades y derechos de los contratistas gran parte de los fundamentos clásicos de la responsabilidad contractual del Estado, de suerte que en general todo daño antijurídico supone en este campo una conducta antijurídica, pues si la entidad incumple esas normas legales su conducta es contraria al derecho. Así por ejemplo, en general se ha considerado que en el campo contractual el llamado “hecho del príncipe” constituía una base de responsabilidad del Estado que no implicaba una conducta antijurídica de la administración.

Según esta concepción, proveniente del derecho francés, una medida global que el Estado efectúa por razones de interés general, como una reforma tributaria, puede romper el equilibrio financiero de un contrato administrativo.

La medida estatal es legítima y el contrato también debe ser cumplido pues es importante para la comunidad. Sin embargo, no es equitativo que a raíz de la norma general dictada que rompe la ecuación financiera de su contrato,

el contratista reciba un menoscabo patrimonial sin indemnización, por lo cual la administración debe reparar el daño o restablecer el equilibrio contractual.

Ahora bien, frente al estatuto contractual es claro que si la entidad no restablece el equilibrio financiero del contrato su conducta es antijurídica pues el contratista tiene derecho a que tal equilibrio sea mantenido, por lo cual debe ser indemnizado, de conformidad con la norma impugnada.

14. Con todo, la Corte considera que puede haber casos en materia contractual que implican un daño antijurídico sin que se pueda establecer la existencia de una conducta antijurídica de la administración. Así, sin que medie una conducta contraria a derecho de la administración, puede ocurrir que se incremente el patrimonio de la entidad pública y se empobrezca correlativamente el del contratista, en virtud de una mayor cantidad de obra que la pactada por razones de interés general ⁽²⁷⁾ .

En ese caso, en función de la teoría de la imprevisión (C.C., art. 2060, ord 2º), habría un enriquecimiento de la administración sin causa que implica un deber indemnizatorio, pues el contratista no tiene por qué soportar ese perjuicio. Así, si en tales eventos se aplicara el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 como fundamento único de la responsabilidad contractual del Estado, se estaría admitiendo que este daño no fuese reparado, lo cual vulnera el artículo 90 de la Carta.

(...).

“Por todo lo anterior, la Corte considera que la expresión acusada no vulnera en sí misma la Constitución, siempre y cuando se entienda que ella no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Carta al ámbito contractual.

En cambio, la disposición impugnada puede generar situaciones inconstitucionales si se concluye que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 es el único fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia contractual, por cuanto ello implicaría una ilegítima restricción del alcance del artículo 90 que, como se ha visto, consagra una cláusula general de responsabilidad que engloba los distintos regímenes en la materia.

Por ello la Corte declarará la citada expresión exequible, pero de manera condicionada, pues precisará que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 no constituye el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo contractual, por lo cual el artículo 90 de la Constitución es directamente aplicable en este campo” ⁽²⁸⁾ .

Ha dicho también, que, en los términos expresados por el Consejo de Estado, la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado supone, la determinación de un daño, que pueda serle imputado, con la advertencia que esa imputabilidad no es solo la causalidad material que es parte esencial de cualquier forma de responsabilidad, sino de [en] los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal” títulos que pueden ser, el incumplimiento de los mandatos de la legislación contractual, del texto del contrato, entre ellos el deber de mantener el equilibrio contractual y en materia extracontractual, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista para citar algunas disposiciones, en el inciso 2º del artículo 90 de la Constitución Nacional y en el artículo 77 del Código Contencioso Administrativo; la igualdad de las personas ante la ley (C.N., art. 13 entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo por la Ley 104 de 1993 o en el Decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia artículo 40 del Código Procedimiento Civil, artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, etc., la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia de equidad como este del no enriquecimiento sin causa” ⁽²⁹⁾ .

Siguiendo el racionio de la Corte Constitucional, que el tribunal acoge, el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 a cuyo tenor, las “entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicio a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”, no es inconstitucional, en la medida en que no restringe o limita el ámbito de aplicación del artículo 90 de la Constitución Política en el sentido de poderse interpretar que solo con la demostración de la

existencia de una conducta reprochable de la administración se genera el deber de responder patrimonialmente, en materia contractual. También, en el ámbito del contrato estatal, genera la obligación de reparación patrimonial, cualquier daño sufrido por el contratista, que jurídicamente no este obligado a soportar.

Lo anterior no excluye que considere el tribunal, que, en desarrollo del alcance que le dio la Corte Constitucional al concepto de daño antijurídico, y los elementos para su configuración, cuando la reparación patrimonial se haga, invocando un título de imputación específica, deba el juzgador aplicar las reglas que regulan cada uno de esos títulos de imputación. Así, si la reparación patrimonial que se busca es la que se deriva de una falla en el servicio, deberá el juzgador encontrar probado en el proceso, el deber legal de la administración de realizar la actividad, la existencia de una conducta inadecuada o disfuncional respecto de ese deber, el daño, y la relación entre uno y otro. En materia contractual, igualmente, considera el tribunal, deberá el juez del contrato verificar la existencia de los requisitos sustanciales que le permitan determinar la existencia del título de imputación, que la parte alega como fuente de su daño antijurídico.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, a más de señalar por elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial del Estado la presencia del daño antijurídico y la imputabilidad ⁽³⁰⁾, ha explicado estas nociones, así:

“Se consagró entonces en la norma superior transcrita la responsabilidad patrimonial del Estado, por las acciones u omisiones de las autoridades públicas que ocasionen un daño antijurídico, régimen bajo el cual, para casos como el examinado, a la parte actora le corresponde demostrar que por parte de la autoridad respectiva se dio un comportamiento activo u omisivo, que le generó algún daño y que esa conducta y el daño respectivo se encuentran causalmente relacionados.

Frente a esta situación el Estado podrá exonerarse de responsabilidad, solamente si acredita la fuerza mayor, el hecho exclusivo de la víctima o el hecho exclusivo de un tercero, sin que pueda alegar como eximentes el caso fortuito o una conducta diligente y cuidadosa, por cuanto en ese tipo de responsabilidad, antes que la antijuridicidad del actuar del ente administrativo, lo que importa es la antijuridicidad del daño, el cual, resulta antijurídico cuando a pesar de ser legítima la conducta de la administración, la misma causa un perjuicio a quien no estaba obligado a soportarlo.

Ahora bien, ante la ausencia de una definición constitucional y legal que concretamente determine el sentido de la expresión “daños antijurídicos” utilizado en el precepto comentado, la Sala ha acudido a la doctrina española para establecer el alcance de dicho concepto, y así, entre otros, en fallos de 31 de octubre de 1991, expediente número 6515; de 22 de noviembre de 1991, con ponencia del señor Consejero doctor Julio César Uribe Acosta, y de 3° de julio de 1992, expediente 6941, con ponencia del señor Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, se han trasladado, en lo pertinente, las siguientes nociones:

Según Leguina, “...un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica” (Cita de J. M., de la Cuétara. “La actividad de la administración”. Tecnos, p. 554). “...no se trata de ningún perjuicio causado antijurídicamente, sino de un perjuicio antijurídico en sí mismo; por otra parte, se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles... La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando un particular no está obligado a soportar un detrimento patrimonial”.

Al referirse al concepto “técnico jurídico” de lesión resarcible o daño antijurídico, el profesor Eduardo García de Enterría, hace las siguientes consideraciones:

“Al construir la institución de la responsabilidad de la administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción a una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantías de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento solo sí, en la medida en que

se ha producido una lesión patrimonial. El concepto de lesión patrimonial se convierte de este modo en el basamento mismo del sistema, lo cual hace especialmente necesario caracterizarlo con toda precisión desde un punto de vista técnico jurídico; nada perjudicaría tanto al progresivo sistema establecido en nuestro derecho que interpretarlo como una fórmula inespecífica, que o bien pudiese justificar cualquier pretensión indemnizatoria, por absurda que fuese, o bien remitirse a valoraciones de equidad según libres estimaciones de los aplicadores del derecho en cada caso. Nuestro sistema positivo, por el contrario, reposa sobre un profundo rigor técnico, que solo precisa de una explicación coherente.

“A estos efectos conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo” ⁽³¹⁾.

Con independencia de licitud o ilicitud de la conducta ⁽³²⁾⁽³³⁾, la carencia de justificación de la lesión califica el daño de antijurídico ⁽³⁴⁾ y fundamenta la responsabilidad patrimonial del Estado ⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾, en cuanto no se imponga el deber de soportarlo, lo cual, según la autorizada opinión del profesor García de Enterría, “depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute el perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado: por ejemplo la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal. Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión, un perjuicio injusto” ⁽³⁶⁾, que para la jurisprudencia española comporta la presencia de un resultado dañoso causante de un perjuicio susceptible de valoración pecuniaria ⁽³⁶⁾.

De lo expuesto, concluye el tribunal:

- a) La concepción del daño antijurídico consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, fundamenta la responsabilidad patrimonial del Estado, cualquiera fuere la causa de imputación, sea contractual, sea extracontractual o de otra naturaleza.
- b) La estructura nocional del “daño antijurídico” concierne al quebranto inmotivado de un derecho, interés o valor jurídicamente tutelado que no se está en deber de soportar.
- c) Tratándose de la responsabilidad contractual es menester la plena demostración del “daño antijurídico” reparable, su imputabilidad y relación de causalidad y, por tanto, de sus elementos estructurales conforme a las normas jurídicas que la gobiernan.
- d) En particular, el contratista deberá probar el daño generado por la celebración, ejecución o terminación del contrato estatal, que no tiene el deber constitucional, legal, negocial o extracontractual de soportarlo ⁽³⁷⁾, que es imputable a la esfera normativa del Estado y tiene una relación de causalidad con la acción u omisión

5. El equilibrio económico en la contratación estatal y en el contrato de obra pública.

En la contratación estatal, el equilibrio económico es un principio rector imperativo ⁽³⁸⁾ consagrado expresamente en los artículos 4º —numerales 3º, 8º y 9º, 5º— numerales 1º y 14—, 25 —numerales 13 y 14—, 26 —numeral 2º—, 27— numeral 1º—, 28 y 50 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 ⁽³⁹⁾.

La alteración de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato estatal durante la ejecución del contrato, puede darse por actos o hechos de la entidad estatal contratante (ejercicio de facultades o poderes excepcionales, incumplimiento), del Estado (“Hecho del Príncipe”) o por factores ajenos a las partes (“imprevisión”) ⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾ y, precisa la simetría prestacional de los negocios jurídicos onerosos y conmutativos ⁽⁴²⁾ en consideración a su estructura económica, regulación legal, estipulaciones acordadas y, a la previsión, dosificación y distribución de los riesgos derivados de la contratación.

En el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico, una de las causas de ruptura del equilibrio económico del

contrato estatal y del daño antijurídico consecuente, ciertamente, puede originarse en el incumplimiento contractual, esto es, en una conducta lesiva de la relación jurídica negocial ^(42) y, por consiguiente, en la responsabilidad contractual ^(43) según la reiterada jurisprudencia del contencioso administrativo ^(44) .

En particular, el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, dentro de los derechos y deberes de los contratistas, establece:

“ART. 5º—De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º de esta ley, los contratistas:

1. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato (resaltado ajeno al texto) ^(45) .

En concordancia con los artículos 4º —numerales 3º, 8º y 9º—, 5º, numeral 1º, 25 y 27 de la Ley 80 de 1993, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, disciplina:

“Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al restablecimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas”.

En la precisión de los efectos del desequilibrio económico, ostenta particular relevancia la previsión, distribución y dosificación de los riesgos de la contratación ^(46) , usualmente definidos por las mismas partes, en los términos de referencia, pliegos de licitación, invitación a ofrecer, oferta o propuesta y en el contrato (C.C., art. 1604), sin llegar al extremo de la asunción de un “alea” anormal o extraordinaria o “acontecimiento —excepcional— que frustra o excede todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato” ^(47) y “de suficiente entidad para afectar la estructura económica del contrato” ^(48) .

El equilibrio económico actúa en el contrato estatal de obra, negocio jurídico por excelencia oneroso y conmutativo, sea estipulado a precios unitarios, sea pactado a precio global.

La jurisprudencia contenciosa en reiteradas oportunidades ha analizado y reconocido diversas circunstancias que alteran el equilibrio del contrato estatal de obra pública y precisan su restablecimiento, sea por factores exógenos o extraños al contratista, ora por causas imputables a la administración dentro de las cuales se sitúa el incumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales.

La falta de pago del anticipo o de las obligaciones pecuniarias en la oportunidad pactada, de la aprobación de los estudios, diseños, planos o especificaciones o de sus modificaciones y adiciones, de las obras y servicios suplementarios o complementarios, la negativa injustificada a recibirlos o su recepción tardía, la abstención de los trámites y diligencias pertinentes o de la suscripción de las actas correspondientes o a las disponibilidades y reservas presupuestales o de los análisis y adopción de las decisiones respectivas para tales menesteres, son expresiones del incumplimiento contractual con evidente incidencia en el equilibrio económico del contrato, en el cual también inciden las suspensiones, prórrogas o ampliaciones del plazo o de las obras, la mayor permanencia y la ejecución de obras adicionales que generan un costo para el contratista.

En sentencia de 29 de abril de 1999, con ponencia del Consejero de Estado, Daniel Suárez Hernández, recapitulando las bases y exigencias del principio, concretó:

“El contrato de obra pública está cobijado por el principio de la ecuación financiera, definida por el autor argentino Osvaldo Máximo Bezzi como “una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato sobre un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes” (2). Afirma el mismo autor que

este razonamiento encuentra su apoyo en “el carácter conmutativo del contrato de obra pública, en el que “las obligaciones que asumen las partes son ciertas y apreciables en su significación económico social, en el acto mismo en el que se perfecciona el contrato”(3) o, como lo afirma la doctrina francesa “El contrato es conmutativo cuando la ventaja que cada una de las partes obtiene del contrato es susceptible de ser evaluada por ellas en el momento de la conclusión del acto”(4).(2) Máximo Bezzi, Oswaldo. El contrato de obra pública. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1982. Págs. 203 y 204.(3) Spota, Alberto G. Instituciones de Derecho Civil. Contratos Vol. I, pág. 162. Citado por Máximo Bezzi en la obra citada. (4) Ob. cit. Pág. 205.

No es dable tampoco considerar que por tratarse de un contrato de obra pública a “precio global” el contratista estaba impedido para reclamar y obtener el reconocimiento y pago de las mayores cantidades de obra que ejecutó en cumplimiento de lo ordenado por la entidad contratante.

La tendencia doctrinal y jurisprudencial contemporánea considera al contratista como un colaborador de la administración, no sometido de manera exclusiva a los riesgos del alea de pérdida o ganancia en desarrollo del contrato estatal.

Ni siquiera en los contratos pactados a “precio global”, que fueron definidos por el artículo 88 del Decreto 222 de 1983, así “Los contratos a precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija, en la cual están incluidos sus honorarios, y es el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de los subcontratos, y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos”.

En aplicación del principio general de la equidad, no puede atribuirse de manera exclusiva al contratista los efectos que produce la presencia de áleas en un contrato estatal, entendidas estas como los riesgos que pueden alterar la economía original de los contratos. El derecho moderno reconoce y protege los intereses legales y justos que movieron al particular a suscribir el contrato con la administración. Por otra parte, cabe afirmar que la modalidad de “precio global” lo que pone de presente son los elementos o aspectos que él envuelve o comprende, pero nunca podrá entenderse como la rigidez inmutable que impida llevar a cabo los desajustes de contenido económico, originados en causas sobrevinientes, eso sí, no imputables al contratista.

Así lo han manifestado importantes autores, dentro de los cuales cabe citar al tratadista argentino Raúl Enrique Granillo Ocampo, quien en su obra “Distribución de los riesgos en la contratación administrativa” afirmó:

“Aun en el ejercicio de sus más simples actividades, el Estado precisa utilizar personas y cosas. Para lograr la colaboración de las primeras y la propiedad o el uso de las segundas, el Estado recurre a procedimientos de colaboración compulsiva, dando origen a la carga pública, o a procedimientos de colaboración voluntaria, celebrando actos bilaterales o plurilaterales de distinta naturaleza, entre los cuales se encuentra el contrato administrativo (...).

En el concepto mismo de contrato, late, desde su nacimiento, una idea de equilibrio que preside la conjugación de los intereses contrapuestos.

Las partes acuden al contrato para celebrar una convención de la que resulte, para cada una de ellas, algún tipo de ventaja a cambio de una contraprestación en favor del otro cocontratante. Un principio de justicia conmutativa, de equivalencia, o si se quiere, de reciprocidad de intereses, debe presidir tal relación (...). ... se impone desde el inicio una distinción primaria entre las alteraciones imputables a una de las partes y las no imputables a ellas, pero que de todas maneras provocan cambios profundos en la economía del contrato, rompiendo la originaria ecuación y volviéndolo más oneroso.

En el primer caso ya sea que nos movamos dentro del tema de la responsabilidad contractual por incumplimiento (p. ej. mora en el pago) o del alea administrativa (potestad variandi, factum principi) o del alea empresaria (*error calculi*), la parte imputable tendrá siempre la responsabilidad de asumir y absorber los desequilibrios sobrevinientes, responsabilidad que será siempre integral y plena” (6). (6) Granillo Ocampo, Raúl Enrique. “Distribución de los riesgos en la contratación administrativa”. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1980. Págs. 2, 3, 7.

Incluso, de aceptarse que el contrato es típicamente a “precio global”, tal circunstancia no permitiría el desconocimiento del derecho que le asiste al contratista de reclamar el pago de las mayores cantidades de obra que tuvo que construir, porque fueron ordenadas expresamente por la entidad contratante cuando ya se había iniciado la ejecución del contrato, toda vez que el principio del equilibrio financiero del contrato estatal, acogido por nuestra legislación y jurisprudencia, no tiene por excepción a los contratos de obra pública celebrados bajo la modalidad remuneratoria “a precio global”.

“Conductas tales como las siguientes: no pagar oportunamente las cuentas de cobro, no aprobar oportunamente los diseños o planos, no entregar la documentación correspondiente para el desarrollo de los trámites preliminares y ordenar en forma extemporánea la adición, supresión y cambios de las obras, etc. constituyen modalidades de incumplimiento en la administración con claras incidencias para la economía del negocio jurídico (resaltado ajeno al texto).

En Sentencia de 13 de septiembre de 1990, había expresado:

“El valor del contrato de obra pública puede determinarse por un precio global o alzado, por precios unitarios, por el sistema de administración delegada, por reembolso de gastos y pago de honorarios (D. 222/83, art. 82). En relación con las dos primeras modalidades puede decirse que en la primera como su nombre lo indica el objeto del contrato debe ejecutarse por el valor pactado que constituye el valor fijo total en el que están incluidos los honorarios, cualquiera que sea el total final de metros cuadrados o de cualquiera otra medida aplicable, que resulte tener la contratada, sin que porque sea mayor o menor el contratista pueda reclamar un reajuste del precio estipulado, a menos que se hubiere pactado su revisión. El riesgo de una mayor o menor cantidad de obra pactada lo asume el contratista. En la segunda modalidad el precio pactado es apenas estimado; el fin del contrato será la ejecución de una obra determinada y la cuantificación de su volumen o de su extensión así como de su valor se hace partiendo de los precios unitarios previamente determinados multiplicados por las cantidades de obra realizadas. En los contratos celebrados bajo esta última modalidad no es necesaria la celebración de un contrato adicional cuando se estime que su valor no superará el 50 por ciento del señalado en el contrato original, pues por su naturaleza ese valor es aproximado, siendo el real el que se determina a la finalización de la obra de acuerdo, se repite, con las cantidades resultantes y tampoco se requerirá de nuevo contrato si supera el 50 por ciento, siempre que no cambie el objeto convenido.... En otras palabras, el precio en el contrato de obra por precios unitarios no es determinado sino solo determinable, en el momento de celebrarse, como lo es igualmente la cantidad final de obra ejecutada”.

