

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / PLIEGO DE CONDICIONES / RIESGO PREVISIBLE

[S]e concluye que no obra en el proceso prueba de las modificaciones de precios de mercado por parte de los proveedores ni existen elementos para imputar una subvaloración de estos por parte de Fonade. En este proceso se alegó el cambio de condiciones en los precios del cemento y el sobre costo por las contrataciones de los dobladores que trabajaran carpintería metálica del calibre requerido, pero esos precios y sus variaciones no pudieron identificarse, pese a que la prueba se encontraba al alcance de la demandante, pues se refería a sus propias contrataciones. Por otra parte, vale la pena precisar que en el pliego de condiciones se calificaron como riesgos previsibles y, como consecuencia, incorporados en el precio del contrato [...] Por ello, aunque esté probado que la Unión Temporal realizó egresos por monto superior al ingreso percibido por el contrato -sin entrar a explicar su origen- se advierte que, en este caso, el desfase financiero que se acreditó con los estados financieros estaba a cargo de la contratista, de acuerdo con la distribución de riesgos del contrato.

FONADE / RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LA EMPRESA PÚBLICA / RÉGIMEN LEGAL APLICABLE

[P]or virtud del artículo 26 de la Ley 1150 de 2007, la contratación de Fonade, para la época en que se celebró el contrato [...], se ubicó bajo el régimen del estatuto general de la contratación de la administración pública, contenido en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 [...] Aunque bajo las reglas del citado estatuto la voluntad de las partes no es fuente idónea para definir el régimen jurídico aplicable al respectivo contrato, puede agregarse que, en este caso, el contrato se adjudicó previa licitación pública, en la cual se identificó como régimen legal, precisamente, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, en forma ajustada a lo establecido por el artículo 26 antes citado.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 26

ACUERDOS CONTRACTUALES / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / FUERZA VINCULANTE / ACTO PROPIO / PRINCIPIO QUE PROHÍBE IR CONTRA LOS ACTOS PROPIOS

Esta Sala ha seguido la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación sobre la fuerza vinculante de los acuerdos contractuales que también se comparte en las sentencias de la Subsección C invocadas en la decisión de primera instancia, establecida inicialmente para las actas de liquidación bilateral –y que bien puede extenderse a los acuerdos contractuales que se realizan en ejecución del contrato cuando las partes debaten glosas u observaciones sobre el cumplimiento del cronograma o la inversión en obra-, con fundamento en el artículo 1602 del Código Civil y en el principio de la buena fe y la imposibilidad de obrar contra los actos propios, la cual se reitera en esta oportunidad.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1602

MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA PÚBLICA / RIESGO PREVISIBLE / DETERMINACIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES / SALVEDADES EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

[T]ratándose de contratos suscritos en vigencia de la Ley 1150 de 2007, para definir el reconocimiento o no de la mayor permanencia en obra se debe analizar la distribución de riesgos del respectivo contrato, entre otras razones porque no todas las causas externas de la suspensión -o de la prórroga- se asumen por la entidad contratante: depende de lo que se acuerda en la medición de los riesgos previsibles que se deben considerar por la contratista al formular el precio ofrecido. Aunque la inexistencia de salvedades ha sido invocada como una de las reglas para la interpretación del alcance del otrosí de prórroga, la Sala advierte que su ausencia no impide el estudio de fondo de las respectivas reclamaciones y no constituye argumento suficiente para desechar las pretensiones correspondientes. Finalmente, debe hacerse claridad en que esta postura no modifica la exigencia de salvedades claras y concretas en el acta de liquidación bilateral, como requisito para conocer de las reclamaciones en el proceso judicial, en atención a la nota característica del acuerdo sobre el estado financiero de liquidación, que tiene por objeto el cierre definitivo de las cuentas y el finiquito del cada una de ellas para establecer el saldo final, es decir, quién le debe a quien y cuánto le debe.

DICTAMEN / VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / ADECUADA VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / OBLIGACIONES DEL JUEZ

No comparte la Sala la postura del Tribunal a quo que se acotó a estudiar el primer dictamen técnico, toda vez que, por considerar improcedente la objeción de la parte actora, no quedó relevado de estudiar el dictamen de contradicción, en la medida en que este último se decretó sobre todo el cuestionario sometido a la experticia y no solamente sobre las preguntas materia de la objeción por error grave que formuló el demandado. De la misma forma, tal como advierte la apelante, no se realizó el análisis del dictamen financiero y contable. Se afirma que ese dictamen tampoco debió ser ignorado por el Tribunal a quo, toda vez que se refirió a la ejecución financiera del contrato por parte de la Unión Temporal Pereira, aspecto que no quedó cubierto con la evaluación técnica que realizaron los peritos ingenieros. Para la Sala es indudable que el estudio del dictamen contable y financiero reviste relevancia respecto del equilibrio económico del contrato, de la medición en la distribución de riesgos y la configuración de los eventuales perjuicios, entre otros aspectos, que ayudan a definir si proceden o no las pretensiones de la demandante. Como consecuencia, en relación con la ejecución del contrato, el método de análisis para la valoración de las pruebas debió incluir todos los dictámenes y no descartar de plano el de contradicción ni el peritazgo contable y financiero.

PLIEGO DE CONDICIONES / ASUNCIÓN DEL RIESGO / ERROR EN DISEÑO

Es muy importante observar que, de acuerdo con el pliego de condiciones, Fonade no asumió el riesgo de los defectos o errores en los diseños, dado que advirtió la obligación de la contratista de revisarlos y establecer las modificaciones, las cuales quedaban a cargo del consultor o de la Unión Temporal Pereira, si el contrato con el consultor hubiere terminado.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza del pliego de condiciones, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 1992, rad. 6353, C. P. Carlos Betancur Jaramillo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., ocho (8) de mayo de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 66001-23-31-000-2011-00255-00(64701)

Actor: UNIÓN TEMPORAL PEREIRA Y OTROS

Demandado: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL (CCA)

Temas: ACUERDOS DE PRÓRROGA – fuerza vinculante / SALVEDADES: no se comparte la exigencia de formular salvedades concretas en el texto del otrosí de prórroga para la procedencia de la reclamación judicial – la ausencia de salvedades no impide el estudio de fondo de las respectivas reclamaciones / ACTA DE LIQUIDACION BILATERAL - se reitera la exigencia de salvedades en el acta de liquidación bilateral / MAYOR PERMANENCIA EN OBRA - es importante observar que la improcedencia de las reclamaciones que se presentan en contravía de los acuerdos contractuales también ha sido invocada por la Subsección A de la Sección Tercera esta Corporación, pero en la jurisprudencia de esta Sala no se acepta incorporar una tarifa interpretativa acerca del requisito formal de la salvedad en el texto del otrosí, sino que en cada caso se parte del análisis del contenido del respectivo acuerdo y de sus antecedentes, para determinar su alcance / DICTAMEN PERICIAL – análisis integrado - no comparte la Sala la postura del Tribunal *a quo* que se acotó a estudiar el primer dictamen técnico, toda vez que, por considerar improcedente la objeción de la parte actora, el Tribunal *a quo* no quedó relevado de estudiar el dictamen de contradicción, en la medida en que este último se decretó sobre todo el cuestionario sometido a la experticia y no solamente sobre las preguntas materia de la objeción por error grave que formuló el demandado. / FONADE – régimen de contratación – Ley 1150 de 2007

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 3 de mayo de 2019 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, Sala Primera de Decisión, mediante la cual se dispuso (se transcribe de forma literal, la negrilla es del texto original):

*“1. **Negar** las súplicas de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.*

“2. Se condena en costas a la parte demandante vencida. Líquidense por Secretaría de esta Corporación.

“3. Ejecutoriada esta providencia devuélvase el remanente de la cuenta de gastos, si a ello hubiere lugar, y archívese el expediente”¹.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

Fonade y la Unión Temporal Pereira celebraron el Contrato No. 2091270 de 2009, para la construcción de una infraestructura educativa ubicada en la ciudad de Pereira, departamento de Risaralda.

El contrato fue objeto de dos adiciones en su valor y en la segunda se pactó una prórroga de 30 días; a su terminación se entregó la obra y se liquidó el contrato en forma bilateral con salvedades relativas a las fallas en los diseños que supuestamente ocasionaron mayor permanencia en obra, variación de cantidades, obras adicionales no pagadas y mayores costos por subvaloración de precios en el presupuesto oficial.

2. La demanda

Mediante demanda presentada el 25 de julio de 2011², en ejercicio de la acción de controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo –CCA-³, la Unión Temporal Pereira y sus integrantes⁴, solicitaron las siguientes declaraciones y condenas en contra del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE⁵ (se transcribe de forma literal, la negrilla es del texto original):

*“**PRIMERA.** Que se declare que la **UNIÓN TEMPORAL PEREIRA**, en la ejecución del objeto del Contrato No. 2091270 de fecha 29 de abril de 2009, fue necesario que ejecutara mayores cantidades de obra a las estimadas inicialmente en el Contrato.*

¹ Folio 1.209, vuelto, cuaderno principal de la segunda instancia.

² Folio 328 del cuaderno 1-1.

³ En adelante CCA.

⁴ Poderes otorgados por: Construsocial Ltda, Obras Especiales Obresca C.A., Víctor Eduardo Cabello Londoño y Germán Villanueva Calderón, éste último obrando en nombre propio y en calidad de representante de la Unión Temporal Pereira, quien presentó el documento constitutivo de la unión temporal suscrito el 25 de febrero de 2009, folios 1 a 17 del cuaderno 1.

⁵ En adelante se denominará Fonade. Se precisa que de acuerdo con el Decreto 495 de 20 de marzo de 2019 se dispuso que Fonade “se denominará, en adelante, Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio)”

“SEGUNDA. Que se declare que la **UNIÓN TEMPORAL PEREIRA**, en la ejecución del objeto del Contrato No. 2091270 de fecha 29 de abril del 2009, fue necesario que ejecutara obras adicionales que no estaban inicialmente establecidas en el contrato.

“TERCERA. Que se declare que la **UNIÓN TEMPORAL PEREIRA**, en la ejecución del objeto del Contrato No. 2091270 de fecha 29 de abril de 2009, incurrió en una mayor permanencia en obra por causas imputables a **FONADE** o por lo menos, completamente ajenas a su voluntad.

“CUARTA. Que se declare que la **UNIÓN TEMPORAL PEREIRA** en la ejecución del objeto del Contrato No. 2091270 de fecha 29 de abril de 2009, fue necesario que incurriera en una aceleración en la ejecución del objeto contractual, como consecuencia de la ocurrencia de hechos y causas imputables a **FONADE** o por lo menos, completamente ajenas a su voluntad.

“QUINTA. Que se declare que la Unión Temporal Pereira, en la ejecución del objeto del Contrato No. 2091270 de fecha 29 de abril de 2009, incurrió en mayores costos por haberse subvalorado algunos ítems de obra del Contrato frente a los precios del mercado de la ciudad de Pereira y por haberse cambiado las especificaciones técnicas de otros ítems contractuales.

“SEXTA. Que se declare que la **UNIÓN TEMPORAL PEREIRA** en la ejecución del objeto del Contrato No. 2091270 de fecha 29 de abril de 2009, tuvo que pagar un (1) mes de honorarios a la interventoría, sin ser una obligación suya estipulada en el Contrato.

“SÉPTIMA. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare que **FONADE** incumplió sus obligaciones del Contrato No. 2091270 de fecha 29 de abril de 2009, por no haber reconocido y pagado todos los sobrecostos y perjuicios que esas situaciones le han causado a la **UNIÓN TEMPORAL PEREIRA**.

“PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN SÉPTIMA. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare que por hechos imputables a **FONADE** o hechos ajenos a la **UNIÓN TEMPORAL PEREIRA**, se presentó, en perjuicio de la **UNIÓN TEMPORAL PEREIRA**, la ruptura del equilibrio económico y financiero del Contrato No. 2091270 de abril 29 de 2009, celebrado entre estas dos sociedades, junto con sus modificaciones y adiciones.

“SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN SÉPTIMA. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare que **FONADE** se ha enriquecido sin justa causa.

