



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

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Radicación número: 25000232600020090088801 (48400)

Actor: VARELA FIHOLL Y COMPAÑÍA LTDA.

Demandado: DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

Acción: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Tema: Inexistencia de la caducidad de la acción contractual. Plazo contado a partir de la liquidación bilateral del contrato. Diferencia entre incumplimiento y desequilibrio contractual. Falta de prueba sobre el desconocimiento del principio de planeación y la causación de los perjuicios reclamados.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 30 de octubre de 2012, proferida por la Subsección C de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se declaró probada la excepción de caducidad de la acción.

A. SÍNTESIS DEL CASO

El 29 de septiembre de 2005, la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá como contratante, y la sociedad VARELA FIHOLL Y COMPAÑÍA LTDA. en calidad de contratista, suscribieron el contrato de obra pública No. 117. Esta última solicitó que se declarara el incumplimiento del principio de planeación por parte de la entidad pública, por estimar un área de construcción inferior a la que realmente se ejecutó.

El contrato se modificó en tres ocasiones, en plazo, valor y obligaciones. El plazo inició el 13 de octubre de 2005 y terminó el 15 de febrero de 2007. El 3 de agosto de 2007, las partes liquidaron de mutuo acuerdo el contrato, con la reserva de la contratista para reclamar judicialmente los perjuicios causados con una mayor obra construida y mayor permanencia en obra.



El 23 de julio de 2009, el contratista solicitó audiencia de conciliación ante la Procuraduría Judicial respectiva, actuación que finalizó el 21 de octubre de 2009, sin acuerdo entre las partes.

B. ANTECEDENTES

I. Demanda

1. El 27 de octubre de 2009 (fl. 31 c. ppal., 1ª instancia), la sociedad VARELA FIHOLL Y COMPAÑÍA LTDA. presentó demanda en ejercicio de la acción contractual contra el Distrito Capital – Secretaría de Educación, con el objeto de que se accediera a las siguientes pretensiones (fls. 5-6, c. ppal., 1ª instancia):

DECLARATIVAS

1.- *Se declare que la entidad pública demandada incumplió con el principio de planeación contractual, al estimar un área de construcción totalmente inferior a la que realmente se ejecutó, y por ende debe ordenarse el reconocimiento y pago de la mayor área construida dada la conmutatividad del contrato estatal No. 117 de 2005 y, en últimas, en virtud del título de imputación de no enriquecimiento sin causa contractual.*

2.- *Se declare que la entidad demandada incumplió con el principio de planeación contractual, al estimar la ejecución del contrato en un plazo inicial que no se cumplió por razones ajenas al contratista, obligándolo a permanecer mayor tiempo en la obra generando sobrecostos administrativos, financieros y de equipos en detrimento de su patrimonio, y por ende debe ordenarse el reconocimiento y pago de estos perjuicios dada la conmutatividad del contrato estatal No. 117 de 2005 y, en últimas, en virtud del título de imputación de no enriquecimiento sin causa contractual.*

CONDENATORIAS

Como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital al pago de las siguientes sumas de dinero:

1.- *La suma de \$904.355.708,64, de acuerdo con la siguiente estimación o la que pericialmente se determine:*

Mayor área construida: En el contrato principal el área contratada fue de 6.217 metros cuadrados y en la certificación de la SED se tiene que fueron construidos 6.944,93 metros cuadrados, diferencia de área de 727,93 metros cuadrados, que a valor presente equivalen a \$904.355.708,64.

2.- *A la suma que pericialmente se determine para tasar los perjuicios de orden patrimonial, como consecuencia de la mayor permanencia en obra.*

3.- *Se ordene la actualización de las sumas pretendidas, teniendo en cuenta la pérdida del valor adquisitivo, aplicando para ello los indicadores económicos vigentes.*

4.- *Se ordene a la entidad pública demandada el cumplimiento al pago de las condenas, de conformidad con el artículo 177 del C.C.A.*

5.- *Se condene en gastos y costas procesales a la entidad pública demandada.*



2. En los hechos (fls. 6-13, c. ppal., 1ª instancia), la parte actora afirmó que el 29 de septiembre de 2005 suscribió con la Secretaría de Educación Distrital el contrato de obra pública No. 117 con el siguiente objeto:

*Cláusula primera. El Contratista se compromete con la SED a la ejecución de las obras de construcción de acuerdo a los planos, especificaciones y cantidades de obra entregados por la SED del proyecto EL TINTAL de la localidad No. 8 de Kennedy en la Calle 6 Cras. 88 y 100. El proyecto incluye 24 aulas de preescolar, básica primaria, básica secundaria, media, aulas especializadas, laboratorios, talleres, aulas de tecnología, centro integrado de recursos educativos (CIRE), incluye biblioteca, informática, audiovisuales, aula múltiple, **en un área aproximada de 6.217 m2** (negrillas y subrayas fuera de texto).*

2.1. Sostuvo que el 13 de octubre de 2005 los contratantes firmaron el acta de inicio, en la cual se dejó constancia que el plazo del contrato era de doce (12) meses, según la cláusula sexta.

