

Compartido por:



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., dos (2) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Apelación sentencia
Radicación: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 (conformado por MUÑOZ
Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. – EVER JOSÉ
SALGADO SALGADO)
Demandado: DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
DISTRITAL

Temas:

CONTRATO ESTATAL – es solemne - interpretación del negocio jurídico – el contrato es ley para las partes. – incumplimiento contractual. CONTRATO DE OBRA – a precios unitarios - obras adicionales – actas parciales de obra – cláusula de retención en garantía. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – liquidación bilateral y unilateral – contratos en los que es obligatoria - intereses moratorios e indexación. DICTAMEN PERICIAL – tiene por finalidad la verificación de hechos que interesan al proceso y requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos - no puede versar sobre puntos de derecho. INTERVENTORÍA – su labor consiste en verificar y controlar la ejecución de la obra – no introduce modificaciones a las estipulaciones pactadas.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 4 de abril de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada y la causación de intereses de mora e indexación y liquidó judicialmente el contrato de obra celebrado entre las partes, reconociendo a favor del demandante la suma de \$395.720.794, por concepto de retención en garantía una vez acredite el cumplimiento de los requisitos contractuales establecidos a dicho efecto.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 18 de abril de 2013, el Consorcio Obras Venecia 2013 celebró con el Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital el Contrato de Obra 2064, cuyo objeto



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

consistió en la *“Ejecución de las obras necesarias y complementarias para la terminación del edificio del costado norte en el Colegio Venecia, de la Localidad 6ª de Tunjuelito, de acuerdo con los planos, especificaciones y cantidades de obra entregadas por la SED”*. El contrato se pactó bajo la modalidad de precios unitarios fijos. Las partes acordaron que el 90% del valor del contrato sería pagado mediante actas mensuales de obra ejecutada y que el saldo correspondiente al 10% del valor total se pagaría dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firma del acta de liquidación. El contrato finalizó el 19 de diciembre de 2014 y no ha sido liquidado. Durante su ejecución las partes acordaron la adición de nuevos ítems de obra con sus respectivos precios unitarios, los cuales fueron pactados en la modificación No.3. El acta No. 12 o acta final de obra suscrita por el contratista y la interventoría fue objetada por la entidad, al considerar que el valor de las obras adicionales reflejado en dicha acta no corresponde a los precios unitarios estipulados en el mencionado acuerdo modificatorio y que, además, incluye algunos ítems de obra nuevos que no fueron pactados en el mismo.

El contratista afirma que el municipio incumplió el contrato por no liquidarlo dentro del plazo pactado, no pagar el valor del acta de obra No. 12 y no pagar el monto de la retención en garantía equivalente al 10% del valor del contrato. Solicita que el contrato sea liquidado en sede judicial, incluyendo los valores correspondientes a los mencionados conceptos, junto con intereses de mora e indexación a partir de la fecha en que debió efectuarse la liquidación en sede administrativa.

En forma subsidiaria pretende que se declare la responsabilidad contractual de la entidad y se condene al reconocimiento y pago de los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento de la obligación de llevar a cabo la liquidación del contrato dentro del plazo pactado, el no pago del saldo correspondiente al 10% del valor total del contrato y la falta de pago de obras ejecutadas y recibidas a satisfacción contenidas en el acta de obra No. 12.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1 El 17 de marzo de 2017¹, Muñoz y Herrera Ingenieros Asociados S.A. y Ever José Salgado Salgado, integrantes del Consorcio Obras Venecia 2013, en adelante el Consorcio o el Contratista, mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, presentaron demanda² en contra del Distrito Capital – Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Educación del Distrito - SED, en lo sucesivo el Distrito Capital o la SED.

1.2 Mediante proveído del 8 de mayo de 2017³, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y ordenó su notificación a la parte demandada y al Ministerio Público.

1.3 En escrito del 28 de julio de 2017⁴ el Consorcio presentó reforma de la demanda, la cual fue admitida por auto del 11 de diciembre de 2017⁵. En la demanda reformada la parte actora solicitó como pretensiones las que a continuación se transcriben de forma literal, incluyendo eventuales errores:

“I- DECLARACIONES

De manera atenta y respetuosa solicito al Despacho se sirva decretar las siguientes:

- 1. Se liquide Judicialmente el contrato de obra 2064 de 18 de Abril de 2013, suscrito entre el Distrito Capital – Alcaldía Mayor de Bogotá Distrito Capital –Secretaria de Educación del Distrito Capital y el Consorcio Obras Venecia 2013, integrado por Muñoz y Herrera Ingenieros Asociados S.A., y Ever José Salgado, de conformidad con lo establecido en el citado contrato y, en la Ley 80 de 1993 Art. 60, incluyendo los reconocimientos, perjuicios, actas, salvedades y transacciones a que haya lugar junto con las facturas y saldos pendientes de pago.*
- 2. Se reconozca dentro de la liquidación Judicial del Contrato de obra 2064 de 18 de Abril de 2013, a favor de Muñoz y Herrera Ingenieros Asociados S.A., y Ever José Salgado, las obras adeudadas contenidas en actas y, el 10% del valor total del*

¹ Fl. 39, C.1.

² Fl.1 a 37, C. 1.

³ Fl. 41 y 42, C.1.

⁴ Fl. 52 a 87, C.1

⁵ Fl. 117 y 118, C.1



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

contrato, pactado en la Sección VI Condiciones Especiales del Contrato (CEC), Literal D Control de Costos, cláusula CGC 3, numeral 43.1 y 43.5 del contrato 002064 de 2013, los extra costos, compensaciones, intereses e indexación, así:

- A. La suma de **CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS CON OCHENTA Y DOS CENTAVOS (\$451.240.560) M/CTE.**, por concepto de Obras ejecutadas y recibidas a satisfacción por la Entidad, contenidas en el Acta (12) final del contrato 2064/2013, la cual fue debidamente aprobada por la Interventoría.
- B. Los intereses de mora causados, por el no pago oportuno del acta final No. 12 del contrato 2064/2013, intereses que deben ser liquidados conforme a lo establecido en la cláusula 43 del contrato 2064/2013, desde el 20 de Junio de 2015, fecha en que debió liquidarse el contrato, los cuales a la fecha de presentación de la presente demanda, ascienden a la suma de **DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS (\$242.663.635,95) M/CTE.**; más los que se causen hasta cuando se haga efectivo el pago de la suma establecida en el numeral anterior.
- C. La suma de **CINCUENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$54.234.570,20) M/CTE.**, por concepto de indexación sobre el valor del Acta Final, de conformidad con lo establecido en el Artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, liquidada desde el 20 de Junio de 2015, hasta la fecha de presentación de la presente demanda, más la que se cause hasta cuando se verifique el pago del acta final, de conformidad con el IPC establecido por el DANE.
- D. La suma de **CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTINUEVE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$498.829.592,89) M/CTE.**, correspondiente al 10% del valor total del contrato, pactado en la Sección VI Condiciones Especiales del Contrato (CEC), Literal D Control de Costos, cláusula CGC 3 numeral 43.1 y 43.5 del contrato 002064 de 2013.
- E. Los intereses de mora causados, por el no pago oportuno del 10% del valor total del contrato, pactado en la Sección VI Condiciones Especiales del Contrato (CEC), Literal D Control de Costos, cláusula CGC 3 numeral 43.1 y 43.5 del contrato 002064 de 2013, intereses que deben ser liquidados conforme a lo establecido en la cláusula 43 del contrato, desde el 20 de Junio de 2015; los cuales a la fecha de presentación de la demanda, ascienden a la suma de **DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS NOVENTA PESOS CON DIECISIETE CENTAVOS (\$268.255.590,17) M/CTE.**, más los que se causen hasta cuando se haga efectivo el pago de la suma establecida en el numeral anterior.
- F. La suma de **CINCUENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS (\$59.954.292,61) M/CTE.**, por concepto



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

de indexación sobre el 10% del valor total del contrato, pactado en la Sección VI Condiciones Especiales del Contrato (CEC), Literal D Control de Costos, cláusula CGC 3 numeral 43.1 y 43.5 del contrato 002064 de 2013, de conformidad con lo establecido en el Artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, liquidada desde el 20 de Junio de 2015, hasta la fecha de presentación de la presente demanda, más la que se cause hasta cuando se verifique el pago del acta final, de conformidad con el IPC establecido por el DANE.

G. *Se ajuste el valor de las sumas a pagar conforme a lo establecido en los artículos 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

H. *Se condene en costas a la demandada.*

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

De manera atenta y respetuosa solicito al Despacho se sirva decretar de forma subsidiaria, las siguientes:

- 1. Declare la Responsabilidad Contractual del DISTRITO CAPITAL - ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO SED, dentro del Contrato 2064 de 18 de Abril de 2013, suscrito entre el Distrito Capital – Alcaldía Mayor de Bogotá Distrito Capital –Secretaría de Educación del Distrito Capital y el Consorcio Obras Venecia 2013, integrado por Muñoz y Herrera Ingenieros Asociados S.A., y Ever José Salgado, por causas Atribuibles a la Entidad Contratante y como consecuencia de la vulneración del Art. 27 de la Ley 80 de 1993, por el no pago de las obras ejecutadas, acta final No. 12.*
- 2. Declare la Responsabilidad Contractual del DISTRITO CAPITAL - ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO SED, dentro del Contrato 2064 de 18 de Abril de 2013, suscrito entre el Distrito Capital – Alcaldía Mayor de Bogotá Distrito Capital –Secretaría de Educación del Distrito Capital y el Consorcio Obras Venecia 2013, integrado por Muñoz y Herrera Ingenieros Asociados S.A., y Ever José Salgado, por causas Atribuibles a la Entidad Contratante y como consecuencia de la no liquidación del Contrato dentro del término pactado en la Sub cláusula 57.2, adicionada por la cláusula CGC 57 del contrato 002064 de 2013.*
- 3. Declare la Responsabilidad Contractual del DISTRITO CAPITAL - ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO SED, dentro del Contrato de obra 2064 de 18 de Abril de 2013, suscrito entre el Distrito Capital – Alcaldía Mayor de Bogotá Distrito Capital –Secretaría de Educación del Distrito Capital y el Consorcio Obras Venecia 2013, integrado por Muñoz y Herrera Ingenieros Asociados S.A., y Ever José Salgado, por causas Atribuibles a la Entidad Contratante y como consecuencia del no pago del saldo correspondiente al 10% del valor total del contrato, pactado en la Sección VI Condiciones Especiales del Contrato (CEC), Literal D Control de Costos, cláusula CGC 3 numeral 43.1 y 43.5 del contrato 002064 de 2013.*
- 4. Como consecuencia de las anteriores declaraciones CONDENE al DISTRITO CAPITAL - ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. - SECRETARIA DE EDUCACIÓN*



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

DEL DISTRITO SED a pagar a MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. Nit. 830.040.332-2, los siguientes emolumentos:

G. La suma de **CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS CON OCHENTA Y DOS CENTAVOS (\$451.240.560) M/CTE.**, por concepto de Obras ejecutadas y recibidas a satisfacción por la Entidad, contenidas en el Acta (12) final del contrato 2064/2013, la cual fue debidamente aprobada por la Interventoría.

H. Los intereses de mora causados, por el no pago oportuno del acta final No. 12 del contrato 2064/2013, intereses que deben ser liquidados conforme a lo establecido en la cláusula 43 del contrato 2064/2013, desde el 20 de Junio de 2015, fecha en que debió liquidarse el contrato, los cuales a la fecha de presentación de la presente demanda, ascienden a la suma de **DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS (\$242.663.635,95) M/CTE.**; más los que se causen hasta cuando se haga efectivo el pago de la suma establecida en el numeral anterior.

I. La suma de **CINCUENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$54.234.570,20) M/CTE.**, por concepto de indexación sobre el valor del Acta Final, de conformidad con lo establecido en el Artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, liquidada desde el 20 de Junio de 2015, hasta la fecha de presentación de la presente demanda, más la que se cause hasta cuando se verifique el pago del acta final, de conformidad con el IPC establecido por el DANE.

J. La suma de **CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTINUEVE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$498.829.592,89) M/CTE.**, correspondiente al 10% del valor total del contrato, pactado en la Sección VI Condiciones Especiales del Contrato (CEC), Literal D Control de Costos, cláusula CGC 3 numeral 43.1 y 43.5 del contrato 002064 de 2013.

K. Los intereses de mora causados, por el no pago oportuno del 10% del valor total del contrato, pactado en la Sección VI Condiciones Especiales del Contrato (CEC), Literal D Control de Costos, cláusula CGC 3 numeral 43.1 y 43.5 del contrato 002064 de 2013, intereses que deben ser liquidados conforme a lo establecido en la cláusula 43 del contrato, desde el 20 de Junio de 2015; los cuales a la fecha de presentación de la demanda, ascienden a la suma de **DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS NOVENTA PESOS CON DIECISIETE CENTAVOS (\$268.255.590,17) M/CTE.**, más los que se causen hasta cuando se haga efectivo el pago de la suma establecida en el numeral anterior.

L. La suma de **CINCUENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS (\$59.954.292,61) M/CTE.**, por concepto de indexación sobre el 10% del valor total del contrato, pactado en la Sección



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

VI Condiciones Especiales del Contrato (CEC), Literal D Control de Costos, cláusula CGC 3 numeral 43.1 y 43.5 del contrato 002064 de 2013, de conformidad con lo establecido en el Artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, liquidada desde el 20 de Junio de 2015, hasta la fecha de presentación de la presente demanda, más la que se cause hasta cuando se verifique el pago del acta final, de conformidad con el IPC establecido por el DANE.

M. Se ajuste el valor de las sumas a pagar conforme a lo establecido en los artículos 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

N. Se condene en costas a la demanda, conforme a lo establecido en el art. 188 del CPACA.”

1.4 Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte actora enunció los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

1.4.1 La Secretaría de Educación del Distrito Capital de Bogotá dio apertura a la Licitación Pública SED-LPN-BID-114-2012, con el objeto de contratar la *“Ejecución de las obras necesarias y complementarias para la terminación del Edificio del Costado Norte en el Colegio Venecia, de la Localidad 6ª de Tunjuelito, de acuerdo con los planos especificaciones y cantidades de obra entregadas por la SED”*.

1.4.2 En el marco de la referida licitación, el Consorcio Obras Venecia 2013, integrado por Muñoz y Herrera Ingenieros Asociados S.A., y Ever José Salgado Salgado, presentó propuesta económica por valor de TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$3.659.636.234) M/CTE., incluyendo costos directos e indirectos.

1.4.3 El 18 de abril de 2013 se celebró el contrato de obra pública numero 2064 entre la SED y el Consorcio, por medio del cual el Contratista se obligó con la entidad a la *“Ejecución de las obras necesarias y complementarias para la terminación del Edificio del Costado Norte en el Colegio Venecia, de la Localidad 6ª de Tunjuelito, de acuerdo con los planos especificaciones técnicas y cantidades de obra entregadas por la SED”*. El término de duración del contrato se acordó en 11 meses y el valor pactado fue de \$3.659.636.234.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

1.4.4 De conformidad con lo acordado, el valor del contrato se pagaría por el sistema de precios unitarios sin formula de ajuste. La forma de pago convenida consistió en el pago de actas mensuales de obra ejecutada en las que se amortizaría el anticipo entregado al Consorcio, efectuándose una retención equivalente al 10% del valor de cada acta. El saldo del 10% del valor total del contrato se cancelaría dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firma y aprobación del *“acta de liquidación final de obra y del contrato”*.

1.4.5 El 16 de julio de 2013, se suscribió la Modificación No. 1 al contrato de obra 2064 de 2013, mediante el cual se modificó la cláusula No. 51 referente al pago del anticipo.

1.4.6 El 2 de septiembre de 2013 se suscribió acta de Inicio de obra, fijándose como fecha de terminación el 11 de agosto de 2014.

1.4.7 El 7 de enero de 2014 la interventoría y el contratista suscribieron el acta de fijación y aprobación de precios unitarios No. 1.

1.4.8 El 4 de febrero de 2014 la entidad aprobó la solicitud de ítems de obra no previstos, aprobó los análisis de precios unitarios correspondientes y el acta de fijación y aprobación de precios unitarios No. 1. Señala que dichos precios unitarios discriminaban los costos directos y los indirectos de cada ítem de obra.

1.4.9 Posteriormente, en marzo, mayo y junio de 2014 el contratista presentó para revisión y aprobación los análisis de precios unitarios nuevos correspondientes a ítems no previstos que fue necesario ejecutar, los cuales, según afirma, fueron aprobados por la Interventoría y la SED. Dichos precios discriminaban el costo directo y el costo indirecto de cada ítem.

1.4.10 Mediante escrito del 11 de junio de 2014, el Contratista solicitó la prórroga del contrato debido al atraso en la obra causado por la necesidad de complementar los diseños para ampliar la rampa del tercer piso, reforzar las zapatas por la



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

ampliación de la placa del tercer piso, cambiar el diseño del aula múltiple, unificar la red de media tensión e incluir la red contraincendios, actividades que no se encontraban contempladas inicialmente en el contrato.

Esta solicitud de prórroga fue reiterada mediante escrito del 16 de junio de 2014, en atención a las obras adicionales y mayores cantidades de obra, aunado al vencimiento de la Licencia de construcción.

1.4.11 El 1 de agosto de 2014 se suscribió la Modificación No. 2 al Contrato, mediante el cual se prorrogó el plazo acordado en 30 días calendario, quedando como fecha de vencimiento final del contrato el 31 de agosto de 2014.

1.4.12 El 12 de Agosto de 2014 se suscribió el acta de suspensión No. 1, en la que las partes indicaron que “[d]e acuerdo a las obras no previstas y necesarias para la terminación del edificio, para la puesta en funcionamiento de la cocina y el Proyecto Serie 3, se requirió realizar unos nuevos APUs de las mismas, los cuales se encuentran en revisión tanto de la Interventoría como de la SED y a la fecha no se ha llegado a un acuerdo sobre el valor a pagar al contratista, que se ajuste a los precios del mercado”.

1.4.13 En el mes de agosto de 2014 la interventoría aprobó los análisis de precios unitarios no previstos presentados por el contratista. El Distrito Capital, por su parte, aprobó algunos de ellos, en tanto que respecto de otros manifestó no estar de acuerdo.

1.4.14 El 1 de septiembre de 2014 se suscribió el acta de reinicio No. 1 de la suspensión No. 1 y el 2 de septiembre de 2014 la Entidad expidió el Certificado de Disponibilidad presupuestal No. 3193, por valor de \$1.328.689.995.

1.4.15 Afirma que en memorando del 10 de septiembre de 2014 la entidad manifestó no estar de acuerdo con algunos precios de ítems no previstos propuestos por el Consorcio y aprobados por la Interventoría, “razón por la cual, establece los valores -costo directo, para cada uno”.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

1.4.16 El 16 de septiembre de 2014, mediante oficio E-2014-153807, la Interventoría envió a la SED las variaciones de las cantidades contractuales que generaban mayores y menores cantidades de obra, así como obras no previstas y actividades adicionales. En dicho documento la interventoría justificó la variación de cantidades de obras preliminares, cimentación, desagües e instalaciones subterráneas, estructura, mampostería, prefabricados en concreto y otros, instalaciones hidrosanitarias, instalación eléctrica telefónica, pañetes, pisos, cubiertas e impermeabilizaciones, carpintería metálica, enchapes, iluminación, aparatos sanitarios y accesorios, pintura, cerraduras y vidrios, obras exteriores, aseo y varios, equipo de bombeo, actividades preliminares de recuperación y señalización. Además, explicó la necesidad de ejecutar obras no previstas, que resultaban necesarias para ejecutar la totalidad del objeto contractual.

1.4.17 Afirma que la interventoría solicitó una adición presupuestal de \$1.328.689.995 al contrato de obra, incluyendo costo directo e indirecto de las obras no previstas, además de mayores cantidades de obra y señala que, como soporte de la solicitud de adición del contrato, la Interventoría y el Consorcio suscribieron el “*ACTA DE MAYORES CANTIDADES – BALANCE GENERAL PARA ADICIÓN*”, en la que especificaron el valor de las mayores y menores cantidades de obra y el valor de las obras no previstas, dejando constancia de la necesidad de adicionar el contrato para la ejecución de mayores cantidades de obra de ítems contractuales y la ejecución de ítems no previstos.

1.4.18 El 19 de septiembre de 2014 se suscribió la Modificación No. 3 al Contrato, a través de la cual se adicionó el valor inicial del contrato en la suma de \$1.328.689.995, correspondiente a mayores y menores cantidades de obra y a ítems no previstos y se prorrogó el contrato en tres meses, quedando como nueva fecha de terminación del contrato el 19 de diciembre de 2014.

Al respecto, refiere que el valor de la adición que las partes pactaron en la Modificación No. 3 correspondió a lo consignado en el “*ACTA DE MAYORES CANTIDADES – BALANCE GENERAL PARA ADICIÓN*”. De igual modo, añade



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

que en el referido acuerdo modificatorio las partes incluyeron el valor correspondiente al costo directo de cada ítem, revisado y aprobado por la SED, y resalta que al indicar el valor de cada ítem se especificó solamente el costo directo de cada uno, no obstante lo cual el valor de los costos indirectos quedó incluido en el monto total de la adición acordado en la referida Modificación No. 3.

1.4.19 Indica que durante la ejecución del contrato el Consorcio y la Interventoría suscribieron 12 actas parciales de obra por valor total de \$4.988.295.92, que sobre cada una de ellas se realizó la retención del 10% acordada en el contrato y que dicho monto que no ha sido cancelado al Consorcio por falta de liquidación del Contrato.

1.4.20 Añade que el 20 de diciembre de 2014 se suscribió el acta de terminación del contrato No. 2064 de 2013, en la que se certificó por parte del interventor “[...] *que el objeto contractual fue ejecutado a entera satisfacción y de conformidad con lo estipulado en el contrato, se indica que el pago final corresponde a \$451.240.560, y la retención corresponde a \$498.829.592,89 m/c. quedando un saldo de \$30.300,11. Se certifica que a la fecha el porcentaje de ejecución es: 99.99%*”.

1.4.21 Manifiesta que el Consorcio presentó el 6 de marzo de 2015 la factura correspondiente al valor del acta No. 12 con sus soportes y posteriormente hizo entrega de los planos, actas y demás documentos requeridos para la liquidación del Contrato.

1.4.22 Afirma que el 21 de mayo de 2015 la entidad devolvió el acta No. 12 mediante oficio en el que indicó que *“los precios de los ítems nuevos no coinciden y no figuran en modificación 3 con los precios aprobados por la Secretaría de Educación”*, con lo cual, a su juicio, la SED desconoció que a través de los memorandos I-2014-62088 y I-2014-66356 había aprobado los precios unitarios nuevos.

1.4.23 Refiere que la entidad no ha realizado el pago del acta No. 12 y aduce que de los antecedentes y documentos contractuales se desprende que la adición del contrato contenida en el modificatorio No. 3 incluía costos directos e indirectos de



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

las obras no previstas. Además, añade que “[...]a suscripción del acta de liquidación del contrato de obra no está contenida dentro del contrato No. 2064 de 2013 como requisito para el pago del Acta 12 Final; luego la Entidad no puede dilatar el pago de las obras ejecutadas y recibidas a satisfacción (tal como consta en el Acta de recibo definitivo de obra suscrita el 19 de Diciembre de 2014)”.

1.4.24 Resalta que el valor total del contrato asciende a la suma de \$4.988.326.229, monto que corresponde al valor de las obras ejecutadas por el Consorcio, así:

VALOR DE CONTRATO:	\$ 3,659,636,234.00
VR MODIFICATORIO 3:	\$ 1,328,689,995.00
VR TOTAL CONTRATO:	\$ 4,988,326,229.00

Además, afirma que la Entidad ha realizado pagos a favor del Contratista por valor de \$4.038.225.770, por lo que a la fecha la SED adeuda al contratista la suma de \$950.070.153, discriminados así:

CONCEPTO	VALOR
ACTA No. 12 (ACTA FINAL DE OBRA)	\$ 451,240,560
DEVOLUCIÓN DE LA RETENCION DEL 10%	\$498,829,593
TOTAL	\$950,070,153

1.4.25 Pone de presente que terminado el contrato y recibida la obra a satisfacción, el contratista estuvo presto a llevar a cabo la liquidación bilateral del contrato, haciendo entrega de toda la información requerida para dicho efecto, a pesar de lo cual “[...] la liquidación del contrato ha sido dilatada de forma deliberada por la Entidad contratante, lo que ha causado graves perjuicios al Contratista, impidiéndole reclamar el pago de las obras ejecutadas y recibidas a satisfacción por el Distrito Capital Secretaría de Educación”.

1.4.26 Concluye que la entidad le adeuda lo siguiente:



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

- La suma de \$451.240.560, por concepto de obras ejecutadas y recibidas a satisfacción por la Entidad en el acta final No. 12.
- Intereses de mora causados por el no pago oportuno del acta final No. 12, liquidados a partir del 20 de junio de 2015, fecha en que debió liquidarse el contrato.
- La cantidad de \$54.234.570,20 correspondiente a la indexación del valor del acta final No. 12, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, desde el 20 de junio de 2015 y hasta cuando se verifique el pago del acta final.
- La suma de \$498.829.592,89, por concepto del 10% del valor total del contrato descontado por la entidad a título de rete-garantía.
- Intereses de mora e indexación sobre el valor de la retención del 10% que se encuentra pendiente de pago, los cuales deben serle reconocidos a partir del 20 de junio de 2015, fecha en la que venció el plazo pactado para la liquidación, y hasta el efectivo el pago de la suma adeudada.