“OCTAVA. Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión anterior, se condene a **FONADE** a pagar a la **UNIÓN TEMPORAL PEREIRA** todas las sumas, costos, sobrecostos, perjuicios que se lleguen a probar dentro del proceso, por concepto del incumplimiento de **FONADE** de sus obligaciones del Contrato No. 2091270 de 29 de abril de 2009.

“PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN OCTAVA. Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión, se reestablezca el equilibrio económico y financiero del Contrato No. 2091270 de 29 de abril de 2009, mediante la condena a **FONADE** a pagar a la **UNIÓN TEMPORAL PEREIRA** las sumas que compensen todos los costos, sobrecostos y perjuicios que se lleguen a probar dentro del proceso, sufridos por la **UNIÓN TEMPORAL PEREIRA** como consecuencia de la ruptura del equilibrio económico y financiero de este Contrato.

“SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN OCTAVA. Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión se condene a **FONADE** a pagar a la **UNIÓN TEMPORAL PEREIRA** las sumas que compensen todos los costos, sobrecostos y perjuicios que se lleguen a probar dentro del proceso por concepto del enriquecimiento sin justa causa en el que incurrió **FONADE**.

“NOVENA. Que las sumas que resulten de las pretensiones anteriores a favor de la **UNIÓN TEMPORAL PEREIRA** y a cargo de la parte demandada **FONADE**, se actualicen debidamente, mediante la aplicación del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE.

“DÉCIMA. Que, igualmente respecto de cualquier suma de dinero que resulte a favor de la **UNIÓN TEMPORAL PEREIRA** se liquiden intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada o, subsidiariamente, que los intereses sean decretados y liquidados a la tasa que considere el Honorable Tribunal.

“DÉCIMA PRIMERA. Que se ordene a **FONADE** dar cumplimiento a la sentencia de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

“DÉCIMA SEGUNDA. Que se condene a **FONADE** al pago de intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada, respecto de cualquier suma de dinero que resulte a favor de la **UNIÓN TEMPORAL PEREIRA**, desde la ejecutoria de la sentencia y hasta la fecha del pago efectivo por parte de **FONADE**.

“DÉCIMA TERCERA. Que se condene a **FONADE** al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de dictar la sentencia que ponga fin al presente proceso”⁶.

3. Los hechos

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

3.1. Previa licitación pública, Fonade y la Unión Temporal Pereira celebraron el Contrato No. 2091270 de 2009 para la construcción de una infraestructura

⁶ Folios 268 a 270 del cuaderno 1-1.

educativa ubicada en el sector de Tokio, en la ciudad de Pereira, departamento de Risaralda.

3.2. Según reseñó la demandante, de acuerdo con el punto 1.3. del pliego de condiciones, los diseños fueron elaborados por Jesús Adolfo Antolínez y entregados a Fonade por virtud del convenio 197013, suscrito por esa entidad con el Ministerio de Educación Nacional.

3.3. La demandante destacó que, de conformidad con el punto 4.6.2. del pliego de condiciones, se fijó la obligación de Fonade de entregar materialmente el inmueble “*en donde será realizada la obra, en condiciones aptas para ello*”⁷.

3.4. En criterio de la demandante, la Unión Temporal Pereira no asumió riesgos por los ajustes y cambios que debieron realizarse en los diseños y planos.

3.5. En el hecho 2.1.3. de la demanda la parte actora expuso (se transcribe de forma literal):

“En general, hubo una falla en los diseños y planos e información entregada por FONADE que conllevaron entre otras razones a que la UNIÓN TEMPORAL PEREIRA, necesariamente ejecutara obras adicionales, mayores cantidades de obra, incurriera en una aceleración en la ejecución del Contrato, en una mayor permanencia en obra y asumiera mayores valores por cuanto algunos ítems contractuales se habían subvalorado desde el presupuesto oficial y respecto de otros ítems se modificaron sus especificaciones técnicas, y sin tener que estar obligada a ello, incurrió en mayores inversiones por el pago de honorarios correspondientes a la interventoría”⁸.

3.6. En relación con las obras adicionales y mayores cantidades, la demandante explicó que en el presupuesto del contrato solo se contempló la excavación hasta los dos metros, pero que hubo necesidad de retiro de material común a mayor profundidad y mayores cantidades de obra, debido a la excavación en escombros para fundar los pilotes, lo cual no tenía un precio unitario específico en el presupuesto y, en su criterio, debió ser reconocido como obra adicional.

⁷ Folio 276 del cuaderno 1-1-.

⁸ Folio 281 del cuaderno 1-1.

También, narró que fue necesaria la “*rosería*”⁹, consistente en “*erradicar la vegetación natural y caña brava*” la cual constituyó una actividad no prevista en el presupuesto.

En el mismo sentido, explicó la necesidad de desarmar y volver a montar los andamios para instalar los “*cortasoles*” de obra, actividad que tampoco tenía un precio unitario separado.

Resaltó que, por otra parte, en la construcción fue necesaria la instalación de pasamanos en guadua para seguridad de los trabajadores.

Agregó que en el presupuesto no se contemplaron en debida forma las acometidas a cada uno de los salones y aulas, los filos o carteras en mortero que eran necesarios para rematar los espacios de ladrillo o tramos de mampostería y la construcción de losas de canal a gran altura que implicó ejecutar “*más volado de la sección con un mayor soporte*” para la estructura correspondiente.

De la misma forma, expuso que fue necesario realizar muros en “*bloque Split de piedra, incluido dovelas*”¹⁰, para las divisiones entre ventanas y/o puertas, con el fin de que se apoyaran en debida forma, lo cual no estaba específicamente previsto, y dio lugar a mayores cantidades y obras adicionales.

3.7. Igualmente, reseñó la existencia de precios subvalorados en el presupuesto oficial, teniendo en cuenta que en la zona cafetera solo suministraba concreto la empresa Argos, la cual impuso sus condiciones, y que, además, no existían dobladores que trabajaran carpintería metálica del calibre requerido, por lo cual tuvieron que acudir a otros talleres, soportando precios unitarios de ejecución superiores a los presupuestados. Similar asunto narró respecto de la variación de precios y especificaciones de la instalación para el tablón del piso, “*GRES 30 x 30*”.

3.8. La demandante expuso que el diseño de la obra entregado por Fonade “*no cabía en el lote*”, por cuanto quedaba “*metido en el antejardín y en el andén*”, lo cual retardó el inicio del cronograma de obra en las actividades de pilotaje y

⁹ Así se denominó en todos los documentos de la contratación u en los dictámenes. Se entiende: Del verbo rozar, diccionario de la lengua española, www.del.rae.es “1. f. Col. Roza, desmonte, derribo”, fecha de consulta 27/04/20.

¹⁰ Dovelas: Construcción en forma de arco.

cimentaciones hasta que quedó definido por la entidad contratante y las autoridades municipales, la nueva localización del proyecto.

3.9. Observó que todas las causas anteriores no eran imputables a la Unión Temporal Pereira; que solicitó que se le ampliara el plazo, acuerdo que logró después de varias comunicaciones, mediante el otrosí del 30 de diciembre de 2009, pero sin que se le reconociera adición de valor por dichas causas, *“incumpliendo Fonade así sus obligaciones contractuales y legales, quedando obligada a pagar los sobre costos y perjuicios que generó esa mayor permanencia en obra”*¹¹.

3.10. Manifestó que tuvo que pagar un mes de la interventoría, aunque ese pago no correspondió a una obligación a su cargo.

3.11. La demandante advirtió que al suscribir el acta de liquidación final del contrato dejó constancia de salvedades por todos los conceptos reseñados en la demanda.

3.12. En el punto 3 de la demanda detalló los sobrecostos y perjuicios sufridos por la Unión Temporal Pereira¹², que se resumen así:

Concepto	Valor	Componentes
Mayores cantidades de obra	\$45'879.349	Campamento, excedente de pilotaje de concreto premezclado y muro Split, más AIU. (tabla 2)
Obras Adicionales	\$265'690.084	Excavación- material común- mayor retiro; excavación en escombros; andamios, pasamanos en guadua- sobreaños formaleta- alimentador 3 No.12; filos y dilaciones en estuco, filos o carteras ¹³ en mortero, obra falsa adicional para losa canal a la

¹¹ Hecho 2.1.3.5., folios 299 a 303 del cuaderno 1-1-

¹² Folios 306 a 311 del cuaderno 1-1.

¹³ Así se mencionó en la demanda, folio 307 cuaderno 1-1-, igualmente correspondió al término utilizado en el dictamen explicando *“al montar las ventanas, los marcos y bordes de las puertas es necesario que se remate con mortero los espacios de ladrillo o tramos de mampostería que dan contra la carpintería metálica y se debían rematar con las filos horizontales o verticales”*, folio 65 anexo 2.

		vista más AIU. (tabla 3)
Ítems de obra subvalorados y por cambio en especificaciones	\$896'684.983	Columnas, pantallas, vigas, losa canal maciza en concreto, escalera aérea, muro bloque Split/ dovelas; piso en tablón gres; ventanas, marcos y puertas, baranda en tubería negra, más AIU (tabla 4)
Pago a interventoría	\$40'297.797	Pago a interventoría por un mes (Tabla 7)
Mayor Permanencia en obra	\$167'605.585	Valor de costos indirectos por un mes (calculado sobre el costo directo de un mes) más administración y utilidad. (tabla 5)
Aceleración	\$82'615.260	Sobrecostos por horas extras de junio a diciembre de 2009 y enero y febrero de 2010, más el salario del director de obra, por tiempo completo (tabla 6).
Sobrecostos Financieros	\$268'971.489	Actualización de los ítems anteriores más intereses de mora calculados hasta julio de 2011. (tabla 8).
TOTAL	\$1.767'744.548	

4. Fundamentos en derecho

La parte actora invocó los artículos 2 y 90 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 4, 23, 26, 27, 50 y 51 de la Ley 80 de 1993, relacionados con el deber de cumplimiento y de equilibrio económico del contrato; indicó que esas normas debían aplicarse junto con las disposiciones concordantes del Código Civil y del Código de Comercio, que puedan resultar pertinentes para resolver la controversia.

5. Actuación procesal

5.1. El Tribunal Administrativo de Risaralda admitió la demanda a través del auto de 27 de octubre de 2011¹⁴, notificado el 9 de noviembre de 2011¹⁵ al Procurador

¹⁴ Folios 333 y 334 del cuaderno 1-1.

¹⁵ Folio 334 vuelto, cuaderno 1-1.

Judicial 37 Delegado ante ese Tribunal. El demandado fue notificado personalmente, el 13 de diciembre de 2011¹⁶.

5.2. Contestación de la demanda

En la contestación de la demanda¹⁷, Fonade, obrando como parte demandada, negó algunos de los hechos, narró hechos adicionales, dentro de los cuales advirtió que el campamento tenía como requisito una extensión *mínima* de 60 m², que el estudio de suelos advirtió las características del terreno y que la profundidad de los llenos que se realizaron fue inferior a la especificada en los estudios.

De igual forma, resaltó que los atrasos se debieron a actividades a cargo de la contratista.

Se opuso a las apreciaciones de la demandante, explicó que en desarrollo del Contrato No. 2091270 se ejecutaron mayores y menores cantidades de obra y que Fonade pagó todas las que se evidenciaron como ejecutadas, a los precios establecidos por la contratista desde su oferta o acordados en la ejecución del contrato con el visto bueno de la interventoría.

Respecto de la mayor permanencia en obra, llamó la atención sobre las demoras en poner en funcionamiento la *piloteadora*, las cuales ocurrieron por cuenta de la contratista; que se tuvo la máquina parada durante nueve días por causas ajenas a la obra, como consecuencia de lo cual esa contratista tuvo que acelerar los trabajos, posteriormente, mediante planes de contingencia, para cumplir con el contrato. Igualmente, advirtió que la contratista fue la que solicitó la prórroga por un mes.

Por lo anterior, según la demandada, la mayor permanencia en obra obedeció a hechos imputables a la Unión Temporal Pereira¹⁸ y no daba lugar a indemnización a cargo de la contratante.

Fonade presentó las siguientes excepciones: **i)** excepción de prohibición de ir contra los actos propios; **ii)** excepción de asunción de todos los riesgos

¹⁶ Notificación personal, folio 340 del cuaderno 1-1.

¹⁷ Folios 343 a 402 del cuaderno 1-1.