En concepto 1439 de julio 18 de 2002, ponente, Susana Montes de Echeverri, la Sala de Consulta y Servicio Civil, puntualizó:

“De conformidad con la ley es posible celebrar contratos de obra con diferentes modalidades de pago, a saber: a precio global; por administración delegada; por reembolso de gastos más honorarios; por concesión y aún, es posible crear otras modalidades de pago, según el contrato que se quiera celebrar (...) Por ello, lo normal, usual y casi indispensable es que ambas partes prefieren ponerse de acuerdo sobre: a) El objeto del contrato y su desagregación en capítulos o ítems de obra y en el precio unitario de cada ítem de obra (contrato a precios unitarios). b) Sobre el objeto del contrato y se convienen unos procedimientos para que se reembolsen los verdaderos costos de ejecución del objeto contratado y se pacta un porcentaje a título de honorarios a favor del contratista (administración delegada). c) Sobre el objeto del contrato y una metodología para que el contratista financie la obra con sus propios recursos, pero donde el contratante, periódicamente, le reembolsa los gastos efectuados y le reconoce unos honorarios, generalmente porcentaje sobre costos (reembolso de gastos y honorarios). Las dos últimas modalidades de acuerdos se utilizan muy frecuentemente para ejecutar partes de un contrato donde las dificultades de ejecución lo hacen muy oneroso o donde se presentan contingencias especiales, donde se hace muy difícil predecir el valor real de su ejecución. (...) En todas las modalidades de contratación de obra es muy importante la inclusión de la cláusula sobre el valor del contrato (2); sin embargo, según se trate de una u otra modalidad de contratación, esta cláusula tiene una función o importancia distinta. En efecto, en el contrato por precio global, el valor establecido en la cláusula de valor es vinculante y genera, por lo mismo, obligaciones mutuas pues señala la contraprestación a que tiene derecho el contratista por su trabajo pero, a su vez, señala para él la obligación de ejecutar la totalidad de la obra por ese precio. Es por lo mismo, una cláusula que

señala el verdadero valor total del contrato, pues el contrato se celebró a precio determinado. (2) Sobre este mismo tema y el papel que cumple la cláusula relacionada con el valor dentro de los contratos, esta sala se pronunció en consulta de fecha 26 de agosto de 1998, radicación 1121. Por el contrario, en los contratos a precio indeterminado pero determinable por el procedimiento establecido en el mismo contrato (precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos), la cláusula del valor en el mismo, apenas sirve como indicativo de un monto estimado hecho por las partes, pero no tiene valor vinculante u obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto. En estos eventos, tal cláusula solo cumple la función de realizar un cálculo estimado del costo probable, esto es, ese estimativo necesario para elaborar presupuesto o para efectos fiscales; pero el valor real del contrato que genera obligaciones mutuas solo se determinará cuando se ejecute la obra y, aplicando el procedimiento establecido, se establezca tal costo. Entender que la obligación contractual solo existe hasta concurrencia del valor indicado en la cláusula de valor (estimado) en contratos a precios unitarios o por administración delegada o de reembolso de gastos y pretender que la ejecución de obras por mayor valor requiera de la suscripción de contratos adicionales, implicaría, necesariamente, que habiéndose agotado el monto señalado como valor del contrato en ejecutar las cantidades de obra para las cuales alcanzaba, ambas partes habrían cumplido con el contrato y que no podría ser obligado el contratista a terminar la obra faltante, puesto que estaría sujeto a que se firmara un nuevo contrato adicional esto es, a que haya un acuerdo de voluntades para suscribirlo. Esta situación colocaría al contratista frente al Estado en situación privilegiada, pues negociar la ejecución de la parte faltante del objeto del contrato sabiendo que de no haber la voluntad de la entidad de acordar un monto le tocaría abrir nuevo proceso licitatorio, es, en la práctica, tener un argumento de presión muy grande para obligar a la entidad a acceder a sus exigencias.

En estas condiciones es lógico concluir que las obligaciones nacidas del contrato son todas y que la obligación recíproca es hasta la conclusión del objeto contractual, sin que puedan entenderse limitadas o disminuidas esas obligaciones en razón de una cláusula de valor que no hace cosa distinta de señalar un “estimativo” del mismo, pero en la cual, por el mismo sistema de contratación, lo que se está advirtiendo es que puede cambiar”.

6. El incumplimiento contractual en el contrato estatal.

El contrato, es fuente generatriz de relaciones jurídicas cuyo cumplimiento, total, oportuno y de buena fe, es obligatorio para las partes en todo cuanto se desprenda de sus elementos esenciales, naturales y accidentales, so pena de incurrir en responsabilidad contractual por su inobservancia que se traduce en el deber de reparación de los daños causados.

La responsabilidad por incumplimiento contractual, es título de imputación del daño antijurídico y, según lo expuesto, también del rompimiento del equilibrio económico, por cuanto nadie está obligado a soportar el daño derivado de la falta de cumplimiento de la obligación de su contraparte contractual.

Esto se traduce en que, sin perjuicio del deber de acreditar la existencia y eficacia del contrato, del daño y la conexidad material de la actuación u omisión de la administración con él, en este caso debe verificar el tribunal si de acuerdo con las pretensiones que se presentaron en la demanda, y los hechos aportados en el proceso, existió una violación del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, aplicado en concordancia con los artículos 4º y 5º de este mismo estatuto, y por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, con los artículos del Código Civil y de Comercio que consagran el régimen de deberes de las partes en los contratos, o de las normas específicas del tipo contractual, o de las normas particulares que en virtud del artículo 1602 del Código Civil las partes acordaron con fuerza de ley. Una cualquiera de esas violaciones será el título de imputación jurídica, que convierte en antijurídico el daño.

Adicionalmente, se acude en este laudo al régimen de juzgamiento de las obligaciones, que la jurisprudencia nacional ha venido aplicando desde 1935 ⁽⁴⁹⁾, que impone identificar si el contenido de la prestación pactada, es cierto o determinado, caso en el cual, bajo el nombre de una obligación de resultado, impone la carga al deudor de probar la existencia de la obligación, la no ocurrencia del hecho concreto prometido, el daño, y la relación causal entre este y la no ocurrencia del hecho prometido para obtener la reparación patrimonial, dejando al acreedor demandado la carga de demostrar la existencia de una causa extraña, esto es, que no existe relación de causalidad entre el daño y su conducta contractual ⁽⁵⁰⁾, sin que sea admisible para el, alegar su diligencia, cuidado o buena

fe, en la búsqueda de ese resultado, o, en oposición a la anterior, la existencia de una obligación con prestación indeterminada, en que el objeto no es una acción o hecho concreto, sino la actividad para buscar un resultado, régimen, que bajo el nombre de las obligaciones de medio, impone al acreedor que demanda el reconocimiento de la obligación de ser reparado su daño, la carga de probar que el comportamiento del deudor, no se adecuó a la “calidad” pactada expresa o implícitamente, según las condiciones del contrato y si este así se desprende, de las calidades personales del deudor ⁽⁵¹⁾. Observa el tribunal que esta forma de consagración jurisprudencial de juzgamiento en materia de cumplimiento de contratos, no es esencialmente, a la carga probatoria que consagra el artículo 50 de la Ley 80, antes citado, por lo que ratifica la aplicación de la mencionada jurisprudencia en la determinación de los cumplimientos o incumplimientos contractuales.

En conclusión, y como marco teórico de la controversia que se somete a consideración de este tribunal arbitral:

- a) El daño antijurídico, como fuente de reparación patrimonial, comporta la demostración por el actor de su existencia, el nexos de causalidad entre este y la conducta de la administración, así como el título por cuya inteligencia deviene antijurídico o lo que es lo mismo que no debe soportar ni asumir.
- b) El incumplimiento de un contrato es fuente de reparación patrimonial, una de las causas de ruptura del equilibrio económico y título de imputación del daño antijurídico, por mandato legal.
- c) Tanto el daño antijurídico, cuanto el incumplimiento contractual y el rompimiento del equilibrio económico consecuente, requieren que el demandante demuestre la existencia o configuración del título de imputación.
- d) El juicio del daño en cuanto antijurídico no se predica, en rigor, de la conducta de la administración. Se trata de un juicio que lleva al juzgador a considerar que el daño no debe ser asumido por el demandante, con independencia de la calificación en lícita o ilícita de la conducta de la administración.
- e) La demostración de cada título de imputación, está sujeta a las reglas legales.

En el presente asunto se invoca como título de imputación del daño antijurídico la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de la administración, que a juicio de la actora, le generó perjuicios económicos.

7. El estudio de las pretensiones de la demanda.

El tribunal, analiza y decide las pretensiones de la demanda, así:

7.1. Primera, segunda, tercera y cuarta pretensión.

Se pretende que se declare que por razones ajenas al contratista, fue necesario elaborar y ejecutar un plan de contingencia para terminar oportunamente las obras de la primera etapa, el cual representó para el contratista sobrecostos directos e indirectos que no le fueron reconocidos por parte del Distrito Capital Secretaría de Educación y se le condene a pagarlos en la suma de ochenta y dos millones de pesos (\$ 82'000.000) o la probada en proceso (1ª y 2ª pretensión).

Que se declare que por razones ajenas al contratista e imputables a la Secretaría de Educación, el contrato de obra 234 de 1999, duró varios meses más de lo previsto originalmente por las partes, generando un daño antijurídico al contratista por mayor permanencia en la obra y se condene a la Secretaría de Educación a pagar por este concepto, la suma de ciento dieciséis millones de pesos (\$ 116'000.000) o la suma probada en proceso (3ª y 4ª pretensión).

La parte convocante señaló en su demanda y en su alegato de conclusión, que durante el desarrollo del contrato de obra 234 de 1999 se presentaron 4 suspensiones, que implicaron para el contratista perjuicios de naturaleza económica debido a su mayor permanencia en obra.

Por su parte la Secretaría de Educación consideró dentro de su contestación y en su alegato de conclusión, que las suspensiones del contrato fueron acordadas por voluntad de ambas partes y que las mismas obedecieron a “mayores cantidades de obra y obras adicionales tendientes a adicionar el valor del contrato, lo que a la postre significó para el contratista adiciones por valor superior a los un mil cincuenta y cinco millones de pesos (\$

1.055.000.000)”. Adicionalmente en torno al tema de la reclamación de sobrecostos por mayor permanencia en obra, señaló que “no se encuentra demostrado dentro del proceso que esta partida de gastos imprevistos haya sido insuficiente para cubrir el perjuicio económico o daño antijurídico” por lo cual no hay, según su opinión, lugar a la prosperidad de las pretensiones del consorcio convocante.

Consideraciones del tribunal

Tal y como se indicó anteriormente, el equilibrio económico del contrato puede alterarse por diferentes factores, entre ellos, por la mayor permanencia o duración de la obras, sea por hechos imputables a las partes, ora extraños y exógenos a ellas.

Precisamente con fundamento en el principio del equilibrio económico de los contratos, se ha señalado que son de cargo del contratista los riesgos derivados del alea normal de la ejecución del contrato más no aquellos anormales que afecten su interés particular en la ejecución contractual ⁽⁵²⁾. En este orden de ideas, uno de los supuestos de hecho generatrices del derecho al reconocimiento de sobrecostos en favor del contratista es la mayor permanencia en obra derivada de hechos no imputables al mismo.

Para dilucidar la problemática de la mayor permanencia en obra es preciso considerar dos situaciones diferentes: (i) Que las partes hayan manifestado su voluntad y hayan regulado la mayor permanencia y sus efectos y, que en tal sentido hayan suscrito actas o documentos en virtud de los cuales suspenden la ejecución del contrato o amplían el término de ejecución del mismo y (ii) que la mayor permanencia no haya sido regulada por las partes y que se trate de una situación de hecho respecto de la cual no existe ninguna manifestación en particular.

En consonancia con lo anterior, la celebración de un acuerdo entre el contratista y la entidad estatal sobre la suspensión o la prórroga del contrato, no la exime del deber de indemnizar los posibles sobrecostos imputables a su conducta e incurridos por el contratista ni priva a este del derecho a reclamarlos cuando haya lugar a los mismos y se demuestren dentro del proceso. Luego, el acuerdo de las partes sobre la suspensión del contrato o la extensión de su plazo, simplemente constituye una herramienta para regular los efectos de la suspensión, pero no supone una renuncia tácita del derecho que le asiste al contratista respecto del reconocimiento de los sobrecostos en que haya podido incurrir como consecuencia de su mayor permanencia en obra. Cualquier renuncia en este sentido deberá ser clara y expresa.

Cuando quiera que las partes no hayan acordado los términos y el alcance de las suspensiones, deberá identificarse la causa de la misma y su imputación, a efectos de definir si hay lugar o no al reconocimiento de mayores costos y el monto de los mismos.

En estas hipótesis la procedencia del derecho, está sujeta al análisis de las causas de la mayor permanencia y, en particular, a su imputación a la entidad contratante, bajo la perspectiva de que el contratista no tiene el deber de soportar las pérdidas ni los gastos incurridos, salvo que los haya asumido expresamente mediante una estipulación negocial a propósito, se hayan excluido por las partes o le sean imputables. Aún, la jurisprudencia del contencioso, reconoce este derecho en repudio al enriquecimiento injustificado y en preservación del equilibrio de las relaciones contractuales.

Sobre estos aspectos el Consejo de Estado en sentencia del 2 de octubre de 2003, indicó:

“Sea lo primero advertir que la sola circunstancia de que el contratista hubiese acordado la suspensión del contrato no hace improcedente la formulación de reclamaciones fundadas en la suspensión, puesto que en desarrollo del contrato se pueden presentar vicisitudes que las partes deben salvar mediante la adopción de medidas como la suspensión que, si son concertadas, resultan muy acertadas para el logro de las finalidades del contrato.

En este sentido se pronunció la Sala con anterioridad, en fallo dictado el 30 de septiembre de 1994, y dijo que “el hecho de que el contratista hubiese suscrito el acta de suspensión de mutuo acuerdo con la entidad contratante, en forma alguna lo priva de la posibilidad de reclamar los perjuicios que dicha suspensión le ocasionó ...”(15). De esta manera cabe considerar que la suspensión del contrato, per se, no excluye el análisis de sus efectos para cada uno de los cocontratantes, a la luz de la responsabilidad contractual.

(15) Sección Tercera. Expediente 8.129.

Realizada la suspensión del contrato habrá de estarse a sus términos, esto es, a la duración de la suspensión, al manejo de los recursos físicos y personales dispuestos para la ejecución de la obra, a la asunción de obligaciones por cada una de las partes, etc. Puesto que si se han regulado claramente los efectos de la suspensión del contrato, habrán quedado definidas las prestaciones mutuas derivadas de tal situación (16). Pero cuando esos efectos no quedan regulados en el acta de suspensión, cuando las partes guardan silencio sobre lo que la suspensión representa para cada una de ellas, habrá que analizar los hechos o actos determinantes de la suspensión y sobre todo, si resultan imputables a uno u otro cocontratante. En estas condiciones se tiene que si las partes de un contrato acordaron mutuamente suspenderlo, no regularon los efectos de la suspensión en el correspondiente documento y se prueba que esa suspensión determinó perjuicios para alguno de los contratantes, se impone analizar el motivo de la suspensión y su imputación, a efecto de establecer la responsabilidad contractual correspondiente. La jurisprudencia ha estudiado la necesidad de que el contratista demandante pruebe la existencia de perjuicios derivados de la suspensión del contrato; en fallo dictado por esta Sección del Consejo de Estado, el día 15 de octubre de 1999 se dijo: (16) A este respecto puede consultarse sentencia proferida el día 15 de octubre de 1999, expediente 10.929; actor Sociedad Bustamante Cárdenas Ltda.”. En el caso que ocupa la atención de la Sala, donde las partes guardaron silencio sobre los efectos que traería la suspensión para el contratista, debe tenerse en cuenta que la circunstancia de que el contrato haya estado suspendido por sí sola no confiere derecho al contratista para reclamar por una mayor permanencia en la obra o a que se presuman perjuicios por haber estado a disposición de la entidad contratante por un plazo mayor al que se pactó en el contrato. Es necesario que tales perjuicios sean demostrados por la parte demandante de acuerdo con el principio de la carga de la prueba que contempla el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil”(17).

(17) Sección Tercera. Expediente 10.929. Actor: Sociedad Bustamante Cárdenas Ltda.

Son entonces dos las condiciones que debe probar el contratista para que procedan tanto la declaratoria de incumplimiento fundada en la suspensión del contrato como la consecuente reparación de los perjuicios:

- La existencia de perjuicios derivados de la suspensión y
- El hecho determinante de la suspensión es imputable a la entidad pública, contratante.

Ahora cuando la suspensión se produce por hechos ajenos a las partes, imprevisibles e irresistibles, se entra en el campo de la teoría de la imprevisión, que impone el análisis de los efectos de la suspensión respecto de la ecuación económica del contrato en perjuicio del contratista, para definir la obligación legal que surge a cargo de la entidad en estos casos” (resaltado ajeno al texto) ([53](#)) .

En este orden de ideas, cuando la suspensión del contrato se produzca por hechos no imputables al contratista, será de cargo de la entidad contratante el pago de los sobrecostos que aquel demuestre haber padecido —toda vez que estos no se presumen por el hecho mismo de la suspensión— y cuya causa sea atribuible a la entidad estatal. En este sentido, resultan ilustrativas las varias decisiones del Consejo de Estado, que a continuación se transcriben en los apartes pertinentes, a saber:

- Sentencia del 9 de mayo de 1996 con ponencia del Magistrado Daniel Suárez Hernández:

“En las condiciones anteriormente relacionadas, puede la Sala concluir que efectivamente en el caso examinado se presentaron hechos y circunstancias ajenos a la empresa contratista, absolutamente extraños a ella, los cuales originaron una serie de obstáculos, modificaciones y medidas de distintos órdenes, que necesariamente se proyectaron negativamente en la ejecución de la obra, que la dificultaron, la complicaron, le impusieron a la contratista cargas y obligaciones en momento alguno contempladas o programadas al celebrar el contrato, pero que de todas formas fueron de incidencia trascendental en la mayor permanencia de la firma contratista en la ejecución del oleoducto referido y, desde luego, en el mayor valor económico que dicha prolongación significó para la economía de la empresa demandante, todo lo cual se traduce en pérdidas por causa de las inversiones contractualmente no presupuestadas y consecuentemente en pérdidas por ausencia de beneficios pecuniarios, valga decir, por el fracaso de la pretensión financiera del contratista de percibir la ganancia calculada,

configurándose así, en tales circunstancias, la pérdida del equilibrio financiero del contrato, situación que implica, en principio, para la entidad contratante, una obligación legal, contractual y jurídica de tomar las medidas necesarias para recuperarlo” ([54](#)) .

• Sentencia del 31 de marzo de 2003, indicando:

“Está debidamente demostrado que el contrato se prorrogó por tres meses: del 7 de agosto al 7 de noviembre de 1988 y se suspendió en dos oportunidades: del 29 de septiembre al 2 de noviembre de 1988 y del 18 de noviembre al 15 de diciembre, por hechos no imputables al contratista, razón por la cual surgió a cargo del IDU, la obligación de cubrir los sobrecostos ocasionados con por estas circunstancias. Así mismo, el demandante aportó abundante documentación en la que consta que incurrió en gastos de administración durante los meses que se prorrogó el plazo contractual con ocasión de la aludida prórroga y suspensiones del mismo, por tanto se entiende probado el perjuicio... La cuantificación de la indemnización correspondiente se hará tomando como base el valor de la propuesta; de la cual se tomarán los costos de administración y dirección allí previstos, se multiplicarán por el período de tiempo que duró la mayor permanencia de la obra, se actualizarán a fecha presente y se liquidarán los intereses correspondientes” ([55](#)) .

En igual sentido la sentencia del 4 de septiembre de 2003 con ponencia del magistrado Alier Hernández, señaló:

“La prórroga o suspensión del contrato fundada en hechos no imputables al contratista, genera la obligación, a cargo de la entidad, de cubrir los sobrecostos ocasionados con la prolongación del plazo, siempre que tales también aparezcan probados. En el caso concreto la primera suspensión, que duró un mes y diez días, se fundó en la oposición de la comunidad y las demás en el hurto del hierro. Por este motivo, los perjuicios causados al contratista con la primera suspensión del contrato deben serle reparados, en consideración a que la oposición de la comunidad es un hecho que le es ajeno. (...) La cuantificación de la suma correspondiente se hará tomando como base el valor de la propuesta; de la cual se tomarán los costos de administración y dirección allí previstos, se multiplicarán por el período de tiempo que duró la mayor permanencia de la obra, se actualizarán a fecha presente y se liquidarán los intereses correspondientes” ([56](#)) .

Es igualmente importante señalar —a pesar de no ser el caso sujeto a decisión— que las partes en desarrollo de la autonomía de la voluntad pueden renunciar de manera expresa al reconocimiento de los sobrecostos que eventualmente pueden derivarse de la mayor permanencia en obra, conforme lo reconoce el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 29 de abril de 1999, en la cual se dispuso:

“De lo anterior se deduce que la mayor permanencia en las obras obedeció a las prórrogas y suspensiones del contrato, las que a su vez tuvieron por causa la aprobación y ejecución tardía de las adiciones y modificaciones introducidas a los diseños y a las obras en ejecución, por la Secretaría de Salud de Bogotá y por el IDU, por completo ajenas a la acción u omisión del contratista. Por otra parte, obsérvese como no se dispuso por las partes que esta no tuviera derecho a reclamar por dicha extensión del plazo, como se estila o acostumbra cuando así lo entienden y regulan los cocontratantes” ([57](#)) .

En atención a lo anterior, corresponde a continuación establecer para el caso concreto, la existencia, extensión y las causas de las suspensiones y prórrogas del contrato de obra y si estas son o no imputables a la entidad y por tanto si deben ser resarcidas por la entidad convocada:

7.1.1. Causas y costos del “plan de contingencia”.

En el marco jurídico, tanto normativo como jurisprudencial y doctrinal que se ha expresado, procede ahora el tribunal a resolver las pretensiones 1ª y 2ª relacionadas con el “plan de contingencia”.

Sobre esta pretensión, en conjunto con las otras, se pronunció la entidad convocada, en su contestación de la demanda, así: “Me opongo a todas y cada una de las pretensiones por no asistirle razón al convocante, teniendo en cuenta la inexistencia de obligaciones a cargo de la Secretaría de Educación a favor del solicitante.

En esencia el debate entre las partes en torno del asunto objeto de la pretensión, puede exponerse así ([58](#))([59](#))([60](#)) :
Mediante el interventor del contrato, la Secretaría de Educación, ordenó y autorizó la implementación de “planes

de contingencia” que permitieran terminar las obras contratadas, en una fecha que permitiera al Distrito, cumplir con los cronogramas derivados de este y otros contratos de concesión, que tenía en ciernes para el manejo y administración de los planteles educativos, dentro del calendario escolar previsto ⁽⁶¹⁾, plan de contingencia que suponía un grado mayor de actividad e inversión al previsto inicialmente. Esta orden implicaba la autorización para el interventor ⁽⁶²⁾ y el auditor de hacer los acuerdos correspondientes con el contratista. Dicha orden se transmitió por parte del interventor al contratista, quien no sin antes formular precisiones y aclaraciones aceptó mediante un acta suscrita con el interventor y el auditor, realizar las actividades para el plan de contingencia, las que alega cumplió. Advierte en la demanda que el plazo previsto del 31 de marzo no se pudo cumplir, por cuanto los atrasos en definiciones y entrega de planos y otras causas que imputa a la Secretaría de Educación, lo obligaron a pedir una prórroga hasta el 10 de abril. Denuncia el actor que una parte importante de los costos y gastos que le demandó cumplir las exigencias del plan de contingencia, no le fueron pagados.