2.2.- Puso de presente que el contrato fue prorrogado el 18 de mayo de 2006 en 61 días y el 12 de diciembre de 2006 en 65 días calendario. El plazo se venció el 15 de febrero de 2007.

2.3.- Dio cuenta que en la cláusula séptima, las partes acordaron el valor en la suma de \$5.505.085.569,16, el cual fue adicionado en la suma de \$424.933.351,55. El anticipo se pactó en el 40% del valor del contrato, es decir en la cantidad de \$2.202.034.227,66, el cual se pagó al contratista el 26 de octubre de 2005.

2.4.- La parte actora señaló que durante la ejecución contractual se suscribieron trece (13) actas parciales y un acta final.

2.5.- Sostuvo que el 4 de septiembre de 2006 solicitó a la Secretaría de Educación Distrital reajustar el precio del contrato, por cuanto era necesario ejecutar una mayor área a la contratada de 6.217, pues al final se ejecutarían 6.944,93 m², por lo que se presentaría un desequilibrio económico, en razón de 797,93 m², por la suma de \$920.949.878,00. El 1º de marzo de 2007, mediante comunicación No. VF-118-2007, la sociedad contratista reiteró dicha petición.

2.6.- El 2 de septiembre de 2008, se liquidó bilateralmente el contrato, pero ante la falta de acuerdo entre las partes sobre los costos derivados de la mayor área construida, el contratista dejó reservas para reclamar judicial y extrajudicialmente los perjuicios causados. La entidad pagó a la contratista la suma de \$5.930.018.920,71.



2.7. El 23 de julio de 2009, la sociedad contratista solicitó audiencia de conciliación ante la Procuraduría Judicial respectiva, actuación que finalizó el 21 de octubre de 2009, sin acuerdo entre las partes.

2.8. La parte actora alegó que la entidad demandada incumplió el contrato por violación del principio de planeación, pues con antelación a la apertura del proceso de selección debió elaborar de forma completa los estudios, diseños y planos requeridos para la ejecución de la obra, de tal forma que no se presentaran sobrecostos causados por mayor cantidad de obra o *“errada estimación de la extensión del área a construir”*, ocasionando un desequilibrio económico al contratista.

2.9.- Por último, sostuvo que, en caso de que el juez considerara insuficientes los argumentos de la demanda, sustentaba sus reclamaciones patrimoniales en el hecho de que la entidad no tenía justificación para *“enriquecerse a costa del empobrecimiento o lesión del patrimonio, pues la obra ejecutada costó mucho más que lo que hasta la fecha la entidad ha pagado por ella en el acta final de liquidación”*.

II. Trámite de primera instancia

3. Admitida la demanda, el Tribunal *a quo* ordenó notificar personalmente a la Secretaría de Educación del Distrito Capital (fl. 39, c. ppal., 1ª instancia).

4. La entidad pública contestó la demanda (fls. 40-60, c. ppal., 1ª instancia) y se opuso a las pretensiones. Sostuvo que cumplió con las obligaciones contractuales a su cargo y que fue el contratista quien incumplió, tal y como lo evidencian los requerimientos de la interventoría¹, a raíz de la demora en el inicio de las labores contratadas y en la entrega de la programación para cumplir con el plazo contractual.

4.1. La demandada señaló que en el contrato se pactó un precio global, por lo que *“no se presentó una mayor cantidad de obra a construir, ni tampoco una obra imprevista a compensar, son en realidad los mismos componentes plasmados en los planos y contratados”*. Adujo que *“el proyecto inicial desde los pliegos licitatorios hasta su terminación corresponde a los mismos planos y diseños de la ejecución de la obra”*.

¹ Es de anotar que estos requerimientos no obran en el proceso.



4.2. La entidad alegó que el área era aproximada, pues lo importante eran las cantidades de obra a ejecutar, las cuales fueron previamente discriminadas desde el proceso de selección. Además, sostuvo que la demandante omitió informar que en la adición del valor del contrato se incluyó el valor total de las obras no previstas, resultantes de la excavación del material “mixto” y su acomodación en el relleno sanitario Doña Juana, más las obras adicionales autorizadas por la consultoría de diseño, tales como la tala de árboles, luego de un análisis de vulnerabilidad; la puerta de acceso de la zona 6 solicitada por el Coordinador del Área de Planeación y Diseño de la Secretaría de Educación Distrital. Así mismo, se presentaron algunas obras imprevistas de servicios públicos de energía y gas.