1.5 Como fundamento jurídico, en su demanda la parte actora sostuvo que:

- (i) La entidad violó el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, pues omitió el deber de entregar diseños y planos adecuados, lo cual hizo necesario realizar nuevos diseños y adecuar los entregados, requiriéndose llevar a cabo obras adicionales a las inicialmente pactadas, así como mayores y menores cantidades de ítems de obra previstos.
- (ii) El incumplimiento en el pago del acta final No. 12 y del saldo correspondiente a la retención en garantía le ha ocasionado graves perjuicios, pues se ha visto forzado a asumir costos que debía haber podido cubrir con el pago de las obras ejecutadas. Además, para el pago de las sumas adeudadas la entidad impuso al Contratista requisitos que no estaban pactados y desconoció los memorandos mediante los cuales aprobó los análisis de precios unitarios nuevos.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

- (iii) El Distrito Capital violó el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que consagra el principio de economía y quebrantó el deber legal de efectuar de manera adecuada los estudios previos y los diseños de las obras, los cuales debieron ser ajustados ocasionando obras adicionales.
- (iv) La entidad contratante incumplió su obligación de liquidar el Contrato de mutuo acuerdo dentro del plazo establecido en la ley y se abstuvo de realizar la liquidación unilateral del mismo, debiendo resarcir los perjuicios ocasionados por la falta de liquidación del contrato y el no pago del 100% de las obras ejecutadas.
- (v) La SED incumplió la cláusula CGC 3- 43.5 mediante la cual se pactó la forma de pago del contrato, toda vez que “[...] *la falta de liquidación del contrato por culpa de la contratante impide el pago del saldo correspondiente al 10% - rete garantía y por ende causa perjuicios al Contratista*”.
- (vi) Como consecuencia del incumplimiento en el pago del acta final dentro del término de 30 días acordado por las partes, deben serle reconocidos intereses de mora a la tasa de interés estipulada en el Contrato.
- (vii) El Distrito Capital quebrantó el principio de confianza legítima. La interventoría aprobó el acta de recibo de obra y el acta final No. 12, por lo que no es de recibo que posteriormente la entidad se abstenga de efectuar su pago aduciendo que el valor de las obras no previstas consignado en el modificadorio No. 3 no coincide con el valor señalado en el acta final de obra.
- (viii) La SED violó el principio de buena fe, toda vez que “[...] *en un acto de mala fe, se ha sustraído al pago de las obras ejecutadas y pago del 10% del valor final del contrato, a pesar de haber suscrito el acta de recibo el 19 de Diciembre de 2014. Igualmente existe mala fe de la Demandada, cuando se niega a pagar el acta 12 final, habiendo suficientes documentos que demuestran que el valor de cada ítem contenido en el*



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

Modificadorio No. 3 al contrato 2064 de 2013, corresponde al Costo Directo, y que por tanto se debe agregar el Costo Indirecto”.

2. Contestación de la demanda

2.1 El apoderado de la SED presentó contestación a la demanda inicial⁶, mediante escrito en el que se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones. Posteriormente, con memorial del 26 de enero de 2018⁷ contestó la reforma de la demanda, reiterando su oposición a las pretensiones principales y subsidiarias y los argumentos y excepciones presentadas en el escrito de contestación a la demanda inicial.

2.1.1 Respecto a los hechos y fundamentos jurídicos de la demanda, señaló que en la cláusula 38 del contrato las partes acordaron que la ejecución de ítems o actividades de obra no previstas requería la celebración de un contrato adicional y que los ítems ejecutados por el Contratista sin la previa celebración de aquel serían asumidos por cuenta y riesgo del Consorcio.

Añadió que si la parte actora realizó obras adicionales sin que se hubiere suscrito la correspondiente modificación al contrato, no le correspondía a la SED proceder a su pago de conformidad con lo pactado en el contrato, circunstancia que era de conocimiento del contratista. En este sentido afirmó:

“[...] no es posible para la administración reconocer el valor de los ONP – 125, simple y llanamente porque no existe un contrato que lo soporte, así la parte actora considere que dicho reconocimiento sí es procedente por el sólo hecho de haber realizado las obras correspondientes a ese ítem, fundado además en que un memorando tiene la suficiente entidad como para considerar que aquellos fueron debidamente aprobados”.

Indicó que la entidad no había aprobado el acta de obra No. 12 por cuanto la misma presentaba inconsistencias, “[...] principalmente en lo que se refiere al valor que allí se plantea, el cual no se aviene a la realidad, toda vez que contiene valores unitarios

⁶ Fl. 88 a 95, C.1.

⁷ Fl. 128 y 129, C.1.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

que no se encuentran incluidos en el modificadorio No. 3, circunstancia que es totalmente ajena a las estipulaciones pactadas en el contrato.” Además, el Contratista debía actualizar los detalles y diseños adicionales, ajustados a la norma de sismo resistencia vigente para la época en la que se desarrolló la obra, inconsistencia que también fue puesta de presente por la entidad al momento de revisar el acta No. 12 para su aprobación.

Finalmente, concluyó:

“[...] en el asunto bajo estudio, ambas partes y en especial el contratista, no solo conocía de antemano el valor y forma de pago del contrato, sino que también conocía la prohibición de ejecutar ítems no previstos en el convenio, de manera que al ejecutarlos sin la celebración previa del documento contractual, aquel sería asumido por cuenta y riesgo del contratista.

Por esta razón el contratista debe asumir el costo de los ítems no previstos en el contrato y en el modificadorio No. 3 que ejecutó motu proprio y no pretender que le sean reconocidos por mi representada sin atender al contenido de las estipulaciones del contrato 2064 de 2013.”

2.1.2 Por su parte, formuló las excepciones que denominó: (i) “ausencia de los presupuestos necesarios para la prosperidad de la acción”, toda vez que el concepto de la violación contenido en la demanda se limitó a la exposición de normas y citas jurisprudenciales sin presentar un razonamiento “serio y concreto” sobre los fundamentos de las pretensiones, aunado a que no existe responsabilidad alguna de la SED frente a lo pretendido por la actora; (ii) “respeto por el acto propio”, pues de conformidad con los pliegos de condiciones y el contrato no le estaba permitido al Contratista ejecutar obras no contempladas, circunstancia que era plenamente conocida por el Consorcio; y (iii) la “genérica o innominada”.

3. Alegatos de conclusión

Mediante providencia proferida en audiencia del 26 de octubre de 2018⁸, el Tribunal corrió traslado para alegar de conclusión.

⁸ Fl. 148 y 149, C. 1



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

3.1. En sus alegatos de conclusión⁹ la parte demandante reiteró lo expuesto en el libelo introductorio.

3.2. La demandada en su escrito de alegatos¹⁰ señaló que las pretensiones de la demanda no estaban llamadas a prosperar, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y, refiriéndose al acta No. 12, manifestó que su valor no es correcto, toda vez que los precios de algunos ítems son distintos a los previstos en el modificatorio No. 3 del contrato e incluye unas obras adicionales respecto de las que no fue celebrado contrato adicional o acuerdo modificatorio alguno, razón por la cual fue necesario rectificar los valores de los precios unitarios consignados y excluir los ítems no pactados. En este sentido, refiere que, tras las verificaciones realizadas al interior de la SED, la entidad estableció que dicha acta arrojaba un saldo a favor de la entidad por la suma de \$52.970.964,81.

Frente a la devolución de la retención en garantía, afirmó que, de conformidad con el valor final del contrato y el saldo a favor de la entidad, el monto de la retención a cuyo favor tiene derecho el Contratista asciende de \$390.423.691,57 *“siempre y cuando se cumpla los requisitos contractuales para realizar su correspondiente desembolso, los cuales aún no están acreditados”*. Añadió que la SED le propuso al Contratista como fórmula conciliatoria el reconocimiento de dicho monto, lo cual no fue aceptado por el Contratista al considerar que debe serle pagado una cantidad superior y pretender, además, el pago de intereses de mora e indexación.

3.3. El Ministerio Público guardó silencio.

4. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 4 de abril de 2019¹¹, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda

⁹ Fl. Fl. 150 a 161, C.1.

¹⁰ Fl. 162 a 166, C. 1

¹¹ Fl. 190 a 203, C. Ppal.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada y la causación de intereses de mora e indexación y liquidó judicialmente el Contrato de obra celebrado entre las partes. La liquidación del Contrato reconoció a favor del demandante la suma de \$395.720.794 por concepto de retención en garantía, a propósito de lo cual el *a-quo* dispuso que la entidad estaría obligada a su pago una vez el Consorcio acreditara el cumplimiento de los requisitos contractuales establecidos para ello.

En efecto, la parte resolutive de la sentencia es la siguiente:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones a cargo del DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL; y la causación de intereses de mora e indexación, de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Liquidar judicialmente el contrato de obra 2064 del 18 de abril de 2013, en el sentido que el DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL le debe al CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013, por concepto de retención de garantía, la suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS VEINTE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS MCTE (\$395.720.794,00) sin intereses de mora, ni indexación.

TERCERO: El DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL estará obligada al pago de la presente sentencia, cuando el CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013, acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en la cláusula 43.5 del contrato de obra 2064 del 18 de abril de 2013.

CUARTO: Sin costas, ni agencias en derecho.

[...].”

Como fundamento de su decisión, el *a quo* comenzó precisando que la pretensión de liquidación del contrato suponía previamente verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes con el fin de establecer las sumas adeudadas entre ellas, de tal manera que se analizarían conjuntamente las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, a fin de incluir en la liquidación judicial los montos que resulten establecidos como consecuencia del estudio en torno al incumplimiento de las obligaciones aducido por el extremo activo.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

A renglón seguido, el Tribunal sostuvo que en su demanda la actora alegó tres incumplimientos contractuales por parte del Distrito Capital: (i) incumplimiento de la entidad al no efectuar la liquidación del Contrato; (ii) falta de pago de obras adicionales ejecutadas; y (iii) omisión en el pago de la retención en garantía.

Frente al incumplimiento aducido en relación con la liquidación del negocio jurídico *sub examine*, señaló que la liquidación del contrato no es una obligación contractual sino una facultad que se encuentra en un primer momento en cabeza de las partes y posteriormente de la entidad contratante, luego de lo cual, de no llevarse a cabo en forma bilateral o unilateral, corresponde a aquellas acudir al juez del contrato en procura de que se realice en sede judicial, de tal modo que la falta de liquidación del contrato en sede administrativa no configura un supuesto de responsabilidad contractual. Con fundamento en lo anterior, concluyó que se negaría *“la imputación de incumplimiento referida con la liquidación del contrato”* y que *“[l]a anterior determinación implica igualmente negar las pretensiones consecuenciales, relacionadas con la indexación de la liquidación del contrato y el pago de interés de mora por este concepto”*.

Respecto al incumplimiento en el pago de obras adicionales ejecutadas por el Contratista y reflejadas en el acta de obra No. 12, sostuvo que la SED no estaba obligada al pago de la suma de \$451.240.560 reclamada por el Consorcio, toda vez que: (i) se encontraba demostrado que la modificación No. 3 al contrato no incluyó los costos indirectos solicitados por la actora, tal como lo sostuvo la propia demandante en el libelo introductorio; además, dicho acuerdo modificadorio fue suscrito por el Contratista sin salvedad alguna; (ii) el contrato celebrado entre las partes contemplaba un procedimiento para la aprobación de obras adicionales y prohibía su ejecución cuando no estuvieran previamente pactadas; (iii) el interventor no tenía competencia para autorizar la ejecución de ítems de obra no previstos, no siendo de recibo *“presumir la voluntad de la administración”* a partir de la suscripción del acta No. 12 por parte del interventor, máxime cuando *“presentó correcciones al acta de obra 12 en el sentido, que los valores adicionales, no habían sido*



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

autorizados por la Entidad Estatal”; y (iv) la SED no aceptó la ejecución de obras adicionales. Con fundamento en lo anterior afirmó:

“La anterior conclusión conlleva a las siguientes consecuencias jurídicas: a) se negarán las pretensiones relacionadas con el incumplimiento del pago de estos servicios adicionales; b) igualmente serán negadas las pretensiones consecuenciales solicitadas, referidas a la indexación y pago de intereses de mora; y, c) la suma de \$451.240.560.00 no hará parte de la liquidación judicial del contrato de obra.”

En cuanto al incumplimiento en el pago de la retención en garantía, el Tribunal puso de presente que una vez revisado el expediente se encontraba establecido que, si bien el Consorcio había dado cumplimiento a sus obligaciones contractuales, no había acreditado los requisitos establecidos en la cláusula 43.5 del Contrato para habilitar el desembolso del monto correspondiente a la retención del 10% pactada por las partes, en el sentido de allegar, entre otros, *“los anexos técnicos de los productos complementarios”*.

En este orden de ideas, señaló que el Distrito Capital *“no incumplió su obligación de pago de la retención de garantía, por el contrario en sede prejudicial estuvo presta a realizar el pago, pero fue la conducta del CONTRATISTA, la que impidió el desembolso económico, por cuanto no acreditó los requisitos pactados en la cláusula 43.5 del contrato”*, a partir de lo cual concluyó:

“a) no está demostrado el incumplimiento de la obligación de pago a cargo de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL; b) el CONTRATISTA acreditó el cumplimiento de sus obligaciones, por ende, es procedente el reintegro de la retención de la garantía; c) frente a la retención de la garantía no se causaron intereses (sic) de mora; d) es improcedente la indexación de la retención de la garantía, porque el Contratista no ha cumplido la cláusula 43.5 del contrato; y, e) el valor de la retención de la garantía se establecerá en la liquidación judicial del contrato de obra.”

Finalmente, el Tribunal procedió a liquidar el Contrato *sub judice*, a propósito de lo cual precisó que teniendo en cuenta el valor final del contrato y el total pagado al Contratista, el saldo por concepto de retención en garantía a cargo de la SED era de \$395.720.794, sin que hubiera lugar a intereses de mora ni indexación. Añadió que el Contratista no había acreditado los presupuestos para el pago de la



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

retención, de modo que “[...] *el pago de la sentencia solamente procederá, una vez el CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013, cumpla los requisitos establecidos en la cláusula 43.5 del contrato de obra 2064 de 18 de abril de 2013*”.

5. Recursos de apelación

5.1 La demandante y la demandada apelaron la sentencia del Tribunal¹². Los recursos de apelación fueron concedidos el 30 de mayo de 2019¹³ y admitidos el 5 de julio de 2019¹⁴.

5.2 Recurso de apelación de la parte demandante

En su recurso, la actora solicitó revocar el numeral 1º de la sentencia de primera instancia por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la SED y la causación de intereses de mora e indexación y, en su lugar, acceder favorablemente a las mismas. Además, solicitó modificar el numeral 2º de la sentencia por medio del cual se decidió liquidar judicialmente el contrato, con el fin de incluir en la liquidación todas las indemnizaciones y condenas a que hubiera lugar. Finalmente, solicitó revocar el numeral 3º de la parte resolutive del fallo apelado, por medio del cual se condicionó el pago de la sentencia al cumplimiento de los requisitos establecidos en la cláusula 43.5 del contrato.

Como fundamento, afirmó que la liquidación del contrato no era una facultad sino una obligación contractual. En este sentido, resaltó que en el contrato las partes pactaron que aquella debía llevarse a cabo dentro de los 6 meses siguientes al vencimiento del plazo de ejecución contractual, comprendiendo un periodo de 4 meses para la liquidación bilateral y 2 meses subsiguientes para la unilateral, lapso que expiró sin que la SED hubiera cumplido dicha obligación. Añadió que en la cláusula 43.5 del contrato se acordó que la entidad pagaría al contratista el 10% del valor total del

¹² Fl. 208 a 216, y Fl. 217 a 220, C. Ppal.

¹³ Fl. 222, C. Ppal.

¹⁴ Fl. 235, C. Ppal.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 -
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

contrato dentro de los 30 días siguientes a la firma del acta de liquidación, motivo por el cual “[...] *para poder hacer efectiva la obligación de pago del 10% del valor del contrato, debía liquidarse el contrato y como la Entidad se abstuvo de liquidar dentro del término pactado, privó al contratista del derecho a recibir el pago*”.

En efecto, textualmente indicó:

“[...] como la liquidación del contrato se pactó dentro de una de sus cláusulas, y además, se estableció un término, la Entidad Contratante, debía cumplir dicho término; pero como no ocurrió así, incumplió su obligación y consecencialmente causó perjuicios a mi poderdante, al privarlo de su derecho a recibir el pago del 10% - retergarantía, dentro del término pactado.

[...]

En el caso que nos ocupa, la liquidación del contrato 2064/2013, no es una facultad como lo determinó e(sic) Tribunal, sino una obligación, porque fue pactada en el clausulado contractual, luego no podía el Despacho apartarse de la voluntad de las partes; si bien el contrato base de la presente litis, se rige por la Ley 80 de 1993, es claro que el contrato es Ley para las partes y que la Cláusula 57.2 no es contraria a Derecho por tanto surte pleno efecto.”

Frente al incumplimiento en el pago de obras adicionales, señaló que la reclamación de la actora tiene por objeto el pago de obras ejecutadas con fundamento en la adición No. 3 del contrato, las cuales fueron ejecutadas y recibidas por la interventoría mediante el acta o corte final No. 12. Añadió que, con excepción del ONP 125, todas las demás obras adicionales incluidas en el acta No. 12 corresponden a los ítems acordados en el Modificadorio 3 y por tanto se trata de obras adicionales contratadas. En este sentido, resaltó que los valores de los ítems incluidos en la referida acta corresponden a los precios indicados en el “acta de mayores y menores cantidades de obra” y que esta fue la base para establecer la adición pactada en el acuerdo modificadorio No. 3.

Sostuvo que el Tribunal realizó una incorrecta interpretación de lo afirmado en la demanda para concluir equivocadamente que el demandante supuestamente había afirmado que en el modificadorio No. 3 no se incluyó el costo indirecto de las obras no previstas, “*cuando lo que se dijo claramente fue que: en el modificadorio 3 al contrato 2064/2013 no se discriminó el costo indirecto de las ONP, pero sí se incluyó*”. Al



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

respecto manifestó:

“[...] existe una errada apreciación de la demanda y sus pretensiones, ya que no se cuestiona la legalidad de la Modificación 3 de 19 de Septiembre de 2014, porque el valor de la Adición es el que se determinó en el acta de mayores y menores cantidades de obra – Balance General para Adición, que hace parte integral del modificatorio.[...] mediante la Modificación 3, se contrató la ejecución de obras adicionales, las cuales obran en el Acta No. 12, por lo que es incongruente e incoherente afirmar que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN no estaba obligada al pago de la suma de \$451.240.560, porque las obras ejecutadas no hacían parte de la modificación No. 3 del contrato 2064/2013, cuando los ítems allí contratados son los mismos que se incluyen en el Acta final 12; esto aunado a que el no pago del acta por parte de la Entidad, no es porque se tratara de Obras no contratadas sino porque el valor de cada ítem según la Entidad no correspondía al contratado, basta ver el Modificadorio 3 del contrato y el acta 12 final, para observar que las obras facturadas por valor de \$451.240.560, si fueron contratadas, la única ONP que no está incluida en el Contrato Modificadorio No. 3 es la ONP 125.

[...]

Desconoce el despacho, además, que las obras contenidas en el Acta 12 fueron autorizadas por la Interventoría y que esta las recibió, luego no solo son obras adicionales contratadas porque están contenidas en el Modificadorio 3 al Contrato 2064/2013, sino que fueron autorizadas por la Interventoría.”

Por último, en punto a la retención en garantía afirmó que en el proceso había quedado demostrado que el Contratista hizo entrega de los documentos establecidos en la cláusula 43.5 del contrato para efectos del reembolso del valor retenido, *“lo que demuestra una falta de valoración de las pruebas por parte del Operador de Justicia”*.

5.3 Recurso de apelación de la parte demandada

En su recurso de apelación la demandada afirmó que, si bien compartía el sentido de la decisión adoptada por el *a-quo* al resolver las pretensiones relacionadas con el incumplimiento contractual alegado por la actora, se apartaba de la misma en lo que concierne al valor reconocido a favor del Contratista por concepto de retención en garantía. Concretamente solicitó modificar el fallo impugnado de tal modo que, en lugar de la suma de \$395.720.794 dispuesta por el Tribunal, sea reconocida solamente la cantidad de \$390.423.691 que la SED propuso como fórmula



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

conciliatoria, de conformidad con el oficio I-2017-9894 de la Dirección de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos de la entidad.

En efecto, al respecto manifestó:

“Así las cosas, como se señaló previamente, la Secretaría de Educación en ningún momento ha negado la existencia del saldo a favor de la parte actora por concepto de rete-garantía, tanto es que en dos oportunidades presentó fórmula de arreglo o de conciliación sin que se lograra su aceptación por parte del accionante.

Sin embargo, el motivo de inconformidad con la sentencia está fundado en la diferencia obtenida por parte del Tribunal y el valor ofrecido por mi representada, que repito, continúa dispuesta a pagar, ya que el valor obtenido por el Tribunal difiere del que ofreció la Secretaría de Educación en las dos etapas de conciliación previas a este momento procesal.

[...]

Lo anterior claro está, en las condiciones señaladas por el Honorable Tribunal, esto es, que la referida suma de dinero no generará intereses, ni será objeto de indexación, porque el no pago de la rete-garantía es atribuible únicamente a la parte actora, habida consideración a que aquella no acreditó el cumplimiento de los requisitos establecidos en la cláusula 43.5 del contrato de obra 2064 del 18 de abril de 2013.”

6. Actuación en segunda instancia

6.1 Mediante providencia del 21 de agosto de 2019¹⁵, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

6.2 La parte actora describió el traslado, presentando escrito¹⁶ en el que reiteró íntegramente lo expuesto en la demanda y en su recurso de apelación.

6.3 La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

¹⁵ Fl. 239, C. Ppal.

¹⁶ Fl. 241 a 257, C. Ppal.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

III. CONSIDERACIONES

Para resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante y la demandada, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia; (2) acción procedente; (3) legitimación en la causa; (4) caducidad; (5) problemas jurídicos; (6) análisis de la Sala; (6.1) régimen jurídico aplicable al contrato *sub examine*; (6.2) hechos probados; (6.3) pruebas adicionales; (6.4) análisis del caso concreto; y (7) costas.

1. Jurisdicción y competencia

La jurisdicción en lo contencioso administrativo, en tanto guardián de la constitucionalidad y legalidad administrativa, conoce de las controversias sobre contratos del Estado. A esta jurisdicción está adscrito este tipo de debate en sede judicial.

Por su parte, el Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, en razón de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 4 de abril de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dada la vocación de doble instancia del proceso, el cual versa sobre un contrato de obra celebrado por el Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital, entidad territorial de aquellas expresamente mencionadas por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993¹⁷, teniendo en cuenta que la cuantía excede los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) para el 2017, año en

¹⁷ De conformidad con el artículo 2º de la Ley 80 de 1993:

“Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

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



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

el cual se presentó la demanda¹⁸. Lo anterior, conforme a lo dispuesto en los artículos 150 y 152 numeral 5° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).¹⁹

2. Acción procedente

El medio de control de controversias contractuales²⁰ es el mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura de obtener una decisión de fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Es así como, resulta procedente utilizar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución y liquidación del contrato estatal, así como la legalidad de los actos administrativos proferidos dentro del desarrollo de éste. Así, puede cualquiera de las partes solicitar: (i) que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal; (ii) que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (iii) que se ordene su revisión; (iv) que se declare su incumplimiento; (iv) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios derivados del mismo; y (v) que se hagan otras declaraciones y condenas.

¹⁸ La demanda se presentó el 17 de marzo de 2017, año en el que el salario mínimo legal mensual era de \$737.717. Información obtenida de la página oficial del Banco de la República de Colombia <https://www.banrep.gov.co/es/salarios>.

¹⁹ “Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en Segunda instancia. El Consejo de Estado conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos (...)”

“Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...) 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...)”

²⁰ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. [...]”



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

En el presente caso la acción contractual ejercida por la demandante es adecuada, por cuanto la actora pretende que se liquide en sede judicial el contrato de obra celebrado y se reconozca dentro de dicha liquidación el valor de las obras adicionales ejecutadas y no pagadas contenidas en el acta de obra No. 12, el saldo correspondiente al 10% del valor total del contrato y la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación de liquidar el contrato en sede administrativa. En forma subsidiaria, solicita que se declare el incumplimiento de la entidad contratante y, como consecuencia, se condene a la indemnización de los perjuicios causados.

Así las cosas, de acuerdo con las pretensiones y el fundamento fáctico de la demanda, la controversia sometida a decisión es, sin duda, un conflicto surgido entre las partes contratantes con ocasión de la ejecución del contrato estatal por ellas celebrado y sus actuaciones durante la etapa de liquidación, pretendiéndose además que por parte del juez del contrato se lleve a cabo la liquidación del negocio jurídico *sub judice*, correspondiendo, por tanto, al medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 del Estatuto Procesal Administrativo.