A su vez la parte convocada ⁽⁶¹⁾ admitió en la contestación de la demanda como cierta la existencia del plan de contingencia, con la precisión de que entiende, dicho plan tenía un plazo determinado, esto es, el previsto hasta el 31 de marzo de 2000. Expresa que la obligación de la administración es pagar los costos y gastos que se dieron exclusivamente dentro del período acordado, para el plan de contingencia.

En efecto, el consorcio contratista en desarrollo del plan de contingencia, aceleró la construcción de las obras y entregó la primera etapa del Colegio Bilbao el 31 de marzo de 2000, según acta de entrega de la misma fecha ⁽⁶²⁾⁽⁶³⁾. Empero, debió concluir actividades comprendidas en la primera etapa y en el plan de contingencias, entre el 1º y el 15 de abril de 2000 ⁽⁶⁴⁾.

La Secretaría de Educación y la interventora, radican en el consorcio contratista los costos de las actividades posteriores a la entrega de esta primera etapa, por cuanto, al adoptarse el plan de contingencias se asignó una “suma máxima a aprobar” de cincuenta y ocho millones de pesos (\$ 58.000.000) y, en comunicación de 4 de abril de 2000 el interventor le manifestó que los trabajos posteriores al 31 de marzo de 2000 correrían por su cuenta ⁽⁶⁴⁾. Análogamente, excluye costos incurridos y objeta la liquidación del valor de otros.

Discrepan las partes también, en cuanto que el convocante considera que fue necesario pedir una prórroga del plazo previsto para desarrollar el plan de contingencia, del 31 de marzo al 10 de abril, por causas imputables a la Secretaría de Educación, mientras esta considera que la entrega de los trabajos del plan de contingencia está fuera de la fecha acordada, por hechos imputables al contratista.

En lo que concierne al punto, el tribunal encontró y valoró las siguientes pruebas:

En el contrato ⁽⁶⁵⁾⁽⁶⁶⁾⁽⁶⁷⁾, en el parágrafo de la cláusula segunda se previó, como corresponde a los contratos en la modalidad de precios unitarios, que el precio final del contrato, sería el resultado de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas contra su valor unitario pactado. Así mismo en el parágrafo tercero de la cláusula tercera, se expresó que no habría reajustes del precio, por causas imputables al constructor. También se pactó que las modificaciones que surgieran durante el contrato en los planos y especificaciones serían obligatorias para el contratista ⁽⁶⁸⁾, en concordancia con la cláusula décima segunda, que incluyó la normas imperativas para estos contratos, que dan potestades especiales y obligatorias a la administración y que se conocen como cláusulas exorbitantes ⁽⁶⁹⁾.

Además de la aceptación en la contestación de la demanda, aparece a folio 39 del cuaderno uno de pruebas la comunicación del director de servicios administrativos de la Secretaría de Educación, de fecha 13 de enero de 2000 que así lo ratifica; a folio 811 del cuaderno tres de pruebas, en el acta del comité número 9, correspondiente a la reunión del 6 de enero de 2000, en la que se indica: “La auditoría solicitó al constructor un plan de contingencia para cumplir con la fecha de entrega de la primera etapa, ya que es una directriz de la Alcaldía Mayor de Bogotá y de la Secretaría de Educación dar al servicio de la comunidad estas aulas en las fechas previstas”. Estos elementos probatorios son suficientes para afirmar aquí, la existencia del referido plan de contingencia, sin perjuicio de varias otras comunicaciones y declaraciones que también así lo indican.

A folios 43 a 46 del cuaderno uno de pruebas, aparece comunicación 234-041-00, del 17 de enero de 2004, en la cual el consorcio contratista presenta el interventor de la obra, “una evaluación aproximada de costos, los cuales de

todos modos se deben evaluar semana a semana para que el valor a pagar al contratista sea el justo” y un presupuesto estimado por la suma de cuarenta y seis millones novecientos setenta y cuatro mil doscientos cuarenta y un pesos (\$ 46'974.241), discriminados en \$ 39.407.920 más AIU del 19.2% por \$ 7.556.321.

A folio 66, cuaderno uno de pruebas, esta la comunicación del 4 de abril de 2000, en la que el interventor informa al contratista, que por orden de la Secretaría de Educación Distrital, “los costos del plan de intensificación que se le pagarán al constructor son los causados hasta el 31 de marzo de 2000, fecha contractual de entrega de la primera etapa. Al no cumplir con la fecha programada, se debe cumplir con el plan de intensificación del trabajo, con el objeto de cumplir el plazo adicional otorgado, estos costos serán por cuenta del constructor”.

En el folio 1073 del cuaderno 3 de pruebas, como un anexo entregado por el interventor con la comunicación de 13 de septiembre de 2001, en la que fija posición sobre las reclamaciones presentadas por el contratista, se observa el proyecto de texto de la carta de intención, proyectada por el constructor, en miras a una convención suscrita entre el constructor, el interventor, y el auditor, en el cual las partes y en especial el constructor se obligan a realizar el máximo esfuerzo ⁽⁶⁸⁾ para concluir la primera etapa el 1º de marzo de 2000.

El 25 de enero de 2000 se suscribe “acta de compromiso de entrega de la primera etapa” ⁽⁶⁹⁾, en la cual se consignó:

“Se ha elaborado una evaluación de los sobrecostos que por intensificación de las labores de obra a efectos de cumplir con la entrega de la primera etapa, valorados en \$ 46'974.241 cifra a reconocer por este concepto, sin embargo el valor a pagar será el que resulte de aplicar los sobrecostos unitarios a las cantidades realmente ejecutadas”.

Llama también la atención del tribunal, el numeral 2º del punto términos del compromiso, del proyecto en mención, que indica claramente:

“El sobre costo evaluado (del plan de contingencia presentado por el constructor) asciende a la suma de \$ 46.974.241. Este costo es el valor estimado; sin embargo el valor real a cancelar es el real generado. La interventoría hará un seguimiento pormenorizado de los sobrecostos autorizados”. Así mismo en el numeral 6º de dicha comunicación, consta que “[E]s cierto que el contratista presentó un plan de contingencia que busca terminar en el plazo requerido, es decir marzo 31 de 2000. Sin embargo el programa de obra es ampliamente vulnerable en razón a que se perdieron todas las holguras existentes previamente. De lo anterior se desprende que todas las actividades son hoy ruta crítica, y que cualquier falla en suministros, diseños o aun inclusive régimen de lluvias puede causar retrasos no deseados. De todas maneras el contratista permanecerá atento para no disminuir la intensidad de los trabajos”.

La observación del proyecto antecedente, resulta útil para establecer mediante su comparación con el texto que finalmente resultó suscrito, la manera como se formó el consentimiento respecto del acuerdo, que incorporó presentado un rechazo escrito de interventor de varios de sus términos según consta en la comunicación de febrero primero de 2000 ⁽⁷⁰⁾. El tribunal encuentra que hubo discusión y ajustes de oferta y contra oferta, antes de llegar al acuerdo final, que dan pleno vigor a dicho acuerdo.

En el texto suscrito se observa, en contra de lo previsto en el proyecto, una fecha fija y determinada para la entrega de la primera etapa ⁽⁷¹⁾⁽⁷²⁾⁽⁷³⁾⁽⁷⁴⁾, se previó que la suma propuesta por el constructor, era sin perjuicio de que se reconociera la obra realmente ejecutada, sin el tope de \$ 46.974.241 que pretendía fuera fijado el interventor ^(), se indicó que los costos que se reconocerían serían los que aprobara previamente la interventoría, y el pago se condicionó a que se entregara la primera etapa, a la Secretaría de Educación del Distrito, sin determinar para el acaecimiento de la condición, una plazo determinado. También se observa que el constructor asumió dichas obligaciones con la condición ^() expresa de que en las dos siguientes semanas ^(), se le definirían:

- La rampa de acceso al 2º nivel,
- Los detalles arquitectónicos por el aumento de las alturas,
- El diseño de aguas lluvias, y

- Existiera soporte permanente del auditor ⁽⁷⁵⁾ .

Respecto de esta condición, encuentra el tribunal, que en el acta del comité de obra número 12, del 27 de enero de 2000, en el capítulo de “diseño arquitectónico”, se deja constancia de la indicación del consultor, en el sentido que, para “absorber” los 20 cm adicionales, generados por cambio de altura, se use un perfil de lamina en C. El punto de “estructurales” señala que esta pendiente de entregar el diseño estructural de la rampa. Se indica también que por el cambio de altura el calculista hará la revisión de los hierros necesarios en la parte superior de las columnas, y aparece que están pendientes de definir los sobrecostos por cambio de diseño en la red de aguas lluvias, respecto de lo cual se advierte que es un compromiso que queda pendiente. En “hidrosanitarios”, se indica que no se ha dado respuesta a la consulta sobre punto de entrega de agua lluvia, que no esta definido. Se prevé que se harán obras mientras se define este asunto. Se observa la presencia del auditor.

Por su parte, en el punto de diseño arquitectónico del acta del comité de obra número 13, que corresponde a la reunión del 3 de febrero, se dejó constancia que se definió que la mayor altura se manejará con perfil C, en la parte superior, con lo cual, podría entender el tribunal, se dio cumplimiento a una de los elementos de la condición, prevista por el constructor. No obstante debe advertir que en comunicación del 23 de junio de 2000, en la que el interventor hace al auditor un recuento de los incumplimientos y fallas del consultor ⁽⁷⁶⁾ , indica que hasta el 11 de febrero, recibieron “los detalles por cambio de altura” ,lo que se traduce en que la definición de este elemento de la condición, se habría realizado por fuera del término previsto para el cumplimiento de la condición pactada a favor del contratista.

En el capítulo de “estructurales”, se menciona que en esa fecha se entregará el plano de la rampa, sin que aparezca declaración clara de cumplimiento de la entrega para definir el acaecimiento o no de la condición. En el acta de la reunión del 2 de marzo, en el capítulo de “arquitectónicos”, se indica que se trató el diseño y detalles de la rampa de preescolar. No teniendo más elementos para precisar la ocurrencia o no de esta condición, opta el tribunal por considerar que no se cumplió este elemento.

En todas las actas hay constancia de asistencia del auditor, y no aparecen reclamos sobre sus audiencias, o faltas de apoyo o presencia.

Finalmente, en el capítulo de “hidrosanitarios”, el consultor, declara que se mantiene el diseño de recolección de aguas lluvias, lo que el tribunal podría entender como la definición que perfecciona el cumplimiento de este otro elemento de la condición dejada por el constructor para asumir las obligaciones en el contrato, sino fuera por el hecho de que en el acta 15, correspondiente a la reunión del 17 de febrero, después de vencido el término de dos semanas previsto, se advierte que están pendientes de calcular unos sobrecostos por cambio en el diseño (sic) red de aguas lluvias, y además, en el capítulo de “hidrosanitarios” se indica con toda precisión, que el cambio que se debe hacer en el diseño de la red de aguas lluvias, tiene un sobreprecio de \$ 21.000.000. Se hará la construcción de esta nueva red, expresión que, considera el tribunal, no puede ser entendida de otra manera, que como la definición del tema de aguas lluvias ⁽⁷⁷⁾ .

Así, pues, para el tribunal resulta probado que los elementos configrativos de la condición a la que sometió el constructor sus obligaciones en el acuerdo de ejecución del plan de contingencia, no se dieron dentro del término previsto, y por tanto, las obligaciones a su cargo derivadas de ese acuerdo no tienen eficacia, y no le son exigibles ⁽⁷⁸⁾ .

Se consideró también que, el hecho de que en las actas de comité de obra ⁽⁷⁹⁾ , anteriores al 25 de enero, existen reiteradas constancias e indicaciones de los intervinientes, sobre los problemas y retrasos en el suministro de planos y detalles tanto arquitectónicos como estructurales, que permiten al tribunal apreciar que el transcurso general de la obra estuvo signado por ese tipo de problemas e inconvenientes, y dentro de dicho transcurso también el tiempo asignado al llamado plan de contingencia.

Así mismo tiene en cuenta el tribunal, que a folios 57 y siguientes del mismo cuaderno uno de pruebas, esta la comunicación del fecha 25 de marzo de 2000, mediante la cual el, Consorcio Procam y Ossa y Cía. S. en C. Ltda. solicita un plazo adicional para entregar la primera etapa de la obra, hasta el 16 de abril. Como se dijo en la demanda, en esta comunicación se imputa a problemas de planos, y definiciones de elementos de obra que no se

pueda cumplir con la fecha prevista del 31 de marzo. En ella se concretan con fechas las imputaciones en la demora de cada uno de estos elementos ⁽⁸⁰⁾ .

A folio 62 del cuaderno uno aparece comunicación del interventor del proyecto, dirigida el 28 de marzo de 2000 al auditor del proyecto, en la que reconoce algunos de los elementos que como causal de retraso del plan de contingencia indicó el contratista, todos ajenos al contratista a juicio del tribunal, y agrega la existencia de demoras que se derivan de la presencia de invierno en el sitio de la obra. Conceptúa favorablemente a la prórroga, pero advierte que solo se justifica hasta el 10 de abril.

Destaca el tribunal que en esa comunicación indica el interventor que en virtud del plan de contingencia adoptado desde el 24 de enero de ese año, se han recuperado parte del tiempo que tenía de retraso la obra, indicando que en esa fecha el retraso era de 7 días.

A folio 78 y siguientes del mismo cuaderno uno de pruebas, esta la comunicación de la interventoría en la que discrepa de la liquidación de costos del plan de contingencia que presentó el constructor, por un valor de \$ 93.643.577,77 y envía su propia liquidación, que arroja un total del plan de contingencia, de \$ 61.014.892.44 pesos. En este mismo sentido, el 13 de agosto de 2000, el interventor informó al auditor, que aun cuando el interventor había presentado una reclamación por valor de algo más de 116 millones de pesos, ellos solo aceptaban la existencia de sobre costos por los algo más de 61 millones indicados, no obstante lo cual el contratista había aceptado recibir una suma que indica, y que es un poco superior a los 57 millones de pesos ⁽⁸¹⁾ .

Puede observarse que las dos partes, el demandante y la demandada mediante el interventor ofrecieron varias formas de liquidación, sin aceptarse expresa o tácitamente ninguna, lo que contribuye a la incertidumbre sobre la existencia de un valor cierto.

Por otra parte, en los folios 55, 56, 60 y 61, aparecen sendas comunicaciones del interventor del proyecto, fechadas el 23 y el 28 de marzo, en que indica los errores, las omisiones y pendientes a cargo del constructor, y se requiere la implementación de sus correctivos, a fin de terminar la obra de la primera etapa dentro del plazo previsto.

Así mismo a folio 81 esta la comunicación de 17 de abril de 2000 ⁽⁸²⁾ , en que el interventor reconviene al contratista, por el no cumplimiento de los compromisos adquiridos para la entrega de la primera etapa, a pesar de que se prorrogó hasta el 14 de abril el plazo de entrega, presenta una lista puntos concretos de incumplimiento, y se queja de la reducción del personal que esta trabajando en la terminación de esos trabajos. A folios 88 y siguiente, esta la respuesta del constructor a estas imputaciones, en la que acepta una parte de ellas, indica que otras no habían sido reclamadas como mal efectuadas, otras son daños de días recientes, refuta que falte personal directivo en la obra y finalmente alega que otras no se han acometido por falta de recursos dado el atraso en el pago de las cuentas por parte del contratante.

Vistas las imputaciones de incumplimiento que aparecen en dichas comunicaciones, no encuentra el tribunal que tengan la entidad suficiente, ni la persistencia o magnitud, ni la certeza sobre su ocurrencia, para constituir verdaderos incumplimientos que fueran hechos generadores de atrasos o pérdidas, para la obra encargada por la entidad estatal.

Lo expresado hasta ahora sobre el punto del llamado plan de contingencia, se traduce en que los incumplimientos de los compromisos a cargo del contratista pactados en la convención sobre el mencionado plan, tales como entregar el 31 de marzo la obra, no pueden generar los efectos del incumplimiento esto es, excepción de contrato no cumplido, como eximente de obligación para la entidad estatal de pagar las obras realmente ejecutadas, de acuerdo con el pacto general del contrato. Esta conclusión se ve reforzada con la consideración, de que, sin otro pacto que justifique de manera jurídica, el no pago, y habiéndose realizado las obras como lo declaró el interventor en la comunicación citada, se causaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la administración, que habría recibido las obras sin el pago correspondiente. Tiene en cuenta el tribunal al hacer esta afirmación, que el interventor, indicó expresamente al contratista la obligación de terminar las obras y actividades, aun después del plazo del 31 de marzo, con la advertencia unilateral y no justificada, de que esas obras serian de cargo del constructor ⁽⁸³⁾ , lo que a falta de una justificación contractual o normativa como se ha dicho, se constituye, a juicio del tribunal, en la orden de realizar actividades adicionales que la administración, mediante el interventor,

debidamente autorizado para ello, según se dijo ya, impone al contratista, constituyendo un verdadero y legítimo ejercicio de sus facultades exorbitantes, que como tales, implican el reconocimiento al contratista de sus costos, gastos y remuneración.

Consideró también el tribunal la manifestación de la interventoría, visible a folio 1158 del cuaderno tres de pruebas, en comunicación dirigida al auditor, el 15 de marzo de 2000, en que manifiesta que el atraso en el plan de contingencia es de siete días, en mampostería, causados por que no se pudo iniciar la actividad de estructura a tiempo, evento que, como ya se a expresado, se generó por un hecho no imputable al contratista.

En adición a lo anterior, no puede menos que llamar la atención el tribunal sobre la situación que se revela con estas pruebas: El interventor reconoce en la comunicación del 4 de abril antes citada 84, expresamente la existencia de un plazo adicional acordado (85), de conformidad con la recomendación en el sentido de ampliar el plazo que el mismo había expresado, por encontrar que las causas de atrasó del plan de contingencia, diferentes de las que fueron objeto de la condición que se pacto a favor del contratista, eran ajenas este, no obstante lo cual, afirma que debe asumir el contratista, el costo de la intensificación, ocurrido después del plazo inicialmente pactado.

De acuerdo con el análisis probatorio anterior y tal como consta en el acta de compromiso de entrega de la primera etapa suscrita el 25 de enero de 2000 (86)(87)(88)(89), si bien se acordó una suma de \$ 46'974.241 para el plan de contingencia, con absoluta claridad, precisión y exactitud se convino por valor a pagar “el que resulte de aplicar los sobrecostos unitarios a las cantidades realmente ejecutadas” y de ello era consciente la interventora ^(), sin que exista evidencia alguna respecto de la aceptación por el contratista de las sumas máximas asignadas por la Secretaría de Educación, ni renuncia expresa o por conducta concluyente al reclamo de sus valores reales ^() y, por el contrario, el consorcio convocante desde su comunicación del 17 de enero de 2000 dejó en claro que el presupuesto presentado era “una evaluación aproximada de costos, los cuales de todos modos se deben evaluar semana a semana para que el valor a pagar al contratista sea el justo” ^(). Igualmente, según las comunicaciones de 21 y 28 de marzo de 2000 (90) dirigidas a la auditoria por el doctor Jairo Briceño manifestando inconsistencias en los diseños eléctricos entregados al consorcio contratista y que “Las aclaraciones a las anteriores solicitudes, son de vital importancia para cumplir con la entrega de la primera etapa”, así como su conformidad con la ampliación del plazo de entrega de la primera etapa por la entrega tardía de los diseños y planos, los atrasos generados en virtud de los problemas del diseño “por todos conocidos” y la afectación de las actividades por el invierno, concluye el tribunal, que todas esas causas son extrañas, ajenas y no imputables al contratista, no constituyen incumplimiento de su parte y, por lo tanto, no tiene en el deber constitucional, legal, contractual o extracontractual de soportar sus costos.

Encuentra, además, el tribunal que aún para una persona lega en materia jurídica, debía repugnar la idea de recomendar y acordar una prórroga por considerarla justificada, para después imputarle al contratista el costo de ella, sin darle oportunidad de abstenerse de realizarla, pues la nueva regla de juego va acompañada de la instrucción de terminar el trabajo previsto para la prórroga.

En consecuencia, entiende el tribunal que se deben aplicar las reglas generales previstas en el contrato, según las cuales, se debe reconocer al contratista, las obras efectivamente efectuadas, salvo que se trate de costos y gastos derivados de hechos que le son imputables.

Ahora, corresponde determinar, la manera en que deberá hacerse ese reconocimiento, para lo cual debe tener en cuenta el tribunal, que ese reconocimiento no puede convertirse, tampoco, en una fuente de enriquecimiento sin causa para el contratista.

A folio 1054 y siguientes del cuaderno tres de pruebas, está la comunicación de 13 de septiembre de 2001, en la cual, la interventoría presenta a la auditoria del proyecto, sus argumentos sobre la reclamación del constructor. En ella se observa que, respecto del punto reclamado sobre costos del plan de contingencia, los argumentos de la interventoría para sustentar su liquidación, consisten en que en su elaboración se ciñó a las condiciones indicadas por la Secretaría de Educación, en la comunicación del 13 de enero (91), basándose en los soportes de gastos que aprobaba diariamente, lo que da lugar, en su opinión, a rechazar varias peticiones de reconocimiento de costos, unas por no tener constancia de que ellas se hubieran realizado o por que se hicieron sin su previa autorización,

otras por incluir no solo el mayor valor sino todo el rubro completo, respecto de lo cual argumenta el interventor, de pagarse se estaría reconociendo dos veces ese cargo básico, que ya estaba previsto en el precio inicial del contrato, otras por basarse en costos diferentes a los previstos en la oferta presentada por el contratista, el cobro de mayores cantidades a las ejecutadas.