4.3.- No obstante lo anterior, la demandada señaló que dichas obras *“no tienen que ver con el proyecto presentado inicialmente, es decir, no corresponde a los planos, especificaciones y cantidades de obra correspondientes al proyecto, razón por la cual se hizo la adición y pago respectivo”*.

4.4. La accionada agregó que no era posible predicar la existencia de un enriquecimiento sin justa causa, porque pagó el valor convenido, el cual fue aprobado por las partes contratantes y que corresponde al valor real, según los ítems licitados y contratados.

4.5. Puso de presente que el 3 de agosto de 2007, las partes liquidaron el contrato de mutuo acuerdo, con salvedades del contratista por mayor permanencia en obra y mayor área construida, y que el 21 de octubre de 2007, se adelantó la audiencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Novena Judicial.

4.6. Con fundamento en los anteriores argumentos, la accionada propuso las excepciones de fondo que denominó: *“inexistencia de la obligación de pagar sumas de dinero al demandante por razón del contrato 117 de 2005”*; *“inexistencia del nexo causal entre la conducta del demandado y el hecho generador de la mayor permanencia en la obra”* y *“falta de causa para demandar”*.

5. Mediante auto del 17 de marzo de 2010, el *a quo* abrió el proceso a pruebas (fls. 82-85, c. ppal., 1ª instancia).

6. Una vez se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 172, c. ppal., 1ª instancia), la parte actora, además de hacer un recuento de sus argumentos, reiteró, con fundamento en las pruebas válidamente decretadas y practicadas, la posición de sus diferentes intervenciones procesales. También puso de presente que en un asunto similar originado en una controversia entre el Consorcio Varela – Heymocol



(integrado por la sociedad Varela Fiholl & Cía Ltda. y Heymocol Ltda.), en el marco de otro contrato de obra (146 del 24 de diciembre de 2003), el cual citó como precedente judicial, mediante laudo arbitral del 22 de febrero de 2010, la Cámara de Comercio de Bogotá² resolvió favorablemente la pretensión relativa a que se declarara el incumplimiento de la entidad pública por violación del principio de planeación, por estimar un área de construcción inferior a la que realmente se ejecutó. En dicha decisión se concluyó:

De las pruebas que obran en el proceso, tanto documentales como periciales, se concluye que la entidad convocada no realizó una adecuada planeación del contrato de obra pública No. 146 de fecha 24 de diciembre de 2003, al haber suministrado a todos los proponentes, y entre ellos naturalmente a la entidad convocante, diversos documentos de los cuales se derivaba que el área de construcción era de 5.966,40 m², la cual difería sustancialmente del área resultante de los planos de diseño, que de conformidad con los dictámenes periciales practicados en el presente proceso arbitral era de 7.050,06 m², para el perito Palomino y de 7.252,66 m² para el perito Reyes.

Tales documentos fueron la licencia de construcción, el presupuesto oficial de la obra contratada, el cuadro de cantidades de obra y el certificado de disponibilidad presupuestal.

Esta inconsistencia entre el área por construir establecida en los planos de diseño y la contenida en la licencia de construcción y en el presupuesto oficial, como se explicó claramente en la valoración de las pruebas que obran en el proceso, indujo a error a la entidad convocante y a todos los demás proponentes, quienes al formular su oferta, tuvieron como base fundamental dichos documentos previos que contemplaban un área de construcción equivocada.

Dicha inconsistencia en que incurrió la entidad convocada es consecuencia de una evidente falla en la planeación del contrato de obra pública, principio fundamental en la etapa precontractual (..) y constituye un factor de imputación de la responsabilidad de dicha entidad, que le ocasionó un perjuicio al consorcio convocante, consistente en la mayor cantidad de obra que debió construir y que no se le pagó, por cuanto la modalidad contractual era a precio global fijo sin reajuste.

6.1. Además, para fundamentar su argumento, la sociedad contratista allegó con su escrito copia del laudo arbitral (fls. 173-244, c. ppal., 1ª instancia).

III. La sentencia de primera instancia³

7. El 30 de octubre de 2012, el Tribunal dictó sentencia (fls. 274-277, c. ppal., 2ª instancia), en la que se declaró probada la excepción de caducidad de la acción.

En la parte resolutive se dispuso:

² El Tribunal de Arbitramento estuvo integrado por los árbitros Guillermo Gamba Posada, Luis Ignacio Betancur Escobar y Manuel Guillermo Sarmiento García (fl. 243 c. primera instancia).