3. Legitimación en la causa

En el caso *sub examine*, está acreditado que el 18 de abril de 2013 el Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital y el Consorcio Obras Venecia 2013 suscribieron el Contrato de Obra No. 2064 (hecho probado 6.2.4).

Bajo el anterior contexto, de conformidad con lo establecido en el artículo 141²¹ del CPACA, según el cual la legitimación en las acciones contractuales se encuentra,

²¹ “ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

en principio, en cabeza de las partes del contrato, la Sala concluye que Muñoz y Herrera Ingenieros Asociados S.A. y Ever José Salgado Salgado, integrantes del Consorcio Obras Venecia 2013, y el Distrito Capital – Secretaría de Educación distrital están legitimadas por activa y por pasiva, respectivamente, toda vez que son los extremos de la relación contractual que suscitó la controversia bajo análisis en esta sede judicial.

4. Caducidad

El literal j) del numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), dispone que el medio de controversias contractuales caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento, para lo cual contempla distintas hipótesis dependiendo de si el contrato es de ejecución instantánea, si no requiere de liquidación o si, por el contrario, se trata de un contrato que sí la requiera:

“Art. 164.- Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

“i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.”



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

iv) *En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;*

v) *En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;*

k) *Cuando se pretenda la ejecución con títulos derivados del contrato, de decisiones judiciales proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en cualquier materia y de laudos arbitrales contractuales estatales, el término para solicitar su ejecución será de cinco (5) años contados a partir de la exigibilidad de la obligación en ellos contenida;*

l) *Cuando se pretenda repetir para recuperar lo pagado como consecuencia de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, el término será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago, o, a más tardar desde el vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de condenas de conformidad con lo previsto en este Código.” (subrayado fuera del texto)*

En el presente caso, la caducidad de la acción se contabilizará atendiendo lo dispuesto en el literal j), numeral 2, del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011²², pues el contrato de obra suscrito entre las partes es sin duda un contrato de tracto sucesivo que requiere de liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 60²³ de la Ley 80 de 1993 y dicha liquidación no se ha efectuado.

²² En el caso concreto para el examen de la caducidad de la acción es menester acudir a las reglas contenidas en las normas vigentes al momento en el que inició a correr el término, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 1563 de 1887, por tratarse de normas procesales que, por tanto, son de aplicación inmediata.

Sobre el particular, la Sección Tercera de la Corporación, en Auto del 24 de abril de 2017, Rad.: 50602, indicó lo siguiente:

“En punto de la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para la determinación de la regla de caducidad cuando se presentan conflictos entre normas que, en principio, regulan la misma situación, esta Corporación puntualizó [...] la Sala considera que el 40 debe aplicarse para definir el conflicto en el tiempo respecto de la aplicación de normas sobre caducidad, en tanto se trate de términos que ya hubieren empezado a correr sin que haya iniciado el respectivo proceso. En efecto, cuando el artículo 40 ibídem se refiere a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, está haciendo mención a las normas procesales, entre otras, a las normas de caducidad que, tal y como lo indica dicha norma, son de aplicación inmediata. Teniendo en cuenta lo anterior, se modifica lo dicho por la Sala en la providencia del 27 de mayo de 2005, en los términos de este proveído, de manera que, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración salvo cuando se trate de leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del mismo, entre las cuales se consideran incluidas las normas que establecen términos de caducidad para el ejercicio de las acciones, que por ser de carácter procesal, son de aplicación inmediata.” (subrayado fuera del texto)

²³ Ley 80 de 1993 “Artículo 60. De su ocurrencia y contenido. <Aparte subrayado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Entró a regir a partir del 16 de enero de 2008, según lo ordena el artículo 33 de la misma Ley> Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

En este orden de ideas, en el *sub examine* la Sala encuentra establecido que la demanda fue presentada dentro de los dos años de que trata literal j) del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta que:

(i) El Contrato de Obra 2064 de 2013 terminó el 19 de diciembre de 2014, de conformidad con la fecha de finalización del plazo de ejecución pactado en la última prórroga acordada entre las partes (hecho probado 6.2.7).

(ii) A partir de ese momento, comenzó a correr el plazo de 4 meses acordado en la cláusula CGC 57 del Contrato para la liquidación voluntaria del mismo. Esto significa que dicho término transcurrió entre el 20 de diciembre de 2014 y el 20 de abril de 2015. También se encuentra establecido que durante dicho periodo no se efectuó la liquidación de este contrato, tal como fue afirmado por ambas partes en el proceso.

(iii) Por lo anterior, el 21 de abril de 2015 empezó a correr el plazo de dos (2) meses que tenía la SED para liquidar unilateralmente el Contrato de Obra, el cual venció el 21 de junio de 2015. También se encuentra establecido que durante dicho periodo la entidad no efectuó la liquidación unilateral de este contrato.

(iv) Expirado el anterior término, comenzó a correr el plazo de dos (2) años que tenía el Consorcio para el ejercicio oportuno de la acción, habiéndose suspendido con la solicitud de conciliación extrajudicial presentada por la demandante el 16 de diciembre de 2016, la cual finalizó el 15 de marzo de 2017 cuando se declaró fallida.²⁴

(vi) Teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 17 de marzo de 2017, la Sala concluye que ello tuvo lugar dentro del término previsto en el numeral 2º, literal j) de artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

5. Problemas jurídicos

De conformidad con los cargos planteados en los recursos de apelación, corresponde a la Sala determinar si tuvieron lugar los incumplimientos aducidos por la actora y si la liquidación efectuada por el Tribunal debe modificarse, incluyendo

en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga”.

²⁴ Fl.494 a 497, C.2



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

todos los conceptos y valores reclamados por el demandante. Además, la Sala debe establecer si el Contratista satisfizo los requisitos pactados para el pago de la retención en garantía.

6. Análisis de la Sala

Para resolver los problemas jurídicos sobre los que versa la controversia, la Sala encuentra pertinente comenzar por establecer el régimen jurídico aplicable al contrato materia de la controversia.

6.1 Régimen Jurídico aplicable al contrato *sub examine*

Observa la Sala que el contrato de obra materia de la controversia, resultante del proceso de licitación pública SED – LPN – BID- 114-2012, fue suscrito el 18 de abril de 2013, por lo que su régimen jurídico sustancial es el previsto en la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007, Estatuto General de Contratación de la Administración vigente al tiempo de su celebración²⁵. Por tanto, este será el marco normativo bajo el cual se abordará el análisis de las pretensiones de la demanda.

6.2 Hechos probados

En los recursos de apelación presentados contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 4 de abril de 2019, que negó las pretensiones principales y subsidiarias relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la SED y liquidó judicialmente el contrato reconociendo a favor del demandante la suma de \$395.720.794,00 por concepto de retención en garantía, las partes argumentaron lo siguiente:

- La demandante afirmó: (i) que la entidad incumplió su obligación de liquidar

²⁵ Lo anterior, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según el cual en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos del contrato y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado. En este último evento, la infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido la infracción.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

contrato *sub judice* dentro del plazo estipulado al dilatarla injustificadamente y exigir requisitos no pactados, lo que le ocasionó perjuicios; (ii) que la entidad le adeuda el valor de las obras adicionales ejecutadas y recibidas a satisfacción plasmadas en el acta de obra No 12, las cuales se ha negado a pagar a pesar de que corresponden a lo pactado en la modificación No. 3 del contrato; (iii) que oportunamente entregó a la SED los documentos y soportes requeridos para el pago de la retención en garantía; y (iii) que deben serle reconocidos intereses de mora e indexación desde la fecha en la que debió llevarse a cabo la liquidación del contrato en sede administrativa.

- La demandada sostuvo que el valor que debe ser reconocido a favor del Contratista por concepto de retención en garantía es inferior al señalado por el *a-quo*, ascendiendo a la suma de \$390.423.691 que corresponde al valor que la SED propuso como fórmula conciliatoria en el marco de la conciliación prejudicial y en el curso de la audiencia inicial.

En este sentido, y comoquiera que ambas partes presentaron recurso de apelación contra la sentencia del 4 de abril de 2019, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 320²⁶ y 328²⁷ del C.G. P²⁸ se resolverá el asunto *sub-lite* sin limitación alguna²⁹.

²⁶ “Artículos 320: “El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión [...]”.

²⁷ “Artículo 328. Competencia del Superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.

²⁸La aplicación del Código General del Proceso en el caso concreto se fundamenta en lo resuelto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en auto del 5 de junio de 2014, mediante el cual se unificó la jurisprudencia para señalar que el Código General del Proceso en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo entró a regir a partir del 1º de enero de 2014 y que “en los eventos de remisión al Código de Procedimiento Civil, se entenderá que las normas aplicables serán las dispuestas en la nueva legislación procesal”, sin perjuicio del régimen de transición previsto en el artículo 624 del Código General del Proceso, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 25 de junio de 2014. Rad.:49299.

²⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de unificación del 9 de febrero de 2012, Rad.: 21060. “En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro –y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

Bajo esta óptica, se procederá a establecer cuáles son los hechos probados en el proceso. A dicho efecto, en el caso concreto la Sala analizará los documentos aportados al proceso en copia, de conformidad con lo previsto en el artículo 246³⁰ del C.G.P.

De acuerdo con las pruebas del proceso, se encuentran establecidos los siguientes hechos que interesan al presente caso:

6.2.1 La SED adelantó el proceso de Licitación Pública No. SED-LPN-BID-114-2012, con el objeto de contratar la “[e]jecución de las obras necesarias y complementarias para la terminación del edificio del costado norte en el colegio Venecia, de la localidad 6^a de Tunjuelito, de acuerdo con los planos, especificaciones y cantidades de obra entregados por la SED”, como consta en copia de la Resolución 194 del 26 de diciembre de 2012³¹ por medio de la cual se ordenó la apertura y trámite del proceso licitatorio, los pliegos³² de la licitación pública, el acta de la audiencia de aclaraciones a los documentos de la licitación llevada a cabo el 13 de febrero de 2013³³ y el oficio del 21 de febrero de 2012³⁴ contentivo de las respuestas a las observaciones al pliego de licitación, entre otros documentos del proceso licitatorio que obran al expediente.

conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’.

³⁰ “Artículo 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...] Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente”.

³¹ Fl.51 y a 53, C.4

³² Fl.56 a 130, C.4

³³ Fl.152 a 159, C.4

³⁴ Fl.164 a 170, C.4



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

6.2.2 En el marco del proceso de licitación pública No. SED-LPN-BID-114-2012 el Consorcio Obras Venecia 2013 presentó propuesta, como se desprende de del documento contentivo de la oferta económica³⁵ presentada, el acta No. 047 “*CIERRE DEL PROCESO No. SED-LPN-BID-114-2012. Entrega de Propuestas*”³⁶ de fecha 25 de febrero de 2013 y la “*Planilla de entrega de propuestas*”³⁷, cuya copia fue allegada al expediente.

6.2.3 Mediante Resolución No. 0051 del 7 de marzo de 2013³⁸ el contrato fue adjudicado al Consorcio Obras Venecia 2013, según consta en copia de la mencionada decisión.

6.2.4 El 18 de abril de 2013 el Distrito Capital – Secretaría de Educación y el Consorcio Obras Venecia 2013 suscribieron el contrato de obra 2064³⁹, con un plazo de ejecución de 11 meses contados a partir de la firma del acta de inicio y un valor de \$3.659.636.234,00. El contrato se pactó bajo el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de ajuste, acordándose en las Condiciones Especiales del Contrato (CEC) lo atinente a la forma de pago. Al respecto, se estipuló que el valor del contrato sería pagado así: un 90% mediante actas mensuales de obra ejecutada, descontando la amortización del anticipo, y el saldo, correspondiente al 10% del valor total del contrato, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la “*firma y aprobación del acta de liquidación final de obra y del contrato*”.

Por su parte, en punto a las mayores cantidades de obra y a las obras adicionales la cláusula 38 de las Condiciones Especiales del Contrato, contenidas en la Sección VI, dispuso que: (i) el contratista estaría obligado a ejecutar las mayores cantidades que resultaran necesarias para la ejecución del objeto contractual, siempre que no implicaran un aumento en el valor estimado del contrato; (ii) si las mayores cantidades implicaran el aumento del valor estimado del contrato, antes de ser autorizadas por la interventoría y ejecutadas por el contratista sería necesario

³⁵ Fl.1 a 22, C.2

³⁶ Fl.173, 174 y 178, C.4

³⁷ Fl.175 y 176, C.4

³⁸ Fl.218 a 220, C.4

³⁹ Fl.23 a 48, C.2



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

celebrar un contrato adicional; (iii) si surgiere la necesidad de ejecutar ítems de obra no previstos contractualmente, el contratista debería ejecutarlos previa celebración del contrato adicional correspondiente; (iv) para la determinación del precio de los ítems no previstos se tendría en cuenta el valor de los insumos contenidos en los análisis de precios de las actividades previstas y en la lista de precios de insumos de la SED. A falta de ellos, el valor correspondiente sería acordado entre el contratista y el interventor, previa verificación y aval por parte de la SED y sin que los precios acordados en ningún caso fueran superiores a los del mercado al momento de la celebración del respectivo contrato adicional; y (v) le estaba prohibido al contratista ejecutar ítems no previstos en el contrato sin la previa celebración del respectivo contrato adicional, por lo que “[c]ualquier ítem que ejecute sin la celebración previa del documento contractual será asumido por cuenta y riesgo del contratista, de manera que la SED no reconocerá valores por tal concepto”.

Finalmente, en lo que respecta a la liquidación del contrato se pactó lo siguiente:

“CGC 57 Se adiciona Subcláusula 57.2:

Vencido el plazo de ejecución del contrato, se efectuará la liquidación, para lo cual se contará con un término de seis meses, discriminados así:

- *Cuatro (4) meses para liquidación de manera bilateral o de mutuo acuerdo.*
- *Dos (2) meses para efectuarse de manera unilateral por parte del contratante, cuando las partes no se estuvieran de acuerdo sobre su contenido, o el contratista no acudiere, previa notificación o convocatoria que le haga la entidad*

Si vencido el plazo de seis (6) meses, no se ha realizado la liquidación, esta podrá efectuarse dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento del término anterior, de mutuo acuerdo o unilateralmente.

Se adiciona Subcláusula 57.3:

El Acta de Liquidación Final deberá suscribirse por el interventor, el Contratista y el Contratante.”

6.2.5 El 16 de julio de 2013 las partes suscribieron la “*Modificación No. 1*”⁴⁰ al contrato, mediante la cual, tras precisar que el Consorcio había manifestado su

⁴⁰ Fl. 49 a 51, C.2



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

interés de renunciar al anticipo pactado, acordaron suprimir las cláusulas atinentes a su pago y amortización, con expresa indicación de que permanecían incólumes las restantes estipulaciones del negocio *sub examine*, según consta en copia del respectivo acuerdo modificatorio.

6.2.6 El 2 de septiembre de 2013, el Contratista y el interventor suscribieron el acta de inicio de obra⁴¹, como consta en copia de dicho documento en el que se indicó como fecha de terminación del contrato el 1º de agosto de 2014.

6.2.7 En lo que respecta al plazo de ejecución del contrato, en el proceso quedó demostrado que tuvieron lugar las siguientes prórrogas y suspensiones, como resultado de las cuales la fecha final de terminación del contrato fue el 19 de diciembre de 2014:

- Modificación No. 2 del 1 de agosto de 2014, mediante la cual se amplió el plazo de ejecución en 30 días, quedando como nueva fecha de finalización del contrato el 31 de agosto de 2014.
- Acta de Suspensión No. 1 suscrita el 12 de agosto de 2014, mediante la cual se suspendió la ejecución del contrato por 20 días calendario.
- Modificación No. 3 del 19 de septiembre de 2014, por medio de la cual las partes acordaron ampliar el plazo de ejecución en 3 meses calendario, con fecha de vencimiento final el 19 de diciembre de 2014. Además, en este acuerdo modificatorio se pactaron los precios unitarios correspondientes a ítems de obras adicionales que fue necesario ejecutar y se adicionó el valor inicial del contrato en la suma de \$1.328.689.995.

6.2.8 El 7 de enero de 2014 el Consorcio y el interventor firmaron el “*ACTA DE FIJACIÓN Y APROBACIÓN DE PRECIOS UNITARIOS No.1*”⁴², en la cual relacionaron un listado de ítems no previstos, con su respectivo precio unitario. Los

⁴¹ Fl.52, C.2

⁴² Fl. 73, C.2



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

precios unitarios correspondían a los ítems de obra no previstos ONP 001 a ONP 009.

6.2.9 En memorando “*de respuesta revisión de precios – actividades no previstas*”, radicado I-2014-6324, de fecha 4 de febrero de 2014⁴³, a propósito de la solicitud de revisión de ítems de precios no previstos ONP 001 a ONP 009, el Coordinador de Estudios Previos y Evaluación de la SED manifestó su aprobación, identificando los ítems que se encontraban incluidos en el listado de precios de la SED y los que no estaban contemplados en dicho listado. Frente a estos últimos indicó que “*la SED está de acuerdo*” por ajustarse “*a las condiciones del mercado*”. Finalmente señaló:

El Área de Estudios Previos realizó la confrontación de precios del mercado, sin embargo la recomendación de la contratación corresponde al supervisor del contrato”.

6.2.10 El 26 de marzo⁴⁴ y 6 de mayo⁴⁵ de 2014 el contratista presentó para revisión y aprobación los análisis de precios unitarios correspondientes a los ítems de obra no previstos identificados con los números ONP-014 a ONP-030 y ONP-033 a ONP-038. En los análisis de precios adjuntos a las referidas comunicaciones el Contratista incluyó el valor del costo directo y adicionó un AIU del 28%.

6.2.11 En memorando del Coordinador de Estudios Previos de la SED fechado el 15 de mayo de 2014⁴⁶, la entidad se pronunció sobre una de las solicitudes de revisión de ítems nuevos presentada por el Consorcio. En dicho documento relacionó los precios unitarios de los ítems que “*no sufrieron modificación*”, por encontrarse incluidos en el listado de precios unitarios de la SED. También indicó los ítems que no estaban incorporados en dicho listado, pero con los cuales la SED se encontraba de acuerdo porque correspondían “*a los precios actuales del mercado para dichas actividades*”. A su vez, manifestó que los ítems ONP-017 y ONP-032 propuestos por el contratista no eran aprobados dado “*que no cuentan con información para realizar su análisis y ser tramitados (Análisis de precios*

⁴³ Fl.85 a 87, C.2

⁴⁴ Fl.94 a 112, C.2

⁴⁵ Fl.116 a 122, C.2

⁴⁶ Fl. 123 y 124, C.2



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

unitarios, cotizaciones y diseños)” e indicó que es “responsabilidad del supervisor del contrato la verificación de estos precios en caso de darse la respectiva contratación”.

6.2.12 El 9 de junio de 2014⁴⁷, el Contratista reenvió a la Interventoría para nueva revisión los análisis de precios unitarios correspondientes a ítems de obra no previstos identificados con los números ONP-033, ONP-034, ONP-035 y ONP-037, precisó que el ONP-038 no se ejecutaría y, por último, allegó para revisión los análisis de precios unitarios de los ítems identificados con los números ONP-039 a ONP-54.

6.2.13. El 11 de junio de 2014⁴⁸ el Contratista solicitó una prórroga del contrato por 120 días calendario, como consta en copia del correspondiente oficio. En su solicitud el Contratista indicó, en síntesis, que la ampliación del plazo de ejecución del contrato se fundaba en el atraso en la programación de la obra ocasionado por diversas circunstancias, tales como inconsistencias en las cantidades de obra, complementación y modificación de diseños, ampliación de la planta del tercer piso y su rampa de acceso, modificación en el diseño del aula múltiple para habilitar área de cocina fundada a la decisión de la SED de incluir un restaurante para los alumnos, y realización de una red contraincendios así como de un “*nuevo proyecto serie 3*” a fin de dar cumplimiento a requisitos exigidos por CODENSA.

En la comunicación mencionada, respecto a los análisis de precios unitarios para ítems de obra nueva, el Contratista manifestó:

“ANÁLISIS DE PRECIOS UNITARIOS PARA OBRAS NO PREVISTAS

En el tiempo transcurrido de la ejecución del proyecto se han aprobado cambios en las especificaciones necesarias para entregar el proyecto acorde a sus necesidades, lo que ha conllevado a tener nuevos ítems “obras no previstas” y la aprobación de los correspondientes APUs. A la fecha se tienen presentados a la Interventoría 54 APUs, de los cuales:

- *Solo Nueve (9) han sido aprobados tanto por la Interventoría como por la Entidad (entregados a la Interventoría Diciembre 17/2014)*

⁴⁷ Fl.132 a 153, C.2

⁴⁸ Fl.154 a 159, C.2



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

- *Veinticuatro (24) han sido aprobados por la Interventoría (4 entregados a Interventoría Febrero 18/14; 17 entregados a Interventoría en Marzo 26/14; 3 entregados a Interventoría en Mayo 6 de 2014.*
- *Uno (1) fue anulado, no se ejecutará.*
- *Cuatro (4) se encuentran en nueva revisión por parte de la Interventoría (primera entrega Mayo 6/14 segunda entrega Junio 10/14).*
- *Dieciséis (16) son nuevos y se encuentran en revisión por la Interventoría (entregados a Interventoría Junio 10/14)*

De los 54 APU's presentados 40 APU's se refieren a actividades que se deben realizar en el bloque de Aulas, situación que también afectó nuestra meta prevista de entregar dicho bloque antes del plazo contractual (fecha propuesta Julio 15 de 2014). A pesar que no tenemos la totalidad de los APU's aprobados por la Entidad, aproximadamente hemos venido ejecutando un 50% de estas obras no previstas [...]"

6.2.14 Mediante sendos oficios del 16 de junio de 2014⁴⁹ el Consorcio reiteró la solicitud de prórroga del Contrato. A dicho efecto, además de las razones expuestas en la solicitud presentada el 11 de junio de 2014, se refirió a los trámites ante las empresas de servicios públicos, el vencimiento de la licencia de construcción y las dificultades presentadas con la comunidad debido al cerramiento de la obra. Además, propuso una suspensión del contrato en los siguientes términos:

“Asimismo, solicitamos se evalúe la posibilidad de realizar una suspensión al contrato, dado que a quince (15) días de terminarse el plazo contractual consideramos que el tiempo es insuficiente para que la SED realice los trámites administrativos necesario (sic) para la adición requerida.”

6.2.15 Se demostró que el 1 de agosto de 2014 se suscribió la Modificación No. 2⁵⁰ al contrato, mediante la cual se prorrogó el plazo de ejecución por 30 días calendario, quedando como fecha de vencimiento final del contrato el 31 de agosto de 2014, según da cuenta el correspondiente documento suscrito por las partes, cuya que obra al expediente.

6.2.16 En el proceso se probó que el 12 de agosto de 2014 se suscribió el Acta de Suspensión No. 1⁵¹, mediante la cual se suspendió por 20 días calendario el plazo

⁴⁹ Fl.160 a 167, C.2

⁵⁰ Fl.171 a 173, C.2

⁵¹ Fl.186, C.2



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

de ejecución pactado, indicándose como nueva fecha de terminación el 20 de septiembre de 2014.

6.2.17 En memorando del 27 de agosto de 2014⁵², el Coordinador de Estudios Previos de la SED aprobó algunos de los precios unitarios nuevos, señalando que correspondían a los precios de mercado. De igual modo, respecto de otros ítems de obra no prevista precisó que la SED no se encontraba “*de acuerdo con el valor emitido por el contratista y aprobado por la Interventoría, razón por la cual los valores relacionados a continuación corresponden a los precios actuales de mercado para dichas actividades*”, y frente a otro tanto indicó que “*la SED no pudo establecer un precio ya que la información adjunta a la solicitud no es suficiente y clara para emitir un precio*”. Finalizó reiterando que en todo caso la recomendación de la respectiva contratación correspondía al supervisor del contrato.

6.2.18 El 1 de septiembre de 2014 el Contratista y el interventor suscribieron el Acta de Reinicio No. 1 de la Suspensión No. 1⁵³, en la que se consignó como fecha de terminación del contrato el 20 de septiembre de 2014.

6.2.19 El 10 de septiembre de 2014⁵⁴, el Coordinador de Estudios Previos y Evaluación de la SED informó a la Interventoría que en reunión adelantada el día anterior con el Contratista se habían acordado y ajustado los precios propuestos por el Consorcio frente a algunos ítems de obra nuevos con los que el Distrito Capital no se encontraba de acuerdo. Preciso cuáles habían sido los valores inicialmente propuestos por el Contratista y cuáles eran los precios aprobados por la entidad. Finalizó reiterando:

“Será responsabilidad de la interventoría del contrato la verificación de estos precios en caso de darse la respectiva contratación.”

El Área de Estudios Previos realizó la confrontación de precios del mercado, sin embargo la recomendación para la contratación corresponde al supervisor del contrato.”