Es evidente que las partes no tuvieron acuerdo sobre estos costos. En el proceso actúan:

a) Estimación inicial del consorcio en su comunicación 234-041-00 de 17 de enero de 2000 por la suma de cuarenta y seis millones novecientos setenta y cuatro mil doscientos cuarenta y un pesos (\$ 46'974.241), discriminados en \$ 39.407.920,00 más AIU del 19.2% por \$ 7.556.321 ⁽⁹²⁾ .

b) Comunicación de 17 de abril de 2000 dirigida por la interventoría al contratista 93 , objetando el valor del personal de la subcontratación de producción de concreto, estructura y carpintería metálica, cuya autorización está contenida en la comunicación del 13 de enero de 2000 ⁽⁹⁴⁾ , dirigida por el auditor al interventor (fls. 39-41 del cdno. de pbas. 1) y en las actas.

c) Comunicación de 23 de junio de 2000 de la interventora al auditor, aceptando unos costos del plan de contingencia por \$ 77'275.066,20 ⁽⁹⁵⁾ .

d) Comunicación de 12 de julio de 2000 de la interventoría al contratista ^(96/97) reconociendo la suma de \$ 60'793.441,67 incluido un 5.25% de administración, imprevistos y utilidad (AUI) ⁽⁹⁸⁾ . Con esta comunicación la interventoría formula las siguientes objeciones:

“1. Mayor valor en las horas extras del personal, esto se debe a que en su liquidación aplicó la hora extra completa al personal administrativo (residente, almacenista y maestro. Como la instrucción de la SED y de la auditoria es pagar el incremento de la hora extra al personal del constructor, la interventoría aplicó ese criterio.

2. El salario del residente que tienen en su liquidación es de \$ 2000.000, la interventoría toma el salario de la oferta, más el incremento oficial por cambio de año (10%).

3. En la cantidad de concreto acelerado, la interventoría incluye las vigas y placa de cubierta del edificio de preescolar, sitio donde fue necesario fundir estos elementos con concreto acelerado, para darle campo a la estructura metálica. Ustedes están incluyendo las vigas y placa del primer piso, que verificados los resultados no alcanzaron resistencia alta a temprana edad (tienen el normal comportamiento de un concreto de 3000 psi).

Igualmente no estamos de acuerdo con el valor unitario del sobrecosto por cambio del concreto de 3.000 psi a 4.000 psi. La evaluación que hicimos para determinar este valor es el siguiente:

Precio de lista del concreto de 3000 psi	\$ 219.650
Precio de lista del concreto de 4.000 psi	\$ 240.235
Diferencia (valor a pagar)	\$ 20.585

4. En la liquidación de las horas extras de las torregruas, según los soportes hay dos precios de \$ 9.000 y \$ 7.000 que con IVA sobre la utilidad quedan en \$ 9.067,5 y \$ 7.052,5 precios que aplicamos a nuestra liquidación. No entendemos de dónde sale el precio utilizado por ustedes de \$ 9.260, para las dos torregruas.

5. Esta interventoría reconoce únicamente el incremento de las horas extras de los operarios de equipos (cargador y cilindro).

6. Ya que se está pagando el incremento a las horas extras del personal de administración, la nuestro criterio es aplicar únicamente el porcentaje de utilidad al valor final de la liquidación (5.25% porcentaje tomado de la oferta del constructor”.

e) Oficio 234-054-00 de 19 de julio de 2000 del consorcio a la interventoría, precisando costos por \$

97'561,880.92 que con AIU ascendían a \$ 116'293,762.06 98

f) Comunicación de 21 de julio de 2000 del consorcio a la interventoría, liquidando los costos en \$ 73.145.253 que con AIU (19.2%) por \$ 14.043.888, 58 ascendieron a 87'189.141,58, incluyendo el del personal de I.M. Crag Ltda. y excluyendo el valor del Ingeniero director de obra 99

A folios 107 y siguientes del cuaderno uno de pruebas, aparece comunicación del interventor, que deja ver que para el 12 de julio de 2000 ⁽¹⁰⁰⁾

Desde el 15 de marzo, antes de que se venciera el plazo inicial previsto para el plan de contingencia, el interventor advirtió que habría costos superiores a los previstos por el constructor, que proyecto en ese momento en \$ 55.000.000, derivados de el uso de equipos adicionales ⁽¹⁰¹⁾ ⁽¹⁰²⁾

El planteamiento de cifras diversas sobre la misma liquidación, por cada una de las partes, les quita la certidumbre necesaria para poder ser adoptadas, una cualquiera de ellas, como la que se de por probada en el proceso.

En el dictamen pericial financiero rendido por la doctora Gloria Zady Correa Palacio, respuesta a la pregunta 13 y, en sus aclaraciones, respuesta a la pregunta número 14 del cuestionario del consorcio se indica un costo total por \$ 87'189.141,58 incluido el AIU tomando la liquidación última presentada el 21 de julio de 2000 que excluye el valor del director de obra ⁽¹⁰³⁾ ⁽¹⁰⁴⁾

“1) Que en el dictamen inicial se trabajó sobre la suma de \$ 87.180.141,58 como valor del plan de contingencia, porque el consorcio envió a la interventoría varios planes de contingencia, el último correspondiente a ese valor, y se asumió para este trabajo, que por ser el último, era el definitivo.

2) Que no puede la suscrita certificar si estos costos del plan de contingencia con que ahora se trabaja son los que el consorcio le discriminaba diariamente a la interventoría, porque tal como se dijo ni la interventoría, ni el propio consorcio suministraron a esta pericia dichos informes” ⁽¹⁰⁵⁾

En la respuesta a la pregunta 12 del cuestionario inicial del consorcio ⁽¹⁰⁶⁾

Ahora bien, el peritaje contable y financiero presentado por la doctora Gloria Sady Correa, en su página número 19, en respuesta a la pregunta número 13 del convocante, indica que no le fue posible determinar el valor de todos los costos en que incurrió el contratista, entre el día de inicio del plan de contingencia y el 31 de marzo y la finalización del plan de contingencia. Al contestar la pregunta 14, sobre cuál es la diferencia entre el valor determinado en la pregunta anterior y el que recibió el contratista, de manera efectiva, como pago por dicho plan, presenta un análisis de comparación entre lo pagado y recibido y los cobros o reclamaciones que presentó a la administración, ejercicio que además de no corresponder al objeto de la pregunta, no permite al tribunal tener claridad sobre cuál es el costo dejado de pagar al contratista, por concepto del plan de contingencia. Otro tanto debe decir el tribunal, de las aclaraciones que se pidieron a la perito sobre este punto. La perito insiste en que, ni de la contabilidad del consorcio ni de la información que reposa en poder del interventor, es posible extraer el valor de los costos derivados del plan de contingencia. Opta la perito, en su afán de proporcionar una respuesta, por señalar como costos del plan de contingencia, el valor de los pagos que hizo el contratista, en el período pactado y efectivamente cumplido, en dicho plan, valor que no puede ser de recibo para fijar el monto de esta reclamación, puesto que, de suyo, el período del plan de contingencia, es parte del período contractual, y tenía por objeto realizar actividades y obras pactadas en el contrato, solo que, con un mayor grado de inversión, que el previsto inicialmente, de manera que dicha inversión se reflejara en un menor tiempo de ejecución. Esto implica que la metodología de indicar cuales fueron los pagos realizados en el período, no es la que permite establecer cual fue “el mayor valor” que sobre lo previsto inicialmente en el flujo de caja y presupuesto del proyecto, tuvo que invertirse para cumplir con el cometido especial que se impuso al contratista. No existiendo dicho monto, y no obstante reconocer que las obras se realizaron con mayor inversión y esfuerzo, como se indicó en este capítulos, no le resulta posible al tribunal dar una condena en concreto a favor del contratista.

El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 307 ⁽¹⁰⁷⁾

El tribunal entiende el alcance de este principio procesal, y la importancia que tiene, como objeto o razón de ser de

los procesos, y por tanto como distribución de una justicia efectiva. No obstante, observa que en este caso, no se trata de la ausencia de prueba, que por lo demás fue pedida, decretada y practicada, durante el término del proceso, sino, como lo indicó expresamente la perito, de la imposibilidad material de levantar la prueba, por la inexistencia de la documentación requerida, que de una noticia cierta, confiable, sobre cuales fueron los mayores o extra costos que la aceleración de la obra, planteada en el plan de contingencia, generó. Esto, en concordancia con el artículo 177 ⁽¹⁰⁸⁾.

Quiere hacer expreso el tribunal que, las diferentes cifras que planteó el contratista, no pueden ser tenidas como prueba de la existencia de extra costos, como lo pretende presentar la perito, puesto que, esas cifras fueron controvertidas por la interventoría en varias oportunidades, y no fueron aceptadas por la parte demandada.

Según lo expresado, al resolver este punto, se negarán las pretensiones primera y segunda, por cuanto se demostró la existencia del plan de contingencia y de sobrecostos, pero no la existencia de su valor o cuantía, luego no podrá declararse la existencia de responsabilidad de la demandada, por no existir un daño probado, ni una suma en que se pueda fincar una condena.

7.1.2. Las suspensiones y prorrogas del contrato, sus causas y costos.

Para el caso concreto, se encuentra probado que el contrato 234 de 1999 se suspendió en cuatro oportunidades a saber:

(a) La denominada “parálisis por cambio de diseño” entre el 12 de diciembre de 1999 y el 3 de enero de 2000.

Suscrita el 2 de diciembre de 1999 el acta de iniciación, pocos días después, el 12 diciembre de 1999 se suspendió la ejecución de las obras ⁽¹⁰⁹⁾ ⁽¹¹⁰⁾ ⁽¹¹¹⁾.

(b) Segunda suspensión: Parálisis del contrato ocurrida entre el 14 de abril y el 1º de junio de 2000.

Entre el 14 de abril y el 1º de junio de 2000 se presentó una parálisis del contrato por término de 49 días calendario ⁽¹¹²⁾.

En efecto, el día 11 de abril de 2000 el consorcio constructor informó a la Secretaría de Educación Distrital, un déficit entre lo gastado por valor \$ 1.900.000.000 discriminado en obras ejecutadas por \$ 1.700'000.000, pagos por anticipos a subcontratistas e inventarios de almacén de doscientos por 200'000.000 y lo recibido por \$ 1.150'000.000) ⁽¹¹³⁾.

Luego, con la comunicación del 14 de abril de 2000 ⁽¹¹⁴⁾ ⁽¹¹⁵⁾.

En carta del 16 de mayo de 2000, el consorcio comunicó a la interventoría, un atraso de 37 días en el pago del acta 2, el vencimiento del acta 3, sus efectos y la necesidad de negociarlas “en el mercado financiero a altos costos” ⁽¹¹⁶⁾ ⁽¹¹⁷⁾ ⁽¹¹⁸⁾.

La Secretaría de Educación no accedió al reconocimiento y pago de los costos de la parálisis toda vez que la interventoría no los aprobó, absteniéndose de emitir concepto sobre el particular por no ser esta su función ⁽¹¹⁹⁾.

Así las cosas, resulta claro que esta parálisis tuvo como causa la imposibilidad del contratista de proseguir la ejecución del contrato ante la falta de recursos económicos. En efecto, debido a la inyección de recursos propios para el desarrollo de las obras, al atraso de la Secretaría de Educación en el pago de las actas parciales de obra y finalmente, a las inversiones para el desarrollo y ejecución del plan de contingencia, el contratista debió suspender las obras por no disponer de los recursos económicos necesarios para la ejecución de las mismas.

Esta parálisis de las obras no resulta imputable al contratista, como quiera que ella no derivó de su conducta ni de hechos por los cuales deba responder. Por el contrario, las causas son atribuibles a la entidad estatal, específicamente en lo referente a la mora en el pago de las actas parciales de obra y al alcance y pago oportuno y completo de las obras relativas al plan de contingencia. Por lo demás, es importante resaltar que en ninguna oportunidad dicha parálisis fue vista como un incumplimiento del contrato, prueba de ello es que el contratista no fue multado ni sancionado por razón o con ocasión de la parálisis de la obra y de las demás actividades a su cargo.

La parálisis a la cual se viene haciendo referencia tuvo una duración de 49 días calendario tal y como lo señaló la doctora Gloria Zady Correa en el dictamen pericial contable rendido dentro del proceso (Respuesta a la pregunta 8 del cuestionario formulado por la parte convocante) y tal como consta en la comunicación del 31 de julio de 2001 (fl. 1391, CP 4).

Tercera y cuarta suspensión del contrato de obra entre el 31 de julio y 17 de octubre de 2000 y entre el 17 de enero y 11 de marzo de 2001.

Del 31 de julio al 17 de octubre de 2000, por un total de 79 días calendario, las partes suspendieron de consuno el plazo del contrato según consta entre otros documentos en el acta de suspensión del 4 de agosto al 2 de octubre de 2000 prorrogada por acta de suspensión del 2 de octubre al 2 de noviembre de 2000 ⁽¹²⁰⁾.

La causa de esta suspensión consistió en el agotamiento del presupuesto destinado a la obra, según el testimonio rendido por el Dr. Jairo Briceño ⁽¹²¹⁾ ⁽¹²²⁾.

Entre el 17 de enero de 2001 y el 11 de marzo de 2001, por un total de 54 días calendario, se suspendió el contrato de común acuerdo conforme consta en el acta de suspensión de enero 15 a febrero 15 de 2001 y la prórroga a dicha suspensión de febrero 14 a marzo 16 de 2001 ⁽¹²³⁾.

La causa de esta suspensión está vinculada a la carencia del presupuesto destinado a la obra, según el testimonio rendido por el Dr. Jairo Briceño ⁽¹²⁴⁾ ⁽¹²⁵⁾ ⁽¹²⁶⁾ ⁽¹²⁷⁾.

Estas dos suspensiones, tuvieron como causa la falta de recursos de la Secretaría de Educación para adelantar las mayores cantidades de obra requeridas para la terminación efectiva de la obra. Al igual que en el caso anterior, estas suspensiones no pueden ser imputables al contratista como quiera que es de cargo de la entidad estatal (Secretaría de Educación) en desarrollo del principio de planeación (L. 80/93, art. 23) prever el alcance de las obras a su cargo, así como realizar los estudios técnicos necesarios tendientes a establecer las cantidades de obra y en concordancia con ello, realizar los trámites presupuestales necesarios para disponer de los recursos económicos requeridos para la ejecución del contrato.

En efecto, la provisión suficiente de las apropiaciones presupuestales constituye un deber de la entidad estatal y no puede invocarse para justificar un pago tardío ni excluir la indemnización correspondiente ⁽¹²⁸⁾.

“Finalmente la Sala hace las siguientes precisiones:

(...).

b) El hecho de que en todo contrato de la administración deberá estipularse la sujeción de su cuantía y pago a las apropiaciones presupuestales, no significa que la administración no tenga que pagar indemnización alguna en caso de mora. De ser esto así, la cláusula implicaría para una de las partes (la fuerte, normalmente) el privilegio de incumplir sin sanciones, que no existe en derecho colombiano.

c) Los contratos y es apenas obvio, se celebran para ser cumplidos dentro de los términos convenidos. Por esa razón, en principio, la administración no puede hacer reserva presupuestal sino por el valor estipulado”.

Como consecuencia de la parálisis de la obra y de las suspensiones del contrato, se generaron para el contratista sobrecostos por la mayor permanencia en obra vinculada a las deficiencias del diseño, agotamiento de los recursos y de disponibilidad presupuestal, esto es, por causas extrañas no imputables al consorcio contratista que escapan al alea o riesgo normal que se encontraba a su cargo en razón de la celebración del contrato y, que por tanto deben serle resarcidos por la Secretaría de Educación.

En cuanto a las consideraciones propuestas por el interventor para que la Secretaría de Educación no hubiere reconocido los sobrecostos de la suspensión sucedida entre el 31 de julio y el 17 de octubre de 2000, esto es, que a su juicio la Ley 80 de 1993 prohíbe su reconocimiento durante el período de suspensión del contrato estatal ⁽¹²⁹⁾ ⁽¹³⁰⁾ ⁽¹³¹⁾ ⁽¹³²⁾.

En este punto, también es importante precisar que no es de recibo el argumento de la Secretaría de Educación en el

sentido de señalar que no hay lugar al reconocimiento de sobrecostos como quiera que las suspensiones del contrato se tradujeron en obras adicionales y por ende en un mayor valor económico reconocido en favor del contratista. En otros términos, en opinión de la Secretaría de Educación el mayor valor final del contrato impide al contratista reclamar los sobrecostos derivados de la mayor permanencia en obra. Se reitera que no son de recibo estos argumentos como quiera que la remuneración a la cual hace referencia la Secretaría de Educación en su alegato de conclusión, es decir la suma (\$ 1.055.000.000), correspondió a la remuneración por las mayores cantidades de obra y obras adicionales realizadas por el contratista y, por esta vía, constituyó el valor al cual tenía este derecho como consecuencia de su trabajo ^{(133) (134)}.

Tampoco es de recibo el argumento de la Secretaría de Educación, según el cual los sobrecostos por mayor permanencia en obra deben ser cubiertos o imputados al porcentaje o rubro de Imprevistos presupuestado por el contratista dentro de su oferta y según el cual solo de resultar insuficiente este rubro habría lugar al reconocimiento de los sobrecostos pero únicamente en el porcentaje que exceda el monto de los imprevistos.

Tal y como se ha señalado tanto la doctrina como la jurisprudencia, el rubro de Imprevistos que hace parte de lo que se ha denominado AIU corresponde a la cuantificación realizada por el contratista dentro de su oferta, de los riesgos e imprevistos que hacen parte del alea normal de ejecución de un contrato y no a aquellos que al ser extraordinarios escapan de la órbita de riesgo a cargo del contratista; en otros términos, los “Imprevistos” contemplados o presupuestados por el contratista dentro del AIU de su oferta, incorporan los riesgos y costos que hacen parte del alea normal de ejecución contractual pero no los anormales ^(135).

Sobre este particular, resulta pertinente destacar lo dispuesto en el laudo arbitral proferido el 30 de mayo de 2002 para dirimir las controversias existentes entre la sociedad Augusto Ruiz Corredor y Cía. Ltda., v. Constructora Andrade Gutiérrez S.A.:

“En efecto, es claro que una parte de los perjuicios en que incurre el contratista por la parálisis en su actividad corresponde a sus gastos de administración; en esto están de acuerdo los dos dictámenes periciales que por ello lo contemplan en sus cálculos. De otra parte, en cuanto se refiere al rubro de imprevistos, debe observarse que el mismo no está destinado a cubrir aquellos imprevistos a que hace referencia el artículo 868 del Código de Comercio, pues en tal caso procede la aplicación de la teoría de la imprevisión. Dicho rubro busca atender aquellos gastos adicionales que se producen en la ejecución de una obra y que no se incluyen por separado en los precios unitarios. Se trata de una suma de dinero que en razón del contrato el contratista puede usar para cubrir mayores costos en que incurra o, si ello no ocurre, conserva como parte de su beneficio, sin que tenga que rendir cuenta de su inversión. En esta medida, es claro que el contratista tiene derecho a recibir el rubro de imprevistos, así ninguno ocurra, y por consiguiente, ello hace parte del perjuicio causado. Finalmente, en cuanto se refiere a la utilidad, la misma corresponde al beneficio que el contratista debía recibir por razón del trabajo realizado, por lo cual es claro que corresponde a un lucro cesante que debe ser reparado”.

Por consiguiente, el AIU no excluye el derecho a los sobrecostos generados por una mayor permanencia en obra ni la reparación del daño antijurídico por incumplimiento de las obligaciones contractuales. En este sentido, el Consejo de Estado en Sentencia de 29 de mayo de 2003, Ponente, Ricardo Hoyos Duque, expediente 14577, indicó:

“La legislación contractual no tiene una definición de lo que debe entenderse por el AIU que se introduce en el valor total de la oferta. Sin embargo, no hay duda que la utilidad es el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato y por costos de administración se han tenido como tales los que constituyen costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista; el porcentaje para imprevistos, como su nombre lo indica, está destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato) Según el diccionario de La Real Academia de la Lengua Española, imprevisto es, “En lenguaje administrativo, gastos con los que no se contaba y para los cuales no hay crédito habilitado.

Es usual en la formulación de la oferta para la ejecución de un contrato de obra, la inclusión de una partida de gastos para imprevistos y esa inclusión e integración al valor de la propuesta surge como una necesidad para cubrir los posibles y eventuales riesgos que pueda enfrentar el contratista durante la ejecución del contrato. Sobre la

naturaleza de esta partida y su campo de cobertura, la doctrina, buscando aclarar su sentido, destaca que la misma juega internamente en el cálculo del presupuesto total del contrato y que se admite de esa manera “como defensa y garantía del principio de riesgo y ventura”, para cubrir ciertos gastos con los que no se cuenta al formar los precios unitarios. “Sin entrar directamente a formar el precio de cada unidad de obra, contribuyen conocidamente a acrecer el costo total (...) los gastos de imprevistos, los de dirección y administración y la cantidad que debe constituir el justo beneficio de los afanes del contratista”. Gaspar Ariño Ortiz. Ob. Cit. pág. 167.

“El porcentaje de imprevistos significa, pues en su origen, la salvaguarda frente a los riesgos ordinarios que se producen en los contratos de obra y que, al no poder ser abonados con cargo a indemnizaciones otorgados por la administración cuando se produzcan (ya que la técnica presupuestaria lo impediría en la mayoría de los casos), son evaluados a priori en los presupuestos de contrata. Cubre así los riesgos propios de toda obra, incluidos los casos fortuitos que podíamos llamar ordinarios (...). El porcentaje de imprevistos es, por tanto, una cantidad estimativa, con la que se trata de paliar el riesgo propio de todo contrato de obra. Como tal, unas veces cubrirá más y otras menos de los riesgos reales (los que, efectivamente, se realicen), y ahí radica justamente el alea del contrato”(26).