¹⁸ Folios 349 a 352 del cuaderno 1-1.

contractuales por parte de la Unión Temporal Pereira; **iii)** excepción de no ruptura del equilibrio económico del contrato; **iv)** ausencia de enriquecimiento sin causa; **v)** excepción de desproporción de los perjuicios estimados en la demanda; **vi)** excepción de ausencia o inexistencia del derecho a cobrar intereses.

5.3. Actuación en la primera instancia

El 29 de agosto de 2012 rindieron testimonio: José Gilberto López Herrera, quien se desempeñó en el cargo de director de obra de la contratista; Nicolás Quintero Patiño, ingeniero residente de obra; Carlos Jiménez Matallana, especialista en salud ocupacional y seguridad industrial¹⁹.

El 11 de septiembre de 2012 se recibieron los testimonios de Julio Enrique Bobadilla Becerra, interventor del contrato y José Alfredo Soto Torres, arquitecto, excontratista de Fonade²⁰.

De conformidad con lo dispuesto en auto del 10 de octubre de 2012, la representante legal de Fonade rindió informe juramentado, en los términos del artículo 199 del CPC²¹.

A solicitud de la parte demandante se decretó un dictamen pericial de orden técnico y se designó al ingeniero Fernando Hurtado Giraldo para su elaboración²²; sin embargo, pese a haber sido requerido por el Tribunal *a quo*²³, este profesional no cumplió con acreditar los documentos para soportar los gastos solicitados para la experticia y, por ello, fue relevado por auto de 31 de enero de 2013²⁴.

El Tribunal *a quo* designó como nuevo perito al ingeniero Hernán Cardona Buitrago, quien presentó su experticia con aclaraciones y complementaciones el 1º de noviembre de 2013²⁵; frente a su dictamen, el 18 de noviembre de 2013 el apoderado de Fonade presentó objeción por error grave²⁶; por su parte, el

¹⁹ Folios 8 a 28 del cuaderno 2.

²⁰ Folios 65 a 66 del cuaderno 2.

²¹ Folio 66 del cuaderno 2.

²² Auto de pruebas de abril 26 de 2012, folio 682, cuaderno 1-3.

²³ El perito solicitó fijar gastos en la suma de \$45'758.000, por auto de noviembre 22 de 2012 se le requirió para allegar al menos dos cotizaciones, folios 782 y 783 del cuaderno 1-3. En vista de la onerosidad de los gastos, las dos partes solicitaron designar nuevo perito técnico, folios 786 a 788 del cuaderno 1-3.

²⁴ Folio 790 del cuaderno 1-3-

²⁵ Anexo No. 1, informe sin fecha. Se agrega que el perito presentó el 1º de noviembre de 2013 sus aclaraciones y complementaciones al dictamen, folios 589 a 607 del cuaderno 2-2.

²⁶ Folio Folios 816 a 841 del cuaderno 1-4.

apoderado de la demandante rechazó la objeción y solicitó que se decretara un nuevo dictamen y, como petición subsidiaria, que la nueva prueba pericial se ordenara únicamente para las preguntas y respuestas materia de la objeción.

El Tribunal *a quo* decidió ordenar un nuevo dictamen *-de contradicción-* a costa de la demandante, en auto de febrero 3 de 2014²⁷.

El Despacho 001 de descongestión del Tribunal Administrativo de Risaralda, creado mediante Acuerdo PSAA 14-10251 del 14 de noviembre de 2014 del Consejo Superior de la Judicatura²⁸, a través de auto del 1º de diciembre de 2014, avocó el conocimiento del proceso.

El 5 de diciembre de 2014 el perito Jaime David Anaya Buitrago²⁹ presentó el nuevo dictamen, el cual fue objeto de complementación y aclaración radicada ante el Tribunal *a quo* el 18 de octubre de 2017³⁰.

En este proceso, también, se decretó y practicó el dictamen contable y financiero elaborado por la contadora pública Blanca Arnoby Montoya Osorio³¹, quien presentó su experticia en documento del 1º de abril de 2013³² y rindió las aclaraciones y complementaciones requeridas el 8 de julio de 2013³³.

6. La sentencia impugnada

En sentencia proferida el 3 de mayo de 2019, 3l Tribunal *a quo* consideró cada uno de los conceptos reclamados por la demandante, los estudió frente al contenido del dictamen pericial, la bitácora de obra y la jurisprudencia del Consejo de Estado, con base en lo cual resolvió denegar todas las súplicas de la demanda.

²⁷ Folio 844 del cuaderno 1-4.

²⁸ Folio 870 del cuaderno 1-4.

²⁹ Informe Pericial anexo 2.

³⁰ La demora en el trámite procesal puede explicarse, así: este perito presentó, a su vez, algunos informes del perito José Libardo Alzate Ospina, elaborados en octubre 30 de 2014, quien posteriormente falleció. Por auto de 15 de abril de 2016, se dejó sin efecto el auto de 14 de octubre de 2015, cuando se había cerrado el periodo probatorio y, en su lugar, se corrió traslado del dictamen del perito Anaya Buitrago, folios 1.001 a 1.003 del cuaderno 1-4. Fonade presentó solicitud de aclaración el 21 de abril de 2016, folios 1.005 a 1.017, cuaderno 1-4. En auto de 22 de septiembre de 2017, se concedió una ampliación del plazo solicitada por el perito. La aclaración y complementación al dictamen correspondiente se radicó el 18 de octubre de 2017 según reposa en los folios 1.026 a 1.046 del cuaderno 1-5.

³¹ Folio 683 del cuaderno 1-3.

³² Folios 184 a 200 del cuaderno 2 y 201 a 223 del cuaderno 2-1.

³³ Folios 561 a 574 del cuaderno 2 - 2.

En forma previa a resolver el asunto de fondo, el Tribunal *a quo* analizó la objeción por error grave presentada por Fonade contra el dictamen elaborado por el ingeniero Hernán Cardona Buitrago, de conformidad con el alcance definido en el artículo 238 del CPC y concluyó que “*no se evidencia existencia de yerro que pueda catalogarse como grave*”, toda vez que el perito se basó en la documentación allegada al proceso, sin perjuicio de lo cual advirtió que se podían o no adoptar las conclusiones de ese dictamen.

Por tal razón, al no prosperar la objeción por error grave, el Tribunal *a quo* consideró “*descartado*” el análisis del dictamen presentado por el ingeniero Jaime David Anaya Buitrago.

Identificó que el contrato se rigió por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007; observó que se adoptó la modalidad de precios unitarios fijos sin fórmula de ajuste, “*lo que impone que cada ítem debe cubrir los costos de materiales, mano de obra, prestaciones sociales, herramienta, maquinaria, imprevistos, gastos de administración, impuestos, contribuciones y utilidades del contratista*”³⁴

Luego, la sentencia procedió a analizar los requisitos para hacer exigible el restablecimiento del equilibrio contractual, con fundamento en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado³⁵, entre ellos, la gravedad y mayor onerosidad en la ejecución del contrato y la exigencia de solicitudes, salvedades o reclamaciones sobre la situación de desequilibrio en la ejecución del contrato.

Observó que las excavaciones y la labor de rocería no constituyeron obras adicionales, dado que estaban previstas dentro de los ítems del pliego de condiciones y del plan ambiental, respectivamente,

Resaltó que, aunque las falencias en la entrega de los diseños y planos están demostradas en el proceso, la pretensión de reconocimiento de las adecuaciones carece de sustento, por cuanto, en relación con esas reclamaciones, no se dio cumplimiento a las aprobaciones contractualmente requeridas para desarrollar obras adicionales que incluyeran nuevos ítems y precios unitarios no previstos.

³⁴ Folio 1.188 vuelto del cuaderno principal de la segunda instancia.

³⁵ El Tribunal *a quo* citó la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 29 de enero de 2018, radicación 68001233300020130011801 (52666), demandante: Argos Construcciones y Obras Civiles S.A. y otros

Destacó que, aunque se echa de menos que la interventoría se hubiera opuesto a esa ejecución de obra sin exigir la formalización de acuerdo contractual previo, no se acreditó en el proceso una modificación del contrato que permita soportar la obligación de responder ante las reclamaciones³⁶ por obras nuevas, ni que las estas correspondieran a modificaciones derivadas de los cambios en el diseño inicial.

Al referirse a las reclamaciones por mayor permanencia en obra, reseñó los requisitos fijados por la jurisprudencia del Consejo de Estado³⁷, dentro de los cuales advirtió que, para su eventual reconocimiento, la prolongación del término contractual debe obedecer a hechos no imputables a la contratista, quien tiene que haber cumplido con el débito contractual que le corresponde.

El Tribunal *a quo* agregó que, si las partes alegan acuerdos, tales como *“suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, es al momento de suscribir tales acuerdos en razón de dichas circunstancias en que se deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes”*³⁸.

Rechazó la reclamación por concepto de precios unitarios subvalorados, teniendo en cuenta que, de conformidad con el contenido de los pliegos de condiciones, era responsabilidad de la contratista determinar los precios propuestos.

Denegó la procedencia de las reclamaciones por mayores cantidades de obra en el campamento, en los pilotes y en los muros *“en bloque split”*, por cuanto en el acta de entrega se observó su recibo bajo los ítems pactados, además de que no hubo acuerdo de mayores cantidades o reconocimientos por obras adicionales o complementarias.

Al referirse a la pretensión subsidiaria de enriquecimiento sin causa, el Tribunal *a quo* indicó que no se encontró acreditado que *“fue la administración quien llevó a ejecutar mayores cantidades de obra que escapaban del objeto del contrato sin*

³⁶ Folio 1.497 del cuaderno principal de la segunda instancia.

³⁷ Citó, entre otras, las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero, sentencia de 21 de septiembre de 2017, exp. 34478; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth, sentencia de 2 de marzo de 2017, radicación 25000232600020020224401 (30776), actor Hyundai Corporation, demandado: Ipse, referencia: acción de controversias contractuales.

³⁸ Folio 1.198 vuelto del cuaderno principal de la segunda instancia.

*legalizar dicha modificación, y que además hubiere recibido a satisfacción mayores cantidades sin reconocer su valor*³⁹.

En cuanto a la aceleración en la ejecución de la obra, observó que los inconvenientes con los diseños entregados por Fonade incidieron en los atrasos de las actividades de localización, replanteo y excavación, pero, también, reseñó que están demostradas las demoras registradas en la bitácora de obra, en relación con la actividad de perforación de pilotajes a cargo de la contratista.

Anotó que el dictamen técnico “*no cuenta con los soportes necesarios para otorgar certeza respecto de la reclamación indemnizatoria*”, por cuanto el perito no consideró la incidencia de los atrasos evidenciados en la bitácora de obra, y se circunscribió a afirmar que la demora obedeció a los problemas presentados con la localización del proyecto en el terreno señalado, sin especificar la razón de su estimación.

Dado que no se admitió condena indemnizatoria, se denegaron igualmente las pretensiones sobre intereses.

7. El recurso de apelación

La parte demandante presentó y sustentó el recurso de apelación el 24 de mayo de 2019, el cual le fue concedido por el Tribunal *a quo* a través del auto de 11 de junio de 2019⁴⁰.

En su recurso, la demandante solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, con los siguientes fundamentos:

7.1. Sobre las obras adicionales

El Tribunal *a quo* no tuvo en cuenta varias respuestas del dictamen técnico, en el cual el perito indicó que la ubicación del colegio Tokio fue modificada por Fonade y generó cambios que incidieron en gran parte de la excavación y, además, dieron lugar a adelantar la rocería del lote, lo cual, en concepto del perito, conllevó “*obras nuevas y valores adicionales no contemplados en el contrato*”.

³⁹ Folio 1.206 del cuaderno principal de la segunda instancia.

⁴⁰ Folio 1.244 del cuaderno principal de la segunda instancia.

La apelante transcribió las respuestas del perito que reseñaron modificaciones en las cantidades de obra, como las denominadas “*filos o carteras en mortero*”⁴¹ y “*obra falsa adicional, para la losa de canal a la vista*”⁴².

Destacó que la Unión Temporal Pereira le puso de presente a Fonade la necesidad de las obras adicionales en comunicación de 17 de junio de 2009 y que la interventoría estuvo de acuerdo con dichas obras.