⁵² Fl.301 a 310, c.2

⁵³ Fl.314, C.2

⁵⁴ Fl.311 a 313, C.2



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

6.2.20 Quedó demostrado que el 16 de septiembre de 2014, mediante comunicación dirigida a la SED con radicado E-2014-153807⁵⁵, el interventor solicitó a la entidad una adición a los contratos de obra e interventoría, junto con una prórroga a los mismos. Respecto al contrato de obra, la adición solicitada fue de \$1.328.689.995 y la prórroga de 90 días, a propósito de lo cual indicó que la misma se fundamentaba en mayores cantidades de obra, implementación de actividades no previstas y legalización de los diferentes servicios públicos. En dicha comunicación el interventor expuso las razones que justificaban la variación en cantidades de los ítems de obra previstos inicialmente en el contrato, fundamentó la necesidad de ejecutar las obras y actividades adicionales y adjuntó la denominada “ACTA DE MAYORES CANTIDADES – BALANCE GENERAL PARA ADICIÓN”⁵⁶.

6.2.21 El 19 de septiembre de 2014 el Distrito Capital y el Consorcio suscribieron la Modificación No. 3⁵⁷ al contrato, según consta en copia de dicho acuerdo de voluntades, mediante el cual se pactaron los precios unitarios correspondientes a los ítems de obra no prevista ONP 0071, 002, 007, 008, 009, 0011 a 0013, 0015, 0016, 0018 a 20, 00230029, 0033, 0035, a 0037, 0039 a 0054, 0060 a 0062, 0091 a 00124, se adicionó el valor inicial del contrato en la suma de \$1.328.689.995 y se prorrogó por 3 meses el plazo de ejecución, consignando como nueva fecha de terminación el 19 de diciembre de 2014.

6.2.22. Posteriormente, el 25 de noviembre de 2014 la Interventoría hizo entrega a la entidad contratante de 110 análisis de precios unitarios no previstos “*para la fijación de precios respectiva por parte de la SED*”, como consta en copia del oficio remitido por el interventor⁵⁸, en el cual precisó que los mencionados análisis de precios se dividían en tres grupos: (i) un primer grupo, correspondía a 78 APU’s cuyo precio ya había sido “*fijado por la SED a costo directo*” y frente a los cuales se solicitaba su aprobación a “*costo total*”, es decir, incluyendo costos directos e

⁵⁵ Fl.317 a 329, C.2

⁵⁶ Fl.330 a 341, C.2

⁵⁷ Fl. 362 a 365, C.2

⁵⁸ Fl.406 a 410, C.2



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

indirectos; (ii) otro grupo compuesto por 10 análisis de precios unitarios que también correspondían a ítems respecto a los cuales *“la SED ya fijó un precio a costo directo, sin embargo se solicita nueva revisión, ya que el contratista no está de acuerdo y para definir el costo total de los mismos”*; y (iii) 22 APU’s nuevos *“para revisión y fijación por parte de la SED, a costo total”*.

6.2.23. El 3 de diciembre de 2014 tuvo lugar una reunión entre el Contratista y el interventor, con el objeto de *“revisar y aprobar los valores de los Análisis de Precios Unitarios de ítem no previstos en el contrato”*, tal como consta en el *“Acta de fijación y aprobación de precios unitarios No.3”*⁵⁹ suscrita por el Consorcio y la Interventoría. En esta acta el Consorcio y la Interventoría consignaron la relación de las actividades que no se encontraban incluidas en el *“listado de precios S.E.D”*, indicando que se trataba de ítems *“aprobados por las partes y que corresponden a los Análisis de Precios Unitarios adjuntos aprobados por la Interventoría y avalados por el Supervisor de la SED, dado que estos no se encontraron dentro del listado de precios de la Entidad”*. Los precios unitarios de los ítems nuevos relacionados en esta acta, fueron los siguientes: ONP001 a ONP029, ONP031 a ONP037, ONP039 a ONP073, ONP075 a ONP079, ONP091 a ONP124.

6.2.24. En memorando del 5 de diciembre de 2014 enviado al Supervisor del Contrato de Interventoría por el Coordinador de Estudios Previos y Evaluación de la SED, este último nuevamente se pronunció sobre los precios unitarios de los ítems no previstos, precisando que su verificación correspondía a *“la confrontación de precios del mercado”* y que *“la recomendación de la contratación corresponde al supervisor del contrato”*. En la mencionada comunicación la SED discriminó los valores propuestos por el Contratista frente a los cuales se encontraba de acuerdo por corresponder *“a los precios actuales del mercado para dichas actividades”* y aquellos respecto de los cuales la entidad *“no está de acuerdo con el valor emitido por el contratista y aprobado por la Interventoría”*, indicando frente a estos últimos los valores correspondientes a los precios del mercado.

⁵⁹ Fl.411 a 416, C.2



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

6.2.25. El 20 de diciembre de 2014 el Contratista y la interventoría suscribieron el acta de terminación del contrato ⁶⁰, en la cual se dejó constancia del *“recibo del objeto contratado”*. En este documento se lee:

“El interventor certifica que el objeto contractual fue ejecutado a entera satisfacción y de conformidad con lo estipulado en el contrato, se indica que el pago final corresponde a \$451.240.560, y la retención corresponde a \$498.829.592,89 m/c. Quedando un saldo de \$30.300,11. Se certifica que a la fecha el porcentaje de ejecución es: 99.99%”.

6.2.26. En memorando I-2014-66365 fechado el 29 de diciembre de 2014⁶¹, el Coordinador de Estudios Previos y Evaluación manifestó su conformidad con el valor del precio unitario del ítem nuevo ONP-125, cuya revisión se había solicitado el 23 de diciembre de 2014, por corresponder a los precios actuales del mercado.

6.2.27. El 30 de diciembre de 2014⁶², el Consorcio envió a la SED una comunicación a propósito del *“reconocimiento análisis de precios unitarios”*, mediante la cual, según se lee en dicho documento, el Contratista aclaró que los valores de los ítems de obra no prevista contenidos en la modificación No. 3 correspondían al costo directo de los análisis de precios unitarios de los ítems adicionales, y que la aprobación por parte de la SED del valor final de dichos ítems, incluyendo el A.I.U, se formalizó mediante los memorandos del 5 y 29 de diciembre de 2014.

6.2.28. Quedó probado que la interventoría y el Consorcio suscribieron el *“ACTA DE MAYORES Y MENORES CANTIDADES – BALANCE ACTUALIZADO A 26 DE FEBRERO DE 2015”*⁶³, en la que especificaron el valor y cantidades de obra presupuestadas, la variación presentada en cuanto a cantidad y costo estimados, el valor unitario de los ítems no previstos y sus cantidades. Además, el interventor y el Consorcio suscribieron el acta final de obra No. 12, reflejando un valor total de \$501.378.400, retención en garantía por la suma de \$50.137.840,03 y valor a pagar al Contratista de \$451.240.560,00.

⁶⁰ Fl.439, C.2

⁶¹ Fl.452, C.2

⁶² Fl.454, C.2

⁶³ Fl.458 a 470, C.2



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

6.2.29 Para efectos de la liquidación del contrato, el 6 de abril de 2015⁶⁴ el Consorcio hizo entrega de los planos arquitectónicos, eléctricos, estructurales, hidrosanitarios, topográficos y exteriores, junto con actas de inventario de maquinaria y equipos, socialización del manual de mantenimiento e inventario por espacios.

6.2.30 El 21 de mayo de 2015⁶⁵ la entidad devolvió el acta final No. 12, mediante oficio en el que señaló que *“el acta final debe ser adelantada conjuntamente con los documentos de liquidación aprobados y refrendados por la interventoría al igual que los certificados de legalización de servicios públicos”*. Además, frente al contenido del acta señaló que *“los precios de los ítems nuevos no coinciden y no figuran en modificación 3 con los precios aprobados por la Secretaría de Educación”*. De igual modo, puso de presente que la resolución de facturación se encontraba vencida y solicitó allegar *“copia de acta de aprobación de pólizas a la fecha de modificación 3 o a la última fecha contractual”*.

6.2.31 Con relación a las actuaciones adelantadas para llevar a cabo la liquidación del contrato, quedó probado que el 24 de agosto de 2015⁶⁶ el Consorcio envió a la SED una comunicación precisando los documentos que había presentado para la liquidación del contrato y como soporte del corte final No. 12, así como las respuestas enviadas a la SED atendiendo las solicitudes y requerimientos realizados con ocasión de la revisión del acta No. 12 y la liquidación del contrato, allegando copia de las comunicaciones que había presentado a dicho efecto.

6.2.32 El 4 de noviembre de 2016⁶⁷ la interventoría se dirigió al Consorcio indicando que, de acuerdo con lo requerido por la SED, debían subsanarse las siguientes observaciones al acta No. 12: (i) suscribir el acta de liquidación del contrato de conformidad con el último formato vigente de la Entidad; (ii) remitir *“un concepto del por qué existe un reconocimiento de los precios unitarios no previstos que no concuerdan con los valores del modificadorio No.3”*; (iii) remitir la relación de todos los análisis de precios unitarios *“donde se observe si el valor de la actividad*

⁶⁴ Fl.471 a 474, C.2

⁶⁵ Fl. 475 y 476, C.2

⁶⁶Fl.478 a 480, C.2

⁶⁷ Fl.482, C.2



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

corresponde a la del modificadorio No. 3 o a algún oficio interno del área de estudios previos y evaluación o de un acta de aprobación o fijación de precios”; y (iv) aclarar la incorporación del ítem OPN-125, al no encontrarse incluido en el Modificadorio 3

6.2.33 El 24 de enero de 2017⁶⁸ el Consorcio se dirigió a la Interventoría remitiendo documentos adicionales para la liquidación del contrato. Además, se refirió al proceso de revisión y aprobación de los análisis de precios unitarios de los ítems no previstos consignados en la modificación No. 3. Indicó que el “Acta de mayores y menores cantidades – Balance General para adición” resumía el ejercicio realizado para la adición de \$1.328.689.995 y en ella se especificaba que dicho monto incluía \$270.146.097,14 por concepto de A.I.U aplicado sobre los costos directos de los ítems adicionales. De igual modo, manifestó lo siguiente sobre la Modificación No.3 al contrato y los valores reclamados por el contratista:

“Consideramos que la Entidad al realizar el Modificadorio No. 3 cometió el error de no aclarar que al desglose de valores unitarios allí descritos se les debía adicionar el rubro disponible para los costos indirectos (administración, imprevistos y utilidades).

Al evidenciar esta situación, con nuestro oficio MYH-VENECIA-071-14 (radicado E-2014-168422) solicitamos a la SED que realizara dicha aclaración pues como se evidencia en el cuadro “Acta de Mayores y Menores Cantidades – Balance General para adición” entregado para la adición los \$1.328.689.995 adicionales incluyen costo directo + costos indirectos; cuadro que repetimos hace parte integral del documento de adición remitido y avalado por la Interventoría del Contrato mediante el oficio JUJ-2384-176 y que en su momento fue avalado y tramitado por la Supervisión del Contrato en ese entonces.

[...]

El Consorcio Obras Venecia 2013 terminó el objeto contractual en la fecha prevista y ha entregado la documentación necesaria para poder realizar la liquidación del contrato y cancelación de saldos pendientes por parte de la Entidad; sin embargo, a la fecha y como consecuencia de la falta de liquidación del contrato nos adeuda la suma de \$950.070.153 (\$451.240.560 por concepto de Corte 12 final y \$498.829.593 por concepto de la devolución de la retengarantía retenida a los cortes de obra), más los perjuicios causados por la mora.

[...]

Solicitamos respetuosamente, se tenga en cuenta todas las aclaraciones que hemos entregado con miras a liquidar el proyecto, toda vez que este Consorcio actuó de

⁶⁸ Fl.483 a 492, C.2



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

buena fe y acató las solicitudes de cada uno de los Supervisores que intervinieron por parte de la SED.”

6.2.34 Quedó acreditado que en reunión llevada a cabo el 28 de febrero de 2017 entre la SED y la Interventoría⁶⁹, tras un recuento de las principales actuaciones surtidas en el marco del contrato, la Entidad y la Interventoría revisaron el acta final No. 12 y consignaron lo siguiente: (i) que la SED no podía reconocer valores superiores o distintos a los pactados en el contrato y sus acuerdos modificatorios y que, encontrándose en el proceso de liquidación del contrato, resultaba apropiado rectificar los montos cancelados al Contratista por fuera de los valores pactados; (ii) que desde el acta No. 6 se venían reconociendo ítems de obra adicional que aún no habían sido objeto de acuerdo modificatorio y que en el acta No. 11 se incluyeron obras no previstas a precios distintos de los acordados en la modificación No.3; (iii) que dada la anterior situación, la SED había realizado una corrección al acta No. 12, excluyendo los ítems no pactados y recalculando los valores correspondientes a aquellos que habían sido acordados pero que el acta No. 12 liquidaba con precios distintos a los pactados en el contrato adicional suscrito por las partes; y (iv) que como resultado de lo anterior el valor del contrato era de \$4.433.946.564 y la suma adeudada al contratista por concepto de retención en garantía ascendía a \$390.423.691.

En efecto, en el acta de la mencionada reunión la SED y la Interventoría consignaron los siguientes puntos:

“El Arquitecto Jaime Uribe Jiménez (interventor) expone que comparte el concepto que los precios unitarios del contrato son a todo costo, y que por ende incluye el AIU.

La SED plantea que dentro del marco contractual del contrato 2064-2013 no es posible reconocer valores que no hayan sido objeto de un modificatorio, y que el momento actual de liquidación del contrato es el escenario para corregir los valores cancelados que no son contractuales.

La SED informa que desde el acta de corte parcial No. 6 que corresponde al mes de enero de 2014, se empezaron a reconocer ONP’S que no habían sido objeto de un modificatorio, que en el acta de corte parcial No. 11 se reconocieron ONP’S con valores del oficio interno del área de estudios previos y evaluación de la SED, los cuales ascendieron en total a más de mil millones de pesos [...]

⁶⁹ FI.122 a 125, C.3



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

La SED plantea que incluso el ONP 125, fue emitido el concepto por parte del área de estudios previos y evaluación con fecha del 29 de diciembre de 2014, lo cual deja evidencia que se trató de ítem por fuera de la ejecución de la obra.

La SED presenta que realizó una corrección del acta parcial No. 12, reversando los valores cobrados de ONP's con precios diferentes a los (sic) modificatorio, y consolidando las cantidades que se iban a facturar en el acta 12, más las cantidades que venían acumuladas, para corregir que se multiplicaran por el valor del modificatorio No.3, lo cual arroja el valor contractual. Se encontrando (sic), de forma adicional, 30 ítems, incluyendo el ONP 125, que no se encuentran incluidos dentro del modificatorio No. 3, ni que hacen parte del listado contractual, por lo que se descontaron estas cantidades y valores de la liquidación final.

En consecuencia, se expone que el valor acumulado final, correspondiente a la corrección realizada con lo anteriormente expuesto, del contrato asciende a CUATRO MIL CUATROSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$4.433.946.564).

[...]

La SED presenta el archivo Excel correspondiente a las correcciones realizadas, presenta que las actividades no previstas que habían sido facturados (sic) con valores unitarios por fuera del contrato fueron corregidos, es decir, se restaba la cantidad por el valor unitario cobrado de manera errónea y se insertaba una nueva fila, seguidamente, donde se realiza el cálculo de la cantidad ejecutada multiplicándola por el precio contractual contenido en el modificatorio No. 3. Si el ítem presentaba un valor a facturar en el acta de corte No. 12 presentada, este valor se suprimía, pero dejando la anotación en la respectiva celda con la cantidad, para que esta cantidad fuera incluida en la celda correspondiente a las cantidades ejecutadas, más las correspondientes a las que venían acumuladas. Para los ONP's que no estaban incluidas (sic) en el modificatorio No. 3 se procedió a la supresión del valor correspondiente.

[...]”

6.2.35 El 9 de marzo de 2017⁷⁰, el interventor envió al Consorcio la corrección del acta No. 12⁷¹, mediante oficio en el que cual puso de presente las conclusiones de la reunión realizada el 28 de febrero del mismo año. En la citada comunicación se lee:

“[...] El día 28 de febrero de 2017 se llevó a cabo una reunión en las instalaciones de SED con el supervisor del contrato Ing. Jaime Riveras, abogada de apoyo jurídico por parte de la SED Ana Yaneth Suarez y Jaime Uribe como representante legal de la firma interventora del contrato de obra No. 2064, con el fin de analizar el acta de corte No. 12 con relación al cobro de las actividades no previstas que habían sido

⁷⁰ Fl.120 y 121, C.3

⁷¹ Fl. 126 a 144, C.3



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

facturadas con valores unitarios por fuera del marco contractual, se concluye que para dar aprobación a la solicitud del contratista en cuanto al reconocimiento de los precios de las actividades no previstas correspondientes al oficio interno No. I-2014-62088 del 5 de diciembre de 2014 e I-2014-66356 del 29 de diciembre de 2014 se debió realizar una modificación al contrato antes de su terminación (19 de diciembre de 2014).

De acuerdo a lo anterior y teniendo en cuenta que no existe un modificadorio No. 4 para avalar la solicitud del contratista, esta interventoría una vez que ha revisado el acta de corrección del corte No. 12 realizada conjuntamente con el Ing. Jaime Riveras, está de acuerdo con lo planteado por la SED, se adjunta el Acta de reunión del día 28 de febrero de 2017.

En este orden de ideas y con el fin de dar cumplimiento con el numeral 57 Sección V. Condiciones Generales del Contrato (CGC), respecto a la liquidación del mismo, remitimos el acta final con los valores unitarios contractuales, así como el Acta de liquidación del contrato No. 2064 para revisión y firma.

Lo anterior debe ser remitido con sus correspondientes anexos, subsanando la factura 24, la cual se anexa, dicha factura presentaba observaciones según oficio No. S-2016-160302, el cual fue remitido por esta Interventoría con oficio JUJ-2384-449 y JUJ-2384-452, la documentación mencionada debe presentarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo del presente oficio, con el fin de continuar el trámite de la liquidación bilateral [...]”

6.2.36 Quedó demostrado que durante la ejecución del Contrato la SED pagó al contratista un total de \$4.038.225.770, según consta en la certificación⁷² de los pagos efectuados al Consorcio emitida por la Oficina de Tesorería y Contabilidad de la SED. A turno, este monto coincide con 11 facturas de venta presentadas a la SED por el Contratista y correspondientes a las primeras 11 actas parciales de obra ejecutada firmadas por la Interventoría y el Consorcio, cuya copia allegó la actora⁷³.

6.2.37 Finalmente, quedó acreditado que el Consorcio y la Interventoría suscribieron 12 actas de obra⁷⁴, a saber:

ACTA DE OBRA	VALOR TOTAL
ACTA PARCIAL No.1	\$85.954.743,50
ACTA PARCIAL No. 2	\$88.454.253,31
ACTA PARCIAL No. 3	\$117.588.813,92

⁷² Fl.161 a 163, C.2

⁷³ Fl.61, 69, 72, 74, 90, 93, 115, 131, 170, 405 y 438, C.2

⁷⁴ Fl.53 a 61, 62 a 69, 70 a 72, 74, 88, 89, 90 a 93, 113 a 115, 129 a 131, 168 a 170, 405 438, 440 a 451, C.2



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

ACTA PARCIAL No. 4	\$132.480.188,76
ACTA PARCIAL No. 5	\$191.046.814,96
ACTA PARCIAL No. 6	\$327.774.136,33
ACTA PARCIAL No. 7	\$389.702.587,79
ACTA PARCIAL No. 8	\$327.727.874,55
ACTA PARCIAL No. 9	\$260.318.107,55
ACTA PARCIAL No.10	\$998.208.692,24
ACTA PARCIAL No.11	\$1.567.661.316,125
ACTA FINAL No. 12	\$501.378.400,31

6.3 Pruebas adicionales

Además de las pruebas que dan cuenta de los hechos probados anteriormente referidos, dentro del proceso se encuentran las siguientes pruebas:

6.3.1 Dictamen pericial

Obra el dictamen pericial⁷⁵ aportado por la parte actora con la reforma de la demanda, rendido por el perito Julio Cesar Rengifo Gómez, profesional universitario en Administración de Obras Civiles y Tecnólogo en Topografía inscrito en la lista de auxiliares de la justicia, el cual no fue objetado por la SED y cuya contradicción se surtió en audiencia llevada a cabo en el proceso el 26 de octubre de 2018⁷⁶, en la que manifestó que elaboró la pericia a partir de la revisión de la documentación obrante en el expediente y a continuación expuso las conclusiones de su dictamen.

De acuerdo con lo indicado en la experticia⁷⁷, esta tuvo por objeto:

- (a) Determinar “el valor de las mayores cantidades de obra de conformidad con la propuesta inicial presentada, los términos de referencia y los anexos técnicos”;
- (b) Establecer el “costo final del contrato incluyendo mayores cantidades de obra, obra adicional, mayor permanencia en obra, variación de

⁷⁵ Fl.37 a 111, C.3

⁷⁶ Folio 146, C.2, que corresponde a CD que contiene la grabación de la audiencia de pruebas llevada a cabo el 26 de octubre de 2018, en la cual se decretó como pruebas dentro del proceso el dictamen pericial aportado con la demanda y se impuso a la parte actora la carga de “hacer comparecer al señor JULIO CESAR RENGIFO GÓMEZ a la audiencia de pruebas”.

⁷⁷ Fl.44, C.3



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

- precios de materiales, intereses e indexación, conforme a los costos directos e indirectos y de acuerdo a la propuesta presentada, a los términos de referencia y al Índice de Camacol”; y*
- (c) Realizar “*el balance financiero del contrato y la liquidación del mismo*”.

El análisis y conclusiones del dictamen, en síntesis, son las siguientes:

- (i) En primer lugar, la parte actora solicitó al perito determinar “*el costo final del contrato incluyendo mayores cantidades de obra, obra adicional, conforme a los costos directos e indirectos y de acuerdo a la propuesta presentada, a los términos de referencia y al Índice de Camacol*”. En respuesta a lo anterior, el perito señaló que el valor total contratado, sumando el valor inicial más el adicional pactado en la modificación No. 3, era de \$4.988.326.229 y que el “*valor de las obras recibidas a satisfacción de la Entidad Contratante conforme al Acta No. 12 Final (era de) \$4.988.295.928,89*”, teniendo en cuenta la consignado en la denominada “*ACTA DE MAYORES CANTIDADES – BALANCE GENERAL PARA ADICIÓN*”.
- (ii) En segundo lugar, frente a la pregunta consistente en determinar el valor cancelado al Contratista, indicó que “[d]e conformidad con la Información contable y Reportes de pagos realizados a la Contratante con ocasión del contrato 2064 de 2013, la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá pagó al Consorcio Contratista, la suma de CUATRO MIL TREINTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS VEINTICINCO MIL SETECIENTOS SETENTA PESOS (\$4.038.225.770) M/CTE”.
- (iii) En tercer lugar, se solicitó al perito determinar los saldos a favor del Contratista y el valor de los intereses e indexación de las sumas adeudadas, a propósito de lo cual indicó que sobre el valor facturado la SED realizó un descuento del 10% y que el acta final No.12 no había sido cancelada por la Entidad. Con base en lo anterior, señaló que la SED le adeudaba al Consorcio estos conceptos, los cuales ascendían a total de \$950.070.153. Además, sobre este monto efectuó el cálculo de los intereses moratorios e indexación a partir del 20 de junio de 2015, fecha que, según señaló, fue el día en el que finalizó el plazo de 6 meses para la liquidación bilateral y unilateral del contrato.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

(iv) Por último, de acuerdo con lo consignado en las anteriores respuestas el perito indicó que la liquidación del contrato arrojaba un saldo de \$1.701.014.132,17, así:

CONCEPTO	VALOR
ACTA No. 12 FINAL	451,240,560.00
INTERESES SOBRE EL ACTA No. 12 FINAL	298,307,613.54
INDEXACIÓN SOBRE EL ACTA No. 12 FINAL	58,356,976.66
RETENCIÓN 10%	498,829,592.89
INTERESES SOBRE LA RETENCIÓN 10%	329,767,930.03
INDEXACIÓN SOBRE EL VALOR DE LA RETENCIÓN 10%	64,511,459.05
TOTAL	1,701,014,132.17

De conformidad con lo establecido en el artículo 226 del Código General del Proceso, la prueba pericial es procedente para la verificación de hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Asimismo, los incisos 3º y 4º de esta misma disposición prescriben:

“No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera. Sin embargo, las partes podrán asesorarse de abogados, cuyos conceptos serán tenidos en cuenta por el juez como alegaciones de ellas.

[...]

Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.”

Por su parte, al tenor del artículo 232 *ejusdem*, el juez debe apreciar el dictamen pericial de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta para tal efecto su solidez, exhaustividad, precisión, calidad, claridad, junto con las demás pruebas del proceso. Además, debe observar que se encuentre debidamente fundamentado y que el perito sea competente para rendir el dictamen, es decir, que sea un experto en la materia científica, técnica o artística analizada.