(26) *Ibidem*, pág. 168.

En nuestro régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como AIU —administración, imprevistos y utilidades— como factor en el que se incluye ese valor, sobre todo, cuando el juez del contrato debe calcular la utilidad del contratista, a efecto de indemnizar los perjuicios reclamados por este. Existe sí una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida, ya que, usualmente, no hace parte del régimen de sus obligaciones contractuales rendir cuentas sobre ella.

Esto significa que desde la celebración del contrato, al incluirse en el precio una partida que se dirigirá a cubrir los posibles gastos imprevistos que puede enfrentar el contratista, sabe que hay unos riesgos que pueden afectar su utilidad.

Contrario al criterio de la demandante, en el sentido de que “no es una partida de la cual pueda disponer el juez del contrato, como si fuera una reserva a disposición suya para cubrir cualquier déficit económico del contrato”, la Sala considera que en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje para imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida, esta resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato. Debe pues el contratista soportar un alea normal y si este es anormal habrá de demostrarlo; no basta simplemente afirmarlo y para ello deberá asumir la carga de la prueba consistente fundamentalmente en acreditar los riesgos que se hicieron efectivos y los sobrecostos asumidos y cuantificarlos frente al valor del contrato, incluidas las sumas que haya presupuestado en el factor imprevistos; es decir, demostrar la realidad económica del contrato que deba conducir a la entidad pública contratante a asumir el deber de restablecer el equilibrio financiero del mismo. Como quiera que el punto crítico es deslindar el terreno de lo normal y de lo anormal, Marienhoff señala que “alea extraordinaria” o “anormal” es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato. Las variaciones de precios que provengan de fluctuaciones económicas corrientes, constituyen áleas ordinarias; en cambio, pueden constituir anormales o extraordinarias cuando provengan de acontecimientos anormales, excepcionales y que, por tanto, no pudieron entrar en las previsiones de las partes en el momento de contratar. Como ejemplo de estos últimos pueden mencionarse las guerras, las depreciaciones monetarias, las crisis económicas, etc. Ob. cit. pág. 524”.

Así las cosas, resulta claro que los sobrecostos por mayor permanencia en obra, como la que en este caso se presentó, dado que tuvo una duración de más de la mita del plazo inicial pactado y cuyos costos exceden también el monto de los imprevistos comprendidos en el ya aludido AIU de la oferta del contratista, no hacen parte del alea normal de ejecución del contrato y por tanto, no constituyen un riesgo que deba ser asumido por el contratista. Como quiera que dichos sobrecostos no están cubiertos o cobijados con el rubro de Imprevistos presupuestado por el contratista dentro de su propuesta, el tribunal procederá a ordenar su reconocimiento según lo anotado.

En efecto, la duración prevista del contrato 234 de 1999 era de 240 días es decir de 6 meses (cláusula cuarta del

contrato 234 de 1999) y la duración efectiva del mismo fue de 16 meses (la entrega final de las obras tuvo lugar el día 2 de abril de 2001), luego, la mayor permanencia en obra excedió en un 100% lo inicialmente previsto por las partes en el contrato y por tanto, no puede considerarse como un riesgo o un alea normal a cargo del contratista, por el contrario, resulta a todas luces evidente que se trata de un riesgo anormal pues no es común que la ejecución de un contrato se duplique. Así mismo, es preciso señalar que la mayor permanencia en obra de 182 días excede en la mitad el término inicial previsto, por lo cual no resulta lógico considerar que esa mayor permanencia es normal o común.

En este orden de ideas, es evidente que los mayores costos en que incurrió el contratista durante las diferentes suspensiones del contrato, afectaron su equilibrio económico en su perjuicio, que dichas suspensiones no hacían parte del alea normal de ejecución del contrato y que por tanto no son de su cargo, que estos sobrecostos no le son imputables y que como consecuencia de ello el contratista sufrió un daño que no está en el deber jurídico de soportar y que por tanto debe serle indemnizado ⁽¹³⁶⁾.

Igualmente, resulta claro que las causas de las diferentes suspensiones son imputables a la Secretaría de Educación y que dicha entidad no demostró en el curso del proceso ninguna causal en virtud de la cual se exonerara del deber indemnizatorio a su cargo.

Por lo anterior, procederá el tribunal a analizar la cuantía de los sobrecostos cuyo pago deberá efectuarse a favor del consorcio convocante.

En lo que atañe al alcance de la indemnización, se reitera que corresponde al contratista que alega la mayor permanencia en obra, demostrar la existencia de sus sobrecostos, como quiera que los mismos no se deducen o presumen por la simple suspensión o prórroga del contrato y para efectos de la cuantificación de la indemnización de los perjuicios padecidos por el contratista, el tribunal acogerá la liquidación de los sobrecostos realizada dentro del dictamen pericial contable así como dentro de las aclaraciones y complementaciones presentadas, precisando en todo caso, que no se tendrán en cuenta los valores de AIU calculados sobre los costos por la mayor permanencia en obra.

Conforme al dictamen pericial contable, durante la parálisis presentada entre el 14 de abril y el 1º de junio de 2000, el consorcio incurrió en costos administrativos, de nómina y personal administrativo, alquiler de equipos en obra y formaleta, servicios públicos, vigilancia, reparación de formaleta y ajustes por valor de \$ 67.641.643 ⁽¹³⁷⁾, ⁽¹³⁸⁾, ⁽¹³⁹⁾.

En consecuencia, la suma total de la mayor permanencia en obra y de los costos incurridos por el contratista durante la parálisis y suspensiones se discrimina, así:

Nº factura	Fecha inic	Fecha final	Valor	Factor ajuste	Valor presente a fecha final	Costo de oportunidad	Capital	Factor	Capital actualizado
Suspensión	17/10/2000	31/12/2000	38.208.942	1,009	38.570.256	372.846			
	31/12/2000	31/12/2001	38.570.256	1,088	41.957.573	2.517.454			
	31/12/2001	31/12/2002	41.957.573	1,076	45.164.234	2.709.854			
	31/12/2002	31/12/2003	45.164.234	1,070	48.325.730	2.899.544			
	31/12/2003	31/03/2004	48.325.730	1,034	49.951.643	749.275			
Total interes						9.248.973	38.208.942	1,22776573	46.911.629,44

Suspensión	11/03/2001	31/12/2001	41.095.261	1,032	42.419.442	2.043.203			
	31/12/2001	31/12/2002	42.419.442	1,076	45.661.401	2.739.684			
	31/12/2002	31/12/2003	45.661.401	1,070	48.857.699	2.931.462			
	31/12/2003	31/03/2004	48.857.699	1,034	50.501.510	757.523			
Total interés						8.471.872	41.095.261	1,165.80844	47.909.202,32
Parálisis	01/06/2000	31/12/2000	67.641.643	1,025	69.346.895	2.080.407			
	31/12/2000	31/12/2001	69.346.895	1,088	75.437.078	4.526.225			
	31/12/2001	31/12/2002	75.437.078	1,076	81.202.453	4.872.147			
	31/12/2002	31/12/2003	81.202.453	1,070	86.886.624	5.213.197			
	31/12/2003	31/03/2004	86.886.624	1,034	89.809.913	5.388.595			
Total interés						22.080.571	67.641.643	1,238.51204	83.774.988,92
Total Capital			146.945.846						
Total Intereses						39.801.415			
Total Capital actualizado									178.595.820,68

Dicho valor total de \$ 146.945.846 se actualiza aplicando la fórmula de ajuste pactada en el contrato, esto es, “en función de la variación del índice total de la construcción calculado por la Cámara Colombiana de la Construcción de Cundinamarca Camacol Cundinamarca”, actualización que junto con el costo de oportunidad que se decreta, lleva a la suma de \$ 218.397.236,08. No se reconocerán intereses de mora, por las razones que se exponen al analizar y decidir tal pretensión.

7.2. Quinta, quinta primera subsidiaria y sexta pretensión.

Que se declare que el Distrito Capital - Secretaría de Educación, estaba obligado a reajustar el valor del anticipo entregado al contratista, en virtud de la adición 2 al contrato, pactada entre las partes el 18 de octubre de 2000 y se le condene a pagar por concepto de perjuicios la suma de cincuenta millones de pesos (\$ 50'.000.000) o la probada en el proceso.

Planteamientos de las partes:

La parte convocante considera que todos los pagos del contrato incluidos los de sus adiciones deben reajustarse. Toda vez que el valor del adicional 2 del 18 de diciembre de 2000 acordado en la suma de novecientos un millones cien mil trescientos noventa pesos (\$ 901.100.390), se fijó con los mismos precios unitarios de la propuesta

presentada en octubre de 1999 y habiéndose convenido en la cláusula segunda de dicha adición el pago de cuantías concretas “excluido el valor de los reajustes”, la suma que debía pagarse al contratista debía incluir el reajuste porque “Las demás partes del contrato permanecen sin modificación” y en el párrafo segundo de la cláusula tercera del contrato de obra 234 del 3 de noviembre de 1999, se estipuló la actualización de los precios unitarios de la propuesta de “la licitación y los que llegaren a pactarse en desarrollo del contrato, en función de la variación del índice total de la construcción calculado por la Cámara Colombiana de la Construcción de Cundinamarca Camacol Cundinamarca”.

En su contestación, la Secretaría de Educación acepta el reajuste sobre el 60% del valor del contrato adicional, pero lo niega respecto del 40% por ser un anticipo y rechaza el supuesto incumplimiento de la obligación de ajustarlo “toda vez que en ningún acápite del contrato se pactó fórmula de reajuste sobre los valores anticipados, toda vez que dicho pago corresponde al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato por el ajuste sufrido entre la fecha real de ejecución de obra y la de su pago efectivo y debemos recordar que sobre el valor anticipado no hay ejecución por lo cual no habría entonces lugar a reconocimiento alguno por concepto de reajuste (...)”.

Consideraciones del tribunal

En los contratos de obra pública, el anticipo ostenta una particular relevancia en la ejecución del objeto contractual, sirve de mecanismo financiero idóneo y dota de recursos al contratista para tal efecto, constituye una inversión, tiene una destinación específica, se amortiza gradualmente con el valor ejecutado y debe cancelarse en la oportunidad acordada ([140](#)).

Por regla general, el pago del anticipo no involucra el reconocimiento de reajustes, toda vez que el mismo se realiza al inicio de la ejecución del contrato y de manera próxima al momento en que el oferente y posterior contratista ha estructurado sus precios, en su oferta económica. No obstante lo anterior, tanto la jurisprudencia como la doctrina han señalado que hay lugar al reajuste del anticipo cuando quiera que haya existido retardo o mora en su pago, precisamente para dar aplicación a los principios de equidad y conservación de la intangibilidad de la remuneración del contratista y al equilibrio económico de los contratos en favor del contratista.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 22 de junio de 2001, con ponencia del doctor Jesús María Carrillo Ballesteros expresó:

“La Sentencia apelada será modificada, ya que al recurrente y al Ministerio Público les asiste razón en cuanto afirman que no es suficiente reconocer la existencia de la mora injustificada en el pago del anticipo, sino que, con aplicación de los principios orientadores de la actividad contractual y a modo de resarcimiento, se deberá restablecer su poder adquisitivo y reconocer intereses sobre la suma así obtenida; de otra parte, la liquidación hecha por el tribunal al pago de los perjuicios por no haberse procedido a la actualización de precios, merece observaciones y será modificada.

(...) “El anticipo es parte integrante del valor del contrato, como contraprestación que de la ejecución del mismo es, y su finalidad se contrae a que el objeto del contrato se eche a andar por el contratista. Su estipulación es muy usual en todos los contratos, aún desde cuando estos se regulaban por el Decreto 222 de 1983, y al pactarse se entiende que las partes quedan comprometidas conforme a su orientación y contenido. Momento de su pago.— Como su nombre lo indica, el pago de este rubro económico es previo a la iniciación de la ejecución del contrato, y está a cargo del contratante; pues ningún soporte jurídico ni lógico tendría el pactarse en forma voluntaria un “anticipo” que sea desembolsado durante la ejecución del objeto contratado. (...) En definitiva, como la Ley 80 lo define, es un “pago anticipado”, necesario para que el contratista desencadene el proceso de ejecución de lo contratado; y por lo general en la cláusula correspondiente se indica el momento de su pago y las condiciones para que el mismo proceda. Apoyándonos nuevamente en la sentencia precitada, no cabe duda para afirmar que “Cuando en el contrato se pacta el anticipo la ejecución del contrato a cargo del contratista pende de la entrega de aquel”.

“Con aplicación de los principios de buena fe, del equilibrio financiero y de equidad que gobiernan la contratación administrativa, esa circunstancia no releva sino obliga a la entidad pública a reconocer al contratista “al menos el detrimento económico que para el mismo significó el hecho de haber recibido el anticipo desvalorizado” (...). Tales

principios orientadores esbozados por la doctrina y la jurisprudencia, se recogen actualmente en el estatuto general de contratación de la administración pública (L. 80/93), conforme al cual, a las entidades estatales les corresponde adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y la ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer, para efecto de lo cual “utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios”, como lo enseñan su artículo 4º, numeral 8º y artículo 27... Inspirados en los fines estatales, armónicos con los intereses generales de la colectividad, los artículos 14, 23 y siguientes de la Ley 80 de 1983 [sic] igualmente establecen que la entidad estatal conserva en todo tiempo la dirección general del contrato y como consecuencia, tiene la responsabilidad de ejercer el control y la vigilancia de que se cumplan las disposiciones regentes en la materia; y agregan que las actuaciones de los servidores públicos que intervengan en las diversas instancias de la contratación estatal “se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía, responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa” (art. 23) (...).

“De acuerdo con la mora debidamente comprobada y los argumentos que anteceden, deberá reconocérsele al demandante la actualización del anticipo que debía serle pagado cuando tuvo la calidad de contratista, a más tardar el mismo día en que la entidad demandada —entonces contratante— le ordenó iniciar la ejecución del objeto contratado (jun. 21/90), y que en realidad vino a cancelarle el 6 de febrero de 1991, siendo estos dos extremos temporales los que nos determinarán el monto de la actualización. Y sobre la suma que así resulte se reconocerán intereses moratorios a partir de la última fecha, de acuerdo con la Ley 80 de 1993” ([141](#)).

En igual sentido, en sentencia de 22 de junio de 2001 con ponencia del doctor Ricardo Hoyos Duque, se indicó:

“El parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 en relación con el anticipo establece: En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del respectivo contrato” ([142](#)).

En la práctica contractual administrativa con fundamento en la ley, lo usual es que la entidad pública contratante le entregue al contratista un porcentaje del valor del contrato, a título de anticipo, el cual habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales en que debe incurrir el contratista para la iniciación de la ejecución del objeto contratado. De ahí que se sostenga que es la forma de facilitarle al contratista la financiación de los bienes, servicios u obras que se le han encargado con ocasión de la celebración del contrato. Se convierte así este pago en un factor económico determinante para impulsar la ejecución del contrato (...) En estas condiciones, si el anticipo se entrega al contratista antes o simultáneamente con la iniciación del contrato, esto es, cuando aún el contratista no ha prestado el servicio, ejecutado la obra o entregado los bienes y precisamente espera dicha suma para iniciarlo y la fecha de ese pago marca la pauta para el cómputo del término del contrato, el pago de la suma de dinero que las partes convengan a ese se hace en calidad de prestamo. Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato” ([143](#)).

Por último, resulta ilustrativa la sentencia del 13 de julio de 2000, en la cual se indicó:

“El anticipo es pacto en el contrato regulado por la ley, que proviene de la autonomía de la voluntad, que genera obligaciones y derechos recíprocos entre las partes, en momentos diferentes.

En una primera instancia es obligación del contratante y derecho del contratista, de entregar y recibir —previa constitución de la garantía —respectivamente, una suma determinada de dinero, con cargo a los recursos del contrato, con el objeto financiar al contratista en las prestaciones a su cargo (adquisición de bienes, servicios, obras etc).

En segunda instancia el anticipo, en su resultado, constituye una obligación del contratista y un derecho del contratante, en los siguientes aspectos: —De inversión en los objetos determinados en el contrato y de pago por amortización, por parte del contratista. —De recibir, por amortización, y/o hacer efectiva la garantía de anticipo, o de cumplimiento, según el estatuto de contratación vigente, por parte del contratante, por hechos del contratista que impliquen mal manejo o incorrecta inversión de los dineros de propiedad pública. (...). La obligación de

entrega del anticipo está a cargo del contratante, la cual precede a la ejecución del objeto contractual, propio de los negocios jurídicos bilaterales, en los cuales se impone el cumplimiento de las obligaciones a cargo de uno de los cocontratantes para que el otro pueda ejecutar la prestación subsiguiente..(...). Con el objeto de reconocer al contratista lo dejado de percibir con ocasión de la pérdida de poder adquisitivo del dinero que se le entregó en forma tardía, se procede: a determinar el daño emergente: —Se actualizará la suma pactada de anticipo, desde la fecha en que se hizo exigible su entrega hasta la fecha en que efectivamente se entregó; y —se extraerá la diferencia entre el valor actualizado del anticipo y el valor histórico (convenido en el contrato); después —esa diferencia será actualizada desde la fecha en que se realizó el pago hasta la fecha de esta sentencia, para compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda; luego se procederá a —Determinar el lucro cesante: Se obtendrá de liquidar intereses corrientes del 6% anual sobre el valor histórico del anticipo, durante el tiempo que transcurrió entre la fecha en que se le debió entregar ese valor y la fecha en que realmente se entregó” ([144](#)).

Ahora bien, en el contenido del adicional 2 de 18 de octubre de 2000, las partes aumentaron el valor inicial del contrato, en la “suma de novecientos un millones cien mil trescientos noventa pesos moneda corriente (\$ 901.100.390) valor que incluye los reajustes por valor de veintiséis millones ciento sesenta y cinco mil setecientos veinticinco pesos moneda corriente (\$ 26.165.725), quedando el valor total del contrato de obra 234 de 1999 en la suma de tres mil trescientos catorce millones trescientos setenta y cuatro mil seiscientos treinta y dos pesos con 88/100 m/cte (\$ 3.324.374.632,99) m/cte incluido reajustes, valores consignados en la propuesta presentada por el constructor y avalada por la interventoría” (Cláusula segunda, valor, resaltado ajeno al texto), acordando su pago, así:

“1. Un anticipo en cuantía equivalente al 40% del valor de la presente adición excluido el valor de los reajustes, una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y legalización (...).

“2. Pagos parciales mensuales hasta por el ochenta por ciento (80%) del valor total de la adición excluido el valor de los reajustes, que se pagarán de conformidad con las actas mensuales de obra ejecutada, aprobadas por el Interventor a satisfacción de la Secretaría de Educación. Las actas parciales de obra que se cancelen, no significarán el recibo total de la misma. De cada una se descontará el 40% en calidad de amortización de anticipo, además de los descuentos de ley.

“3. El saldo, esto es, el veinte por ciento del valor de la adición (20%) excluido el valor de los reajustes, en acta de liquidación final del contrato previa suscripción del acta de liquidación final del contrato por parte del constructor, interventor y la Secretaría de Educación y la entrega de los documentos que se relacionan a continuación (...)” (cláusula tercera, Forma de pago, numerales 1 a 3).

También en este adicional 2 se acordó que “Las demás partes del contrato permanecen sin modificación”, y en el parágrafo segundo de la cláusula tercera del contrato 234 de 1999, se pactó:

“Los precios unitarios contenidos en la propuesta de la licitación y los que llegaren a pactarse en desarrollo del contrato, se actualizarán en función de la variación del índice total de la construcción calculado por la Cámara Colombiana de la Construcción de Cundinamarca Camacol Cundinamarca” (subrayado fuera del texto).

Del testimonio del ingeniero Mauricio Tique ([145](#)) ([146](#)).

El motivo de reclamo de la parte convocante dentro del presente proceso arbitral no refiere a oportunidad del pago del anticipo, sino a la falta de actualización de su valor, porque en su sentir, habiéndose determinado el valor del adicional número 2 con base en los precios unitarios de la propuesta presentada en octubre de 1999, este debe reajustarse aplicando la cláusula de ajuste pactada en el contrato 234 de 1999, desde entonces hasta la fecha del pago.

Para el tribunal, asiste razón a la parte convocante en su reclamación.

Tal y como se señaló anteriormente, hay lugar a la actualización del anticipo cuando quiera que exista mora o retardo en su pago, ello como simple manifestación del principio de equidad y equilibrio económico del contrato, en virtud de los cuales el contratista tiene derecho a recibir esta suma de dinero por el valor intrínseco que al mismo le correspondía para la fecha prevista de pago.

También habrá lugar al pago de reajustes sobre el valor del anticipo, cuando quiera que entre la fecha de cálculo y cuantificación de los precios y la fecha de pactó de adición, o la fecha que se convenga, según las circunstancias, haya mediado un lapso que afecte el valor que por este concepto debe recibir el contratista.

En el presente caso, la propuesta presentada por el contratista para la firma del adicional 2 se realizó tal y como se mencionó anteriormente, con los precios de la oferta inicial, es decir, con base en los precios del año 1999, de manera tal que al momento de acordarse y también de efectuarse los pagos derivados del mismo había transcurrido aproximadamente un año y por tanto era necesario acceder al reajuste de los valores acordados (¹⁴⁷).

Para el tribunal se encuentra acreditado, además que el contratista reclamó desde el 21 de noviembre de 2000, entre otras, la actualización del anticipo y, por tanto, procede ordenar el pago correspondiente entre el mes de octubre de 1999, fecha a la que corresponden los valores expresados en el adicional 2 y la fecha en que efectivamente se pactó dicho adicional, es decir el 18 de octubre de 2000.