7.2. Sobre la mayor permanencia en obra

Observó que el dictamen pericial reseñó la mayor permanencia en obra, por el término de 30 días, derivada de los inconvenientes con los diseños y planos; no obstante, según la apelante, el Tribunal *a quo* decidió aplicar una sentencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida en el año 2015, en virtud de la cual en el momento de la prórroga el contratista guardó silencio sobre sus reclamaciones y, por ende, renunció a ellas.

Afirmó que no existe otra posición jurisprudencial similar a la que adoptó la Subsección C y que, además, en su criterio, la renuncia de derechos fundada en el silencio de la parte contratista se convierte en una patente de corso para que las entidades públicas no reconozcan los sobrecostos en las obras que reciben.

Citó la jurisprudencia de 1999, en la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que la renuncia de derechos a los sobrecostos debe ser expresa⁴³ y la jurisprudencia adoptada en 2003, que impuso la reparación de perjuicios por la suspensión del contrato derivada de hechos no imputables a la contratista⁴⁴.

7.3. Sobre los precios unitarios subvalorados

Afirmó que está probado en el dictamen técnico y en el dictamen contable que los precios unitarios aumentaron entre un 20 y un 30% por las condiciones reales del

⁴¹ Así se mencionó en la demanda, folio 307 cuaderno 1-1-, igualmente correspondió al término utilizado en el dictamen explicando “*al montar las ventanas, los marcos y bordes de las puertas es necesario que se remate con mortero los espacios de ladrillo o tramos de mampostería que dan contra la carpintería metálica y se debían rematar con las filos horizontales o verticales*”, folio 65 anexo 2.

⁴² *Ibídem*.

⁴³ Citó la siguiente sentencia: “*Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de abril 29 de 1999, C.p.: Suárez Hernández, Daniel*”. Folio 1.222 del cuaderno principal de la segunda instancia.

⁴⁴ Citó la sentencia de 4 de septiembre de 2003, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enriquez

mercado en Pereira y detalló los valores que, según el dictamen, pagó la Unión Temporal Pereira en la ejecución de los distintos ítems, comparados con lo que se había establecido en el contrato. Se recuerda que, según la demanda, los ítems subvalorados correspondían a los que utilizaban como insumo el cemento y la carpintería metálica.

7.4. Sobre la cuantificación de perjuicios

Finalmente, la apelante manifestó que se encuentran cuantificados los perjuicios causados a la Unión Temporal Pereira, a través del dictamen contable y financiero, y que esa experticia no fue refutada ni objetada.

8. Actuaciones en segunda instancia

8.1. Mediante auto de 16 de septiembre de 2019, el Consejo de Estado admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante, esa providencia fue notificada el 24 de septiembre de 2019 al representante del Ministerio Público⁴⁵.

8.2. En auto de 25 de noviembre de 2019 se ordenó correr traslado a las partes⁴⁶.

9. Alegatos en segunda instancia

9.1. La Unión Temporal Pereira sostuvo que se tiene que acoger la “*tesis mayoritaria*”, según la cual el precedente indica que el juez debe analizar las causas que dieron lugar a la suspensión y prórroga y “*en la medida que no le sean imputables a la contratista, la entidad contratante debe indemnizar los perjuicios que se hayan causado y demostrado*”, salvo que la contratista haya renunciado de manera expresa e inequívoca al derecho a reclamar el respectivo perjuicio, renuncia que no tuvo lugar en el presente caso.

El apoderado informó que solicitó, en otro proceso ante el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B⁴⁷, que se dicte una sentencia de unificación sobre este aspecto.

⁴⁵ Folio 1.251 del cuaderno principal de la segunda instancia.

⁴⁶ Folio 1.253 del cuaderno de segunda instancia.

⁴⁷ Citó el “*radicado No. 2013-507 (63.666) Magistrado Ponente; Dr Ramiro Pazos Guerrero*”.(se refiere al radicado 68001233300020130050702 (63666), actor Aguas de Barrancabermeja S.A. ESP, demandado: Diseños y Construcciones Discon – al despacho para fallo, fuente www.consejodeestado.gov.co).

9.2. En las alegaciones de segunda instancia, Fonade reiteró todos los argumentos de su contestación a la demanda⁴⁸. En lo que importa para el presente recurso se destacan los siguientes argumentos:

La prohibición de ir contra los actos propios operó para la contratista, toda vez que estaba obligada a conocer las condiciones del terreno desde la etapa precontractual y que el contrato se celebró con la Unión Temporal Pereira, teniendo en cuenta el carácter *intuito personae*, en atención a sus conocimientos profesionales.

Observó que el aumento de cantidades no comportó modificación al contrato y no configuró ruptura del desequilibrio económico.

Las actas de obra dieron cuenta de mayores y menores cantidades, de acuerdo con la ejecución, y el contrato se ejecutó y se pagó de conformidad con todas las actas y con el contenido del Otrosí 1.

Acercó de los precios, se detuvo en el dictamen técnico para destacar que no se observa un ejercicio profesional, técnico y financiero realizado por el perito que permita concluir un nuevo precio de las actividades reclamadas.

Fonade enfatizó en que, contrario a lo que afirmó la demandante, en este caso no fue necesaria una nueva licencia de construcción o pronunciamiento de la alcaldía y que los cambios de diseños solo incidieron en la reubicación de un bloque, como dio cuenta la nota de bitácora No. 44 del 23 de junio de 2009, sin generar retrasos en la construcción.

Reseñó las actividades realizadas por el diseñador, arquitecto Jesús Adolfo Antolínez, quien envió los ajustes por correo electrónico tan solo 10 días después de la fecha de inicio del contrato.

Concluyó que los retrasos fueron imputables a la actividad constructiva, a cargo de la contratista.

9.3. El Ministerio Público guardó silencio en su oportunidad.

⁴⁸ Folios 1.256 a 1.380 del cuaderno principal.

II CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; **2)** procedencia y oportunidad en el ejercicio de la acción contractual; **3)** anotación preliminar sobre el régimen de contratación de Fonade en vigencia de la disposición contenida en el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007; **4)** de las pruebas allegadas al proceso – deber de valoración integrada de los dictámenes; **5)** el caso concreto y **6)** costas.

En el caso concreto se tratarán los siguientes asuntos: **5.1)** sobre las mayores cantidades y las obras adicionales; **5.2)** sobre la mayor permanencia en obra – precisión de jurisprudencia aplicable en este caso; **5.3)** ítems subvalorados y **5.4)** cuantificación del perjuicio.

1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado

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

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, normas a cuyo tenor se consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En este proceso se demandó a Fonade, empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, vinculada al Departamento de Planeación. Así las cosas, al ostentar la naturaleza de entidad pública, esta jurisdicción es competente para dirimir la controversia.

También le asiste competencia a la Sala para tramitar el asunto en segunda instancia, toda vez que el valor de los sobrecostos y perjuicios reclamados en la demanda se estimó en la suma de \$1.767'744.548, monto que resulta superior al equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$267'800.000)⁴⁹, exigido por la ley vigente a la

⁴⁹ \$267'800.000, con fundamento en el salario mínimo legal vigente en el año 2011 (\$535.600 X 500 = \$267'800.000).

fecha de presentación de la demanda⁵⁰, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

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

Observa la Sala que las pretensiones de la demanda se encaminaron a obtener la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones del Contrato No. 2091270 de 29 de abril de 2009 y, subsidiariamente, se solicitó declarar y reconocer los perjuicios por la ruptura del equilibrio económico del contrato o el .enriquecimiento sin causa originado en la ejecución del contrato, aspectos que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., deben ventilarse a través del la acción contractual impetrada.

En orden a determinar la oportunidad de la interposición de la demanda, la Sala precisa que aplica la regla prevista en el literal c) del numeral 10) del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo⁵¹, para aquellos eventos en los que el contrato de tracto sucesivo es liquidado bilateralmente.

Reposa en el expediente el acta de liquidación bilateral del Contrato No. 2091270, suscrita entre los representantes de las partes el 3 de noviembre de 2010⁵², prueba que, en aplicación de la norma que se cita, permite concluir que el término de caducidad vencía el 4 de noviembre de 2012.

Sin necesidad de acudir en este cómputo a la interrupción del término por virtud de la solicitud de conciliación extrajudicial⁵³, se concluye que la demanda se presentó en forma oportuna el 25 de julio de 2011⁵⁴ y, por ello, no operó la caducidad de la acción.

3. Anotación preliminar sobre el régimen de contratación de FONADE

⁵⁰ Ley 1395 de 2010. "Artículo 3° Modifíquese el numeral 2 del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, el cual quedará así: 2. Por el valor de la suma de todas las pretensiones acumuladas al momento de la presentación de la demanda".

⁵¹ CCA. "Artículo 136 (...) 10. (...) En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:(...) c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta".

⁵² Folio 265 del cuaderno 1-1.

⁵³ En el expediente reposa el acta de 9 de junio de 2011 correspondiente a la "audiencia de conciliación prejudicial" solicitada por la Unión Temporal Pereira el 30 de marzo de 2011, acta que fue levantada por la Procuraduría Judicial en Asuntos Administrativos No. 38 en la ciudad de Pereira, de conformidad con la Ley 640 de 2001. Folios 102 a 104 del cuaderno 1.

⁵⁴ Folio 328 del cuaderno 1-1.

Se advierte que, por virtud del artículo 26 de la Ley 1150 de 2007, la contratación de Fonade, para la época en que se celebró el contrato 2091270 suscrito el 29 de abril de 2009, se ubicó bajo el régimen del estatuto general de la contratación de la administración pública, contenido en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, así:

“Artículo 26. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen”.

Aunque bajo las reglas del citado estatuto la voluntad de las partes no es fuente idónea para definir el régimen jurídico aplicable al respectivo contrato, puede agregarse que, en este caso, el contrato se adjudicó previa licitación pública, en la cual se identificó como régimen legal, precisamente, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007⁵⁵, en forma ajustada a lo establecido por el artículo 26 antes citado.

4. De las pruebas allegadas al proceso

A continuación, se destacan algunos aspectos de interés en el análisis de las pruebas:

4.1. Pliego de Condiciones de la Licitación Pública LP 001 de enero de 2009⁵⁶.

Se anota que el pliego de condiciones estableció la determinación del precio del contrato a través del sistema de cantidades ejecutadas por valores o precios unitarios pactados, para los costos directos de la obra.

En caso de mayores cantidades se estableció que podían *“compensarse mediante acta suscrita entre el interventor y el contratista, con la supervisión de FONADE”*⁵⁷; sin embargo, se advirtió que cuando las mayores cantidades implicaran aumento del valor estimado del contrato, *“antes de ser autorizadas por la interventoría y ejecutadas por el contratista, será necesaria la celebración de contrato adicional correspondiente”*⁵⁸.

⁵⁵ Punto 1.7. del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública LP 001 de 2009, folio 118 del cuaderno 1.

⁵⁶ Folios 105 a 182 del cuaderno 1.

⁵⁷ Punto 4.2.3. del pliego de condiciones, folio 150 del cuaderno 1.

⁵⁸ Ibidem.

Igualmente, en el pliego de condiciones se advirtió que en el supuesto de presentarse ítems o actividades de obra no previstos contractualmente, “*el contratista los deberá ejecutar, previa celebración de contrato adicional*”⁵⁹ :

Es importante advertir la siguiente estipulación en relación con la negociación sobre los precios no previstos:

*“Los precios que se acuerden por los ítems y actividades no previstos, en ningún caso serán superiores a los del mercado **al momento en que se celebre el contrato adicional**”*⁶⁰.

Finalmente, dentro de las obligaciones de la contratista descritas en el pliego de condiciones, se deben citar las “*relacionadas con los diseños, planos, estudios técnicos y especificaciones de construcción*”, entre otras, que se citan de forma literal:

*“4.4.7.2. Revisar, junto con la interventoría, dentro de los quince (15) días siguientes a la suscripción del acta de inicio, la totalidad de los diseños, planos, estudios, (...) 4.4.7.3. justificar técnicamente toda adecuación, complementación, ajuste y/o modificación de los diseños (...) con el fin de obtener el aval del Consultor o en su defecto del interventor (...). La responsabilidad por las adecuaciones, complementaciones, ajustes y/o modificaciones a los diseños, planos (...) será asumida por el contratista en el evento, que el contrato de consultoría no se encuentre vigente”*⁶¹.