Bajo el anterior contexto, la Sala encuentra que el dictamen rendido por el perito se limitó a extraer sus conclusiones de la oferta presentada por el Consorcio, los valores consignados en el acta final No. 12, el monto de la adición consignado en la



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

modificación No. 3, la denominada “ACTA DE MAYORES CANTIDADES – BALANCE GENERAL PARA ADICIÓN” y las certificaciones de los pagos efectuados provenientes de la SED y del Contratista. Asimismo, en algunos puntos el perito se pronunció sobre el alcance de las obligaciones asumidas por las partes, como se advierte, por ejemplo, de lo señalado al afirmar que, de acuerdo con la denominada “acta de mayores cantidades de obra – balance general para adición”, la Modificación No. 3 y demás documentos del proceso, las obras no previstas contenidas en dicho acuerdo modificatorio debían “*facturarse a precio total, es decir incluyendo el Costo directo discriminado en el modificatorio, más el AIU*”.

Por lo anterior, la Sala considera que la prueba referida carece de mérito probatorio, pues el perito se limitó a dar cuenta de los valores consignados en las actas atrás anunciadas y se fundó exclusivamente en los documentos relacionados con las obras adicionales y con la ejecución del negocio *sub judice*, cuya interpretación y análisis corresponde al juez del contrato, sin estudiar aspectos técnicos y, por el contrario, abordando puntos de derecho⁷⁸.

6.3.2 Testimonios

* Obra en el proceso el testimonio de la ingeniera civil Carmen Liliana Reyes Quigua, quien durante la ejecución del contrato *sub examine* ocupó el cargo de coordinadora administrativa del proyecto y, según afirmó, asistió a algunos comités de obra en representación del Consorcio.

En su declaración la testigo se refirió a las reclamaciones del Consorcio correspondientes al “corte final 12” y a la retención en garantía, indicando que se trataba de pagos que se realizaban a la finalización del Contrato y que no habían sido efectuados por parte de la SED. Manifestó que el “corte final 12” correspondía al “*pago del contrato que incluía la adición en dinero que se hizo mediante el modificatorio No. 3*” y señaló que la Modificación No. 3 al contrato se celebró porque

⁷⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 15 de julio de 2020. Rad.: 28794.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

“hubo necesidad de añadirle a la obra unos ítems que no estaban previstos pero que tanto la interventoría como la supervisión y el contratista vieron que eran necesarios para la correcta terminación del proyecto”. Además, indicó que mediante este acuerdo modificatorio se efectuó una adición en dinero, resultando un valor final *“entre mayores y menores cantidades”*, y precisó que el referido corte incluía tanto ítems de obra previstos en el contrato inicial como ítems adicionales, además de pagos pendientes y la retención en garantía de las 12 actas.

También afirmó que el ítem de obra adicional ONP No. 125, referente a la ventanería de fachada, se autorizó mediante memorando proveniente de la división de Estudios Previos de la SED pero no estaba incluido en la modificación No. 3, manifestando que todos los restantes ítems *“estaban en modificatorios y también estaban avalados por la entidad mediante memorandos que revisa y avala una dirección de ellos que se llama estudios previos”*.

Finalmente, reiteró que todos los ítems contenidos en el acta final No. 12 fueron autorizados por la Entidad y la Interventoría, añadiendo:

“El acta 12 se constituyó como todas las anteriores actas. Hay una entrega de un documento en Excel que contiene las cantidades que se van a cobrar y dichas cantidades están avaladas por unas memorias y estas están debidamente identificadas tanto por el residente del contratista como por el residente de interventoría, y las actas siempre vienen firmadas por los representantes legales del contratista como de la interventoría y después ya sigue su trámite normal ante la secretaría.

[...]

“Todas las obras que estamos cobrando estaban dentro de los contratos y sus modificatorios con excepción de la obra no prevista de la ventanería y fachada.”

* Obra en el proceso el testimonio de la contadora Martha Esperanza Gómez Moreno, quien afirmó ser empleada de la sociedad Muñoz y Herrera Ingenieros Asociados S.A en el cargo de contadora de dicha sociedad. Señaló que le correspondía realizar los registros contables de las operaciones efectuadas por Muñoz y Herrera Ingenieros Asociados S.A y por los consorcios en los que dicha sociedad formaba parte.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

En su declaración la testigo ratificó la certificación contable⁷⁹ sobre los pagos efectuados por la Entidad aportada con la demanda, señalando al respecto:

“Esta certificación se encuentra firmada por mí y corresponde a los registros contables que se derivan del contrato que se llevó a cabo con el Consorcio Obras Venecia 2013 en el cual se registran los 12 cortes que fueron entregados para su registro contable a contabilidad y en el cual el corte 12 quedó pendiente de pago, así como la rete-garantía que se deriva del 10% de cada uno de los cortes que nos iban descontando para efectos de garantía del contrato.

En el corte 12 quedó pendiente la suma de \$451.240.160 y la rete-garantía de \$498.827.593 para un total de deuda de \$950.077.153 que es lo que reposa en la contabilidad como deuda de la Secretaría de Educación hacia Consorcio Obras Venecia 2013.”

Además, añadió:

“Todo lo que registra la contabilidad está basado en los cortes y en las facturas que se derivan de los mismos, todas están registradas contablemente, todas están radicadas ante la Secretaría de Educación y el dinero del corte 12 y la rete-garantía nunca registraron pago en las cuentas de la empresa.”

De igual modo, afirmó que la falta de pago por parte de la SED afectó el flujo de caja del Consorcio, pues tuvo que utilizar recursos propios para finalizar la obra.

* De igual modo, obra en el proceso el testimonio rendido por el ingeniero civil Jeisson Eder Díaz Ayala, quien puso de presente que fue empleado del Consorcio y tuvo a su cargo la preparación y presentación de los documentos que debían adjuntarse al acta final No. 12 para su radicación en la Interventoría y los concernientes a la liquidación del contrato.

Señaló que con ocasión del trámite adelantado para llevar a cabo la liquidación del contrato, el Contratista paulatinamente fue realizando la entrega de los distintos documentos requeridos para el efecto, tales como planos récord, memorias de cálculo, manuales de mantenimiento y demás documentos que el contrato contemplaba para su liquidación y los que debían adjuntarse al acta No. 12 que contenía el corte final de la obra, los cuales fueron objeto de algunas observaciones,

⁷⁹ FI. 493 C.2



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

fundamentalmente en cuanto a *“las memorias”* y que básicamente consistieron en *“detallar más las memorias, por eso fue tan largo el tiempo que hubo en la etapa de liquidación del contrato”*.

Sostuvo que a lo largo de la etapa de liquidación del contrato todas las observaciones y solicitudes de la interventoría fueron atendidas por parte del Consorcio e hizo énfasis en que la interventoría, tras formular inicialmente observaciones y realizar revisiones a los documentos y soportes allegados por el contratista, finalmente avaló la totalidad de los documentos presentados para dicho efecto. Señaló que el acta final No. 12 contemplaba *“el 100% del proyecto ejecutado”*, incluía las cantidades de obra ejecutadas de conformidad del objeto contractual inicialmente acordado y de igual modo contenía el cobro de *“unos saldos de las obras no previstas correspondientes al Modificadorio No. 3”*. Reiteró que las obras adicionales se encontraban incorporadas en el contrato de obra y sus modificatorios, con excepción de la obra no prevista correspondiente a la ventana de la fachada (ONP No. 125), precisando que dicha actividad era necesaria para el proyecto y *“se ejecutó como obra pero no quedó dentro del modificadorio No. 3”*, a pesar de lo cual se incluyó en el acta No. 12 por cuanto fue avalada mediante un acta de fijación de precios.

Ahora bien, como los anteriores testimonios provienen de personas que tuvieron un vínculo laboral con la demandante, a juicio de la Sala, en los términos del artículo 211 del Código General del Proceso se trata de testigos que se encuentran en circunstancias que pueden afectar su credibilidad o imparcialidad y, por lo tal motivo, su declaración será valorada con la especial severidad que se requiere. Al respecto, vale reiterar que conforme lo ha manifestado esta Corporación, los testimonios que resulten sospechosos no pueden desecharse de plano, sino que deben ser examinados y valorados con mayor rigurosidad, de cara a las demás pruebas que reposen en el expediente y de acuerdo con las circunstancias propias de cada asunto litigioso.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

6.4 Análisis del caso concreto

En los recursos de apelación interpuestos por las partes, la demandante afirmó: (i) que la entidad le adeuda el valor de las obras ejecutadas y recibidas a satisfacción cuyo corte final se consignó en el acta No 12, la cual injustificadamente se ha negado a pagar; (ii) que la retención en garantía asciende a \$498.829.592,89 , incluida la correspondiente al acta No. 12, y su pago no debe condicionarse al cumplimiento de los requisitos establecidos en el contrato, como lo dispuso *el a quo*, pues el contratista oportunamente entregó a la SED los documentos y soportes requeridos para el efecto; y (iii) que en el contrato se acordó el término para llevar a cabo la liquidación bilateral y unilateral del contrato y el mismo fue incumplido por la entidad, por lo que deben serle reconocidos intereses de mora e indexación a partir del vencimiento del plazo para llevar a cabo la liquidación del contrato en sede administrativa. A su turno, la demandada sostuvo que la suma que debía ser reconocida a favor del contratista por concepto de retención en garantía asciende a \$390.423.691, que corresponde al valor que la SED propuso como fórmula conciliatoria de conformidad con el oficio I-2017-9894 de la Dirección de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos de la entidad.

Para resolver el asunto objeto de la litis, a la vista de las pruebas obrantes en el proceso, la Sala procederá a examinar, en primer lugar, el contenido y alcance de las obligaciones que el actor alega incumplidas, no sin antes indicar que en el marco de la responsabilidad por incumplimiento la prosperidad de las pretensiones supone encontrar demostrado en el proceso, además de la existencia y validez del contrato, que la obligación derivada del negocio jurídico celebrado fue incumplida o se cumplió de manera defectuosa o tardía, que dicho incumplimiento es imputable al deudor y que el acreedor sufrió un perjuicio a consecuencia de mismo⁸⁰, a propósito

⁸⁰ Sobre la responsabilidad contractual y sus elementos, la Corte Suprema de Justicia ha precisado: (...) Trátese aquí, según puede establecerse, de un proceso de responsabilidad civil contractual, razón por la cual el acogimiento de la acción depende de la demostración, en primer término, de la celebración por las partes del contrato a que se refiere la misma y, en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado. (...)



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

de lo cual conviene recordar, además, que en principio es carga del actor demostrar todos los elementos de la responsabilidad y, dentro de ellos, el incumplimiento de la obligación y el perjuicio.

En este orden, el Consorcio debe haber probado en el proceso, en primer lugar, que la SED no atendió en debida forma las prestaciones que alega incumplidas en cuanto a: (ii) la obligación de liquidar el contrato en sede administrativa; (ii) el pago del acta final No. 12; y (iii) el reembolso de la retención en garantía. De igual modo, el demandante debe haber acreditado que a causa de dicho incumplimiento se le ocasionaron perjuicios.

Respecto a la oportunidad en el cumplimiento de las obligaciones, se debe tener en cuenta que el deudor debe cumplir su obligación cuando la misma es exigible, circunstancia que se presenta: (i) cuando es pura y simple, desde su nacimiento; (ii) si es a plazo, al vencimiento del mismo y (iii) si es condicional, al cumplirse la condición. Ahora bien, si una vez la obligación es exigible y la misma no es satisfecha por el deudor, se produce el retardo que puede tener lugar por la inejecución de la obligación principal o por su ejecución defectuosa o tardía, pero para que tal retardo permita al acreedor tener derecho a la indemnización de perjuicios, es necesario además: (i) que el incumplimiento sea imputable al deudor;

Si los contratos legalmente celebrados 'son una ley para los contratantes' (art. 1602 C.C.) y, por consiguiente, 'deben ejecutarse de buena fe' y 'obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella' (art. 1603 ib.), lógico resulta que su incumplimiento injustificado esté sancionado por la ley misma y que tal comportamiento, por ende, habilite al contratante inocente para solicitar, por una parte, se ordene su cumplimiento forzado o se disponga su resolución y, por otra, cuando la infracción le ha ocasionado un daño, que se le indemnice, reparación que puede reclamar en forma accesoria a la petición de cumplimiento o resolución o en forma directa, si lo anterior no es posible, (...). Sobre el particular tiene dicho esta Sala de la Corte: 'El contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones convenidas, de modo que si una de ellas incumple las obligaciones que se impuso, faculta a la otra para demandar bien que se le cumpla, que se le resuelva el contrato o el pago de los perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento, pretendiendo éstos últimos ya de manera principal (arts. 1610 y 1612 del C.C.) o ya de manera accesoria o consecuencial (arts. 1546 y 1818 del C.C.), los que se encaminan a proporcionar a la parte cumplida una satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados' (Subrayado fuera del texto original). Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de marzo de 2001, rad. 5659.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

(ii) que el acreedor haya sufrido perjuicio a consecuencia de tal incumplimiento y (iii) que si la obligación es positiva, el deudor esté constituido en mora⁸¹.

Así las cosas, según la demanda el incumplimiento del contrato de obra 2064 que le atribuye el Consorcio al Distrito Capital, consiste en que la SED incurrió en las siguientes conductas infractoras del contrato:

6.4.1 Incumplimiento de la obligación de liquidar el contrato

Sostiene la parte actora que la entidad contratante incumplió su obligación de liquidar el contrato de mutuo acuerdo dentro del plazo pactado y omitió realizar la liquidación unilateral del mismo, debiendo resarcir los perjuicios ocasionados por la falta de liquidación del contrato *sub judice*.

En este sentido, afirma que la liquidación del contrato *sub examine* no es una facultad sino una obligación contractual, pues en el contrato las partes pactaron que aquella debía llevarse a cabo dentro de los 6 meses siguientes a la finalización del plazo de ejecución contractual, lapso que comprendía un periodo de 4 meses para la liquidación bilateral y 2 meses subsiguientes para la unilateral, el cual expiró sin que la SED hubiera cumplido con dicha obligación, impidiendo el pago de los valores adeudados al Contratista, de modo que deben serle reconocidos intereses moratorios desde el vencimiento de los 6 meses mencionados.

Sobre el particular, debe comenzar señalándose que la jurisprudencia de esta Corporación de modo uniforme y reiterado ha sostenido que la liquidación del contrato corresponde a una etapa posterior a su terminación, que tiene por finalidad conocer en qué estado quedó la ejecución de las prestaciones a cargo de las partes, establecer el resultado final del contrato y determinar el balance económico de la relación contractual, definiendo quién le debe a quién y cuánto⁸².

⁸¹ Al respecto, establece el artículo 1615 del Código Civil: “CAUSACION DE PERJUICIOS. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”

⁸² Al respecto, por ejemplo, en Sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 17031, se lee:



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

Por su parte, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece la obligación de liquidar los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y aquellos que lo requieran, y dispone que las partes deben, en principio, efectuar dicha liquidación de mutuo acuerdo, conviniendo a dicho efecto “(...) *los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar*”, debiendo constar en el acta de liquidación “(...) *los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo*”.

En efecto, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 217, Decreto 0019 de 2012, establece que “[l]os *contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación*”, añadiendo que la misma “*no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión*”.

A partir de la norma anterior, resulta claro que respecto de determinados contratos (“*los de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran*”) la liquidación es una obligación a cargo de las partes que emana de la ley, sin perjuicio, claro está, que en otro tipo de negocios jurídicos los contratantes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, acuerden la liquidación del contrato con el fin de establecer las acreencias o saldos pendientes y determinar el resultado final de sus derechos y obligaciones.

“La liquidación del contrato es una actuación administrativa posterior a la culminación de su plazo de ejecución o a la declaratoria de terminación unilateral o caducidad (artículos 17 y 18 de la Ley 80 de 1993), que tiene por objeto definir cómo quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes; efectuar un balance de las cuentas y pagos para establecer quién le debe a quien y cuánto; proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar; declararse a paz y salvo de las obligaciones o derechos a cargo de las mismas, y finiquitar así el vínculo contractual. La liquidación procede y es necesaria en los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolonga en el tiempo y los demás que lo requieran, y puede realizarse por mutuo acuerdo entre las partes, esto es, voluntaria o bilateralmente, o directamente por la Administración, esto es, unilateralmente, o por el juez por vía de acción, esto es judicialmente. Sólo a falta de acuerdo entre los contratantes sobre la liquidación del contrato, nace la competencia material de la Administración para efectuarla en forma unilateral, y si ésta no la hace, puede acudirse ante el juez del contrato, quien deberá definir las prestaciones mutuas entre los contratantes”.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

Refiriéndose a la interpretación de la norma que se comenta, esta Corporación ha puesto de presente:

“Así, una hermenéutica debida de los incisos primero y último transcritos del artículo en mención desde una perspectiva gramatical y lógica, fuerza a concluir que la liquidación es obligatoria en:

- i. Los contratos de tracto sucesivo, esto es, aquellos cuyas obligaciones se ejecutan de manera periódica o difieren en el tiempo o sucesivamente a medida que se van causando;*
- ii. Aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo (sea por la naturaleza periódica de las prestaciones o por las vicisitudes que se presenten en su ejecución que lo dilaten o prorroguen) y*
- iii. Los demás que lo requieran, con fundamento a su naturaleza, objeto y plazo, así como a su importancia o relevancia o por la eventualidad de discrepancias y controversias en torno a su ejecución.*

La razón para tal conclusión radica sencillamente en que la expresión “serán liquidados”, significa que la norma tiene un carácter imperativo para que las partes procedan en tal sentido respecto de los contratos enunciados. Hacia la misma dirección apunta lo previsto en el inciso final, según el cual la liquidación “no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión”, dado que, lógicamente conduce a afirmar que la liquidación es obligatoria en los contratos que están cobijados por la regla general y no así en los que están exceptuados expresamente en el último inciso, donde resultará potestativo o facultativo realizarla.

Obviamente, para Sala es claro que las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad (arts. 32 y 40 Ley 80 de 1993, art. 1602 C.C.), pueden libremente pactar la liquidación en aquellos contratos estatales en los que no resulte obligatorio en los términos de la norma analizada.”⁸³ (subrayado fuera del texto)

Ahora bien, prescribe el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 que el plazo para realizar la liquidación voluntaria o de mutuo acuerdo del contrato será el que los contratantes tengan a bien acordar, siendo sólo a falta de estipulación que, de modo supletivo, el legislador establece un término de cuatro (4) meses contados a partir de la finalización del plazo de ejecución del contrato. A su turno, como es sabido, al vencimiento del plazo convencional o legal para la liquidación bilateral, la ley establece un término de dos (2) meses para que la entidad contratante la efectúe en forma unilateral. Finalizados estos plazos sin que se hubiere efectuado la

⁸³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 28 de junio de 2016. Rad.: 11001-03-06-000-2015-00067-00(2253)



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

liquidación, las partes no obstante se encuentran habilitadas para liquidar bilateral o unilateralmente el contrato durante el término de caducidad de la acción, siempre que no hubieren solicitado al juez del contrato la liquidación.

En este orden de ideas y tal como dispone el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007⁸⁴, la ley prevé distintos procedimientos para la liquidación del contrato estatal, a saber: **(i)** la liquidación voluntaria o de común acuerdo entre las partes contratantes, que ha de realizarse dentro del término fijado en el pliego de condiciones o el acordado en el contrato y, a falta de esta estipulación, en el término de cuatro (4) meses contados a partir de la finalización del plazo de ejecución contractual; **(ii)** la liquidación unilateral efectuada por la Administración, la cual tiene lugar cuando el contratista no concurre a la liquidación de común acuerdo o ésta no se intenta o fracasa, evento en el cual *“la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral”* el contrato mediante acto administrativo, disponiendo para ello de un término de dos (2) meses, contados a partir del vencimiento del plazo convenido por las partes para practicar la liquidación bilateral o, en su defecto, de los cuatro (4) meses siguientes previstos en la ley para efectuar la liquidación voluntaria o de común acuerdo; y **(iii)** la liquidación por vía judicial, a propósito de la cual se tiene que si la administración no liquida el contrato durante los 2 meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto, del establecido supletivamente en la ley, el interesado puede acudir al juez del contrato, quien deberá definir las prestaciones mutuas entre los contratantes, para lo cual cuenta con el término de caducidad de la acción contractual.

⁸⁴ Artículo 11 de la Ley 1150 de 2007: *“La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. // En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A. // Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A. Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.”*



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

Por su parte, en punto al momento a partir del cual se da inicio a la etapa de liquidación del contrato y al plazo para la liquidación de mutuo acuerdo, es menester reiterar que el inciso primero del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 dispone que la liquidación bilateral se realizará *“dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalente, o dentro del que acuerden las partes para el efecto”*, añadiendo que cuando no existe estipulación contractual sobre el particular, debe realizarse *“dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato, a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga”*.

A partir de lo anterior, resulta claro que la finalización del plazo de ejecución del contrato marca el inicio de la etapa de liquidación del contrato estatal, comenzando a correr el término para que la misma tenga lugar de mutuo acuerdo, cuando las partes no hubieren convenido el plazo para llevar a cabo la liquidación de manera bilateral. En caso contrario, esto es, habiéndose estipulado un término para la liquidación voluntaria, habrá de estarse a lo pactado por los contratantes, quienes, en el marco de su autonomía de la voluntad, podrán convenir que la fase de liquidación inicie al vencimiento del plazo de ejecución contractual o en un momento posterior, y dicha estipulación comercial constituirá ley para los contratantes, siendo a partir de este momento que surge para las partes la obligación de concurrir a la etapa de liquidación con miras a verificar el cumplimiento de sus obligaciones recíprocas, realizar un balance de las cuentas y arribar a un acuerdo respecto de las reclamaciones derivadas de la ejecución contractual, incluyendo los arreglos, transacciones y conciliaciones a los que lleguen.

Ahora bien, a falta de acuerdo entre las partes, la ley faculta a la Administración para liquidar el contrato en forma unilateral a través de acto administrativo, de tal modo que expirado el término convencional o el legal de 4 meses para llevar a cabo la liquidación bilateral, nace la competencia material de la Administración para efectuarla en forma unilateral. Es así como, en efecto, el inciso 2º del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 establece que *“[e]n aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá*



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes [...]”.

En este orden de ideas, la liquidación unilateral es subsidiaria de la bilateral, es decir que solamente cuando se configura alguna de las mencionadas hipótesis la Administración se encontrará habilitada para ejercer la facultad de liquidar el contrato mediante la expedición del acto administrativo correspondiente⁸⁵, pues la ley le reconoce al contratista el derecho a acordar la liquidación bilateral, de tal manera que deberá ser convocado por la entidad contratante a efectos de intentar la liquidación del contrato de mutuo acuerdo, procurando su participación activa en la misma⁸⁶. Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado:

“[L]a finalidad del procedimiento administrativo de liquidación está encaminada, ante todo a procurar que el contrato culmine de la misma forma en que tuvo su génesis, es decir, mediante el acuerdo de voluntades. Para ello resulta indispensable que la entidad pública agote todos los medios a su disposición para procurar la participación activa del contratista en la liquidación [...] si el contratista nunca tuvo conocimiento del inicio del procedimiento, bien porque no fue convocado, o bien porque se le impidió intervenir en el trámite del mismo, resulta evidente que no será procedente ni legalmente viable el ejercicio de la prerrogativa de liquidación unilateral, entre otras razones por la vulneración del debido proceso.”⁸⁷

En suma, con carácter subsidiario la ley le confiere a la Administración competencia para ejercer la facultad de liquidar unilateralmente el contrato, decisión que se materializa en un acto administrativo mediante el cual la entidad podrá determinar las condiciones del estado que arroja la ejecución del contrato, *“puede declararse a paz y salvo o deudora o acreedora del contratista, lo mismo que tiene la potestad de determinar, según su apreciación de los hechos y del derecho, todos los demás aspectos que hacen parte de la liquidación del contrato”⁸⁸.*

⁸⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp.15239.

⁸⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 28 de junio de 2016. Rad.: 11001-03-06-000-2015-00067-00(2253)

⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 3 de octubre de 2012, Exp. 23.400.

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 28 de junio de 2016. Rad.: 11001-03-06-000-2015-00067-00(2253)



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

Descendiendo al caso concreto, en los términos analizados anteriormente es claro que el negocio *sub judice* es sin duda de aquellos cuya liquidación resulta obligatoria. Así se desprende del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, asunto respecto del cual, por lo demás, en la cláusula CGC 57 del negocio jurídico las partes reprodujeron lo que al efecto prescribe el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. En efecto, en la referida cláusula contractual se dispuso que una vez expirado el plazo de ejecución contractual “se efectuará la liquidación, para lo cual se contará con un término de seis meses, discriminados así: Cuatro (4) meses para liquidación de manera bilateral o de mutuo acuerdo [y] Dos (2) meses para efectuarse de manera unilateral por parte del contratante, cuando las partes no se estuvieran de acuerdo sobre su contenido, o el contratista no acudiere, previa notificación o convocatoria que le haga la entidad”, añadiendo que “[s]i vencido el plazo de seis (6) meses, no se ha realizado la liquidación, esta podrá efectuarse dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento del término anterior, de mutuo acuerdo o unilateralmente.”