El anticipo pactado en el contrato adicional 2 de octubre 18 de 2000, ascendió al 40% de la suma adicionada (\$ 901.100.390), esto es, la suma de \$ 349.973.866 —excluido el valor de los reajustes— y debía pagarse cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y legalización.

En consecuencia, el monto actualizado a la fecha efectiva del pago aplicando la fórmula de reajuste pactada en el contrato de obra pública, asciende a la suma de \$ 382.035.988 y, el monto efectivamente pagado, a la suma \$ 349.973.866 con una diferencia neta de \$ 32.062.122 que corresponde al valor de la actualización para entonces. Esta última suma, atendiendo a los parámetros legales es actualizada a la fecha del laudo junto con el “costo de oportunidad” (6% anual), lo cual arroja una cifra de \$ 46.567.218.07, suma que corresponde a la que se decretara como condena.

Las anteriores cifras se encuentran soportadas en los siguientes cuadros:

Nº	Fecha inic.	Fecha final	Valor	Factor	Valor presente
Factura				ajuste	a fecha final
	03-11-99	31-12-99	349.973.866	1,009	353.134.920
	31-12-99	18-10-00	353.134.920	1,082	382.035.988
Menos valor pagado					—349.973.866
Total Capital					32.062.122

Nº factura	Fecha inic	Fecha final	Valor	Factor ajuste	Valor presente a fecha final	Costo de oportunidad	Capital	Factor	Capital actualizado
	19-10-00	31-12-00	32.062.122	1,009	32.365.310	382.989			
	31-12-00	31-12-01	32.365.310	1,088	35.207.697	2.112.462			
	31-12-01	31-12-02	35.207.697	1,076	37.898.489	2.273.909			
	31-12-02	31-12-03	37.898.489	1,070	40.551.384	2.433.083			
	31-12-03	31-03-04	40.551.384	1,034	41.915.729	628.736			

Total interés						7.202.444	32.062.12 2	1,227765 73	39.364.774,4 1
------------------	--	--	--	--	--	-----------	----------------	----------------	-------------------

7.3. Séptima, octava, novena, décima principal y subsidiaria, undécima y duodécima pretensión.

Pretende se declare que la entidad contratante, incumplió en repetidas ocasiones su obligación de pagar oportunamente las actas presentadas por el contratista y, por tanto, se le condene al pago de intereses de mora del doce (12) por ciento, sobre el monto histórico actualizado del capital o como determine el tribunal (7ª y 8ª); la imputación de los pagos extemporáneos primero a intereses y luego a capital (9ª) y, después de esta, se condene al pago del capital insoluto con intereses moratorios a la tasa del 12% sobre el monto histórico actualizado o la que determine el tribunal, entre la fecha en que debió hacerse el pago y aquella en que el pago efectivamente se realice (9ª y 10ª) o la suma resultante de aplicar el criterio de imputación e intereses que estime procedente el tribunal (10ª subsidiaria), así como la declaración que el incumplimiento por el pago extemporáneo de las actas causó perjuicios adicionales a los que resulten reparados por los intereses consistentes en costos financieros por negociación de las actas de obra, intereses pagados a proveedores, préstamos obtenidos de terceros y costos por suspensión de los trabajos, los cuales le deben ser reparados en su integridad y se condene a pagarlos en cuantía de ciento setenta y un millones de pesos (\$ 171'000.000), o la que resulte probada en el proceso (11ª y 12ª).

La parte convocante sustenta estas pretensiones en el incumplimiento de la Secretaría de Educación en el pago completo de las actas de obra y facturas dentro de la oportunidad pactada en el contrato, originado en la ausencia de presupuesto para tal efecto, debido al agotamiento de las partidas destinadas en virtud de una deficiente planeación de las cantidades de obras.

La parte convocada, aún cuando se opone, reconoce que en algunos casos no se pagaron algunas facturas y actas de obra.

Consideraciones del tribunal

7.3.1. El incumplimiento en el pago de las actas y los intereses moratorios reclamados.

Conforme al contrato de obra, la administración debía cancelar las facturas de las actas de obra, dentro de los treinta (30) días calendario posteriores a su presentación, y naturalmente, la “entidad contratante tiene la obligación de pagarle al contratista oportunamente las obras que este ejecuta en desarrollo del contrato; y el contratista, a su vez, tiene derecho a “recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato”, tal y como lo dispone perentoriamente el artículo 5º de la Ley 80 de 1993” ⁽¹⁴⁸⁾ .

En este sentido, según ha puesto de presente el Consejo de Estado, la entidad estatal tiene la obligación de pagar en el tiempo y oportunidad debidos ⁽¹⁴⁹⁾ , so pena de comprometer su responsabilidad por los daños causados, sin que, en su caso, el “reajuste posterior que se haga teniendo en cuenta el valor de los costos de construcción a la fecha de su ejecución” cubra “la mora que empieza a causarse luego de realizada el acta de recibo parcial. Ese reajuste simplemente cubre la diferencia de precios entre el momento en que ellos fueron calculados y aquel en que la obra se realiza” ⁽¹⁵⁰⁾⁽¹⁵¹⁾ , ni la ausencia o carencia de presupuesto para atender los pagos justifique la tardanza ni exonere los intereses moratorios y demás consecuencias nocivas ⁽¹⁵²⁾ .

A propósito del reconocimiento de intereses en las obligaciones dimanadas de la contratación estatal, los artículos 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993 y 1º del Decreto Reglamentario 679 de 1994, en defecto de estipulación de las partes, disciplinan la materia.

La primera de estas normas, dispone:

“Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”.

Y, el artículo 1º del Decreto 679 de 1994, establece:

“De la determinación de los intereses moratorios. Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos”.

La obligación de pagar intereses en la contratación estatal, encuentra respaldo en la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa.

Así, en Sentencia C-892 de 22 de agosto de 2001, ponente, Rodrigo Escobar Gil, la Corte Constitucional, puntualizó:

“Es sabido que la obligación más corriente de la administración pública en los contratos que suscribe para cumplir sus fines próximos, es la de pagar una específica suma de dinero, sea a título de precio como ocurre en los contratos de obra pública o suministro, o a título de subvención tal como sucede en las concesiones de servicios públicos.

Pues bien, la inobservancia, el incumplimiento o el retraso de esta obligación, otorga un derecho irrenunciable a favor del contratista que se presenta en la forma de mora, con la que se persigue que la administración satisfaga o restablezca la prestación que ha sido afectada.(...) Bajo el actual esquema, a partir de la consagración constitucional del principio de responsabilidad patrimonial del Estado (C.P., art. 90), la obligación de pagar intereses de mora encontró un evidente respaldo jurídico (...).

Respecto al *dies a quo* o tiempo en que comienza y finaliza la mora, reiterando los criterios fijados en la Sentencia C-188 de 1999 arriba citada y en jurisprudencia del Consejo de Estado ...”. En virtud de lo dicho, y siguiendo la tesis esgrimida por la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa, se tiene que el *dies a quo* para iniciar la cuenta o cómputo de los intereses moratorios es el que le sigue al vencimiento del plazo pactado en los respectivos pliegos de condiciones o, en su defecto, en el contrato para el pago de aquellas cuentas debidamente presentadas y legalizadas por el contratista, y se prorroga hasta que la administración pública haga efectivo el pago. En el caso de que no se estipule en el negocio jurídico el término para que la administración proceda al pago de sus obligaciones, debe acudirse a la vía judicial de conformidad con las reglas que gobiernan el instituto de la mora” (resaltado fuera de texto).

Sobre el punto la jurisprudencia del Consejo de Estado, también ha sostenido:

“Por medio del cobro de los intereses moratorios se pretende indemnizar al acreedor por los perjuicios que le causó el incumplimiento del deudor, en el pago de una suma de dinero, perjuicio que se presume y cuya cuantía no está en el deber de demostrar, sea porque se pactaron entre las partes, o porque se aplica la regulación legal” (resaltado fuera de texto) ⁽¹⁵²⁾ .

El tribunal accederá al reconocimiento de los intereses moratorios, única y exclusivamente, respecto de las obligaciones relativas al pago tardío de las actas 7, de reajuste 2, 4, 5, 8 y 12, presentadas por el consorcio contratista entre las fechas en el pago debía efectuarse y el día en que se efectuó, porque en efecto la mora en su pago está debidamente comprobada y se reúnen las exigencias normativas prevenidas en los artículos 1615 y 1617 en consonancia con el artículo 1608 del Código Civil al tratarse de una obligación clara, expresa, exigible y vencida de una cantidad líquida de dinero, estando probado el retardo injustificado en el cumplimiento de la prestación de plazo esencial o cierto y, el consorcio contratista, expresamente hizo salvedad de este reclamo en el acta de liquidación suscrita el 1º de agosto de 2001, ejerciendo la acción, pretensión y derecho dentro de la oportunidad legal para reclamarlo. En este sentido, debe indicar el tribunal que el pago como medio extintivo de las obligaciones, debe ser completo y comprender no solo el capital sino sus accesorios y que el consorcio contratista formuló reclamaciones a la entidad respecto de la mora y, por consiguiente, la aceptación de los pagos tardíos en forma alguna puede entenderse como una renuncia por conducta concluyente a los intereses causados, toda vez que durante la presencia de la mora existió reclamo específico del contratista, en el acta de liquidación del contrato reservó los derechos, acciones y pretensiones derivados de esta conducta y los ejerció dentro de la oportunidad legal para reclamarlos, esto es, antes de la caducidad de la acción contractual.

En cuanto a la tasa de interés aplicable, ante el silencio de las partes, para el tribunal, no existe duda que es la consagrada en los artículos 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993 y 1º del Decreto 679 de 1994, esto es, el doce por ciento (12%) anual sobre el valor histórico actualizado de las sumas respectivas, equivalente al doble del interés legal civil previsto en el numeral 1º del artículo 1.617 del Código Civil, norma específica, prevalente y reguladora de los intereses de mora en el régimen de la contratación estatal para el caso de no haberse pactado y con independencia de la calidad de los sujetos contratistas ^(153) .

A este respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-955 de octubre 21 de 2003, Ponente, Rodrigo Escobar Gil, al declarar exequibles las expresiones acusadas “y pactarán intereses moratorios” y “en caso de no haberse pactado intereses moratorios” contenidas en los incisos 1º y 2º del numeral 8º del artículo 4º y la expresión “reconocimiento de costos financieros e intereses” del inciso 2º del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, expresó:

“4.5. Cabe aclarar, sin embargo, siguiendo lo dicho por la doctrina especializada y la jurisprudencia, que el hecho de que la tasa de interés moratorio sea del doce por ciento (12%) anual y se calcule a partir del valor actualizado de la obligación, no conlleva una doble actualización monetaria que genere detrimento del patrimonio público.

4.6. La tasa de interés moratoria, calculada sobre el valor histórico de la obligación y debidamente actualizada, se determina siguiendo el criterio previsto en normas especiales(20), el cual impone aplicar a la suma debida por cada año de mora, el respectivo incremento del índice de precios al consumidor entre el 1º de enero del año inmediatamente anterior o según el lapso que haya transcurrido, esto último, cuando la mora no hubiere completado el año o se hubiere generado en fracciones de año. (20) La tasa de interés moratorio se determina siguiendo el criterio previsto en el artículo 1º del Decreto 679 de 1994, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993. En esos términos, el régimen de contratación pública (L. 80/93) emplea dos mecanismos de liquidación que guardan una clara correspondencia y complemento recíproco: (i) el de la actualización de la obligación, que se concreta en el pago de una suma de dinero determinada a partir del índice de precios al consumidor por el tiempo en que la entidad estatal incurrió en mora; y (ii) el del valor de los intereses de mora que, como lo consagra el precepto impugnado, se calculan a una tasa del doce por ciento (12%) anual, la cual corresponde al doble del interés legal civil. Con la adopción de estos mecanismos liquidatorios, el estatuto de contratación estatal descartó la aplicación del sistema mercantil previsto en el artículo 884 del Código de Comercio” (...).

4.7. Por lo tanto, en sentido contrario al que afirma el actor, el sistema de liquidación de intereses de mora consagrado en el inciso 2º del numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, que le reconoce al contratista la actualización y un interés de mora promediado en el doble del interés legal civil, es decir, del doce por ciento (12%) anual, en la medida en que no incorpora un factor para compensar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, no conlleva una doble actualización en detrimento del patrimonio público. Por el contrario, la fórmula acogida por el régimen de contratación, al no estar basada en el interés bancario, es concordante con principio de responsabilidad estatal y con los principios de equidad, igualdad, buena fe y garantía del patrimonio particular; específicamente, por cuanto su objetivo no es penalizar al Estado por su actuación reprochable ni otorgarle al contratista un provecho económico per se, sino reconocerle a este último una indemnización proporcional al daño antijurídico de que ha sido víctima y restablecer la equivalencia económica del contrato. En este contexto, se repite, la tasa del doble del interés legal busca amparar al acreedor por el daño antijurídico que le representa el retardo injustificado de la entidad en el pago de la obligación, pero sin consideración a su poder adquisitivo”.

En el dictamen pericial financiero, respuesta a la pregunta número 1 de la parte convocada se relacionan las facturas, actas, fecha de presentación y aprobación, fecha de vencimiento, fecha de pago y valor del pago, así como la mora incurrida en su pago.

En el cálculo del período de mora e intereses, el tribunal, tomará las fechas de vencimiento de cada factura y aquellas en que efectivamente se recibió el pago por el consorcio y, en los casos en los cuales no aparece probada la fecha de recibo, se toma la de las órdenes de giro correspondientes, tal como lo explica la perito en las aclaraciones a la pregunta 2 del cuestionario de la parte convocante. Para estos efectos, el tribunal, igualmente excluye las facturas correspondientes a actas de obra, cuyos créditos fueron cedidos por el consorcio a terceros, pues respecto de estos valores al ceder el crédito, no puede reclamar intereses moratorios y, además, se le

reconocen los sobrecostos incurridos por el descuento de estas actas, como se analiza más adelante.

Análogamente, en cuanto a la actualización aplica el índice de precios al consumidor, IPC porque en defecto de estipulación de intereses, los artículos 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993 y 1º del Decreto 679 de 1994, así lo previenen.

Estando acreditada la mora de la Secretaría de Educación Distrital en el pago de algunas facturas correspondientes a actas de obra, el tribunal, declarará en la parte resolutive, que el contratista tiene derecho a intereses de mora, del 12% anual sobre el capital actualizado, de las actas-facturas que estuvieron en mora y no fueron endosadas.

7.3.2. La imputación en los pagos.

En lo concerniente a la imputación de los pagos solicitada por la parte convocante primero a intereses y luego a capital, en virtud de la ausencia de regulación por la Ley 80 de 1993, al tenor de su artículo 13 y en defecto de estipulación negocial en contrario, como acontece en este caso, deben aplicarse las disposiciones civiles y comerciales, por cuanto la administración carece de privilegios excepcionales en esta materia.

La imputación consiste en el procedimiento o mecanismo por cuya inteligencia se aplica el cumplimiento a la prestación exigible del deudor. Cuando se trata de una prestación única o de obligaciones negativas o de dar un cuerpo cierto no presenta problema a diferencia de lo que sucede cuando se está en presencia de diferentes prestaciones o de una prestación con accesorios, donde resulta indispensable precisar a cuál de todas resulta imputable el cumplimiento, lo que reviste importancia tanto a acreedor cuanto a deudor, por cuanto aquel solo puede exigir la prestación debida y este solo está obligada a esta.

Corresponde al deudor en primer término hacer la imputación del pago dentro de la oportunidad del cumplimiento. Si hay varias obligaciones puede hacer la imputación a la que elija, pero entre las exigibles y las pendientes solo puede imputar a la devengada y con el consenso del acreedor a las no devengadas. Con todo si existen varias obligaciones a plazo y este solo beneficia al deudor podrá renunciarlo e imputarla a cualquiera. Cuando la prestación genera intereses o accesorios el pago se imputa a lo accesorio y no a lo principal salvo que el acreedor consienta expresamente en imputar a capital o que otorgue carta de pago sin mencionar los intereses que se presumen pagados (C.C., 1653 y 1654). Si el deudor no hace la imputación corresponderá al acreedor hacerla en la carta de pago y si aquel acepta no podrá reclamar después. Si ni deudor ni acreedor hacen la imputación o en caso de contrariedad respecto de esta, la hará el juez dando preferencia a la deuda exigible frente a la pendiente y en todo caso el deudor respecto de las obligaciones colocadas en la misma situación conserva la facultad de elegir.

En materia comercial el artículo 881 establece que la imputación salvo estipulación contraria, se hace: a) entre varias deudas exigibles sin garantía la que el deudor elija; b) entre varias exigibles, unas con garantía real o personal y otras sin esta, no podrá imputarla a aquellas sin consenso del acreedor quien puede imputarla a la que le ofrezca menos seguridad.

El artículo 881 del Código de Comercio, en efecto, dispone que “(...) si hay diferentes deudas exigibles, sin garantía, puede el deudor imputar el pago a la que elija ...” y, el artículo 1653 del Código Civil, establece que “... si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital”.

Una interpretación del artículo 881 del Código de Comercio postula su aplicación cuando existen dos o más obligaciones principales con antigüedad diferente porque no regula las de pagar intereses disciplinada en el artículo 1653 del Código de Comercio. En este sentido, la doctrina chilena al interpretar el artículo 1595 del Código Civil, idéntico al artículo 1653 del nuestro, considera:

“Imputar el pago es atribuirlo a una deuda. La imputación del pago podría definirse como la adjudicación o atribución del pago a una deuda; o mas claramente hablando todavía, es la terminación de la deuda que se extingue con el pago.

La imputación del pago presenta interés para el deudor y para el acreedor porque no es indiferente ni a uno ni a otro cuál deuda es la que se va a extinguir, ya que hay deudas que para el deudor o el acreedor son más

beneficiosas que otras, y otras más onerosas que aquellas.

Para que pueda presentarse el problema de la imputación del pago se requiere que se reúnan dos circunstancias, sin las cuales no es posible hablar de esta materia: 1) que entre unos mismos, deudor y acreedor, existan varias obligaciones de la misma naturaleza, o de una que produzca intereses; y 2) que lo que el deudor paga no sea suficiente para extinguir todas las obligaciones.

Se comprende fácilmente la razón de ser de estas circunstancias. Si las obligaciones son de diversa naturaleza, si yo debo un caballo, un tintero y un libro, no puede presentarse el problema de la imputación del pago en el momento en que se vaya a pagar, porque cuando se pague el caballo a nadie se le va a ocurrir entender que se está cumpliendo la obligación de entregar el tintero. Tampoco puede presentarse dificultad cuando el deudor entrega en pago una cantidad suficiente para extinguir todas las obligaciones, porque entonces cesan todas ellas. Pero cuando hay varias deudas y el pago no da para cancelarlas todas, entonces sí que se presenta el problema de la imputación del pago; y ello es lo que resuelven los artículos 1595 y siguientes del Código Civil, de los cuales se desprende que la imputación en los pagos la puede hacer, en primer lugar el deudor; en segundo el acreedor, y por último la ley.

Como el más interesado en extinguir las obligaciones y en hacer cesar su responsabilidad es el deudor, es a esta persona a quien la ley le da el derecho de elegir a su arbitrio la deuda que quiera extinguir; por eso dice el artículo 1596 que si hay diferentes deudas, puede el deudor imputar el pago a la que elija.

Pero como el derecho del deudor por muy sagrado que sea, no puede llegar a lesionar el del acreedor, que también es sagrado, esta facultad del deudor está limitada cada vez que con la imputación pueda dañarse el derecho del acreedor; y estas limitaciones son, en primer lugar, que la deuda devengue intereses, porque en ese caso no puede el deudor, sin el consentimiento del acreedor, imputar el pago a capital y no a intereses, disminuye el capital productivo de intereses, y el acreedor se perjudica, pues los intereses atrasados no devengan intereses, a menos que se haya estipulado. Por eso dice el artículo 1595: `Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital'. `Si el acreedor otorga carta de pago del capital, sin mencionar los intereses, se presumen estos pagados” ([154](#)) .

Al no existir consentimiento expreso del consorcio contratista para imputar los pagos primero a capital y luego a intereses, debe aceptarse que tiene el derecho a imputar los pagos recibidos primero a intereses y luego a capital al tenor del artículo 1653 del Código Civil cuya claridad no admite entendimiento diverso ([155](#)) .

Conforme a lo expresado, la imputación se efectúa así : reconocerá los intereses moratorios, pretendidos de acuerdo con la normatividad precedente como se dijo en el punto anterior, y conforme a la liquidación realizada por la perito financiera, tienen un valor de \$ 1.311.804,06, valor que adicionado al capital ([156](#)) actualizado arroja un valor de \$ 5.779.416.13, tal como expresa en la respuesta a la pregunta 1 del cuestionario de la parte convocante y en las respuestas a las preguntas 2 y 3 de las aclaraciones, del peritaje financiero. A continuación se presentan el soporte de estas cifras.