4.2. El Contrato No. 2091270 celebrado entre Fonade y la Unión Temporal Pereira el 29 de abril de 2009.

El objeto del Contrato No. 2091270 fue la “*ejecución, por parte de EL CONSTRUCTOR, de la obra denominada **CONSTRUCCIÓN DE UNA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA UBICADA EN EL SECTOR DE TOKIO EN LA CIUDAD DE PEREIRA***”⁶².

El Contrato No. 2091270 se celebró por valor de \$7.586'401.955, de acuerdo con los costos relacionados en la propuesta de la Unión Temporal Pereira, con una duración inicial de 240 días a partir del acta de inicio.

⁵⁹ Punto 4.2.4.1 del pliego de condiciones, folio 272 del cuaderno 1-4.

⁶⁰ La negrilla no es del texto. Punto 4.2.4.3. del pliego de condiciones, folio 273 del cuaderno 1.4.

⁶¹ Folio 285 del cuaderno 2-1.

⁶² Folio 161 del cuaderno 1.

Se advierte que el pliego de condiciones de la licitación pública LP 001- 2009 se declaró incorporado al contrato 2091270, de acuerdo con el parágrafo primero de la cláusula primera.

4.3. Acta de iniciación del Contrato No. 2091197, suscrita el 18 de mayo de 2009⁶³.

4.4. “ADICION Y MODIFICACIÓN No.1”, suscrita el 4 de diciembre de 2009, por valor de \$400'187.465, la cual, de acuerdo con su texto, se fundó en “*el Acta de Modificación No. 1 de Mayores y Menores Ítems no Previstos del 20 de noviembre de 2009*”⁶⁴.

4.5. Comunicación del 18 de diciembre de 2009, mediante la cual el Consorcio AG dio respuesta negativa a la solicitud de prórroga contenida en el oficio UTP-DO-253, por considerar que los análisis de mayores y menores cantidades de obra no justificaban el retraso que se presentaba en la ejecución del contrato⁶⁵.

4.6. Solicitud de adición por la suma de \$45'708.958 y prórroga por 30 días, suscrita el 30 de diciembre de 2009 por José Gilberto López, director de obra y Julio E. Bobadilla, director de interventoría (Consorcio AG), con el fin de dar “*culminación a las obras pendientes*” y adicionar el suministro e instalación de una planta eléctrica. En las consideraciones de la solicitud se indicó (se transcribe de forma literal, la negrilla no es del texto):

*“1. A la fecha se presenta un avance de obra del 84.91% con un avance programado del 90.98% lo que indica un atraso de obra del 6.07% representado en 30 días aproximadamente **por causas imputables en su totalidad a la contratista**, por lo cual es indispensable adicionar tiempo para culminar las actividades pendientes. (...) 4. Dada la solicitud de prórroga por los atrasos en la terminación de las obras, **el contratista UTP acepta asumir los costos de la Interventoría los cuales serán descontados de la última acta, teniendo en cuenta que los atrasos a la fecha son responsabilidad de la Unión Temporal Pereira**”⁶⁶.*

4.7. Documento de “ADICIÓN Y MODIFICACIÓN No. 2 PRÓRROGA No. 1 AL CONTRATO 2091270”, suscrito entre los representantes de las partes el 12 de enero de 2010, en el cual se adicionó el valor del contrato en la suma de

⁶³ Folio 200 del cuaderno 1-1.

⁶⁴ Folio 321 del cuaderno 2-1.

⁶⁵ Folios 117 a 119 del cuaderno 2.

⁶⁶ La negrilla no es del texto. Formato FGPPE26, folio 133 del cuaderno 2.

\$45'708.958, para proveer e instalar una planta eléctrica y se prorrogó el plazo del contrato en 30 días calendario⁶⁷ y se acordó el descuento correspondiente al pago de la interventoría por el mes adicional, que quedó a cargo de la contratista. En la cláusula tercera se indicó (se transcribe de forma literal, la negrilla es del texto):

“CLÁUSULA TERCERA.- PRÓRROGA.- Prorrogar el plazo del contrato No. 2091270 en treinta (30) días calendario contados a partir del vencimiento del contrato adicional y sus prórrogas. **PARÁGRAFO.** Serán de cargo exclusivo de **EL CONTRATISTA** los costos de interventoría que genere la presente prórroga⁶⁸.

4.8. Actas de entrega y recibo final de la obra, de 17 y 18 de febrero de 2010⁶⁹.

4.9. El acta de liquidación bilateral del Contrato No. 2091270, suscrita entre los representantes de las partes el 3 de noviembre de 2010, por valor total ejecutado de \$8.032'298.878⁷⁰ y un pequeño saldo no ejecutado, tan solo por valor de \$611,08 a reintegrar por parte de Fonade al convenio interadministrativo No. 197013.

En el acta de liquidación el representante de la Unión Temporal Pereira dejó constancia de las siguientes salvedades (Transcripción de forma literal):

*“La Unión Temporal Pereira se reserva el derecho a reclamar extrajudicial y judicialmente los perjuicios y/o sobrecostos derivados de los hechos y conceptos que a continuación se indican: **i)** sobrecostos y perjuicios por demoras durante la ejecución del Contrato por causas no imputables a la Unión Temporal Pereira, Mayor permanencia en obra; **ii)** sobrecostos y perjuicios por aceleración de las obras y trabajos inversiones adicionales o las previstas inicialmente en el Contrato; **iii)** sobrecostos y perjuicios por la ejecución de obras y trabajos adicionales por parte de la Unión Temporal Pereira; **iv)** sobrecostos y perjuicios por cambios en la calidad de los suministros; **v)** sobrecostos y perjuicios por cambios en la calidad de las especificaciones técnicas de construcción; **vi)** sobrecostos y perjuicios en HSE; **vii)** sobrecostos y perjuicios por ampliación de campamentos; **viii)** sobrecostos y perjuicios por variaciones en el proyecto arquitectónico; **ix)** sobrecostos y perjuicios por la ejecución de mayor cantidad de obra por parte de la Unión Temporal Pereira; **x)** sobrecostos y perjuicios por dificultades en la ubicación topográfica del proyecto en el terreno que se debía construir la Institución Educativa. Mayores costos de replanteo; **xi)** sobrecostos y*

⁶⁷ Folio 146 del cuaderno 2.

⁶⁸ Folio 134 del cuaderno

⁶⁹ Folios 135 a 142 del cuaderno 2. El valor final ejecutado que se reporta en estas actas de entrega coincide con el del acta final de liquidación. Se observa que incluye AIU.

⁷⁰ Folio 265 del cuaderno 1-1. El detalle de los pagos aparece en el memorando de 18 de febrero de 2013, suscrito por la gerente de la unidad de contabilidad u presupuesto de Fonade, folio 388 del cuaderno 2-1.

*perjuicios derivados por indefiniciones en los diseños y planos entregados a la Unión Temporal Pereira; **xii)** sobre costos y perjuicios en excavaciones. Aparición de gran cantidad de escombros en el terreno; **xiii)** sobre costos y perjuicios en la cimentación; **xiv)** sobre costos y perjuicios por haber subvalorado en el presupuesto oficial los ítems de obra del contrato, los cuales dentro de la ejecución aumentaron considerablemente, y **xv)** reembolso de pagos hechos a la interventoría”⁷¹.*

Anexo al acta de liquidación reposa en el expediente el cuadro titulado “*mayor permanencia en obra*”, en el cual se soportó, al parecer⁷², la liquidación de las salvedades por ese concepto, en la suma de \$2.211’388.759, discriminado así: \$1.340’844.681 por costos indirectos y \$870’544.078 por costos directos.

Según el cuadro, los costos indirectos se establecieron con base en los gastos de administración (16%) y utilidad (5%), calculados sobre el valor de los costos directos facturados. En los costos indirectos se relacionaron los del staff de personal por un mes (residentes, ingenieros y topógrafos) con la nota “*era medio tiempo en realidad fue tiempo completo*”, de la misma forma, en el cuadro de mayor permanencia se incluyó el cálculo el costo de un mes para la cuadrilla de administración, vigilancia y los costos de trámites, software, servicios públicos, sistema de manejo ambiental, cerramiento del campamento, impuestos, copias de planos y fotocopias⁷³.

Esta discriminación de los valores reclamados en el momento de la firma del acta de liquidación varía respecto de la que se presentó en la demanda, por la clasificación de los distintos conceptos, lo cual no reviste dificultad, puesto que la concreción de las salvedades se considera suficiente, dado que la demandante detalló mejor los conceptos y solicitó los dictámenes practicados en el proceso, en orden a probar los perjuicios que reclama.

4.10. Deber de valoración integrada de los dictámenes

En el proceso reposan tres pruebas periciales, todas las cuales deben tenerse en cuenta y merecen análisis, puesto que hacen parte del acervo probatorio, en tanto fueron decretadas y practicadas en debida forma.

⁷¹ Folio 267 del cuaderno 1.1.

⁷² El cuadro de excel no aparece firmado ni lleva un consecutivo respecto de la hoja de salvedades.

⁷³ Folios 329 y 330 del cuaderno 2-1-19

No comparte la Sala la postura del Tribunal *a quo* que se acotó a estudiar el primer dictamen técnico, toda vez que, por considerar improcedente la objeción de la parte actora, no quedó relevado de estudiar el dictamen de contradicción, en la medida en que este último se decretó sobre todo el cuestionario sometido a la experticia y no solamente sobre las preguntas materia de la objeción por error grave que formuló el demandado.

De la misma forma, tal como advierte la apelante, no se realizó el análisis del dictamen financiero y contable. Se afirma que ese dictamen tampoco debió ser ignorado por el Tribunal *a quo*, toda vez que se refirió a la ejecución financiera del contrato por parte de la Unión Temporal Pereira, aspecto que no quedó cubierto con la evaluación técnica que realizaron los peritos ingenieros.

Para la Sala es indudable que el estudio del dictamen contable y financiero reviste relevancia respecto del equilibrio económico del contrato, de la medición en la distribución de riesgos y la configuración de los eventuales perjuicios, entre otros aspectos, que ayudan a definir si proceden o no las pretensiones de la demandante.

Como consecuencia, en relación con la ejecución del contrato, el método de análisis para la valoración de las pruebas debió incluir todos los dictámenes y no descartar de plano el de contradicción ni el peritazgo contable y financiero.

En el mismo sentido, en esta apelación se impone el análisis crítico integrado, toda vez que, por ejemplo, la demandante en su recurso de apelación destaca las relaciones de cantidades y valores que presentó el primer perito, pero no se refiere a lo que reseñó el dictamen de contradicción respecto del mismo asunto, probablemente porque la invocación de este último no lo favorece en algunos aspectos.

5. El caso concreto

La Sala se referirá a continuación a los distintos aspectos materia de la apelación:

5.1. Sobre las mayores cantidades y las obras adicionales

La Sala advierte que las mayores cantidades de obra y las obras adicionales se negociaron entre las partes mediante la “ADICION Y MODIFICACIÓN No.1”, suscrita el 4 de diciembre de 2009, por valor de \$400'187.465, la cual, de acuerdo con su texto, se fundó en “el Acta de Modificación No. 1 de Mayores y Menores Ítems no Previstos del 20 de noviembre de 2009”⁷⁴.

De conformidad con las adiciones 1 y 2 del contrato, el valor inicial era de \$7.586'401.966 y se incrementó a \$8.032'298.266,92, suma que se pagó, de acuerdo con los ítems y cantidades ejecutadas, con el visto bueno de la interventoría del contrato⁷⁵.

Se advierte que los mismos ítems que reclama la demandante, como el campamento, las excavaciones de los pilotes y los muros “en bloque split”, se liquidaron de acuerdo con el acta de entrega y recibo, en las que se observan las actividades ejecutadas, unidades y valores.

En el expediente no reposa prueba de acuerdos sobre nuevas actividades o mayores cantidades distintas de la adición que se acaba de reseñar, ni tampoco acuerdo entre las partes sobre otras obras.

Además, tal como indicaron los peritos, los pagos se realizaron de acuerdo con las actas de obra y con base en los ítems pactados, lo cual lleva a denegar el pretendido incumplimiento del contrato en este aspecto.