Así las cosas, en lo que respecta a la liquidación de mutuo acuerdo resulta claro que a la terminación del contrato de obra que ocupa la atención de la Sala, la SED y el Consorcio estaban llamadas a definir el balance final de cuentas y pagos, con miras a establecer los saldos a favor o en contra de cada uno y procurar arribar a un acuerdo respecto de sus mutuas reclamaciones derivadas de la ejecución contractual, incluyendo los arreglos, transacciones y conciliaciones a los que lleguen, finiquitando así el vínculo contractual.

En este sentido, cabe resaltar que, dado que la liquidación interesa tanto a la Administración como al contratista, es sobre ambas partes que recae el deber de actuar de manera diligente y oportuna a fin de establecer la situación de cada una de ellas de cara a las obligaciones y derechos emanados del contrato⁸⁹, concurriendo a esta etapa con celeridad y activa participación a efectos de intentar la liquidación de común acuerdo entre ellas, de donde resulta que la Administración podrá eventualmente ver comprometida su responsabilidad cuando, por ejemplo, procediere a liquidar unilateralmente el contrato antes del vencimiento del plazo

⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 16 de agosto de 2001, Rad. 14384.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

para la liquidación bilateral o hubiere impedido la participación del contratista durante dicha etapa⁹⁰.

Del material probatorio que obra en el proceso la Sala encuentra acreditado que con posterioridad a la finalización del contrato el 19 de diciembre de 2014, el Contratista presentó a la SED el acta final de obra No. 12, la cual fue devuelta por la entidad el 21 de mayo de 2015, toda vez que encontró inconsistencias que solicitó aclarar al Consorcio (hecho probado 6.2.30). También se demostró que el Contratista expuso a la entidad sus consideraciones frente a las observaciones planteadas por el Distrito Capital en relación con dicha acta, aduciendo que el “Acta de mayores y menores cantidades – Balance General para adición” resumía el ejercicio realizado para la adición de \$1.328.689.995 y en ella se especificaba que dicho monto incluía \$270.146.097,14 por concepto de A.I.U aplicado sobre los costos directos de los ítems adicionales (hecho probado 6.2.33). De igual modo, quedó demostrado que la entidad dirigió al Contratista solicitudes atinentes a la documentación requerida para efectos de liquidar el contrato y este último, por su parte, allegó para revisión de la SED planos y otros documentos a dicho efecto y dio respuesta a distintas solicitudes que sobre el particular formuló la entidad contratante (hechos probados 6.2.29 y 6.2.31).

Lo anterior fue corroborado por el testigo Jeisson Eder Díaz Ayala, empleado del Consorcio contratista, quien según lo manifestado en su relato fue contratado por el Consorcio para atender las actividades atinentes a la liquidación del contrato *sub examine*, teniendo a su cargo la coordinación de todo lo concerniente a la preparación y presentación de los documentos que debían adjuntarse al acta final No.12 y los que debían allegarse para efectos de la liquidación del contrato. Al respecto, el testigo afirmó que durante la liquidación del contrato participó en las reuniones que se llevaron a cabo para tal efecto y que, a medida que le fue solicitado por la Interventoría, el Contratista dio respuesta las solicitudes presentadas por la SED y la Interventoría e hizo entrega de distintos documentos requeridos para el efecto, tales como planos récord, memorias de cálculo, manuales de mantenimiento

⁹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencias del 16 de agosto de 2001, Rad. 14384 y del 20 de noviembre de 2008, Rad. 17031.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

y demás documentos que el contrato contemplaba para su liquidación, los cuales fueron avalados por la Interventoría. Además, señaló que respecto al acta No. 12, cuya revisión se llevó a cabo en la etapa de liquidación del contrato, también presentó las aclaraciones y soportes que debían adjuntarse.

Lo afirmado por el testigo en punto a las actuaciones llevadas a cabo por las partes en el marco de la liquidación de mutuo acuerdo del contrato merece credibilidad, pues la razón de su dicho se fundamenta en el conocimiento directo que tuvo sobre lo ocurrido durante la etapa de liquidación del contrato, al ser el funcionario que por parte del Consorcio tuvo a cargo las actividades atinentes a la misma. Además, sus respuestas fueron puntuales y completas y se acompañan con la prueba documental obrante en el plenario.

Así las cosas, para la Sala resulta demostrado que la SED convocó al Consorcio a efectos de intentar la liquidación del contrato de común acuerdo, quien a su vez estuvo presto a cumplir con su obligación de participar activamente en dicha etapa, evidenciándose que, en la práctica, a pesar de las actividades y esfuerzos conjuntos llevados a cabo por las partes para llegar a un acuerdo sobre el acta final de obra o acta No. 12 y la liquidación del contrato, los cuales de hecho tuvieron lugar no solo dentro de los 6 meses siguientes a la terminación del plazo contractual sino que se extendieron hasta por lo menos finales del año 2016 (hechos probados 6.2.27 a 6.2.35), las partes no lograron llegar a un acuerdo sobre el balance final del contrato.

En efecto, se observa que a la finalización del plazo de ejecución contractual surgió una clara divergencia entre las partes, principalmente por cuanto la entidad advirtió que los precios unitarios tomados en cuenta en el acta No. 12 no coincidían con los relacionados en la Modificación No. 3 y que, además, dicha acta incluía algunos ítems no previstos que no figuraban en dicho acuerdo modificatorio, lo que hacía necesario, además, revisar actas parciales de obra anteriores en las que también se habían incorporado actividades no previstas a precios distintos de los pactados en el referido acuerdo modificatorio.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

El Consorcio por su parte se encontró en desacuerdo con la postura de la SED, al considerar (i) que la Modificación No. 3 incluía todos los ítems de obra no prevista a excepción del ítem ONP 125, el cual en todo caso había sido autorizado por la Interventoría y era necesario para el proyecto, y (ii) que los precios unitarios contenidos en la Modificación No. 3 correspondían solamente a la discriminación de los costos directos de los ítems adicionales, debiendo adicionar a cada uno de ellos el A.I.U. propuesto en los análisis de precios unitarios presentados por el Contratista ante la SED, pues así se había consignado en el “Acta de mayores cantidades – balance general para adición” que dio origen a la celebración de dicho acuerdo de voluntades, acta que había sido suscrita por el interventor y el Contratista.

Así las cosas, la Sala concluye que las partes comparecieron a la liquidación del contrato y atendieron los deberes que les correspondían de cara a procurar un acuerdo sobre la cuenta resultante de la ejecución del contrato y los saldos a favor y en contra de cada una de ellas, a pesar de lo cual en la práctica no lograron conciliar sus diferencias.

De otra parte, cabe resaltar que no obra en el proceso prueba alguna que conduzca a concluir que por parte de la Administración se hubiera incurrido en una dilación injustificada en la etapa de liquidación del negocio jurídico sub examine, así como tampoco existe prueba que dé cuenta de la existencia de solicitudes caprichosas o infundadas, como lo sostuvo la actora.

En conclusión, no se demostró que la entidad incumpliera la obligación de convocar al Contratista para intentar la liquidación bilateral, así como tampoco ningún medio probatorio permite inferir que Administración hubiera obstaculizado o dilatado dicha etapa. A partir del material probatorio que reposa en el plenario lo que se concluye, en cambio, es que las partes concurrieron a la liquidación del contrato y participaron activamente en la misma desde la finalización del plazo de ejecución del contrato y a lo largo del 2015 y 2016, a pesar de lo cual no lograron arribar a un consenso sobre los saldos y el estado de sus derechos y obligaciones, lo que a la postre condujo a que la solicitud de conciliación extrajudicial presentada por el Consorcio



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

el 16 de diciembre de 2016 se declarara fallida el 15 de marzo de 2017, procediendo a la presentación de la demanda el 17 de marzo de la misma anualidad.

Ahora bien, también reprocha la parte actora la falta de liquidación unilateral del contrato. Sobre este particular, debe comenzar por recordarse que, a diferencia de la bilateral que corresponde a una actuación conjunta de las partes, aquella consiste en una decisión unilateral que adopta la entidad contratante mediante acto administrativo debidamente motivado, proferido en virtud de la facultad que la ley le otorga cuando el contratista no se presenta a la liquidación, imposibilitando de este modo la realización de una liquidación conjunta, o cuando las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, situación que igualmente impide la adopción de consuno del respectivo cruce final de cuentas⁹¹.

Debe destacarse que es la ley la que contempla la posibilidad de que la entidad estatal liquide unilateralmente el contrato, atribuyendo a la administración la competencia para adoptar mediante acto administrativo la liquidación del contrato⁹².

⁹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 28 de junio de 2016. Rad.: 11001-03-06-000-2015-00067-00(2253)

⁹² Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado que “[t]ratándose de potestades que le han sido atribuidas a la administración para que ésta las ejerza unilateralmente en sus relaciones contractuales, no hay duda de que corresponden a nuevas facultades excepcionales, lo que viene a corroborar la norma general en materia de competencia de las entidades estatales, en el sentido de que todas las potestades que ejerzan y todas las actuaciones unilaterales que adelanten y todas las decisiones que tomen mediante actos administrativos, deben tener su fundamento en una norma legal que expresamente les haya atribuido la facultad para obrar en tal sentido.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sección ha considerado que las otras decisiones unilaterales que las entidades pueden tomar en el ámbito de la ejecución de los contratos estatales, a pesar de no estar consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, también hacen parte de las facultades exorbitantes que les han sido atribuidas:

(...) para la mayoría de la Sala los poderes excepcionales o tradicionalmente conocidos también como exorbitantes –en cuanto exceden la órbita que integra el marco dentro del cual se desarrollan los contratos que, en pie de igualdad jurídica, celebran los particulares entre sí, de conformidad con la teoría general de los contratos–, corresponden a la totalidad de facultades, atribuciones o competencias que autorizan a las entidades estatales contratantes –en la esfera de los contratos de derecho público– para adoptar decisiones unilaterales que resultan vinculantes para los particulares contratistas quienes no se encuentran en un plano de igualdad sino de subordinación jurídica respecto de su contratante la Administración Pública, a la cual le corresponde velar por el interés general cuya satisfacción se encuentra inmersa en la celebración y consiguiente ejecución de cada contrato estatal,

Desde esa perspectiva cabe precisar entonces que la diferencia que existe en cuanto al contenido o el alcance de las dos clases o especies de la noción de poderes excepcionales que aquí se han descrito, esto es aquella a la cual hace referencia la Corte Constitucional en su sentencia C-1436 de 2000, por un lado y, por el otro, el concepto al cual de ordinario alude en asuntos de contratación pública la mayoría de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

En otras palabras, se trata de una potestad radicada en cabeza de la entidad estatal para adoptar una decisión unilateral vinculante, de donde emerge con toda claridad que la falta de ejercicio de dicha facultad no comporta incumplimiento contractual a partir del cual pudiera atribuirse responsabilidad a la entidad contratante.

Ahora bien, además de aducir que el Distrito Capital incurrió en dilaciones injustificadas y exigencias caprichosas o arbitrarias durante el término para llevar a cabo la liquidación bilateral del contrato, en su recurso de apelación sostiene la parte actora que el Distrito Capital incurrió en un incumplimiento contractual al no haber llevado a cabo la liquidación unilateral del mismo, afirmando que en el caso *sub lite* la liquidación no era una facultad sino una obligación contractual por cuanto así fue pactado por los contratantes, de tal suerte que deben serle reconocidos intereses moratorios a partir del vencimiento de los 6 meses pactados en la cláusula CGC 57 para la liquidación bilateral y unilateral del negocio *sub judice*.

Al respecto, dejando de lado el análisis de la facultad excepcional atribuida por la ley para liquidar unilateralmente el contrato de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, si se analiza la situación planteada por el recurrente de cara al clausulado contractual, para la Sala resulta claro que las partes no estipularon como obligación a cargo del Distrito Capital la de liquidar unilateralmente el contrato dentro de un plazo perentorio de 2 meses siguientes al término inicial de 4 meses

Estado, radica en que mientras el Tribunal Constitucional identificó en su condicionamiento de exequibilidad los “poderes excepcionales” con aquellos que consagra exclusivamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, esta Sala, por el contrario, considera que forman parte del género de los “poderes excepcionales” todas aquellas facultades, atribuciones o prerrogativas que autorizan o permiten a las entidades estatales contratantes la adopción de actos administrativos contractuales, incluidos aquellos a los que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 pero sin limitarse a ellos, por manera que además de las referidas competencias para adoptar decisiones unilaterales vinculantes en virtud de a) la interpretación unilateral; b) la modificación unilateral; c) la terminación unilateral; d) la caducidad administrativa; e) el sometimiento a las leyes nacionales, y f) la reversión, también deben entenderse como parte de los “poderes excepcionales o exorbitantes” –pero no para efectos del entendimiento y aplicación de la sentencia C-1436 de 2000–, los demás actos administrativos contractuales como son, por ejemplo, los que imponen multas, de conformidad con las previsiones del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; los que declaran la terminación unilateral del contrato por la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en alguno de los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, según los dictados del artículo 45 del mismo Estatuto de Contratación Estatal; los que corresponden a la liquidación unilateral de los contratos, de conformidad con las previsiones del artículo 61 de la misma Ley 80; los que determinan u ordenan la exigibilidad de las garantías constituidas para amparar diversos riesgos de naturaleza contractual; etc.”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 28 de noviembre de 2019. Radicación: 110010326000200900034 00 (36600)



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

contemplado para la liquidación de mutuo acuerdo, ni tampoco dentro del lapso de dos años siguientes al vencimiento del término anterior.

En efecto, en la cláusula invocada por la actora como fundamento del incumplimiento que aduce, textualmente se acordó lo siguiente:

“CGC 57 Se adiciona Subcláusula 57.2:

Vencido el plazo de ejecución del contrato, se efectuará la liquidación, para lo cual se contará con un término de seis meses, discriminados así:

- *Cuatro (4) meses para liquidación de manera bilateral o de mutuo acuerdo.*
- *Dos (2) meses para efectuarse de manera unilateral por parte del contratante, cuando las partes no se estuvieran de acuerdo sobre su contenido, o el contratista no acudiere, previa notificación o convocatoria que le haga la entidad*

*Si vencido el plazo de seis (6) meses, no se ha realizado la liquidación, **esta podrá efectuarse dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento del término anterior, de mutuo acuerdo o unilateralmente.***

Se adiciona Subcláusula 57.3:

El Acta de Liquidación Final deberá suscribirse por el interventor, el Contratista y el Contratante.” (subrayado fuera del texto)

Para la Sala, la intención de las partes (artículo 1618 CC), que aparece exteriorizada en la cláusula transcrita, permite concluir que la SED y el Consorcio, en términos muy similares a lo que sobre el particular dispone el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, consignaron un término inicial de 4 y 2 meses para la liquidación bilateral y unilateral del Contrato, contemplando igualmente que dentro de los dos años siguientes a dicho periodo la misma también “**podría**” efectuarse de mutuo acuerdo o unilateralmente, expresión que claramente denota la existencia de una mera posibilidad o facultad, que por demás no solamente se contempló por el periodo inicial de 4 y 2 meses sino por un lapso de 2 años adicionales y que, como tal, podía ser ejercida o no por la Administración, sin que fuera mandatorio hacerlo, pues incluso podía llevarse a cabo también en forma bilateral, de donde su falta de ejercicio por parte de la entidad no implica la violación de una obligación contractual ni una infracción a lo estipulado en la referida cláusula.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

Por lo demás, al claro tenor literal de la cláusula se añade el comportamiento que observaron las partes durante los acercamientos que llevaron a cabo a partir de la finalización del término del contrato y hasta la presentación de la demanda y el cual nos solo abarcó los 6 meses iniciales que corrieron a partir de la finalización del contrato, sino varios meses que transcurrieron posteriormente hasta la presentación de la demanda, durante los cuales las partes realizaron esfuerzos conjuntos por lograr un consenso, tal como ha quedado analizado atrás. En este sentido, debe recordarse que, de conformidad con el artículo 1.622 del Código Civil, las cláusulas del contrato pueden interpretarse “... por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”. Esta regla de hermenéutica es la denominada “interpretación auténtica”, pues proviene de los propios contratantes, de manera tal que de su comportamiento se deduce su voluntad real y su mutuo entendimiento acerca del contenido y alcance de sus estipulaciones⁹³.

En conclusión, como la SED no incurrió en el incumplimiento alegado por la actora no es procedente el cobro de los perjuicios reclamados por este concepto, por lo que se confirmará la decisión de negar las pretensiones relacionadas con la declaración de incumplimiento por la falta de liquidación del contrato en sede administrativa, así como el cobro de intereses moratorios e indexación a partir de la fecha en la que finalizó el plazo inicial de 6 meses para la liquidación.

6.4.2 Falta de pago del Acta final de obra o Acta No. 12

Aduce la actora que la entidad le adeuda el acta final de obra No 12 suscrita por el Contratista y la Interventoría que consignó las obras adicionales que se llevaron a cabo, las cuales injustificadamente se ha negado a pagarle a pesar de que corresponden a lo pactado en la Modificación No. 3 del contrato. En este sentido, señala que como el valor total del acta es de \$501.378.400, la SED le adeuda por este concepto la suma de \$451,240.560 (efectuando el descuento del valor correspondiente a la retención del 10%: \$50.137.840), tal como fue cobrado por el

⁹³ Luis Claro Solar. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Editorial Temis S.A. y Editorial Jurídica de Chile. 1992. Vol. VI. De las Obligaciones. Num. 1291.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

Consortio en su factura No. 22 del 6 de marzo de 2015. Por su parte, el Distrito Capital señala que formuló observaciones al acta y devolvió la mencionada factura, al advertir que dicha acta fue elaborada a partir de precios unitarios que no coinciden con los incorporados en el modificatorio No. 3 para los ítems de obra nueva que se pactaron e incluyeron, además, ítems que no se acordaron en este último.

En el marco de lo anterior, a efectos de dilucidar la presente controversia lo que se impone es volver a los textos contractuales, para pasar luego a los demás medios de prueba que, valorados en conjunto, permiten establecer lo acaecido en punto a la obligación que se aduce incumplida y a los compromisos pactados por las partes.

En este orden, de conformidad con lo pactado se observa que el valor del contrato se pagaría por el sistema de precios unitarios sin fórmula de reajuste, de donde el valor consignado en el contrato es un monto estimado, en tanto que el definitivo corresponderá a la suma de los resultados que se obtengan de multiplicar los precios unitarios pactados por las cantidades de obra ejecutada⁹⁴. Además, se estipuló que cada precio unitario comprendía la totalidad de los costos directos e indirectos asociados a la ejecución del respectivo ítem de obra, es decir que no se acordó el A.I.U en forma discriminada e independiente de los precios unitarios, sino que se pactó que los elementos que lo componen (administración, imprevistos y

⁹⁴ Sobre el particular, a diferencia del actual, el anterior estatuto de contratación, Decreto Ley 222 de 1983, establecía "las formas de pago en los contratos de obra" y definía el contrato a precio unitario como aquél en el cual "se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije". Esta definición, aunque no la incorpora el estatuto contractual vigente, continúa conservándose en la jurisprudencia y la doctrina a efectos de caracterizar el contrato de obra pactado a precios unitarios. Como lo ha señalado esta Corporación, "[s]e acepta, entonces, sin necesidad de definición legal, que el contrato de obra a precio unitario es aquél en el que el precio "se configura por tres elementos: una unidad de medida, el estimativo de la cantidad de cada medida y un precio por cada unidad; siendo claro que lo más probable es que el monto del precio del objeto contractual sea uno al momento de la celebración del contrato y otro cuando concluya la ejecución [...]"

En efecto, son numerosas las sentencias de la Sección Tercera en las que se ha precisado que el contrato cuyo pago es pactado a precios unitarios, es aquel en el que las partes acuerdan el valor de las distintas unidades o cantidades de obra, de tal suerte que "el costo directo total del contrato, será el resultado de multiplicar los precios unitarios por las cantidades de obra ejecutadas y de sumar todos los ítems necesarios para dicha ejecución". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1920 del 9 de septiembre de 2008



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

utilidad) se encontraban incluidos en los precios. En efecto, en la cláusula 43 de las Condiciones Especiales del Contrato se pactó lo siguiente:

“[...] Sistema de pago

La modalidad de pago será por el sistema de precios unitarios fijos (valor por unidad de recurso, obra, trabajo, servicio o bien, el cual remunera la totalidad de las actividades y/o suministros que sean necesarios para la ejecución de su objeto, de conformidad con lo pactado), sin fórmula de reajuste, en consecuencia, el valor real del contrato será la suma de los resultados que se obtengan al multiplicar las cantidades ejecutadas y/o entregadas a satisfacción de la SED por los valores o precios unitarios pactados para el respectivo ítem. Cada precio unitario comprende todos los costos directos e indirectos derivados de la ejecución de la respectiva actividad y/o suministro que hacen parte del objeto del contrato. Incluye entre otros los gastos de administración, salarios y prestaciones sociales del personal, incremento salariales y prestaciones, desplazamiento, transporte, alojamiento y asesorías en actividades objeto del contrato, computadores, licencias de utilización del software, impuestos a cargo del contratista, transporte, garantías y bodegaje de equipos y materiales, las deducciones a que haya lugar y en general todo costo en que incurra el contratista para la ejecución de cada una de las actividades o suministros objeto de este contrato, por lo cual incluye el A.I.U

CGC 7.1 El contrato no está sujeto a ajuste de precios de conformidad con la Cláusula 47 de las CGC.” (subrayado fuera del texto)

Por su parte, en punto a la forma de pago convenida, se pactó que el valor del contrato sería pagado un 90% mediante actas mensuales de obra ejecutada, descontando la amortización del anticipo -el cual posteriormente fue suprimido mediante la Modificación No. 1 suscrita por las partes el 16 de julio de 2013 (hecho probado 6.2.5) - y efectuándose una retención equivalente al 10% del valor de cada acta. El saldo del 10% del valor total del contrato se cancelaría dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firma y aprobación del “*acta de liquidación final de obra y del contrato*”. En efecto, lo acordado por las partes fue lo siguiente:

“[...] 43.5 La SED pagará al contratista el valor por el cual le fue adjudicado el contrato, por el sistema de precios unitarios sin fórmula de reajuste, así:

Mensualmente, hasta el noventa por ciento (90%) del valor total de las respectivas actas mensuales de obra ejecutada, previa presentación y entrega por parte del contratista a la interventoría de las mismas y de los informes correspondientes debidamente aprobados por la interventoría, descontando, en todo caso, el porcentaje del anticipo. El saldo correspondiente al diez por ciento del valor total de las actas parciales ejecutadas, serán cancelados en el último pago.

El saldo correspondiente al 10% del valor total del contrato, se cancelará dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la firma y aprobación del acta de liquidación



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

final de obra y del contrato, que debe incluir entre otros aspectos, la aprobación de garantías, la totalidad de la obra ejecutada, así como la entrega de los anexos técnicos que hacen parte de los productos complementarios, los cuales deben ser entregados previamente a la suscripción del Acta de Recibo DEFINITIVA:

En esta factura se amortizará el saldo del anticipo que estuviere pendiente, cuando a ello hubiere lugar.

[...]

CGC 8.1 La proporción que se retendrá de los pagos es: 10%”

Por otro lado, en lo que concierne a las obras extras y adicionales la cláusula 38 de las Condiciones Especiales del Contrato, Sección VI, dispuso que: (i) el contratista estaría obligado a ejecutar las mayores cantidades que resultaran necesarias para la ejecución del objeto contractual, siempre que no implicaran un aumento en el valor estimado del contrato; (ii) si las mayores cantidades implicaran el aumento del valor estimado del contrato, antes de ser autorizadas por la interventoría y ejecutadas por el contratista sería necesario celebrar un contrato adicional; (iii) si surgiere la necesidad de ejecutar ítems de obra no previstos contractualmente, el contratista debería ejecutarlos previa celebración del contrato adicional correspondiente; (iv) para la determinación del precio de los ítems no previstos se tendría en cuenta el valor de los insumos contenidos en los análisis de precios de las actividades previstas y en la lista de precios de insumos de la SED. A falta de ellos, el valor correspondiente sería acordado entre el contratista y el interventor, previa verificación y aval por parte de la SED y sin que los precios acordados en ningún caso fueran superiores a los del mercado al momento de la celebración del respectivo contrato adicional; y (v) le estaba prohibido al contratista ejecutar ítems no previstos en el contrato sin la previa celebración del respectivo contrato adicional, por lo que *[c]ualquier ítem que ejecute sin la celebración previa del documento contractual será asumido por cuenta y riesgo del contratista, de manera que la SED no reconocerá valores por tal concepto”*.

En efecto, la referida cláusula establece:

“[...]



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

38.2. Si durante el desarrollo de la obra surge la necesidad de ejecutar ítems o actividades de obra no previstos contractualmente, el contratista los deberá ejecutar, previa celebración del contrato adicional correspondiente. La necesidad de ejecutar los nuevos ítems de obra será determinada por la SED, previo concepto de la interventoría.

Le está prohibido al contratista ejecutar ítems o actividades de obra no previstas en el contrato, sin que, previamente, se haya suscrito el respectivo contrato adicional. Cualquier ítem que ejecute sin la celebración previa del documento contractual será asumido por cuenta y riesgo del contratista, de manera que la SED no reconocerá valores por tal concepto.