Nº factura	Fecha inic	Fecha final	Valor	Factor ajuste	Valor presente a fecha final	Intereses de mora	Capital	Factor	Capital actualizado
14	02/01/2001	31/12/2001	94.285	1,050	98.973	11.877			
	31/12/2001	31/12/2002	98.973	1,076	106.537	12.784			
	31/12/2002	31/12/2003	106.537	1,070	113.994	13.679			
	31/12/2003	31/03/2004	113.994	1,034	117.830	3.535			

Total interés						41.875	94.285	1,2055378 1	113.664,13
15	02/01/200 1	31/12/200 1	67.169	1,050	70.508	8.461			
	31/12/200 1	31/12/200 2	70.508	1,076	75.897	9.108			
	31/12/200 2	31/12/200 3	75.897	1,070	81.210	9.745			
	31/12/200 3	31/03/200 4	81.210	1,034	83.942	2.518			
Total interés						29.832	67.169	1,2055378 1	80.974,77
16	02/01/200 1	31/12/200 1	309.739	1,050	325.138	39.017			
	31/12/200 1	31/12/200 2	325.138	1,076	349.988	41999			
	31/12/200 2	31/12/200 3	349.988	1,070	374.487	44.938			
	31/12/200 3	31/03/200 4	374.487	1,034	387.086	11.613			
Total interés						137.566	309.739	1,2055378 1	373.402,07
32	13/07/200 1	31/12/200 1	1.612.43 8	1,016	1.638.90 0	91.232			
	31/12/200 1	31/12/200 2	1.638.90 0	1,076	1.764.15 5	211.699			
	31/12/200 2	31/12/200 3	1.764.15 5	1,070	1.887.64 6	226.518			
	31/12/200 3	31/03/200 4	1.887.64 6	1,034	1.951.15 6	58.535			
Total interés						587.983	1.612.43 8	1,1469098 3	1.849.320,99
34	14/09/200 1	31/12/200 1	149.162	1,010	150.621	5.322			
	31/12/200 1	31/12/200 2	150.621	1,076	162.133	19.456			
	31/12/200 2	31/12/200 3	162.133	1,070	173.482	20.818			
	31/12/200 3	31/03/200 4	173.482	1,034	179.319	5.380			
Total interés						50.975	149.162	1,138833	169.870,61
36	29/02/02	31/12/200 2	1.263.46 9	1,045	1.320.23 9	132.024			
	31/12/200	31/12/200	1.320.23	1,070	1.412.65	169.519			

	2	3	9		6				
	31/12/2003	31/03/2004	1.412.656	1,034	1.460.185	43.806			
Total interés						345.348	1.263.469	1,10871694	1.400.829,49
37	29/02/02	31/12/2002	432.527	1,045	451.961	45.196			
	31/12/2002	31/12/2003	451.961	1,070	483.599	58.032			
	31/12/2003	31/03/2004	483.599	1,034	499.869	14.996			
Total interés						118.224	432.527	1,10871694	479.550,01
Total Capital			3.928.789						
Total Intereses						1.311.804			
Total capital actualizado									4.467.612,07

7.3.3. Los perjuicios financieros por mora en el pago de las actas.

La parte convocante reclama sobrecostos financieros consistentes en descuentos anticipados de las actas de obra en el mercado, pago de intereses por créditos y sobregiros bancarios, además de la mora en el pago de las actas de obras, en cuantía de \$ 88'084.454,60 ⁽¹⁵⁷⁾, al ser una consecuencia directa del incumplimiento.

Por principio, el incumplimiento de las obligaciones contractuales legítima al acreedor para la reparación de los daños causados, tanto el daño emergente cuanto el lucro cesante, siempre que el quebranto sea directo, cierto, determinado, actual, imputable al incumplido, carezca de justificación y aparezca plenamente probado.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-955 de octubre 21 de 2003, Ponente, Rodrigo Escobar Gil, expediente D-4539, al referirse al numeral 8° del artículo 4°, el inciso 2° del numeral 1° del artículo 5°, el inciso 2° del numeral 1° del artículo 14 y el inciso 1° del artículo 27, de la Ley 80 de 1993, puntualizó:

“Conforme a su tenor literal, es válido reconocer que las normas regulan, en un sentido general, aspectos relacionados con el principio de la equivalencia económica de los contratos y los derechos que su rompimiento generan a favor del contratista. Sin embargo, también es claro que en ninguno de sus apartes se refieren expresamente al tipo de indemnización que debe reconocerse, o concretamente, a la posibilidad de que el contratista obtenga el pago del *lucrum cessans*. Así, mal puede atribuirse a dichos preceptos una presunta confusión en el tratamiento dado a dos institutos jurídicos —el principio de equivalencia económica y la indemnización o reparación del contratista—, cuando en ellos no se precisa la forma como debe llevarse a cabo la reparación del daño y la manera como debe calcularse el monto del mismo, y cuando tampoco precisa el actor dentro de que contexto las normas incurren en la referida confusión.

No podría desconocer la Corte que, conforme a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, incluidas las normas acusadas, se han adoptado posiciones doctrinales y jurisprudenciales que, en torno al punto, unas coinciden en que el monto de la indemnización a favor del contratista debe ser integral, es decir, incluir costos y beneficios —*damnus emergens* y *lucrum cessans*—, mientras que otras limitan tal reparación solo a los costos o

damnum emergens”.

En sentido análogo, a propósito de la posibilidad de reclamar perjuicios adicionales por el incumplimiento de obligaciones contractuales, el Consejo de Estado, en Sentencia 14112 de febrero 21 de 2002 con ponencia del Magistrado Ricardo Hoyos Duque, puntualizó

“Cabría deducir que el reconocimiento de los intereses de mora excluye el reconocimiento de otros perjuicios, lo cual no es así, pues no es extraño que los perjuicios irrogados por la administración al contratista puedan tener un monto superior al que resulta del solo reconocimiento de los intereses moratorios y de la ordenación del pago del capital actualizado. De ahí que el contratista tiene derecho al reconocimiento de perjuicios adicionales al pago de intereses moratorios cuando con estos no se logre una reparación integral (L. 446/98, art. 16).

Ya la sala en la sentencia del 28 de octubre de 1994, expediente 8.092 había señalado que “si el valor del contrato es pagado tardíamente, el contratista tendrá derecho al pago de los intereses que constituyen la rentabilidad que la ley presume produce el dinero, y a la actualización de la suma debida, que responde al principio del pago integral de la obligación”. Pero, si el contratista pretende obtener perjuicios por conceptos distintos, como el de la permanencia de equipos y personal en la obra durante los períodos de suspensión de la obra, estos perjuicios deberán ser acreditados. Ellos efectivamente serían de linaje contractual pues se originaron en el desarrollo del contrato, pero no son prestaciones pactadas en el contrato; su ocurrencia y su monto no han sido previstos en él y por ende al actor le corresponde demostrarlos cuando pretenda ser indemnizado por dichos conceptos”.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia ya citada, también precisó que no obstante la incompatibilidad que en principio existe entre el reconocimiento de los intereses de mora y la indexación (corrección monetaria o la actualización del capital insoluto), esto no impide que pueda solicitarse la reparación del daño mayor o complementario, en los términos del numeral 2º del artículo 1617 del Código Civil, en tanto que “el acreedor de sumas de dinero conserva su derecho a la indemnización del daño ulterior o complementario que ... le haya ocasionado la mora del deudor y que no encuentre completa satisfacción en el pago de intereses, pero ya no amparado por la norma de favor creditoris que es en su parte medular el artículo 1617 del Código Civil, sino asumiendo la carga de probar positivamente esa insuficiencia del interés moratorio como compensación resarcitoria” (cas. civ. ene. 24/90). Agregó dicha sala que “el acreedor, entonces, cualquiera que sea la stirpe de la obligación: civil o comercial, tiene derecho a demandar, no solo el reconocimiento de los perjuicios previamente cuantificados — *lato sensu* — por el legislador, sino también el de cualquiera otro daño que la mora de su deudor le hubiere generado, el cual queda situado al margen de la presunción consagrada por la ley respecto de los primeros, esto es en la periferia de los intereses, motivo por el cual ese daño mayor que se alega, debe ser acreditado en forma fehaciente...” (158) .

Se mantiene pues vigente la regla de que para que surja la obligación de reparación como consecuencia del incumplimiento de un contrato, resulta necesario acreditar en el proceso la existencia de los perjuicios que dicho incumplimiento ocasionó, como serían por ejemplo, los mayores costos que debió soportar el contratista por concepto de gastos de administración, disponibilidad de maquinaria y equipo, jornales del personal, etc.

Si bien es cierto es tarea del juez la estimación de los perjuicios alegados por el acreedor, también lo es que para ello requiere de su prueba y cuantificación, carga que incumbe al acreedor insatisfecho que debe acreditarlos plenamente (CPC, art. 177)”.

Según el dictamen pericial financiero durante toda la ejecución de la obra, el consorcio incurrió en costos financieros por sobregiros bancarios, intereses por endoso de actas, emergencia económica, intereses por créditos externos en cuantía de \$ 88.084.454,60, La perito aclara que sin existir una cifra concreta por tales conceptos durante el período de mora,, salvo en lo que se refiere al valor del descuento en las actas de obra que fueron cedidas a terceros, hace una desagregación y calcula sobre esta base en la suma de \$ 15.467.263,49 la que puede estar comprendida en la época de la mora en el pago de las actas, aclarando:

“Valga la pena aclarar que a pesar de que hubo pagos por sobregiro bancario y por intereses de créditos externos, no se pudo determinar que proporción de esos pagos corresponden a la época de mora en el pago de actas, puesto que esas sumas se pagaron durante todo el tiempo de ejecución del contrato.

En lo que respecta a créditos con proveedores, si los hubo, pero en ningún caso existe en la contabilidad del consorcio registros por concepto de crédito o de mora en el pago de las facturas, o que se haya perdido algún descuento por oportuno o pronto pago” (Página 11, dictamen primario).

Igualmente precisa las actas cuyos créditos fueron cedidos por el consorcio terceros con la tasa de descuento aplicada, así como las comprendidas en el período de mora (003, 011, R-3 y 012), los costos por negociación de las actas de obra y reajustes (\$ 40.839.917,18), créditos obtenidos de terceros (\$ 44.829.918,12), intereses pagados al sector financiero por créditos, sobregiros y otros conceptos (\$ 187.050,22 y \$ 2.257.569), desglosados en el anexo 5 (Respuesta preguntas 2 y 5ª, parte convocante, pp. 8, 10 y 11 dictamen inicial).

De igual manera la prueba pericial concluye “que no pagaron mayores precios en los inventarios y tampoco se tuvo que pagar intereses por mora en el pago de las facturas de los proveedores”, el único material con variación es el cemento “que subió en un 6%” (Respuesta pregunta 6ª, parte convocante, pp.12 dictamen inicial).

Salvo los casos expresamente consagrados en el ordenamiento jurídico, el actor tiene la carga probatoria (*actori incumbit probatio*) de sus elementos, presupuestos o condiciones, dentro de estos, el daño, su certeza, cuantía y relación de causalidad con elementos probatorios idóneos, regular y oportunamente allegados a proceso, sujetos a contradicción y defensa. En contrapartida, al demandado compete demostrar in contrario, esto es, la ausencia de la responsabilidad deducida en su contra (*reus in excipiendo fit acto*).

En este sentido, como se puso de presente con anterioridad, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil precisa que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, lo que a juicio de Francisco Carnelutti, “se desarrolla en procura de demostrar los supuestos fácticos que sustentan su proposición. También la noción de carga de la prueba incluye para el juzgador una regla de juicio que le indica cómo debe fallar cuando no encuentra la demostración de los hechos en que se fundamenta la pretensión o la excepción” y “se traduce en la obligación del juez de considerar existente o inexistente un hecho según que una de las partes le ofrezca o no la demostración de su inexistencia o de su existencia” ⁽¹⁵⁹⁾ .

Para el tribunal, es evidente según los análisis y conclusiones del dictamen pericial que, salvo en lo que se refiere al descuento de las actas de obra cedida a terceros, los sobrecostos financieros reclamados durante el período de mora, no aparecen acreditados plenamente con elementos probatorios suficientes que suministren certidumbre respecto de su valor exacto, su conexidad y relación con los hechos y, por tanto, estas pretensiones serán negadas, en la medida en que la contabilidad y los documentos contables (C. de C., arts. 19, 48 ss., D. 2649/93, arts. 50 ss.), no aportan las bases necesarias para que se pueda establecer lo anterior” ⁽¹⁶⁰⁾ .

De acuerdo con lo que se ha indicado, y lo señalado por la perito financiera, en el anexo 5.1. de las aclaraciones y complementaciones, corresponde despachar esta pretensión, reconociendo el valor cierto que se probó, esto es, el valor del descuento de las facturas-actas que hizo el contratista, y que se estimó en el peritaje en la suma de \$ 40.839.917. Esa suma con su actualización ⁽¹⁶¹⁾⁽¹⁶²⁾ y costo de oportunidad ^(c) , arroja una cifra definitiva de condena de \$ 59.365.714,78, como se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

Las anteriores cifras se encuentran sustentadas en el siguiente cuadro

Fecha inic	Fecha final	Valor	Factor ajuste	Valor presente a fecha final	Costo de oportunidad	Capital	Factor	Capital actualizado
30/04/2000	31/12/2000	6.291.372	1,033	6.496.774	227.387			
31/12/2000	31/12/2001	6.496.774	1,088	7.067.333	424.040			
31/12/2001	31/12/2002	7.067.333	1,076	7.607.463	456.448			

31/12/2002	31/12/2003	7.607.463	1,070	8.139.986	488.399			
31/12/2003	31/03/2004	8.139.986	1,034	8.413.854	126.208			
					1.722.482	6.291.372	1,24532453	7.834.799,89
10/05/2000	31/12/2000	6.936.839	1,033	7.163.314	274.594			
31/12/2000	31/12/2001	7.163.314	1,088	7.792.411	467.545			
31/12/2001	31/12/2002	7.792.411	1,076	8.387.956	503.277			
31/12/2002	31/12/2003	8.387.956	1,070	8.975.113	538.507			
31/12/2003	31/03/2004	8.975.113	1,034	9.277.079	139.156			
					1.923.079	6.936.839	1,23851204	8.591.359,17
22/06/2000	31/12/2000	4.723.185	1,025	4.842.257	151.724			
31/12/2000	31/12/2001	4.842.257	1,088	5.267.514	316.051			
31/12/2001	31/12/2002	5.267.514	1,076	5.670.090	340.205			
31/12/2002	31/12/2003	5.670.090	1,070	6.066.997	364.020			
31/12/2003	31/03/2004	6.066.997	1,034	6.271.120	94.067			
					1.266.067	4.723.185	1,23851204	5.849.721,86
26/07/2000	31/12/2000	5.299.566	1,022	5.413.672	138.951			
31/12/2000	31/12/2001	5.413.672	1,088	5.889.111	353.347			
31/12/2001	31/12/2002	5.889.111	1,076	6.339.194	380.352			
31/12/2002	31/12/2003	6.339.194	1,070	6.782.938	406.976			
31/12/2003	31/03/2004	6.782.938	1,034	7.011.149	105.167			
					1.384.793	5.299.566	1,23851204	6.563.576,66
14/12/2000	31/12/2000	2.846.135	1,000	2.846.135	2.846			
31/12/2000	31/12/2000	2.846.135	1,088	3.096.088	185.765			

0	1							
31/12/2001	31/12/2002	3.096.088	1,076	3.332.711	199.963			
31/12/2002	31/12/2003	3.332.711	1,070	3.566.001	213.960			
31/12/2003	31/03/2004	3.566.001	1,034	3.685.978	55.290			
					657.824	2.846.135	1,21851453	3.468.057,06
23/01/2001	31/12/2001	4.526.109	1,074	4.860.988	273.026			
31/12/2001	31/12/2002	4.860.988	1,076	5.232.495	313.950			
31/12/2002	31/12/2003	5.232.495	1,070	5.598.770	335.926			
31/12/2003	31/03/2004	5.598.770	1,034	5.787.140	86.807			
					1.009.709	4.526.109	1,20553781	5.456.395,01
06/04/2001	31/12/2001	1.258.360	1,022	1.286.046	56.586			
31/12/2001	31/12/2002	1.286.046	1,076	1.384.334	83.060			
31/12/2002	31/12/2003	1.384.334	1,070	1.481.238	88.874			
31/12/2003	31/03/2004	1.481.238	1,034	1.531.074	22.966			
					251.486	1.258.360	1,15274949	1.450.573,56
29/05/2001	31/12/2001	6.413.629	1,016	6.518.886	230.334			
31/12/2001	31/12/2002	6.518.886	1,076	7.017.100	421.026			
31/12/2002	31/12/2003	7.017.100	1,070	7.508.297	450.498			
31/12/2003	31/03/2004	7.508.297	1,034	7.760.913	116.414			
					1.218.271	6.413.629	1,14807302	7.363.314,88
19/09/2001	31/12/2001	2.544.721	1,010	2.569.615	43.255			
31/12/2001	31/12/2002	2.569.615	1,076	2.766.001	165.960			
31/12/2002	31/12/2003	2.766.001	1,070	2.959.621	177.577			

31/12/2003	31/03/2004	2.959.621	1,034	3.059.197	45.888			
					432.681	2.544.721	1,14807302	2.921.525,75
		40.839.917						
					9.866.391			
								49.499.323,84

7.4. Decimotercera y decimacuarta pretensión.

Que se declare que la entidad contratante se apartó de las condiciones previstas en el pliego de condiciones y pactadas en el contrato, al exigirle al contratista que la estructura de concreto fuera entregada con acabado a la vista, generando así, un daño antijurídico al contratista, consistente en los costos adicionales, y como consecuencia de lo anterior se condene a la entidad contratante a pagar al contratista la suma de sesenta y siete millones de pesos (\$ 67'000.000).

Consideraciones del tribunal

Como se indicó ya, con antelación a la apertura de la licitación pública, además de la preexistencia de las partidas y disponibilidades presupuestales, la entidad pública elaborará los estudios necesarios acompañados, en su caso de las evaluaciones de prefactibilidad y factibilidad ⁽¹⁶³⁾ y los pliegos de condiciones ⁽¹⁶⁴⁾, analizará la conveniencia, oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, al presupuesto y ley de apropiaciones.

La carga de plenitud y claridad de los estudios y pliegos de licitación, sin embargo, no es absoluta ni de extrema minucia y, en desarrollo de los principios de responsabilidad, transparencia y selección objetiva, son susceptibles de interpretación ⁽¹⁶⁵⁾⁽¹⁶⁶⁾, aclaración y modificación respetando su esencia, la igualdad y el objeto del contrato proyectado. La facultad de interpretación y modificación de los pliegos de condiciones o términos de referencia, es reconocida por la jurisprudencia ⁽¹⁶⁷⁾ postulando el principio de la conservación, preservación o salvación del acto ⁽¹⁶⁷⁾ y está consagrada específicamente en el artículo 30, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993 y el artículo 12, inciso 2º parágrafo 1º del Decreto 855 de 1994, a punto que las partes no podrán variar el objeto del contrato proyectado, ni modificar sustancialmente sus términos y condiciones (D. 855/94, art. 12, inc. 2º).

De conformidad con los artículos 25 y 30 de la Ley 80 de 1983 las entidades públicas, tienen la obligación de elaborar antes de la licitación, los estudios necesarios y ser claras y precisas en su contenido para que el contrato pueda llegar a tener un normal desarrollo ⁽¹⁶⁸⁾.

Por lo anterior, el numeral 3º del artículo 26, Ley 80 de 1993, en desarrollo del principio de “responsabilidad”, dispone:

“Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos”.

En consecuencia, en la contratación estatal, es la entidad contratante quien concibe, diseña y especifica el negocio jurídico en los pliegos de condiciones o términos de referencia o invitación a contratar y en estos se contiene la distribución de riesgos previsible, las condiciones materiales del el contrato, las especificaciones y calidades técnicas exigibles y los demás factores incidentes. La ambigüedad o anfibología, el defecto de plenitud y la insuficiencia de los pliegos, no puede afectar al contratista, porque no está en deber legal ni contractual de soportarla.

Ahora bien, en el expediente existe referencia al punto de la obligación de presentar algunos terminados del proyecto en concreto a la vista. Así en carta de 15 de enero de 2000, folio 42 del cuaderno uno de pruebas, el interventor se queja de que esta quedando mal terminado el concreto a la vista, como también lo hace en la de 23 de marzo 2000, visible en el folio 55 ⁽¹⁶⁹⁾ .

Encontró también el tribunal que en el anexo técnico, que es parte del contrato, visible a folio 574 y siguientes del cuaderno dos de pruebas, se indica “el proyecto deberá construirse estrictamente de acuerdo con los planos generales y de detalle que suministre la firma Javier Vera – Arquitectos.” ⁽¹⁷⁰⁾⁽¹⁷¹⁾ Se prevé también en este anexo, la obligación del constructor de revisar cuidadosamente los planos y demás documentos antes de acometer las obras, y de comunicar cualquier anomalía que encuentre en ellos ^() .

Observó también el tribunal que, en el manual de especificaciones técnicas de construcción, en la página visible a folio 591 del cuaderno dos de pruebas, se hace referencia a la obligación que tenía el constructor de remitirse al interventor para que este determinara las condiciones de “mezclado y colocación” del cemento a la vista. En las páginas siguientes de este documento, se hace referencia a las condiciones y calidades que deben tener las formaletas, a partir de las cuales se hacen las obras en concreto, dando atribuciones al interventor para definir condiciones y calidades en relación con la textura que debe tener este, e indicando expresamente las referencias de material que se debe usar para los trabajos de concreto a la vista ⁽¹⁷²⁾ .

También pudo comprobar el tribunal que en cuanto se dice a pañetes, la regla prevista en el manual es que ellos, deben ser terminados de acuerdo con lo que se defina en los planos constructivos, lo que, se interpreta, como que, la presencia de pañetes de mortero, requiere de definición expresa en el plano, principio que corre similar a lo que se puede predicar del concreto a la vista.

A folio 648 del cuaderno dos de pruebas, se indica como, para las columnas que se señalen en los planos arquitectónicos, como concreto a la vista, se usará un desmoldante comercial que no deje manchas. En la página siguiente, se regula lo referente a terminados del concreto a la vista “cuando las columnas sean a la vista” y el tipo de formaleta que se requiere, para dar los terminados que este tipo de construcción requiere. Estas frases de los documentos, a juicio del tribunal, indican que no todas las columnas tenían la condición de ser terminadas con concreto a la vista.