El perito Hernán Cardona Buitrago contestó que las mayores cantidades y obras que la demandante reclamó en la demanda -como susceptibles de un precio distinto al pactado- no se pagaron; sin embargo, en la aclaración de su dictamen, al ser consultado sobre la metodología que siguió para establecer las mayores cantidades, según expuso, fue únicamente documental (se transcribe de forma literal):

“En el caso de las mayores cantidades de obra lo que se hizo fue restar de lo ejecutado lo pagado y esta cantidad la multipliqué por el valor unitario (...). En cuanto a las obras adicionales se tomaron las cantidades de acuerdo con las mediciones de obra y se multiplicaron por el valor unitario correspondiente que aparece en los análisis de precios unitarios, que son documentos que se extractaron del proceso”.

⁷⁴ Folio 321 del cuaderno 2-1.

⁷⁵ Folios 135 a folios 142 del cuaderno 2.

“Como se mencionó en el informe inicial que presenté, con base en la documentación que obra en el expediente como fueron el presupuesto de la obra, las comunicaciones, la bitácora, las metodologías de trabajo, las mediciones de obra, análisis de precios unitarios, entre otros se encontró que en desarrollo del contrato si ejecutó mayores valores (...).

“No se encontraron documentos con los cuales la interventoría o FONADE autorizaran o rechazaran la ejecución de mayores obras (...).

“A pesar de lo anterior, dentro del expediente si se encuentra el Acta de terminación de los trabajos Objeto del contrato de fecha 18 de febrero de 2010 en la cual se indica que la Unión Temporal Pereira ejecutó todos los trabajos objeto del contrato y en el tiempo establecido”⁷⁶.

El perito indicó que se le pidió calcular el valor de las cantidades alegadas y, de acuerdo con lo solicitado, multiplicó las cantidades reclamadas por los precios pactados; sin embargo, no se probaron otras cantidades distintas de las relacionadas en las actas aprobadas ni otras obras que hubieran debido pagarse como conceptos separados y distintos.

Por su parte, el dictamen elaborado por Jaime David Anaya observó (se transcribe de forma literal):

“En cuanto a los sobrecostos y mayores cantidades de obra que relacionan (sic) la parte demandante tampoco se le puede dar trámite porque no existe constancia de las mismas ni recibo de las mismas por parte de la interventoría ni de FONADE según lo establecido en el contrato”⁷⁷.

Igualmente, en el dictamen citado el perito observó que no hubo acuerdo contractual de nuevos ítems o cantidades, con excepción de lo contenido en los otrosíes 1 y 2 (transcripción de forma textual), así:

“Dentro de los documentos entregados por el demandante no se encuentra ninguna autorización expresa de FONADE o la interventoría de acuerdo a los términos del contrato para ejecutar mayores cantidades de obra o ítems no previstos con excepción del Otrosí 1 y 2”⁷⁸.

Es evidente que la demandante considera que debieron generarse ítem especiales o separados, que no estaban en las actas, pero no se puede aceptar esa

⁷⁶ Folio 594 del cuaderno 2-2.

⁷⁷ Folios 22 a 24 del cuaderno anexo 2 Informe pericial.

⁷⁸ Folio 16 del anexo No.2 – informe pericial.

reclamación, puesto que no los cotizó en esa forma dentro de su oferta en la etapa precontractual, ni tampoco los incluyó en la negociación que se formalizó en diciembre de 2009, cuando ya estaban definidas las especificaciones del proyecto, con la participación de sus profesionales expertos.

Así las cosas, no es procedente la reclamación por incumplimiento del contrato.

Con el ánimo de valorar las pretensiones subsidiarias, procede considerar la eventual ocurrencia de un desequilibrio económico sobre las variaciones de cantidades o de especificaciones, respecto de lo cual se observa que las variaciones en las especificaciones -si es que se presentaron- no obedecieron circunstancias imprevisibles ni impuestas a la contratista, requisito que resulta indispensable para entrar a valorar la ocurrencia o no del desequilibrio.

Acerca de la inexistencia de circunstancias imprevistas en la ejecución del contrato se pueden citar las siguientes pruebas.

5.1.1. Campamento y elementos de seguridad industrial

Se advierte como previsible que se requiriera un campamento con área mayor al mínimo exigido en el pliego, de acuerdo con las necesidades de almacenamiento y las condiciones de servicios requeridos por el personal de la obra, de manera que, si quería recuperar ese costo, la Unión Temporal ha debido contemplar un mayor valor en el ítem de campamento al momento de presentar su oferta.

Se observa que en el presupuesto de la licitación se indicó que el campamento se pagaba por unidad y no por metro construido, por lo que, al no haberse considerado en la oferta la mayor cantidad de obra para levantar el campamento adecuado, la contratista asumió el costo respectivo.

Por otra parte, se reseña lo declarado el 11 de septiembre de 2012 por Carlos Jiménez Matallana, especialista en salud ocupacional y seguridad industrial de la contratista, quien advirtió la magnitud requerida para el campamento así (se transcribe de manera literal):

“PREGUNTADO: Sírvase señalar si la cantidad de 60 metros para obras de campamento son suficientes para dar cumplimiento a las normas de

seguridad industrial u ocupacional en la obra contratada. CONTESTÓ: De acuerdo con la magnitud de la obra, se requieren para el control del área que le permitan buena seguridad en cada actividad que realizan los trabajadores, este proyecto tuvo un total de 750 trabajadores⁷⁹.

“(...) sin tener en los pliegos sino una permanencia del 10% en salud ocupacional, la unión temporal contrató una persona el 100% para hacerle seguimiento al proceso de salud ocupacional, cosa que llevó a que el FONADE, hiciera un reconocimiento como el proyecto más seguro que han desarrollado en Colombia, por las tasas e índices con que se midió esta labor”.

“PREGUNTADO; Considera usted que el contratista ejecutó la obra con índices de mayor calidad en seguridad industrial a la establecida en los pliegos y en el contrato. CONTESTÓ: Si, incluso no solamente el control como especialista que yo ejecutaba sino que se exigían obras y actividades adicionales donde se debía aprobar por la interventoría, de lo contrario se suspendía la actividad (...)”.

En otra respuesta, el testigo advirtió que se requerían acuerdos económicos para el pago correspondiente a las obras adicionales, los cuales, en atención a la naturaleza de su cargo, no estaban bajo su control:

“Todo el proyecto se desarrolló con metodologías de trabajo, donde la interventoría autorizaba el desarrollo de estas y, me imagino, económicamente no sé cómo lo pagaban, pero todo se hizo ordenado por la interventoría, o de lo contrario las actividades se interrumpían, que generó cantidad de trabajadores cesantes para desarrollar muchas actividades⁸⁰”.

De la misma forma, se advierte que los elementos de seguridad industrial requeridos para la obra, como el pasamanos de guadua para los trabajadores, debieron considerarse por la contratista en la oferta o en la negociación adicional.

5.1.2. Excavaciones y rocería

Se considera que al cotizar el ítem de excavación se pudo prever que eventualmente habría profundidades mayores de las estimadas en el presupuesto. Esta apreciación se apoya en el conocimiento que se evidenció sobre el tipo de

⁷⁹ Nota adicional a la cita: este número de trabajadores parece exagerado, si se contrasta con las declaraciones de José Gilberto López Herrera residente de obra, quien indicó que *“llegamos a tener hasta 328 trabajadores, 13 maestros de obra”* (folio 20 del cuaderno 2); sin embargo, es evidente que el campamento de 60 M2 era una exigencia mínima que no resultaba suficiente frente a la cantidad de maestros de obra y otros operarios cuya presencia era previsible para la construcción. El residente de obra observó que el campamento era insuficiente por cuanto *“en total tuvimos 13 maestros de obra, además de todo el personal encargado de la carpintería metálica”* (folio 9 del cuaderno 2)

⁸⁰ Folio 27 del cuaderno 2.

excavación, por parte del director de obra de la contratista, quien declaró que no hubo ninguna falla en el procedimiento constructivo de la excavación y al relatar las dificultades de esa actividad no se refirió a situaciones imprevistas de importancia, en estos términos (se transcribe de forma literal):

“PREGUNTADO: Diga cómo es cierto, si o no que existieron algunas fallas en el control de profundidad de las excavadoras. CONTESTO: No. Hubo fallas técnicas, control e(sic) profundidad no entiendo porque, las excavaciones se dejaron en los niveles que eran, no se tuvo que hacer rellenos, se llegó a los niveles que eran (...) el único inconveniente que se presentó respecto de los movimientos de tierra es que la interventora arquitecta fue al sitio autorizado por La CARDER del botadero, (...) le pidió la seguridad social al operador del bulldocser (sic), el dijo que no la tenía, pero ella no se percató de que no la tenía era ahí (...) nos suspendió por escrito”⁸¹.

Para este ingeniero, las únicas fallas técnicas se dieron por el incumplimiento de los parámetros urbanísticos (mayor permanencia en obra que se analiza en el punto siguiente) y todos los imprevistos se negociaron y acordaron en un trabajo estrecho y exigente, conjuntamente con la interventoría⁸².

Por otra parte, se advierte que la actividad de rocería no constituyó un imprevisto, puesto que dentro del plan de manejo ambiental que presentó la Unión Temporal Pereira se ofreció (se transcribe de manera textual):

“Medidas Propuestas (...) Rocería si fuese el caso con el objeto de diagnosticar en mayor detalle la dinámica erosiva del mismo [terreno objeto de excavación] y su posterior impermeabilización con la siembra de gramíneas y/o especies de similar comportamiento”⁸³.

En el mismo sentido, se destaca la respuesta del perito Jaime David Anaya Buitrago, quien advirtió (se transcribe de forma literal):

“Una vez se analizaron los pliegos y condiciones y el contrato se encontró que las actividades de rocería no estaba (sic) incluida como ítem en los precios unitarios iniciales como actividad separada, pero estimo que es parte inherente del descapote ítem 1.1.2 (...) y su costo está incluido dentro de esa actividad”.

⁸¹ Folios 19 y 20 del cuaderno 2.

⁸² Folio 20 del cuaderno 2.

⁸³ Folio 720 del cuaderno 1-3.

Por último, de acuerdo con lo anterior, si la contratista realizó cambios en las especificaciones o en el proceso constructivo, que ahora reclama como obras adicionales con valor superior al acordado, se advierte que lo hizo de manera unilateral y no puede exigir su pago, así las haya realizado para mejorar las condiciones de los trabajadores, los terminados o la calidad de la obra, por cuanto Fonade no estaba obligada a reconocer ese mayor valor y nada indica que la contratista fue compelida u obligada a ello.

5.2. Mayor permanencia en obra

5.2.1. Del error en el diseño como causa de la mayor permanencia en obra

Se precisa que la decisión de primera instancia en torno de la denegación de las sumas reclamadas por concepto de mayor permanencia en obra se fundó en i) la falta de certeza acerca de la causalidad entre los defectos del diseño y las demoras en ejecución de la obra y ii) para su eventual reconocimiento, la prolongación del término contractual debía obedecer a hechos no imputables a la contratista, parte que a su vez no acreditó que al acordar la prórroga estaba cumpliendo con el contrato.

Se agrega que, aunque el director de obra en su testimonio aseveró esa relación de causalidad, Fonade acreditó en su informe que el cambio originado en las observaciones al diseño fue de orden menor – *solo de 42 cms y no requirió de una modificación a la licencia de construcción que había entregado*- y, por otra parte, según lo mencionó el Tribunal *a quo*, el dictamen de Hernán Cardona Buitrago reseñó varias causas del proceso constructivo que llevaron a la prórroga del contrato por el término de un mes.

Se puede advertir que, tal como lo alegó Fonade, la bitácora de obra demostró que el consultor encargado del diseño, arquitecto Jesús Adolfo Antolínez, atendió las modificaciones requeridas en la etapa de localización y replanteo, dentro del plazo para revisar los diseños –que era de 15 días- y que atendió la solicitud en tan solo de 10, mediante correo electrónico de 29 de mayo de 2009⁸⁴.

⁸⁴ Según informó el interventor a la alcaldía, comunicación 157-GDP-CC005-020 de 4 de junio de 2009, folio 177 del cuaderno 1-1.