Para la determinación del precio de los ítem o actividades no previstas y, por lo tanto, para la elaboración del análisis de precios unitarios, por parte del contratista, se tendrá en cuenta el valor de los insumos, entendido como aquel que corresponde a las tarifas de los equipos, precios de los insumos y/o materiales básicos y las tarifas de personal, contenido en los respectivos análisis de precios unitarios de los ítems o actividades previstas y en la lista de precios de insumos. En el evento en que en el análisis de los precios unitarios de los ítems o actividades previstas y/o en la lista de precios de insumos se hayan consignado valores diferentes para un mismo insumo, se aplicará el menor valor. Si el precio de uno o algunos de los insumos necesarios para la determinación del valor del nuevo ítem o actividad no se encuentra en los análisis de precios unitarios, ni en la lista de precios de insumos, será acordado entre el contratista y el interventor previa verificación y aval de los precios por parte de la Dirección de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos de la SED. Los precios que se acuerden por los ítems o actividades no previstos, en ningún caso, serán superiores a los del mercado al momento en que se celebre el contrato adicional.

Son ítems o actividades no previstas aquellas necesarias para el cumplimiento de las finalidades perseguidas con el contrato, pero cuya ejecución no fue pactada.

Si el precio de uno o algunos de los insumos necesarios para la determinación del valor del nuevo ítem o actividad no se encuentra en los análisis de precios unitarios, ni en la lista de precios de insumos, será acordado entre el contratista y el interventor sometido a la aprobación de la dirección de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos de LA SED, quien adelantará la verificación previa de los precios. Los precios que se acuerden por los ítems o actividades no previstas, en ningún caso, serán superiores a los del mercado al momento en que el que se celebre el contrato adicional.

[...]" (subrayado fuera del texto)

En relación con la ejecución de obras adicionales, la prueba documental, que refleja el desarrollo de la ejecución del contrato, da cuenta de la realización de ítems de obra no prevista que fue necesario llevar a cabo y que la entidad autorizó y recibió a satisfacción, como se desprende, entre otros, de lo consignado en la Suspensión No. 1 del 12 de agosto de 2014, la Modificación No. 3 suscrita el 19 de septiembre de 2014 y el acta de terminación del contrato fechada el 20 de diciembre de 2014.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

En efecto, se probó que el 12 de agosto de 2014 se suscribió el Acta de Suspensión No. 1 (hecho probado 6.2.16), mediante la cual se suspendió por 20 días calendario el plazo de ejecución pactado, consignándose puntualmente lo siguiente:

“De acuerdo a las obras no previstas y necesarias para la terminación del edificio, para la puesta en funcionamiento de la cocina y el Proyecto Serie 3, se requirió realizar unos nuevos APUs de las mismas, los cuales se encuentran en revisión tanto de la Interventoría como de la SED y a la fecha no se ha llegado a un acuerdo sobre el valor a pagar al contratista, que se ajuste a los precios del mercado. Se aclara que esta suspensión no dará lugar a ninguna reclamación por parte del CONTRATISTA”.

A su vez, el 19 de septiembre de 2014 la SED y el Consorcio suscribieron la Modificación No. 3 al contrato (hecho probado 6.2.21), mediante el cual se pactaron los precios unitarios correspondientes a los ítems de obra nueva aprobados por la entidad y, de igual modo, consta en el acta de terminación del contrato la certificación por parte de la Interventoría de la ejecución del objeto contractual “a entera satisfacción y de conformidad con lo estipulado en el contrato” y la constancia de que “a la fecha el porcentaje de ejecución es: 99.99%” (hecho probado 6.2.25)

Por otra parte, la correspondencia cruzada entre el Consorcio, la Interventoría y la SED permite advertir que, siguiendo con el procedimiento pactado para la determinación de los precios unitarios correspondientes a los ítems o actividades no previstas, a partir del mes de enero de 2014 en diversas oportunidades el Consorcio presentó a la Interventoría y al Distrito Capital para su aprobación los respectivos análisis de los precios unitarios no previstos, teniendo en cuenta los valores de los insumos contenidos en los precios unitarios pactados en el contrato, la lista de precios de insumos de la SED y los precios del mercado (hechos probados 6.2.9, 6.2.10 y 6.2.12,).

Al respecto, también quedó acreditado que la entidad contratante, por su parte, llevó a cabo la verificación de los precios unitarios de las actividades no previstas, a partir de los valores de los insumos contenidos en los análisis de precios unitarios contractuales y los incluidos en el “listado de precios de referencia de actividades



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

de obra”⁹⁵ de la SED. Además, respecto de aquellos insumos necesarios para la determinación de los nuevos ítems o actividades cuyo valor no se encontraba en los análisis de precios unitarios contractuales ni en la lista de insumos de la entidad, la entidad avaló los montos correspondientes a los precios del mercado para la fecha, aceptando en algunos casos los indicados por el Contratista y señalando los valores que aprobaba frente a otros, todo lo cual consta en diversos oficios y memorandos en cada uno de los cuales puso de presente que la revisión y aprobación de los precios unitarios nuevos se realizaba sin perjuicio de la necesidad de que los mismos fueran expresamente contratados a través del respectivo acuerdo modificadorio (hechos probados 6.2.9 -6.2.11, 6.2.17 y 6.2.19).

Se demostró que el 19 de septiembre de 2014 las partes suscribieron la Modificación No. 3 (hecho probado 6.2.21), acuerdo de voluntades por medio del cual aquellas convinieron ampliar el plazo de ejecución en 3 meses calendario, con fecha de vencimiento final el 19 de diciembre de 2014, pactaron los precios unitarios correspondientes a ítems de obras adicionales que fue necesario ejecutar y que la entidad autorizó y adicionaron el valor inicial del contrato en la suma de \$1.328.689.995.

En el referido acuerdo modificadorio se plasmó lo siguiente:

*“[...] El CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013, mediante comunicación MYH-VENECIA-066-14 del 19 de agosto de 2014, solicitó a la Interventoría prorrogar el Contrato de Obra 2064 de 2013 por tres (3) meses calendario, y adicionar la suma de 1.328.689.995 [...] La Interventoría a través de la comunicación E-2014-136587 del 22 de Agosto de 2014 y E-2014-153807 del 16 de Septiembre de 2014, corrobora, a la Secretaría de Educación, la necesidad de la adición presupuestal y la ampliación en el tiempo, con el fin de terminar en un 100% el objeto contractual. **Los APUS de los ítems no previstos objeto de la presente adición fueron revisados y avalados por el responsable de Estudios Previos de la DCCEE como consta en los memorandos internos de fecha 4/02/14, 15/05/14, 27/08/14, y del 10/09/14, los cuales hacen parte integral de la presente modificación. En consecuencia, analizados los soportes documentales y conceptos de conveniencia allegados a la SED por la Interventoría del Contrato de Obra, el supervisor del contrato de Interventoría para este proyecto [...], considerando las circunstancias de tiempo, modo y lugar que sustentan la solicitud de adición y prórroga del contrato de obra, avalada por la Interventoría, con la firma de la presente solicitud recomienda y considera viable modificar el contrato 2064 2013, en los siguientes aspectos: Adicionar el valor inicial del Contrato de Obra 2064 de 2013 en la suma de UN MIL***

⁹⁵ Fl.232, C.2



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

TRESCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS M/Cte. (\$1.328.689.995), correspondientes a las mayores y menores cantidades de obra, y a los ítems no previstos que se relacionan a continuación [...] (resaltado fuera del texto original)

De igual modo, quedó acreditado que luego de suscrita la Modificación No. 3, la Interventoría solicitó a la SED revisar un total de 110 análisis de precios unitarios no previstos, de los cuales 22 eran “*APU's nuevos para revisión y fijación por parte de la SED, a costo total*” y los restantes se enviaban para ser revisados nuevamente y aprobados a “*costo total*”, toda vez que el Contratista no se encontraba de acuerdo con el precio previamente establecido y solicitaba que se aprobaran a “*costo total*” (hecho probado 6.2.22).

Por último, se estableció en el proceso que con ocasión de la revisión y aprobación de los precios unitarios de los ítems de obra no prevista, el Consorcio y la Interventoría suscribieron las siguientes 4 actas, las dos primeras antes de la firma de la Modificación No. 3 al contrato por parte del Contratista y la SED y las dos restantes con posterioridad a la misma:

- En primer lugar, el 7 de enero de 2014 firmaron el “*ACTA DE FIJACIÓN Y APROBACIÓN DE PRECIOS UNITARIOS No.1*” (hecho probado 6.2.8), en la cual relacionaron los precios unitarios de los ítems de obra no previstos ONP 001 a ONP 009.
- En segundo lugar, sin fecha establecida en el proceso, también acordaron la denominada “*ACTA DE MAYORES CANTIDADES – BALANCE GENERAL PARA ADICIÓN*”, la cual fue remitida por el interventor a la SED en comunicación del 16 de septiembre de 2014 (hecho probado 6.2.20).
- En tercer lugar, el 3 de diciembre de 2014 suscribieron el “*Acta de fijación y aprobación de precios unitarios No.3*”. Esta acta da cuenta de una reunión efectuada entre el Contratista y el interventor con el objeto de “*revisar y aprobar los valores de los Análisis de Precios Unitarios de ítem no previstos en el contrato*” y en ella consignó la relación de las actividades que no se



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

encontraban incluidas en el “*listado de precios S.E.D*”, frente a las cuales se indicó que se trataba de “*los ITEM aprobados por las partes y que corresponden a los Análisis de Precios Unitarios adjuntos aprobados por la Interventoría y avalados por el Supervisor de la SED, dado que estos no se encontraron dentro del listado de precios de la Entidad*”. Puntualmente el acta alude a los precios unitarios de los ítems nuevos ONP001 a ONP029, ONP031 a ONP037, ONP039 a ONP073, ONP075 a ONP079, ONP091 a ONP124 e indica respecto de cada uno el “precio unitario total” (hecho probado 6.2.23).

- Por último, la interventoría y el Consorcio suscribieron el “*ACTA DE MAYORES Y MENORES CANTIDADES – BALANCE ACTUALIZADO A 26 DE FEBRERO DE 2015*” (hecho probado 6.2.28), en la que especificaron el valor y cantidades de obra presupuestadas, la variación presentada en cuanto a cantidad y costo estimados, el valor unitario de los ítems no previstos y sus cantidades. En este documento se indicó que el valor total del costo directo de los ítems adicionales ascendía a \$1.471.886.414,81 y se presentó el siguiente “Balance General del Contrato”, así:

BALANCE GENERAL DEL CONTRATO	
	VARIACIÓN TOTAL
<i>RESUMEN ÍTEM CONTRACTUALES</i>	\$143.226.676,52
<i>RESUMEN ÍTEM ADICIONALES</i>	
<i>RESUMEN ÍTEM NO PREVISTOS</i>	\$1.471.886.414,81
TOTAL BALANCE CONTRATO	\$1,328,659,738.29

Ahora bien, en su recurso de apelación el Consorcio hizo especial énfasis en el “*ACTA DE MAYORES CANTIDADES – BALANCE GENERAL PARA ADICIÓN*” presentada por la Interventoría a la SED el 16 de septiembre de 2014, señalando que en la misma contiene los precios unitarios que fueron tenidos en cuenta al elaborar y suscribir el acta final No. 12 y forma parte integral la Modificación No. 3.

Del contenido de este documento se advierte que allí se incluye el “*presupuesto de ítem no previstos*”, acápite en el que se relacionan los ítems de obra nueva, con



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

indicación de su cantidad y el valor “*costo directo unitario*”. Los ítems de obra no prevista relacionados en esta acta son los siguientes: ONP 001, 002, 007 a 009, 0011 a 0013, 0015, 0016, 0018 a 0020, 0023 a 0030, 0033, 0035 a 0054, 0060 a 0062, 0091 a 00124. De igual modo, junto con sus cantidades y el “*costo directo unitario*” de cada actividad, se indica que el “*total del costo directo adiciones*” equivale a \$964.807.489,54, luego de lo cual adiciona un A.I.U por valor de \$270.146.097,14, para un total de \$1.234.953.586,68 por concepto de ítems adicionales.

A la vista de lo anterior, la Sala pone de relieve dos conclusiones en punto al núcleo central de la diferencia que entre las partes se suscitó a propósito del acta final de obra No. 12 cuyo pago reclama la actora. La primera es que, a partir de la intención de las partes que aparece exteriorizada tanto en el cuerpo del contrato como en la actuación que adelantaron durante su ejecución, todas las obras adicionales requerían, para su reconocimiento, de la suscripción de un contrato adicional o modificatorio del contrato inicial.

Así se desprende del claro tenor de la cláusula 38 pactada en el Contrato y fue puesto de manifiesto en forma expresa por las partes a lo largo de los meses en los que se surtió el procedimiento de presentación, revisión y aprobación de los precios unitarios correspondientes a los ítems adicionales, como resultado del cual, justamente, el 19 de septiembre de 2014 suscribieron la Modificación No. 3 al Contrato en la que finalmente, producto de aquel procedimiento, se pactaron los precios unitarios a los que serían pagadas las obras no previstas inicialmente en el contrato de obra.

Sobre el particular, conviene resaltar que las obras adicionales o complementarias hacen referencia a ítems o actividades no contempladas o previstas en el contrato, pero que requieren ser ejecutadas para la obtención y cumplimiento del objeto contractual. Por ello, como en forma reiterada lo ha señalado esta Corporación en criterio que comparte esta Subsección, su reconocimiento requiere la previa



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

celebración de un contrato adicional o modificatorio del contrato inicial⁹⁶. Así, por ejemplo, en sentencia del 31 de agosto de 2011, se sostuvo sobre el particular:

“Ahora, en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada consiste en que ella fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una prolongación de la prestación debida⁹⁷, sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual⁹⁸. Por su parte, las obras adicionales o complementarias hacen referencia a ítems o actividades no contempladas o previstas dentro del contrato que requieren ser ejecutadas para la obtención y cumplimiento del objeto contractual y, por tal motivo, para su reconocimiento se requiere de la suscripción de un contrato adicional o modificatorio del contrato inicial.”⁹⁹

Además de la exigencia de acuerdo previo entre las partes, la segunda conclusión que debe anotarse es que las actas de fijación de precios y de balance del contrato que suscribieron el Consorcio y la Interventoría durante la ejecución del mismo apenas reflejan los ejercicios realizados por aquellos con la finalidad de verificar las mayores cantidades de obra y las obras adicionales que fue necesario ejecutar, así como revisar y avalar los precios unitarios correspondientes a estas últimas, pero no tienen el alcance de vincular jurídicamente a la entidad contratante. En este sentido, reitera la Sala que las obras adicionales y sus correspondientes precios unitarios requerían aprobación por parte de la SED y pacto expreso mediante el correspondiente contrato adicional.

No debe dejarse de lado que al interventor le corresponde llevar a cabo una labor de verificación y control sobre la ejecución de las actividades contratadas, pero no puede introducir modificaciones al clausulado del contrato, pues ello solo compete a las partes del negocio jurídico. Como lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Corporación, al interventor no le corresponde concertar modificación a las estipulaciones del acuerdo de voluntades objeto de su control y vigilancia, como lo es, ciertamente, convenir el precio de actividades no previstas. En otras palabras,

⁹⁶ Cfr, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 15 de julio de 2020, Rad. 28794.

⁹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 31 de agosto de 1999, Exp. 12.849.

⁹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 6 de agosto de 1987, Exp. 3886.

⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2011 Rad.: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

el interventor del contrato no puede obligar a la entidad, porque no ostenta su representación para suscribir contratos adicionales.¹⁰⁰

Sobre el alcance de la labor del interventor del contrato de obra, en recientes pronunciamientos esta Subsección ha señalado:

"[...] el Decreto 2090 de 1989, "por el cual se aprueba el reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura", establece en el numeral 6.1 del artículo 1 que "se entiende por interventoría el servicio prestado por un profesional o persona jurídica especializada, para el control de la ejecución del proyecto arquitectónico o de la construcción".

"[...] al interventor no le corresponde concertar modificación a la normativa del contrato objeto de su control o fiscalización, como, por ejemplo, convenir cantidades de obra, variar las especificaciones técnicas de la obra, variar los precios unitarios, convenir el precio de actividades no previstas, convenir prórrogas, transar o conciliar diferencias, etc.

En virtud de lo expuesto, la Sala considera que desde la arista de la naturaleza del contrato, el interventor no se puede considerar como representante de la entidad contratante, sino que su actuación es de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, con el fin de desempeñar el control y vigilancia de la correcta ejecución de las actividades contratadas. Por lo tanto, si el interventor realiza actos que implican modificaciones o nuevos acuerdos distintos al originario, se estaría extralimitando de sus funciones y los efectos de tales actos jurídicos serían inoponibles a la entidad contratante, es decir no la vincularían ni la comprometerían frente al contratista."¹⁰¹

Bajo el anterior contexto, concluye la Sala que para efectos de establecer si el Distrito Capital incumplió su obligación de pagar al Consorcio las obras adicionales ha de estarse a lo pactado por las partes sobre este particular asunto y específicamente a lo convenido en la Modificación No. 3 del 19 de septiembre de 2014, mediante la cual se acordaron las actividades adicionales con sus respectivos precios, a propósito de lo cual si bien es cierto que en los términos del artículo 1618 del Código Civil la "intención de los contratantes" debe prevalecer sobre "lo literal de las palabras", también lo es que la búsqueda de esa común intención se sujeta, en primer término, a lo que se puede deducir del texto correspondiente y del comportamiento relevante de las partes.

¹⁰⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 15 de julio de 2020. Rad.: 05001-23-31-000-1998-00114-01(28794).

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 1º de junio de 2020. Radicación número: 05001-23-31-000-2000-03439-01(47101)



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

De acuerdo con lo anterior, en el texto de dicho contrato adicional se evidencia, de manera clara, que la común intención de las partes fue la de pactar el precio de cada uno de los ítems de obra no prevista y adicionar el valor estimado del contrato inicial, además de prorrogar el plazo de ejecución. Así se advierte de su claro tenor en el que se refleja de manera inequívoca el querer de las partes, al incorporar en el cuerpo del contrato la relación pormenorizada de los distintos ítems acordados, indicando respecto de cada uno de ellos la descripción de la actividad a la que correspondían, la unidad de medida, cantidad y “*valor unitario*”.

En relación con los precios unitarios convenidos, cabe resaltar que el contrato adicional expresamente plasmó lo siguiente:

“[...] Los APUS de los ítems no previstos objeto de la presente adición fueron revisados y avalados por el responsable de Estudios Previos de la DCCEE como consta en los memorandos internos de fecha 4/02/14, 15/05/14, 27/08/14, y del 10/09/14, los cuales hacen parte integral de la presente modificación”.

Ahora bien, al confrontar los ítems y precios incorporados en el texto del contrato adicional con los ítems y valores unitarios que a su turno se indicaron en los cuatro memorandos internos que forman parte integral del acuerdo modificatorio, según la cláusula transcrita, se observa que coinciden los valores relacionados en el modificatorio No. 3 con los precios que en los mencionados memorandos la SED relacionó e indicó de manera clara y específica como valores aprobados por la entidad.

La Sala observa que el motivo de inconformidad manifestado por el Consorcio se encuentra en que en los análisis de precios unitarios que presentó para aprobación por parte de la SED junto con el costo directo adicionó un A.I.U del 28%, a pesar de lo cual, al dar respuesta a las solicitudes de revisión de precios la SED en los memorandos internos del 4 de febrero, 15 de mayo, 27 de agosto y 10 de septiembre de 2014 incorporados al acuerdo modificatorio, expresamente se indicaron los montos aprobados para cada ítem a partir del valor de los insumos de los precios unitarios previstos, los listados de precios de la SED y los valores del mercado a costo directo, es decir, que ciertamente la entidad no aprobó el reconocimiento de



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

costos indirectos involucrados dentro de los análisis de precios unitarios propuestos por el Contratista para las obras adicionales y en esta forma quedó pactado en la Modificación No. 3 no solo mediante la remisión a los memorandos indicados, sino plasmando en el texto mismo del contrato adicional los respectivos precios.

Precisamente a raíz de lo anterior, después de suscrita la Modificación No. 3 del 19 de septiembre de 2014, el Contratista manifestó su inconformidad o desacuerdo al respecto y solicitó la aprobación de precios unitarios “a costo total”. Además, presentó 22 nuevos precios para revisión por parte de la SED. En efecto, quedó probado en el proceso que el 25 de noviembre de 2014 la Interventoría le hizo entrega a la entidad contratante de 110 análisis de precios unitarios no previstos “*para la fijación de precios respectiva por parte de la SED*”, mediante comunicación en la cual precisó que los mencionados análisis de precios se dividían en tres grupos: (i) un primer grupo, correspondiente a 78 APU’s cuyo precio estaba “*fijado por la SED a costo directo*” y frente a los cuales se solicitó su aprobación a “*costo total*”, es decir, incluyendo costos directos e indirectos; (ii) 10 análisis de precios unitarios que correspondían a ítems “*de los cuales la SED ya fijó un precio a costo directo, sin embargo se solicita nueva revisión, ya que el contratista no está de acuerdo y para definir el costo total de los mismos*”; y (iii) 22 APU’s nuevos “*para revisión y fijación por parte de la SED, a costo total*” (hecho probado 6.2.22).

Así las cosas, la Sala observa que, contrario a lo afirmado por el Contratista, los ítems de obra nueva y sus precios unitarios acordados por las partes son sin duda alguna los expresamente relacionados en el acuerdo modificadorio No. 3, negocio jurídico vinculante para las partes, que por supuesto no logra desvirtuarse o modificarse mediante la suscripción por parte de la Interventoría y el contratista de actas de fijación de precios anteriores y/o posteriores al mismo.

A la anterior conclusión arriba la Sala partiendo de recordar que el soporte sobre el que se estructura el régimen contractual, incluida la contratación pública, es el mutuo consentimiento de las partes que da lugar al nacimiento de obligaciones recíprocas, como expresión de la autonomía de la voluntad y del que emerge la fuerza vinculante del negocio jurídico libremente convenido y el deber de ejecutar lo



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

acordado en los términos pactados.¹⁰² El principio enunciado –*pacta sunt servanda*, garante de la seguridad jurídica, constituye pilar esencial de las relaciones contractuales y encuentra su fundamento en la autonomía privada de la voluntad como fuente primaria de derechos y obligaciones. Tanto es así, que toda la estructura jurídica construida sobre la base del poder de la voluntad para que los sujetos puedan darse sus propias reglas de conducta, descansa en la confianza de que se cumplirá aquello que se conviene libre y voluntariamente.

En efecto, la fuerza obligatoria del contrato se funda en la voluntad o querer de las partes que intervienen en él, teniendo éstas la facultad de limitar su libertad para asumir un deber de conducta en razón a una determinada causa. En nuestro ordenamiento jurídico, tanto el Código Civil como el Código de Comercio, recogen este principio en los artículos 1602 y artículo 871, respectivamente, según los cuales los contratos válidamente celebrados son ley para los contratantes y no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por las causas legales¹⁰³.

Con base en lo anterior, la Sala concluye que la SED no incumplió el Contrato celebrado con el Consorcio al objetar y devolver el acta final No. 12 elaborada por el interventor y el Contratista a partir de unos precios unitarios que no coinciden con los que las partes concertaron en la Modificación No. 3 y que se fundaron en lo consignado por el contratista y el interventor en la denominada “Acta de mayores y

¹⁰² Sobre el particular, señala la doctrina:

“(…) que las partes no pueden sustraerse al deber de observar el contrato de acuerdo con su tenor, en su conjunto y en cada una de sus cláusulas.

(…) En el fondo, en la observancia del contrato y en la ejecución, reside el resultado práctico del contrato; es el resultado para cuya consecución se estipuló este. Y que el contrato deba ser observado, es decir, que las partes cumplan con lo que se estableció en él, es un principio que deriva de aquel (de orden ético) del respeto a la palabra dada y de la consideración de que (aún prescindiendo del hecho de que el contrato es por lo común de prestaciones recíprocas y que, por consiguiente, la observancia por uno de los contratantes es el presupuesto de la observancia por el otro) el contrato suscita legítimas expectativas en cada uno de los contratantes; expectativas que no deben ser defraudadas...” Messineo, Francisco: Doctrina general del contrato. EJEA: Buenos Aires. 1952, p. 143 y ss.

¹⁰³El artículo 1602 del Código Civil dispone: “LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Por su parte, el artículo 871 del Código de Comercio, dispone: “PRINCIPIO DE BUENA FE. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

menores cantidades – balance general para adición”, la cual, si bien fue enviada por la Interventoría a la SED con anterioridad a la suscripción del contrato adicional del 19 de septiembre de 2014, no quedó vertida o reflejada en los precios unitarios estipulados en el acuerdo de voluntades celebrado, en el cual, se insiste, las partes convinieron los precios unitarios no previstos que en el texto de dicho negocio jurídico se incluyeron pormenorizadamente y que encontraban respaldo en los memorandos que, según lo expresamente convenido, forman parte integral del mismo. Como lo puso de presente el Distrito Capital al formular sus observaciones frente al acta final No. 12, para la modificación de aquellos precios con el fin de incorporar los costos indirectos que pretendía el Consorcio le fueran reconocidos, habría sido menester celebrar por las partes un otrosí posterior, acuerdo para cuyo perfeccionamiento se requería la solemnidad del escrito, de conformidad con los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993¹⁰⁴, lo cual no ocurrió.