A folio 1054 y siguientes del cuaderno tres de pruebas, esta la comunicación de 13 de septiembre de 2001, en la cual, la interventoría da a la auditoría del proyecto, sus argumentos sobre la reclamación del constructor. En ella se observa que, respecto del punto reclamado sobre la exigencia no prevista de concreto a la vista, los argumentos de la interventoría son la presencia en el manual de especificaciones, que indica es un documento contractual, de las indicaciones sobre el asunto que se citaron antes en este escrito.

Por consiguiente, en los pliegos de licitación, no existe la exigencia general del acabado de concreto a la vista, que aparece mencionada para algunos ítems y no para todos, correspondiendo, naturalmente, a quien concibe el contrato la carga de claridad, precisión y exactitud por sus costos, es decir, implica una estipulación expresa ⁽¹⁷³⁾⁽¹⁷⁴⁾ . Respecto de aquellos ítems en los cuales se exigía este acabado, el consorcio lo ejecutó y entregó sin reclamación de costo adicional alguno y, en cuanto a los restantes, su exigencia, al contratista, fue posterior a los pliegos de licitación, propuesta y contrato tal como pone de presente el dictamen pericial técnico rendido por el Ingeniero Jorge O. Pineda ^() .

Las diferentes respuestas del perito, las asume el tribunal en este entendido: En los documentos contractuales, había referencia a concreto a la vista. Lo usual es que en las especificaciones de una obra se indique expresamente el requerimiento de concreto a la vista. Existe una cantidad o referencia precisa a piezas de la obra que debían llevar dicho concreto, en los planos ⁽¹⁷⁵⁾⁽¹⁷⁶⁾⁽¹⁷⁷⁾ . El perito opina que la mención en los manuales de reglas sobre concreto a la vista, fue de tal entidad que era razonable que un profesional, preguntara sobre el alcance de esos terminados antes de cotizar ^() . Esa consulta no se hizo. En los documentos de otro de los colegios que fueron construidos por la época, se dijo expresamente, al contrario de lo que paso con el que es materia de este arbitraje, que la estructura debía ser en concreto a la vista ^() .

El contratista entregó el 20% de las obras de concreto, con concreto a la vista, y el 80 por ciento, con concreto

maquillado, por exigencia del interventor ^(178|179). Este tipo de terminado es mas costoso que la realización de concreto a la vista ^(). Lo entregado con cemento a la vista, corresponde a lo que estaba en los planos así indicado.

Para el tribunal, el artículo 24 numeral 5°, de la Ley 80 de 1993, en su texto y en su espíritu, impone una carga de claridad y precisión en los términos y condiciones que se incluyan en los pliegos de condiciones. De esta manera, la falta de esa claridad y precisión, es incumplimiento de norma legal contractual que genera responsabilidad para la administración. La carga de diligencia, que como una manifestación de prudencia y diligencia, pretende endilgar el perito técnico al contratista, según la cual, ante la manifestación de varios documentos, sobre existencia de contrato a la vista, debió preguntar, no es compartida por el tribunal, no porque ella no exista, sino porque considera que en general, su ausencia, no tiene la fuerza suficiente para relevar del deber legal de la administración de hacer sus invitaciones a contratar de manera clara y precisa, obligación que también es de carácter de obligación de comportamiento precontractual, bajo las reglas generales de la responsabilidad, en la medida en que la administración tiene las condiciones de habitualidad e intensidad ⁽¹⁸⁰⁾, que permiten indicar que tiene la calidad de profesional en material de la actividad precontractual.

Por otra parte, no ve el tribunal porque, no pueda haberse entendido que las referencias del manual al concreto a la vista, no pudieran estar referidas a las áreas que los planos, que se referían expresamente a dicho requisito.

Lo anterior para concluir que la extensión en un 80% del área en concreto, a concreto maquillado, fue una exigencia adicional a lo previsto en los planos y especificaciones del precontrato que después se vincularon como parte del contrato, y por tanto debe concederse esta pretensión y su consecuencial al convocante.

Siendo así, y habiéndose expresado en el peritaje, que la exigencia de un concreto maquillado es un sobre costo ^(181|182), se remite el tribunal a las cifras de liquidación de este requerimiento adicional que formuló la administración al contratista y que este realizó para ella, que están en la respuesta y la aclaración a la pregunta 6, del peritaje técnico, según las cuales, el consorcio contratista finalmente ejecutó y entregó un acabado “maquillado”, cuyos costos, según el dictamen pericial técnico no le fueron pagados y ascienden a la suma de \$ 91'947.000 ^() que será reconocida y actualizada a la fecha más próxima de este laudo, aplicando naturalmente el factor de ajuste pactado en el contrato, “en función de la variación del índice total de la construcción calculado por la Cámara Colombiana de la Construcción de Cundinamarca Camacol Cundinamarca”.

Este valor actualizado a la fecha del laudo es la suma de \$ 113.134.786.96. Sobre estos valores, el tribunal, estima que no hay lugar a intereses moratorios causados, porque conforme se expresó, en virtud de este laudo se constituye la obligación suprimiéndose la incertidumbre a propósito, más si al reconocimiento del “costo de oportunidad ⁽¹⁸³⁾”, todo lo cual arroja una suma de \$ 136.200.613,56.

Las anteriores cifras se encuentran soportadas en el siguiente cuadro:

Nº factura	Fecha inic	Fecha final	Valor	Factor ajuste	Valor presente a fecha final	Costos de oportunidad	Capital	Factor	Capital actualizado
	15/09/2000	31/12/2000	91.947.000	1,013	93.146.783	1.630.069			
	31/12/2000	31/12/2001	93.146.783	1,088	101.327.121	6.079.627			
	31/12/2001	31/12/2002	101.327.121	1,076	109.071.174	6.544.270			
	31/12/2002	31/12/2003	109.071.174	1,070	116.706.157	7.002.369			
	31/12/2003	31/03/2004	116.706.157	1,034	120.632.719	1.809.491			

Total interés						23.065.82 7	91.947.0 00	1,230434 78	113.134.786, 96
------------------	--	--	--	--	--	----------------	----------------	----------------	--------------------

7.5. Decimoquinta pretensión

Se pretende la condena de la entidad contratante, a pagar al contratista la totalidad de las condenas originadas en las anteriores pretensiones, actualizadas a la fecha del laudo, de acuerdo con el índice de precios al consumidor más doce por ciento (12%) o de acuerdo con el criterio que el tribunal estime procedente.

Consideraciones del tribunal

El tribunal, al analizar y decidir cada pretensión, concluyó que es pertinente la actualización de las sumas respectivas de acuerdo con las fórmulas de reajuste pactadas en el contrato de obra y, en la forma como se expresó en otros apartes de esta providencia.

Con relación a la pretensión de incrementar en un doce por ciento (12%) adicional las condenas actualizadas, respecto de la cual no se explica el concepto, ni su causa o razón, el tribunal, no accederá a su reconocimiento como está pedida.

Interpretando la demanda, si dicho incremento se reclamare como una mayor actualización, esta sería improcedente porque se reconoce la pactada en el contrato y, no puede acumularse ni existir una doble actualización.

Si dicha suma se reclamare a título de intereses moratorios, como al parecer pudiere desprenderse según la fórmula establecida en los artículos 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993 y 1º del Decreto Reglamentario 679 de 1994, el tribunal, los reconoce única y exclusivamente respecto de las obligaciones relativas al pago tardío de las actas y facturas presentadas por el consorcio contratista y, no frente a las obligaciones que se constituyen en virtud de este laudo.

Lo anterior porque, según se dijo, el reconocimiento de intereses moratorios está condicionado a su causación entre las fechas en el pago debe efectuarse y el día en que se haga, esto es, sujeta a la existencia y constitución de la obligación y, como solo en virtud del presente laudo puede determinarse la existencia de las obligaciones controvertidas diferentes a las de pagar las actas de obra a cargo de la convocada, no se accederá a esta pretensión en la forma solicitada, al no ser dable el pago de una indemnización por intereses respecto de una obligación que no se había consolidado y que, a lo sumo, se encontraba controvertida.

Precisamente el asunto es cognitivo y la sentencia que se profiera es constitutiva, esto es, constituye la obligación de pagar.

A propósito la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, mediante Sentencia de 29 de septiembre de 1984 (G.J. Tomo CLXXVI pag. 288), ha expresado:

“Como en el caso presente la obligación a cargo del banco demandado y a favor de la sociedad demandante aparecía incierta en su existencia necesitó de reconocimiento o declaración judicial y justamente por ello se inició y tramitó este proceso de conocimiento, en cuya sentencia precisamente se ha impuesto la condena a pagarla.

Luego, si para el 26 de mayo de 1977 la obligación judicialmente aquí declarada a cargo del Banco de Colombia y a favor de Codi no era aún exigible, menos aún puede afirmarse con acierto que desde entonces su deudor esté en mora de pagarla, ya que en todo caso la mora debitoria presupone, como elemento esencial de su estructura, la exigibilidad de la obligación”.

En Sentencia de 10 de junio de 1995, expediente 4540, esa misma corporación puntualizó:

“En este orden de ideas resulta claro que la mora, si la obligación es dineraria supone, necesariamente, que se encuentre plenamente determinada, es decir que con certeza se halle establecido cuál es su monto, asunto este sobre el cual, desde antiguo tiene dicho la Corte que ‘la mora en el pago solo llega a producirse cuando exista en

firme una suma líquida' (Ver además, Sentencia Casación 27 de agosto de 1930, G.J. T.XXXVIII, pág. 128)".

En efecto, ni los artículos 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993 y 1º del Decreto Reglamentario 679 de 1994, ni el contrato suscrito por las partes, determinan la época a partir de la cual se causan los intereses de mora y, por consiguiente, al tenor del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, su pertinencia está condicionada a las exigencias prevenidas en los artículos 1615 y 1617 en consonancia con el artículo 1608 del Código Civil, esto es, a la mora, o sea, al retardo injustificado en el cumplimiento de la prestación de plazo esencial o cierto que tratándose de obligaciones pecuniarias supone la existencia de una obligación clara, expresa y actualmente exigible o vencida de pagar una cantidad líquida o liquidable y, en los demás casos, el requerimiento judicial del acreedor.

Naturalmente, las dos primeras eventualidades tipificadas en el artículo 1608 del Código Civil —obligación de plazo esencial o cierto— no se presentan en la situación fáctica controvertida con excepción de las obligaciones de pagar las facturas y actas, porque la existencia misma de la obligación y su cuantía se constituyen con la sentencia suprimiendo su duda e incertidumbre.

En cuanto hace a la última hipótesis normativa, con arreglo al artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, la "notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes", este precepto es aplicable cuando se trata de obligaciones existentes, claras y controvertidas injustificadamente por el deudor, más no a respecto de aquellas que requieren de un pronunciamiento judicial previo para constituir las, en cuyo caso, solo desde su constitución y determinación puede estructurarse la mora ([184](#))

No obstante, debe puntualizar el tribunal, que la máxima "*in illiquidis mora non fit*" ([185](#)) ([186](#))

En esta hipótesis, no se trata de intereses moratorios, ni de actualización de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, sino de los réditos que hubieren generado los recursos, esto es, de la compensación del demérito patrimonial por falta del principal y que de conformidad con el ordenamiento jurídico se generarían estando en manos del beneficiario y cuya reparación es menester al constituir un perjuicio cierto y directo, un demérito patrimonial evidente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 446 de 1998, según el cual, "la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales" ([187](#)) .

Por lo anterior, el tribunal, ejerciendo la facultad de interpretación de la demanda y, para la debida congruencia entre las pretensiones y la decisión, considera que si bien no procede el reconocimiento de intereses de mora base del resarcimiento respecto de aquellas obligaciones diferentes a las de pagar las actas de obra en la oportunidad acordada, si es pertinente el inherente a la privación de los recursos por el período razonable en que debían reconocerse al contratista, en que estos se han encontrado en poder de la convocada y no en el suyo, esto es, el lucro cesante por la pérdida del rendimiento de los mencionados recursos, más aún si las entidades estatales tienen el deber de adoptar las medidas para evitar la causación de daños antijurídicos y, en el presente caso, existe un incumplimiento obligacional que compromete su responsabilidad contractual.

Ahora bien, como el tribunal, reconoció la actualización de las sumas correspondientes con las fórmulas de reajuste contractual, estima que el rédito ascenderá a un 6% anual, con arreglo a la reiterada jurisprudencia del contencioso administrativo ([188](#))

Por todo lo anterior, concluye el tribunal que hasta la fecha del laudo constitutivo de las obligaciones controvertidas no se causan intereses moratorios salvo respecto de las inherentes al pago de las facturas y actas de obra, ni es de recibo la pretensión de condena al pago del doce por ciento (12%) sobre las sumas actualizadas a tal título o al de actualización adicional, más si al reconocimiento de los réditos del principal.

Ahora bien, el tribunal, reconocerá los intereses a partir de la ejecutoria del laudo en los términos y con las exigencias del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y la Sentencia C-189 de 1999, de la Corte Constitucional.

7.6. Decimosexta y decimoséptima pretensión.

Se pretende la declaratoria de incumplimiento contractual por parte de la Secretaría de Educación y como consecuencia de esto a indemnizar al contratista, la totalidad de los perjuicios causados con ocasión de dicho incumplimiento.

Tal como se puso de presente en este laudo, para el tribunal, es evidente el incumplimiento de las obligaciones de la Secretaría de Educación en cuanto al pago de las obligaciones de pagar las facturas y actas de obra, respecto de las cuales está plenamente acreditada la mora y, en consecuencia, así lo declarará en la parte resolutive y, por su virtud, impondrá la condena al pago de los perjuicios probados en el proceso con ocasión de dicho incumplimiento, en la forma y términos analizados en las pretensiones específicas.

7.7. Decimoctava pretensión.

Se solicita condena en costas que se decide más adelante.

3. Excepciones perentorias.

Admitiendo en gratia discusione la formulación genérica de excepciones perentorias bajo la perspectiva de la argumentación propuesta en la contestación a la demanda por la convocada y, en particular, en cuanto expresó así: “Me opongo a todas y cada una de las pretensiones del demandante, por no asistirle razón al convocante teniendo en cuenta la inexistencia de obligaciones a cargo de la Secretaría de Educación a favor del solicitante”, para el tribunal, el análisis normativo, jurisprudencial y probatorio efectuado frente a cada pretensión, es suficiente para concluir que en efecto si existían obligaciones a cargo de la Secretaría de Educación y a favor del solicitante, por lo que, con fundamento en dichas consideraciones, declarará que no prosperan las excepciones propuestas, ni se encuentran probados otros motivos constitutivos de aquellas que debe declarar el juzgador.

4. Costas

El tribunal, considerando que las pretensiones prosperaron parcialmente, con fundamento en los parágrafos 2º y 3º del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, su entendimiento y aplicación por el honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 1999 ([189](#)).

5. Parte resolutive.

Por las consideraciones anteriores, el tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia por habilitación de las partes y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Declarar no probadas y, en consecuencia, denegar las excepciones perentorias (defensas) interpuestas por la parte convocada, por las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo. Negar las pretensiones 1ª y 2ª, de conformidad y por las razones expuestas en la parte motiva.

Tercero. Declarar, que, por razones ajenas al contratista, y por las que debe responder el Distrito Capital - Secretaría de Educación, el contrato de obra 234 del 3 de noviembre de 1999 celebrado entre la Secretaría de Educación del Distrito Capital, como entidad contratante, y el Consorcio conformado por las sociedades Procám Ltda. y Ossa y Cía. S. en C., como contratista, duró varios meses más de lo previsto originalmente por las partes, generándose un daño antijurídico para el contratista por concepto de mayor permanencia en la obra, según lo expuesto en la parte motiva.

Cuarto. Como consecuencia de la declaración anterior, condénase al Distrito Capital de Bogotá --Secretaría de Educación a pagar al Consorcio Procám Ltda. y Ossa y Cía. S. en C., la suma de doscientos diez y ocho millones, trescientos noventa y siete mil, doscientos treinta y seis pesos con ocho centavos, (\$ 218.397.236,08) por tal concepto, que contiene su actualización y el costo de oportunidad de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.

Quinto. Declarar que el Distrito Capital De Bogotá - Secretaría De Educación estaba obligado a reajustar el valor del anticipo, acordado en el contrato adicional 2 de 18 de octubre de 2000 en los términos establecidos en el contrato original, en las condiciones y por las razones que se han expuesto en la parte motiva del presente laudo.

Sexto. Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a Distrito Capital De Bogotá - Secretaría De Educación a pagar al Consorcio Procam Ltda. y Ossa y Cía. S. en C., la suma de cuarenta y seis millones, quinientos sesenta y siete mil doscientos diez y ocho pesos con siete centavos (\$ 46.567.218.07) por tal concepto, que contiene su actualización y el costo de oportunidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.

Séptimo. Declarar que el Distrito Capital De Bogotá-Secretaría De Educación, incumplió en repetidas ocasiones su obligación de pagar oportunamente las actas números 7, de reajuste 2, 4, 5, 8 y 12 presentadas por el Consorcio Procam Ltda. y Ossa y Cía. S. en C, tal y como se indicó en la parte motiva de este laudo. En consecuencia:

a) Declarar que el Distrito Capital de Bogotá-Secretaría de Educación debe pagar al Consorcio Procam Ltda. y Ossa y Cía. S. en C., intereses de mora a una tasa equivalente al doble del interés legal civil (12%), sobre el monto histórico actualizado del capital, de las actas números 7, de reajuste 2, 4, 5, 8 y 12, que no fueron endosadas.

Declarar que los pagos extemporáneos de las actas números 7, de reajuste 2, 4, 5, 8 y 12 se imputan primero a intereses en las cuantías y fechas que se indican en la parte motiva de este laudo.

b) Como consecuencia de la anterior condénase a el Distrito Capital de Bogotá-Secretaría de Educación a pagar al Consorcio Procam Ltda. y Ossa y Cía. S. en C., a título de capital insoluto después de realizar la imputación en los pagos, con sus respectivos intereses de mora y actualización, la suma total de cinco millones setecientos setenta y nueve mil cuatrocientos diez y seis pesos con trece centavos (\$ 5.779.416.13), valor que incluye los intereses de mora y la actualización, como se indicó en la parte motiva de este laudo.

Octavo. Declarar que el incumplimiento del Distrito Capital-Secretaría de Educación, consistente en el pago extemporáneo de las actas presentadas por el contratista, generó a este perjuicios adicionales a los que resultan reparados por el pago de intereses, consistentes en costos financieros por negociación de las actas de obra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Noveno. Que como consecuencia de la declaración anterior, el Distrito Capital de Bogotá-Secretaría de Educación, debe pagar al Consorcio Procam Ltda. y Ossa y Cía. S. en C. la suma de cincuenta y nueve millones trescientos sesenta y cinco mil setecientos catorce pesos con setenta y ocho centavos, (\$ 59.365.714.78), que incluye el costo de oportunidad y la actualización, como se indicó en la parte motiva.

Décimo. Declarar que el Distrito Capital de Bogotá-Secretaría de Educación, se apartó de las condiciones previstas en el pliego de condiciones y pactadas en el contrato, al exigirle al contratista que la estructura de concreto fuera entregada con acabado “a la vista” respecto de los ítems no previstos, lo cual generó para el contratista un daño antijurídico, consistente en los costos adicionales que significa elaborar una estructura de concreto a la vista, en relación con los costos que hubiera representado hacerlo en las condiciones previstas en el pliego de condiciones y en el contrato y, en consecuencia, condénase, a Distrito Capital de Bogotá-Secretaría de Educación a pagar al Consorcio Procam Ltda. y Ossa y Cía. S. en C., la suma de ciento treinta y seis millones doscientos mil seiscientos trece pesos con cincuenta y seis centavos, (\$ 136.200.613.56) por tal concepto, que contiene su actualización y reconocimiento del costo de oportunidad, todo de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo .

Décimo primero. Respecto a la pretensión décima quinta, téngase por resuelta con los valores de las condenas que se han decretado en esta parte resolutive.

Décimo segundo. Declarar que el Distrito Capital de Bogotá-Secretaría de Educación, incumplió sus obligaciones contractuales, adquiridas dentro del contrato 234 del 3 de noviembre de 1999 celebrado con el consorcio conformado por las sociedades Procam Ltda. y Ossa y Cía. S. en C., como contratista y, como consecuencia, se le condena a indemnizar al consorcio integrado por las sociedades Procam Ltda. y Ossa y Cía. S. en C., la totalidad de los perjuicios que se le causaron por el incumplimiento, en la forma y por las cuantías, como se decidió en los

numerales precedentes.

Décimo tercero. Las anteriores condenas causarán intereses a partir de la ejecutoria del laudo en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y la sentencia C-189 de 1999, de la Corte Constitucional.

Décimo cuarto. Sin costas del proceso, según lo expuesto en la parte motiva.

Décimo quinto. Negar las demás pretensiones de la demanda, en atención a la parte motiva de este laudo.

Décimo sexto. Ordenar la expedición de copias auténticas del presente laudo con destino a cada una de las partes y al señor agente del Ministerio Público, con las constancias de ley (C. de P. C., art. 115-2).

Décimo séptimo. En firme este laudo, protocolícese por el presidente del tribunal en una notaría de esta ciudad, de conformidad con el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998, con cargo al rubro de protocolizaciones, efecto para el cual se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare, si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente o si resultare mayor se devolverá lo pertinente.

Notifíquese y cúmplase.

William Namén Vargas, Presidente—*Jorge Eduardo Chemás Jaramillo*, árbitro—*Carlos Eduardo Manrique Nieto*, árbitro.

Camila De La Torre Blanche, Secretaría.