También, se resalta que no hubo acuerdo de suspensión y la ejecución del contrato no se paralizó, puesto que continuaron otras actividades preliminares, además de que las relativas al diseño se reanudaron el 2 de junio de 2009, cuando se obtuvo el visto bueno de la interventoría y de la comisión de topografía -que era parte del equipo de la contratista- para entrar en las actividades de excavación⁸⁵.

Es muy importante observar que, de acuerdo con el pliego de condiciones, Fonade no asumió el riesgo de los defectos o errores en los diseños, dado que advirtió la obligación de la contratista de revisarlos y establecer las modificaciones, las cuales quedaban a cargo del consultor o de la Unión Temporal Pereira, si el contrato con el consultor hubiere terminado.

En la demanda se confundió la obligación de entregar el lote apto para la construcción con la de establecer los diseños definitivos. Se anota que la primera obligación estaba a cargo de Fonade y la segunda a cargo de la contratista, quien, una vez recibió las modificaciones del consultor, fue la encargada de adelantar el replanteo con sus expertos de topografía, para la modificación correspondiente, en orden a respetar el espacio de antejardín y de andén requerido para ajustarse a la licencia de construcción preexistente.

En el análisis que lleva a denegar el incumplimiento de Fonade y el perjuicio reclamado por mayor permanencia en obra, puede traerse a colación que, en su momento, mediante comunicación UTP-DO-167 del 4 de septiembre de 2009, dirigida al interventor, el representante de la Unión Temporal Pereira observó que las dificultades técnicas de los diseños significaron el movimiento del edificio de administración y biblioteca en 42 cms, además de algunos ajustes que requerían soluciones de los especialistas geotecnistas y estructurales, lo cual justificaba el bajo rendimiento en ciertas actividades, como las excavaciones, pero en su explicación manifestó que se trataba de asuntos comunes y propios de la construcción, así (se transcribe de forma literal):

“Resulta prácticamente imposible que en un contrato como el que es objeto de interventoría, se ejecute 100% conforme a lo planeado, esto en razón no solo de a la naturaleza misma del contrato, sino también por su modalidad de pago por el sistema de precios unitarios, a lo que se suma que los cambios técnicos de diseño o de especificaciones resultan comunes, y así como pudo

⁸⁵ Folio 176 del cuaderno 1-1

tener retrasos el contratante también puede generarse en el contratista por razones inherentes o no inherentes a las partes, pero lo importante es la actitud y la predisposición del contratista para dar cumplimiento al objeto contractual⁸⁶.

En esa comunicación, el representante de la Unión Temporal explicó las causas del retraso del cronograma de obra, por la construcción de taludes, dificultades con los suministros de cemento, rediseño de instalaciones hidráulicas y sanitarias que -aunque tenían cambios por el rediseño- debían gestionarse en su momento con la empresa de servicios públicos Aguas y Aguas de Pereira, para verificar la disponibilidad en la conexión de la red.

Con fundamento en esa comunicación, la Sala observa que, tal como lo concluyó el Tribunal a quo, en la ejecución de la obra, el representante de la contratista observó que confluían varias causas para el desfase en el cronograma. Se agrega que la contratista manifestó que no eran exclusivamente generadas por ella y que en su criterio serían superadas.

Como consecuencia, la modificación de la zona afectada por el error del diseño no era extraña a las dificultades previsibles, ni produjo por sí misma una afectación en tiempo, puesto que el consultor cumplió oportunamente con la corrección a su cargo y las actividades subsiguientes corrían por cuenta de la contratista.

Por ello, se entiende que la contratista estaba justificada en su demora en la ejecución, pero no se concluye de allí que el defecto del diseño hubiera llegado a configurar un perjuicio imputable a Fonade.

5.2.2. Análisis de la prueba pericial sobre la mayor permanencia en obra

La Sala no puede pasar por alto que para el perito Jaime David Anaya la realidad consistió en que se produjo un desfase en el cronograma de 30 días, imputable a los errores esenciales del diseño.

A continuación, se resaltan las respuestas más importantes del dictamen rendido por el Ingeniero civil Jaime David Anaya Buitrago, y de su escrito de complementación y adición (se transcribe de forma literal):

⁸⁶ Folio 196 del cuaderno 1-1.

“De todo lo anterior se desprende que aunque en oficios y actas se le endilga al Contratista la culpabilidad por el retraso en las obras, la realidad al observar el proceso constructivo es que la parte demandante tuvo retrasos en la construcción debido a errores iniciales en los planos aportados por la Contratante Fonade y que como consecuencia de ello el Contrato se demoró en terminarse 30 días más de lo previsto. Por lo tanto, calculo los perjuicios por mayor permanencia en obra (...) A.I.U. proyectado de 30 DIAS.... \$200'807.472.

“A ese A.I.U. se le suma el valor de la interventoría que fue pagada por el contratista.....\$40'297.796”.

En su escrito de complementación y adición, el perito Anaya Buitrago explicó:

“PETICIÓN DE FONADE: Se solicita al señor Perito **ACLARE y COMPLEMENTE** si el inconveniente relacionado con la implantación del proyecto, previo análisis de la información registrada tanto por el constructor como por la interventoría durante la ejecución del proyecto ocasionó o no atrasos al inicio de la obra.

“RESPUESTA: sí, el inconveniente relacionado con la implantación del proyecto, previo análisis de la información registrada tanto por el constructor como por la interventoría durante la ejecución del proyecto ocasionó atrasos al inicio de la obra”⁸⁷.

No se acoge la aseveración del perito, dado que la causalidad no puede extraerse simplemente del tiempo que pasó entre el acta de inicio y la entrega de información, por cuanto en ello se ignoran las otras pruebas de la ejecución del contrato y la distribución de actividades y obligaciones previstas en el pliego de condiciones.

Además, no sobra advertir que ese perito se equivocó en el método de liquidación del supuesto perjuicio, por cuanto pretendió aplicar una regla de tres para determinar el AIU de un mes y actualizarlo como base de la condena propuesta, cuando, en tal caso, lo correcto habría sido detenerse en el daño emergente, por ejemplo, el valor de honorarios pagados, si la contratista hubiera tenido que adelantar la labor del consultor para corregir el diseño, o asumir los gastos de servicios públicos del campamento, si las actividades se hubieran suspendido totalmente.

5.2.3. De la jurisprudencia adoptada en este caso para negar la indemnización por mayor permanencia en obra

⁸⁷ Folio 1.045 del cuaderno 1.5.

Se precisa que la jurisprudencia citada por el Tribunal a quo no se refiere a una sentencia aislada de la Subsección C -supuestamente proferida en 2015- sino que reseñó una sentencia de 2017, que reiteró otra de 2014, relativa a la obligatoriedad de los acuerdos contractuales en el caso de las reclamaciones por desequilibrio económico del contrato, la cual, a su vez, fue tomada de la sentencia proferida en 1992 por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Para mayor claridad, se transcribe en extenso la jurisprudencia citada por el Tribunal a quo:

i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 23 de 2017, radicación: 150012333000201300526 01 (55.855, actor: Ingenieros G.F S.A.S., demandados: departamento de Boyacá, medio de control: controversias contractuales⁸⁸.

“En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.

“Esta postura es de vieja data en la Sección Tercera del Consejo de Estado y baste para confirmar lo dicho traer a cuento el siguiente aparte de la sentencia proferida el 23 de junio de 1992, Exp. 6032:

‘(...).

*‘No se probó procesalmente que BENHUR, dentro del término de ejecución del contrato incurrió en **sobrecostos superiores a los reconocidos por CEDENAR. Además la Sala destaca que BENHUR en ejercicio de su autonomía de la voluntad suscribió contratos adicionales de plazo en los cuales luego de la modificación de la cláusula original de PLAZO, convino con CEDENAR que **las demás cláusulas del contrato, entre ellas el precio, permanecían incólumes*****’ (subraya la sala).

“La Subsección C de la Sección tercera de esta Corporación también acoge dicha posición al señalar:

‘Pues bien, la Sala entiende que el término adicional no pudo causar una mayor permanencia en la obra imputable a la entidad, por varias razones:

“En primer lugar, porque este lapso fue objeto de un contrato donde las partes expresaron su voluntad sobre las condiciones en que se continuaría ejecutando la obra, de manera que siempre que se suscribe un contrato adicional la voluntad de las partes retorna a una posición de reequilibrio de las condiciones del nuevo negocio –como cuando se suscribió el contrato inicial-, porque tanto contratante como contratista tienen la posibilidad de suscribirlo o

⁸⁸ Pie de página 11, página 37 de la sentencia de primera instancia, folio 1193 del cuaderno principal de la segunda instancia.

de abstenerse de hacerlo, y si ocurre lo primero, a continuación pueden establecer las nuevas condiciones del negocio.

”(...)

“En este horizonte, cada parte del negocio se hace responsable de aquello a lo que se compromete, y así mismo, mientras nuevas circunstancias no alteren el acuerdo, se considera que contiene en sí su propio reequilibrio financiero⁸⁹.

“En conclusión, para que proceda el restablecimiento judicial de la ecuación financiera del contrato es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

“1.- Que la ruptura de la ecuación financiera del contrato (menoscabo) sea de carácter GRAVE.

“2. Que a través del medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico.

“3. Que la situación fáctica alegada como desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

“4.- Que se realicen las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad que atiendan al principio de buena fe objetiva o contractual, esto es que, una vez ocurrido tal hecho, se efectúen las solicitudes, reclamaciones o salvedades al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc.

5. Que las solicitudes, reclamaciones o salvedades se realicen de manera específica y concreta en cuanto a su concepto, tiempo y valor. Es decir, no tienen validez las salvedades formuladas en forma general o abstracta”.

Es importante observar que la improcedencia de las reclamaciones que se presentan en contravía de los acuerdos contractuales también ha sido invocada por la Subsección A de la Sección Tercera esta Corporación, pero en la jurisprudencia de esta Sala no se acepta incorporar una tarifa interpretativa acerca del requisito formal de la salvedad, sino que en cada caso se parte del análisis del

⁸⁹ Citó la siguiente sentencia: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 22087. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente 27648”.

contenido del respectivo acuerdo y de sus antecedentes⁹⁰, para determinar el alcance de los otrosíes correspondientes.

Esta Sala ha seguido la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación sobre la fuerza vinculante de los acuerdos contractuales que también se comparte en las sentencias de la Subsección C invocadas en la decisión de primera instancia, establecida inicialmente para las actas de liquidación bilateral –y que bien puede extenderse a los acuerdos contractuales que se realizan en ejecución del contrato cuando las partes debaten glosas u observaciones sobre el cumplimiento del cronograma o la inversión en obra-, con fundamento en el artículo 1602 del Código Civil y en el principio de la buena fe y la imposibilidad de obrar contra los actos propios, la cual se reitera en esta oportunidad⁹¹.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 8 de noviembre de 2016, radicación: 17001233100020080013801 (47336), Actor: Constructora Castilla y otros, Demandado: Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales – INFI-MANIZALES, acción: contractual temas: equilibrio contractual – Requisitos - Fuerza vinculante de las prórrogas del contrato.”viii) Así las cosas, la Sala encuentra que no proceden los argumentos que expuso el consorcio demandante en la apelación, toda vez que si bien se alegaron las causas de la mayor permanencia en obra en su oportunidad, a la hora de firmar las prórrogas, el contratista aceptó, en conocimiento de la existencia de tales circunstancias, que se ampliara el plazo sin adición de valor. En similar forma, en la prórroga 2, se acordó una adición que fue delimitada en su valor. La Sala advierte que las prórrogas se constituyeron en una ley para las partes, de acuerdo con la fuerza legal del contrato, que aplica también a sus modificaciones. // 8.3.1. Como consecuencia del análisis de las pruebas, se afirma la fuerza vinculante de las prórrogas del contrato, con fundamento en el artículo 1602 del Código Civil, la cual lleva a establecer que el contratista no podía alegar hechos imprevisibles en relación con aquellos eventos que conoció y pudo valorar antes de firmar las prórrogas del contrato⁹⁰.// 8.3.2. Se puntualiza, además, que dentro del contrato sub lite, las adiciones de obra extra y los nuevos precios que se negociaron durante 2006, se debían entender como fundados en las condiciones del mercado a la fecha en que se propuso la respectiva adición, teniendo en cuenta que no hubo reserva o pacto expreso en contrario, de manera que se tornó improcedente y por fuera de la ecuación económica del contrato, la solicitud posterior que se planteó en la etapa de liquidación del contrato, consistente en solicitar ajustes o actualizaciones sobre los mismos valores”. Esa jurisprudencia ha sido reiterada en varias oportunidades recientes: véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. sentencia de 6 de febrero de 2020, radicación número: 25000-23-26-000-2012-00225-01(63123), actor: Constructora Douquem Ltda, demandado: Distrito Capital – Secretaría De Educación Distrital, referencia: acción contractual; 2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente: Maria Adriana Marín: sentencia de 6 de febrero de 2020; radicación 25000-23-26-000-2002-01599-01 (38603), actor: Consorcio Proyectar, Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte IDR.