En suma, como no se configuró el incumplimiento alegado por la actora la Sala confirmará la decisión del *a-quo* de negar las pretensiones relacionadas con el cobro del acta final de obra No. 12 y sus consecuenciales atinentes a los intereses moratorios e indexación sobre el valor consignado en ella.

6.4.3 Falta de pago de la retención en garantía

En cuanto a este punto, la parte actora sostuvo que la SED le adeuda el valor de la retención del 10% pactada en el contrato y la cual a su juicio asciende en total a \$498.829.592,89, monto que debe serle reconocido con intereses de mora e indexación desde la fecha en la que debió llevarse a cabo la liquidación del contrato

¹⁰⁴ Al respecto, esta Corporación ha precisado que “[...] *la modificación respecto de un acuerdo que consta por escrito debe surtir el mismo proceso que se dio para su constitución, dado que el acuerdo modificadorio está tomando el lugar del acuerdo originario y la solemnidad que se predica legalmente del segundo ha de ser exigida para el reconocimiento de eficacia, existencia y validez del primero. El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla bajo la definición de que: “[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” En este caso, el consentimiento mutuo para adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario.*” Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Rad.: 85001-23-31-000-1997-00403-01(15596)



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

en sede administrativa. Además, solicitó revocar el numeral tercero de la parte resolutive del fallo apelado, aduciendo que el pago de la retención en garantía no debe condicionarse al cumplimiento de los requisitos establecidos en la cláusula 43.5 del contrato, pues el Contratista oportunamente entregó a la SED los documentos y soportes requeridos para el efecto. Por su parte, el Distrito Capital en su recurso afirmó el valor que debe ser reconocido a favor del contratista por concepto de retención en garantía es inferior al señalado por el *a-quo*, ascendiendo en realidad a la suma de \$390.423.691 que corresponde al valor que la SED propuso como fórmula conciliatoria.

Al respecto, dentro del expediente está demostrado que en la cláusula 43.5 del Contrato las partes pactaron la retención de la garantía en los siguientes términos:

“CGC 3. [...]

Se adiciona Subcláusula 43.5:

La SED pagará al contratista el valor por el cual le fue adjudicado el contrato, por el sistema de precios unitarios sin fórmula de reajuste así:

Mensualmente, hasta el noventa por ciento (90%) del valor total de las respectivas actas mensuales de obra ejecutada, previa presentación y entrega por parte del contratista a la interventoría de las mismas y de los informes correspondientes debidamente aprobados por la interventoría, descontando, en todo caso, el porcentaje del anticipo. Es saldo correspondiente al diez por ciento del valor total de las actas parciales ejecutadas, serán cancelados en el último pago.

El saldo correspondiente al 10% del valor total del contrato, se cancelará dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la firma y aprobación del acta de liquidación final de obra y del contrato, que debe incluir entre otros aspectos, la aprobación de garantías, la totalidad de la obra ejecutada, así como la entrega de los anexos técnicos que hacen parte de los productos complementarios, los cuales deben ser entregados previamente a la suscripción del Acta de Recibo Definitiva.

[...]” (negrilla fuera del texto)

De conformidad con la anterior estipulación, el pago de la retención de garantía debía llevarse a cabo dentro de los 30 días siguientes a la firma del acta de liquidación del contrato y estaba condicionado a i) la ejecución total de la obra



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

contratada, ii) la aprobación de garantías y ii) la entrega de los anexos técnicos que hacen parte de los productos complementarios.

Ahora bien, en punto al pago de la retención pactada en el contrato las partes no discuten en el proceso el derecho que le asiste al Contratista y la correlativa obligación a cargo de la Administración de efectuar el pago del valor correspondiente a la retención efectuada en aplicación de la citada estipulación contractual. Tampoco se encuentra en controversia la ejecución de la totalidad de la obra contratada, la cual fue recibida a satisfacción, según se desprende del acta de terminación del contrato de fecha 20 de diciembre de 2014 (hecho probado 6.2.25) sin que, por lo demás, en el proceso la entidad contratante hubiera formulado al respecto reparo alguno.

La discrepancia entre las partes en punto a la retención en garantía radica en tres aspectos. El primero se refiere a la suma que por este concepto debe ser reconocida al Consorcio, punto que será definido por la Sala al abordar lo atinente a la liquidación del contrato, toda vez que el monto a pagar al contratista depende del valor final del contrato, el cual deberá ser contrastado con el valor efectivamente pagado al Contratista a efectos de calcular la diferencia que de ello resulte. El segundo asunto en controversia versa sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en la cláusula 43.5 del contrato y la decisión del *a-quo* de condicionar el pago de la condena a la acreditación de aquellos y, por último, el tercero radica en la procedencia de intereses moratorios e indexación.

En cuanto al cumplimiento de los referidos requisitos, en el proceso quedó probado que a tal efecto el Contratista realizó una primera entrega de documentos a la SED el 6 de abril de 2015, allegando en físico y medio magnético los planos arquitectónicos, eléctricos, estructurales, hidrosanitarios, topográficos y exteriores, junto con actas de inventario de maquinaria y equipos, socialización del manual de mantenimiento e inventario por espacios (hecho probado 6.2.29).

Asimismo, quedó establecido que el 24 de agosto de 2015 el Consorcio envió a la SED una comunicación indicando la relación de las distintas entregas llevadas a



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

cabo a efectos de presentar los documentos requeridos para la liquidación del contrato, así como las respuestas que envió atendiendo las observaciones que fueron presentadas por parte de la Interventoría y la SED. Además, anexó copia de los oficios correspondientes (hecho probado 6.2.31).

De igual modo, se estableció que el 24 de enero de 2017 el Consorcio presentó la póliza “ajustada según sus requerimientos” y “acta de liquidación ajustando el cuadro de garantías”, oportunidad en la cual reiteró su reclamación en cuanto al pago del acta final No. 12 y solicitó la devolución de la retención en garantía (hecho probado 6.2.33).

Ahora bien, observa la Sala que el Distrito Capital al contestar la demanda y en su recurso de apelación manifestó que el Consorcio no había dado cumplimiento a los requisitos establecidos; sin embargo, no indicó en modo alguno cuáles son los documentos pendientes o frente a los que encuentra observaciones o reparos, ni precisó cuáles son los requisitos que no han sido cumplidos por el Contratista.

Bajo este contexto, la Sala revocará el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada, toda vez que la parte actora demostró que para efectos de la liquidación del contrato presentó ante la entidad la documentación de que dan cuenta las comunicaciones allegadas al expediente y que, por su parte, la demandada no se pronunció en lo absoluto sobre el particular, pues solo afirmó de manera general que no se habían cumplido los requisitos pactados en la cláusula 43.5 del contrato sin formular algún reparo concreto ni explicación alguna a partir de la cual la demandante, en ejercicio de su derecho de defensa, pudiera tener la oportunidad de pronunciarse y allegar las pruebas pertinentes. En este sentido, debe resaltarse que quien alega un incumplimiento tiene la carga de precisar o concretar en qué consiste la infracción que alega y allegar las pruebas que a bien tenga aportar, carga que en este específico punto no atendió el Distrito Capital.

Por último, la Sala considera que en el caso concreto no es procedente el reconocimiento de intereses moratorios sobre el valor de la retención, en tanto la exigibilidad de su pago se deriva de la presente condena.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

En efecto, por un lado, de conformidad con lo pactado el pago de la retención en garantía se llevaría a cabo una vez firmada el acta de liquidación del contrato, acuerdo de voluntades que no se celebró por las partes, sin que, como atrás fue analizado, quepa por ello endilgar incumplimiento de la entidad contratante. Y, por otro lado, es claro que en la etapa de la liquidación del contrato no existía certeza acerca del obligación de pago de los valores reclamados por el Contratista, dado que fue materia de constante discusión entre las partes el valor de los precios unitarios nuevos consignados en el acta final No. 12, controversia que tenía incidencia en la definición del monto de la retención en garantía a favor del Contratista, pues la determinación del valor final del contrato incidía en el cálculo del valor a pagar por dicho concepto y la suma reclamada por el Consorcio partía de la base de incluir la retención correspondiente a aquella acta, lo que a la postre impidió que las partes llegaran a un acuerdo sobre el particular, al punto que mientras la SED aceptó deber la suma de \$390.423.691.57, el Contratista expresó su desacuerdo al considerar que tenía derecho a recibir la cantidad de 498.829.592.89.

En esta medida es solo a partir de la presente decisión y luego del recaudo y de la valoración de las pruebas y como resultado de la liquidación del contrato de la que se ocupará la Sala a continuación, que habrá quedado establecido el valor a favor del contratista y que, de contera, se origina el derecho del demandante a percibirlo. En este escenario judicial se decidirá acerca del cumplimiento de los requisitos pactados para su desembolso y se definirá su monto, de tal manera que hasta antes de este momento no podía predicarse mora alguna en contra de la Administración. Finalmente, frente a la indexación esta será reconocida desde la fecha de la sentencia de primera instancia, como se hará más adelante.

6.4.4 Liquidación del contrato de obra 2064 del 18 de abril de 2013

La liquidación del contrato estatal tiene como finalidad culminar la relación contractual, entendida como el cierre de cuentas entre la entidad y el contratista, con el objeto de efectuar el balance final del negocio jurídico y determinar quién



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

debe a quien y cuánto. Igualmente, en dicho acto se relaciona la forma como se ejecutó el contrato, las prórrogas y acuerdos modificatorios que fueron pactados, los incumplimientos contractuales, los pagos realizados y, en general, la información adicional que resulte relevante y pertinente de conformidad con las circunstancias concretas.

En el presente asunto, el demandante sostiene que el valor del contrato asciende a \$4.988.295.929, producto de sumar el valor de las 12 actas de obra que fueron suscritas y presentadas ante la SED, y aduce que, por consiguiente, el valor de la retención de la garantía (10%) corresponde a la suma de \$498.829.592.89. Para probar esta circunstancia, aportó un dictamen pericial el cual arribó a las siguientes conclusiones:

VALOR INICIAL DEL CONTRATO. \$3.659.636.234
VALOR ADICION DEL CONTRATO. \$1.328.689.995
Valor contratado: Contrato inicial y adiciones
Valor real ejecutado. \$4.988.295.929
Valor no ejecutado. \$30.300.11
Saldo a favor del contratista por obras – actas no pagadas \$451.240.560
Saldo a favor del contratista por concepto de retención 10%. \$498.829.592.89

Además, el perito calculó intereses moratorios e indexación a partir del vencimiento del plazo para la liquidación del contrato en sede administrativa, como resultado de lo cual la liquidación presentada en el dictamen arrojó un saldo de \$1.701.014.132,17, así:

CONCEPTO	VALOR
ACTA No. 12 FINAL	451,240,560.00
INTERESES SOBRE EL ACTA No. 12 FINAL	298,307,613.54
INDEXACIÓN SOBRE EL ACTA No. 12 FINAL	58,356,976.66
RETENCIÓN 10%	498,829,592.89
INTERESES SOBRE LA RETENCIÓN 10%	329,767,930.03
INDEXACIÓN SOBRE EL VALOR DE LA RETENCIÓN 10%	64,511,459.05
TOTAL	1,701,014,132.17

Como se expuso precedentemente, la Sala no tendrá en cuenta el dictamen pericial aportado, habida cuenta que el perito incluyó en el valor final del contrato el valor



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

del acta No. 12, a pesar de que, como ya se anotó, la misma tuvo en cuenta precios unitarios distintos de los convenidos por las partes en el contrato adicional celebrado el 19 de septiembre de 2014. Además, no se observa que el perito haya realizado la labor técnica de multiplicar las cantidades ejecutadas y recibidas a satisfacción por los valores o precios unitarios pactados para cada ítem, como corresponde tratándose de un contrato pactado a precios unitarios fijos, dado que se limitó simplemente a relacionar las cantidades de la propuesta económica y los valores de las actas parciales, sin tener en cuenta las cantidades ejecutadas y aprobadas.

De otra parte, el Distrito Capital sostuvo en su recurso de apelación que su reproche frente a la decisión de primera instancia recaía sobre el valor reconocido a favor del Contratista por concepto de retención en garantía. Concretamente solicitó modificar el fallo impugnado de tal modo que, en lugar la suma de \$395.720.794 dispuesta por el Tribunal, se reconozca la cantidad de \$390.423.691 que la SED propuso como fórmula conciliatoria, de conformidad con el oficio I-2017-9894 de la Dirección de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos de la entidad.

En efecto, al respecto manifestó:

“[...] desde que se allegó la solicitud de conciliación, mi representada presentó como fórmula conciliatoria, el reconocimiento en favor de la parte actora de la suma de \$390.423.691 por concepto de retegarantía, con base en el contenido del oficio I-2017-9894 [...]

Esta misma fórmula conciliatoria fue presentada en el marco de la etapa de conciliación de la audiencia inicial que se adelantó en el trámite de esta controversia, no obstante lo anterior, ni en la etapa de conciliación extrajudicial ni en la audiencia inicial la parte actora quiso aceptar el reconocimiento de dicha suma de dinero por parte de mi representada.

Así las cosas, como se señaló previamente, la Secretaría de Educación en ningún momento ha negado la existencia del saldo a favor de la parte actora por concepto de rete-garantía, tanto es que en dos oportunidades presentó fórmula de arreglo o de conciliación sin que se lograra su aceptación por parte del accionante.

Sin embargo, el motivo de inconformidad con la sentencia está fundado en la diferencia obtenida por parte del Tribunal y el valor ofrecido por mi representada, que repito, continúa dispuesta a pagar, ya que el valor obtenido por el Tribunal difiere del que ofreció la Secretaría de Educación en las dos etapas de conciliación previas a este momento procesal.”



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

Al respecto, la Sala encuentra que no le asiste razón a la demandada al solicitar que la condena correspondiente al valor de la retención en garantía ascienda al valor propuesto como fórmula conciliatoria por la entidad, toda vez que el monto que en esta instancia debe ser reconocido ha de corresponder al valor que haya quedado establecido en el proceso de conformidad con las pruebas recaudadas y en el marco de lo pactado en el contrato, al margen de las fórmulas de arreglo que en el escenario de la conciliación hubieren sido propuestas por una de las partes y no aceptadas por la otra. Por lo demás, se anota que la entidad no aportó al proceso el oficio I-2017-9894 que mencionó en su recurso ni allegó prueba alguna encaminada a demostrar que el valor de la retención en garantía asciende a la cifra que propuso en la etapa de conciliación y que señaló en su recurso de apelación.

En suma, la Sala comparte el análisis efectuado por el *a-quo* para determinar el valor de la retención de la garantía, el cual tuvo en cuenta el valor de la obra ejecutada y el valor efectivamente pagado al Contratista. En efecto, debe reiterarse que el contrato se pactó bajo la modalidad de precios unitarios sin fórmula de reajuste (hecho probado 6.2.4), sistema de acuerdo con el cual el valor real del contrato corresponde a la suma de los resultados que se obtengan al multiplicar las cantidades ejecutadas y/o entregadas a satisfacción de la SED por los valores a precios unitarios pactados para el respectivo ítem.

Bajo este contexto, dentro del plenario se encuentran probadas las siguientes circunstancias fácticas:

Se probó que durante la ejecución del Contrato fueron aprobadas y pagadas las siguientes actas de obra (hecho probado 6.2.37):

CONCEPTO	VALOR TOTAL
Acta de obra No. 1	\$85.954.743,05
Acta de obra No. 2	\$88.454.253,31
Acta de obra No. 3	\$117.588.813,92
Acta de obra No. 4	\$132.480.188,76
Acta de obra No. 5	\$191.046.814,96



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

Acta de obra No. 6	\$327.774.136,33
Acta de obra No. 7	\$389.702.587,79
Acta de obra No. 8	\$327.727.874,55
Acta de obra No. 9	\$260.318.107,55
Acta de obra No.10	\$998.208.692,24
Acta de obra No. 11	\$1.567.661.316,13

A su turno, quedó establecido que mediante el Acta de reunión del día 28 de febrero de 2017, el supervisor y el interventor del contrato de obra analizaron la corrección del acta No. 12 en atención a los ítems y precios pactados en la modificación No.3, a partir de la cual se determinó el valor final de las obras (hecho probado 6.2.35), consignando lo siguiente:

*“[...] La SED presenta que **realizó una corrección del acta parcial No. 12, reversando los valores cobrados de ONP’S con precios diferentes al modificatorio No. 3 y consolidando las cantidades que se iban a facturar en el acta 12, más las cantidades que venían acumuladas, para corregir que se multiplicaran por el valor del modificatorio No. 3, lo cual arroja el valor contractual. Se encontrando (sic), de forma adicional, 30 ítems, incluyendo el ONP125, que no se encuentran incluidos dentro del modificatorio No. 3 ni que hacen parte del listado contractual, por lo que se descontaron estas cantidades y valores de la liquidación final.***

*En consecuencia, se expone que **el valor acumulado final, correspondiente a la corrección realizada con lo anteriormente expuesto, del contrato asciende a CUATRO MIL CUATROSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$4.433.946.564).***

Debido a que el contrato había causado hasta el acta de corte parcial No. 11 a la suma de \$4.486.917.528 cifra superior al cálculo realizado de \$4.433.946.564, la diferencia, es decir, 52.970.964 debe ser descontado al valor de la retención por concepto de garantía que se tiene, por lo que el valor que se le adeuda al contratista es \$390.423.691 por concepto de retención (sic) por concepto de garantía (sic) y el saldo del contrato por valor de \$554.379.665 correspondería a un saldo a liberar a favor de la SED.

*La SED presenta el archivo Excel correspondiente a las correcciones realizadas, presenta que las **actividades no previstas que habían sido facturados (sic) con valores unitarios por fuera del contrato fueron corregidos.** [...]*

*Igualmente, la SED deja constancia que **las cantidades contenidas en la liquidación final corresponden a las mediciones de obras ejecutadas realizadas, revisadas, verificadas y autorizadas por la interventoría [...]** (resaltado fuera del texto)*



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

Por su parte, de conformidad con la certificación de pagos emitida por la Oficina de Tesorería y Contabilidad de la SED, la que por lo demás coincide con la información que resulta de las 11 actas parciales de obra y las respectivas facturas presentadas por el Contratista, se observa que la SED pagó al Consorcio la suma de \$4.038.225.770.00 (hecho probado 6.2.36).

A su turno, se encuentra establecido que el valor final del contrato de obra, de acuerdo con la revisión y rectificación del acta No. 12 llevada a cabo por parte de la entidad y el Interventor (hecho probado 6.2.34) y enviada al Contratista (hecho probado 6.2.35), ascendió a la suma de CUATRO MIL CUATROSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$4.433.946.564¹⁰⁵), monto que, como se indicó anteriormente, no fue desvirtuado por el demandante, pues el perito no cumplió el procedimiento establecido en el negocio jurídico, referido a realizar la labor técnica de multiplicar las cantidades ejecutadas y/o entregadas a satisfacción de la SED por los valores o precios unitarios pactados para el respectivo ítem.

En ese orden de ideas, de la diferencia entre el valor final del contrato y el monto pagado al Contratista, emerge con claridad, tal como lo concluyó el a-quo, que el Distrito Capital retuvo la suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES

¹⁰⁵ Al respecto, cabe anotar que en el contrato las partes estipularon lo siguiente en relación con la liquidación final del contrato:

“57. Liquidación Final

57.1 El Contratista deberá proporcionar al Interventor un estado de cuenta detallado del monto total que el Contratista considere que se le adeuda en virtud del Contrato antes del vencimiento del Período de Responsabilidad por Defectos. El interventor emitirá un Certificado de Responsabilidad por Defectos y certificará cualquier pago final que se adeude al Contratista dentro de los cincuenta y seis (56) días siguientes a haber recibido del Contratista el estado de cuenta detallado y éste estuviera correcto y completo a juicio del Interventor. De no encontrarse el estado de cuenta correcto y completo, el interventor deberá emitir dentro de los cincuenta y seis (56) días una lista que establezca la naturaleza de las correcciones o adiciones que sean necesarias. Si después de que el Contratista volviese a presentar el estado de cuenta final aún no fuera satisfactorio a juicio del Interventor, éste decidirá el monto que deberá pagarse al Contratista, y emitirá el certificado de pago.”



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

SETECIENTOS VEINTE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS
 MCTE (\$395.720.794.00).

Por consiguiente, la Sala confirmará la liquidación del contrato llevada a cabo en la sentencia de primera instancia, de acuerdo con la cual el Distrito Capital - Secretaría de Educación Distrital debe al Consorcio Obras Venecia 2013, por concepto de retención de garantía, la suma de **TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS VEINTE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS MCTE (\$395.720.794.00)**.

6.4.5 Actualización de la condena

Como consecuencia de lo expuesto en precedencia, la Sala confirmará la condena reconocida y ordenada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia de primera instancia, en la que se liquidó judicialmente el contrato de obra 2064 del 18 de abril de 2013, en el sentido que el DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL le debe al CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013, por concepto de retención de garantía, la suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS VEINTE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS MCTE (\$395.720.794,00), valor que será actualizado aplicando la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde:

V_p= Valor presente

V_h= Valor histórico

Índice¹⁰⁶ final: vigente a la fecha de esta sentencia: (enero 2022)

Índice inicial: mes en el que dictó la sentencia de primera instancia: (abril de 2019)

¹⁰⁶ Estos factores corresponden a los índices de precios al consumidor (índices - serie de empalme) que pueden ser consultados en el Departamento Administrativo Nacional de Estadística: <https://www.dane.gov.co>.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
 Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
 MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
 JOSÉ SALGADO SALGADO

$$Vp = 395.720.794,00 \times \frac{(113,26)}{(102,12)}$$

VALOR HISTORICO	IPC INICIAL	IPC FINAL	VALOR PRESENTE
\$395.720.794,00	102,12	113,26	\$ 438.888.926,05

En consecuencia, la Sala modificará la sentencia del 4 de abril de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pero sólo en cuanto a la actualización del valor establecido como resultado la liquidación judicial del contrato de obra, la cual arroja como saldo final a cargo del DISTRITO CAPITAL – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL la suma de CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS VEINTISÉIS PESOS M/CTE (\$438.888.926) y al numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia que será revocado, por las razones expuestas en esta providencia.

7. Costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 establece que, “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Al punto, el artículo 365 del Código General del Proceso establece las siguientes reglas para proceder a la condena en costas:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

[...]

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*
4. *Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*
[...]
8. *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.*

Bajo este entendido, se condenará en costas a la parte demandada toda vez que el recurso de apelación que interpuso no prosperó, en tanto que, por el contrario, el recurso que por su parte formuló la actora prosperó parcialmente y justamente como consecuencia del mismo la sentencia será objeto de modificación, tal como ha quedado visto anteriormente.

La liquidación de las costas la hará de manera concentrada el *a quo*, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso, tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 365.8 *ejusdem*, es decir, teniendo en cuenta para dicha liquidación las costas que aparezcan efectivamente probadas en el proceso.

En relación con la agencias en derecho en segunda instancia¹⁰⁷, de conformidad con lo establecido en los numerales 3¹⁰⁸ y 4¹⁰⁹ del artículo 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, “*Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho*”, vigente para el momento de la presentación de la demanda, según el cual tratándose de procesos declarativos en general que se surten en segunda instancia la tarifa de agencias en derecho será mínimo uno (1) y máximo seis (6) SMLMV, la

¹⁰⁷ Cfr. Art. 365 y ss. CGP.

¹⁰⁸ “3. *La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado [...] Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará”.*

¹⁰⁹ “4. *Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas”.*



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

Sala fija las agencias en derecho en esta instancia 1 SMLMV, que corresponden a la suma de \$1.000.000, en razón de la naturaleza, calidad y cuantía del proceso, así como también de la actuación desplegada por la parte actora¹¹⁰.

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

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR la sentencia del 4 de abril de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la cual quedará así:

*“**PRIMERO:** NEGAR las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones a cargo del DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL y la causación de intereses de mora e indexación, de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia.*

***SEGUNDO:** Liquidar judicialmente el contrato de obra 2064 del 18 de abril de 2013, en el sentido que el DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL le debe al CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013, por concepto de retención de garantía, la suma de CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS VEINTISÉIS PESOS M/CTE (\$438.888.926.)*

***TERCERO:** Sin costas, ni agencias en derecho”.*

SEGUNDO. CONDENAR en costas en segunda instancia a la parte demandada, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y tomando en consideración lo dispuesto en los artículos 366 y 365.8 del Código General del Proceso.

¹¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 5 de marzo de 2021. Rad.: 51034



Radicado: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165)
Demandante: CONSORCIO OBRAS VENECIA 2013 –
MUÑOZ Y HERRERA INGENIEROS ASOCIADOS S.A. EVER
JOSÉ SALGADO SALGADO

Fijar por concepto de agencias en derecho en segunda instancia la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) en favor de la parte actora.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría REMITIR el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado
Aclaro voto