⁹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia de 6 de julio de 2005, radicación: 25000-23-26-000-1995-01556-01(14113), actor: Consorcio José J.C. y. R.A.C.H., demandado: IDU, referencia: acción contractual. “En primer lugar, este hecho se funda en el artículo 1602 del Código Civil, aplicable por remisión al derecho de los contratos estatales, según el cual “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” No puede perderse de vista que el acta de liquidación bilateral comparte la misma naturaleza del contrato, tanto por su formación como por sus efectos, de modo que lo allí acordado produce las consecuencias a que se refiere el artículo citado. Desde este punto de vista, cuando no se deja en el acta constancia concreta de reclamación, se entiende que no existe inconformidad. // En segundo lugar, este deber se funda en el “principio de la buena fe”, el cual inspira, a su vez, la denominada “teoría de los actos propios”, cuyo valor normativo no se pone en duda⁹¹, pues se funda, en primer lugar, en el artículo 83 de la CP, según el cual “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán

Además, tratándose de contratos suscritos en vigencia de la Ley 1150 de 2007, para definir el reconocimiento o no de la mayor permanencia en obra se debe analizar la distribución de riesgos del respectivo contrato, entre otras razones porque no todas las causas externas de la suspensión -o de la prórroga- se asumen por la entidad contratante: depende de lo que se acuerda en la medición de los riesgos previsible que se deben considerar por la contratista al formular el precio ofrecido.

Aunque la inexistencia de salvedades ha sido invocada como una de las reglas para la interpretación del alcance del otrosí de prórroga, la Sala advierte que su ausencia no impide el estudio de fondo de las respectivas reclamaciones y no constituye argumento suficiente para desechar las pretensiones correspondientes.

Finalmente, debe hacerse claridad en que esta postura no modifica la exigencia de salvedades claras y concretas en el acta de liquidación bilateral, como requisito para conocer de las reclamaciones en el proceso judicial, en atención a la nota característica del acuerdo sobre el estado financiero de liquidación, que tiene por objeto el cierre definitivo de las cuentas y el finiquito del cada una de ellas para establecer el saldo final, es decir, quién le debe a quien y cuánto le debe.

En este caso concreto, es de la mayor importancia agregar que en las negociaciones preliminares a la prórroga y en formato de solicitud, el director de obra de la Unión Temporal Pereira aceptó indicar que las demoras que justificaban la prórroga solicitada eran imputables a la actividad de la contratista, lo cual se encuentra acorde con las responsabilidades que la Unión Temporal Pereira había asumido en la etapa de replanteo y las demás que le correspondieron sobre el proceso constructivo.

Se puntualiza que esa solicitud de prórroga se citó dentro de los antecedentes del acuerdo de prórroga que fue suscrito por el representante de la citada Unión

ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante estas”, y en forma específica, en materia contractual, en el artículo 1603, según el cual “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.”

Temporal, de manera que se considera aceptada directamente por la parte ahora demandante.

Entonces, contrario a lo que afirma la apelante, en la sentencia de primera instancia no se impuso el requisito de una salvedad en el acuerdo de prórroga para definir el asunto de fondo, sino que se hizo valer lo considerado en el propio acuerdo.

Por último, no es de recibo que se pretenda cobrar el costo del personal de expertos que por contrato no requerían tiempo completo en obra, puesto que esos profesionales solo debían intervenir en forma parcial y, además, en la negociación de la prórroga por el mes adicional no se realizó un acuerdo para modificar el reconocimiento de los respectivos costos indirectos, de manera que las condiciones de reconocimiento seguían siendo las incluidas en la oferta.

5.3. Ítems subvalorados

Se recuerda que, según la demanda, los ítems subvalorados sobre los que se fundó la reclamación correspondían a las actividades que utilizaban como insumo el cemento y al trabajo de carpintería metálica.

La Sala destaca algunas observaciones del perito Jaime David Anaya que reseñaron la falta de fundamento en la reclamación por concepto de subvaloración de precios, así (se transcribe de forma literal):

“Es extraño que [el contratista] se esté refiriendo al precio de los valores unitarios del presupuesto oficial que no hacen parte del pliego de condiciones. El precio oficial global de la licitación lo da FONADE y fue aceptado en el momento de entrar a jugar dentro de la licitación con los demás proponentes. Es decir, el contratista hace el análisis personal de los precios unitarios que lo debe hacer de acuerdo con el estudio de los costos de materiales y mano de obra específicos de la región y en el momento de entrar a competir en la licitación que fue ganada por ellos, los mismos debieron haber quedado muy claros en la propuesta junto con las de los demás proponentes”⁹².

En su dictamen, el citado perito mostró la diferencia entre el precio unitario de la propuesta y el precio de ejecución de la Unión Temporal Pereira a la fecha de construcción, por cada ítem, cuadro en el relacionó los ítems de obra que utilizaron concreto (columna, pantalla, viga aérea, losa canal maciza en concreto, escalera). Según el perito, la contratista realizó una oferta de precios inferiores a

⁹² Folio 3 del Anexo No. 2 – informe pericial.

los del presupuesto, que explica una diferencia total de \$540'177.114, por cuenta del menor valor unitario dispuesto en su propuesta por la Unión Temporal Pereira y las cantidades efectivamente ejecutadas.

Además, en su análisis de los precios ofrecidos para las cantidades previstas en el presupuesto oficial, el perito Jaime David Anaya explicó (se transcribe de forma literal)

“El precio ofertado por la contratista fue menor que el presupuesto oficial presentado por FONADE (...) lo que implica un valor inferior de \$321'000.000. Para llegar al valor calculado por el contratista lógicamente tuvo que haber rebajado el valor de los materiales y la mano de obra de los valores reales establecidos por FONADE⁹³.

Por otra parte, vale la pena advertir que el dictamen contable y financiero registró que la Unión Temporal Pereira sí pagó mayores valores que los contratados⁹⁴, pero ello solo indica que tuvo mayores costos que los ingresos percibidos en el contrato.

5.4. Cuantificación de perjuicios

La Sala procederá a analizar el dictamen financiero y contable, cuya valoración echó de menos la apelante.

La contadora pública indicó en su experticia que el dictamen se basó en la contabilidad general⁹⁵ que llevaba la Unión Temporal, lo cual explica que en este proceso no se pudo establecer el detalle de las variaciones en el valor de los insumos -supuestamente incrementado, ni tampoco el dictamen arrojó información de los mayores valores que pueda llevar a concluir si correspondían a pagos a los proveedores de los ítems supuestamente subvalorados o a las negociaciones internas de reconocimiento de actividades facturadas por los partícipes de la Unión Temporal o los subcontratistas.

⁹³ Folio 14 del anexo No.2 – informe pericial.

⁹⁴ Folio 570 del cuaderno 2-2-

⁹⁵ “Como lo manifesté al inicio, el sistema contable de la Unión Temporal Pereira se manejó con el método de CONTABILIDAD GENERAL que no permite determinar mes a mes dicho monto, para establecer los sobrecostos discriminados (...) solo pude confrontar la parte laboral” folio 217 del cuaderno 2-1-

En las variaciones de importancia que arrojó el dictamen contable y financiero se destaca, por ejemplo, el ítem de la viga aérea en concreto, el cual tuvo sobrecostos de \$287'452.115 respecto del precio que había ofrecido y contratado la Unión Temporal con Fonade, puesto que en el formato 07 ofreció el ítem en \$270'336.642 y, según el dictamen, lo pagó en \$557'786.757. Se observa que no se desglosaron los componentes (insumos, mano de obra, AIU) ni si puede establecer si se debieron al cambio de precios del proveedor, a las especificaciones no convenidas en el contrato o a otro factor de negociación con terceros beneficiarios de los pagos.

Por lo anterior, se concluye que no obra en el proceso prueba de las modificaciones de precios de mercado por parte de los proveedores ni existen elementos para imputar una subvaloración de estos por parte de Fonade.

En este proceso se alegó el cambio de condiciones en los precios del cemento y el sobrecosto por las contrataciones de los dobladores que trabajaran carpintería metálica del calibre requerido, pero esos precios y sus variaciones no pudieron identificarse, pese a que la prueba se encontraba al alcance de la demandante, pues se refería a sus propias contrataciones.

Por otra parte, vale la pena precisar que en el pliego de condiciones se calificaron como riesgos previsibles y, como consecuencia, incorporados en el precio del contrato, los económicos, así (se transcribe de forma literal):

“4.11.2. Riesgos económicos

“Los riesgos económicos incluirán aquellos eventos relacionados con las variaciones de las tasas de interés, las tasas de cambio, del costo de ellos insumos con precio no regulado, así como las variaciones salariales no ordenadas por el Gobierno Nacional, de los costos de transporte, de personas o insumos y, en fin, con todas aquellas situaciones del mercado internacional, nacional o local que incidan en el costo directo indirecto de la obra.

“(…).

“4.11.2. Estimación

“Cada categoría general de riesgo ha sido estimada en un porcentaje referido a la sumatoria de los valores correspondientes a la sumatoria de los imprevistos y la utilidad pactados en el contrato. Por lo tanto, si durante la ejecución del contrato se concreta uno o varios de los riesgos asignados

*al contratista y, en definitiva, el valor del daño emergente no supera aquel estimado para cada uno de ellos, Fonade no reconocerá ninguna suma adicional*⁹⁶.

Por lo anterior, desde el punto de vista del riesgo asumido por la contratista, si se observa que -según el dictamen contable- la pérdida registrada por la Unión Temporal Pereira al cierre de 2010 alcanzó la suma de \$321'070.367⁹⁷ y que, por otra parte, se encuentra probado que el valor total ejecutado y pagado fue de \$8.032'298.878⁹⁸, se concluye que el resultado desfavorable no superó la cifra de \$722'906,899, que corresponde al riesgo a cargo de la contratista, suma que equivale al 9% del valor del contrato, proveniente de los porcentajes de imprevistos (4%) y utilidades (5%).

Por ello, aunque esté probado que la Unión Temporal realizó egresos por monto superior al ingreso percibido por el contrato -sin entrar a explicar su origen- se advierte que, en este caso, el desfase financiero que se acreditó con los estados financieros estaba a cargo de la contratista, de acuerdo con la distribución de riesgos del contrato.

Se puntualiza que el sistema de pago del contrato no era el de reembolso de gastos y que Fonade no garantizaba a la contratista la utilidad proyectada, por lo cual la prueba de mayor gasto o de pérdidas no indica responsabilidad de la entidad contratante.

6. Costas

El presente proceso se rige por el artículo 171 del CCA⁹⁹, toda vez que se inició antes de entrar a regir la Ley 1437 de 2011 (CPACA). En desarrollo del artículo 171 del CCA la condena en costas solo procede teniendo en cuenta la conducta de las partes y en este caso se observa que ninguna de ellas actuó en forma que pueda calificarse como temeraria.

⁹⁶ Folio 298 del cuaderno 2-1.

⁹⁷ Folio 221 del cuaderno 2-1.

⁹⁸ Folio 265 del cuaderno 1-1. El detalle de los pagos aparece en el memorando de 18 de febrero de 2013, suscrito por la gerente de la unidad de contabilidad y presupuesto de Fonade, folio 388 del cuaderno 2-1.

⁹⁹ CCA. "Artículo 171. Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil".

Como consecuencia, no habrá lugar a imponer costas por la segunda instancia.

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

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 3 de mayo de 2019, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: SIN condena en costas por la segunda instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>.