³ La decisión contó con una aclaración de voto, en el sentido de señalar que no procedía un fallo inhibitorio por caducidad de la acción, sino la negativa de las pretensiones (fls. 499-450 c. ppal. segunda instancia).



Primero.- Declarar probada la excepción de caducidad de la acción en la presente acción contractual.

Segundo.- Sin condena en costas.

Tercero.- Admitir la renuncia al poder conferido al abogado Mario Hernán Vergara Zea, como apoderado de Bogotá Distrito Capital – Secretaría de Educación, conforme lo señalado en el escrito del 25 de junio de 2012, visible a folio 247 del cuaderno principal.

Cuarto.- Reconocer personería a la abogada Ana Marcela Carolina García Carrillo, como apoderada de Bogotá Distrito Capital – Secretaría de Educación en los términos del poder visible a folios 267 a 273 del cuaderno principal, al tenor de los artículos 64 y 67 del CPC.

Quinto.- Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría liquidense los gastos del proceso y devuélvase los remanentes al interesado. Pasados 2 años sin que hubieran sido reclamados dichos remanentes, se considerarán prescritos a favor de la Rama Judicial.

7.1. El *a quo* consideró que no existía prueba de la fecha en que la entidad contratante impuso a la contratista la obligación de “*estimar un área de construcción inferior a la que realmente se ejecutó*”, por lo que tomó, para efectos de contabilizar la caducidad de la acción, el 5 de septiembre de 2006, fecha en la cual la sociedad actora solicitó a la accionada el restablecimiento del equilibrio económico porque “*se ha rebasado con suficiencia los 6.217,14 M2 iniciales previstos como área del proyecto*”.

7.2. En cuanto a la pretensión de incumplimiento del principio de planeación por obligar al contratista “*a permanecer mayor tiempo en la obra generando sobrecostos*”, el Tribunal tuvo en cuenta que el contrato de obra No. 117 de 2005 tenía un plazo de ejecución de 12 meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, esto es 13 de octubre de 2005, término que fue prorrogado en dos oportunidades: la primera el 18 de mayo de 2006 por 61 días calendario y la segunda el 12 de diciembre de 2006 por 65 días calendario, venciendo el 15 de febrero de 2007. Por tanto, esta pretensión también estaría caducada, pues la caducidad empezaría a correr del 16 de febrero de 2007 al 16 de febrero de 2009.

7.3. Por último, el *a quo* puso de presente que en el proceso no existía prueba de la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial ante el Ministerio Público, a pesar de que en la demanda se afirmó que ello ocurrió el 23 de julio de 2009, esto es, luego de haber operado la caducidad de la acción contractual.

7.4. De ahí que la demanda presentada el 27 de octubre de 2009 lo fue de forma extemporánea, según lo previsto en el inciso primero del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., es decir, luego de transcurridos dos años contados a partir de los motivos de hecho o de derecho que le sirvieron de fundamento.

IV. Recurso de apelación



8. La parte actora (fls. 279-287, c. ppal., 2ª instancia) apeló la decisión de primera instancia y solicitó revocarla para que, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

8.1. Estimó que en la sentencia se desconoció la normatividad aplicable en materia de caducidad cuando el contrato ha sido liquidado de mutuo acuerdo (literal c) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.).

8.2. Puso de presente que el contrato de obra No. 117 de 2005 fue liquidado bilateralmente el “2 de septiembre de 2008”⁴, por lo que el término de caducidad se cumplía el “2 de septiembre de 2010” y no como lo entendió el Tribunal, desde que la contratista elevó las reclamaciones patrimoniales causadas durante la ejecución contractual.

8.3. De igual forma, la recurrente sostuvo que presentó una solicitud de conciliación prejudicial, como requisito de procedibilidad de la acción, el 23 de julio de 2009, respecto de la cual afirmó que obraba en el expediente y que nuevamente alegaba con la alzada. Sin embargo, alegó que *“no existía carga sustantiva ni adjetiva que exija adjuntar el texto de la solicitud”*. Aseguró que el trámite conciliatorio terminó el 21 de octubre de 2009, razón por la cual los términos se reanudaron el 22 de octubre de 2009. Por tanto, la demanda presentada el 27 de octubre de 2009 lo fue en oportunidad.

V. Trámite en segunda instancia

9. Después de admitido el recurso (fl. 293, c. ppal., 2ª instancia), se corrió traslado para alegar de conclusión (fls. 295-296, c. ppal., 2ª instancia), oportunidad en la que sólo la parte demandada reiteró los argumentos esgrimidos en el curso del proceso (fls. 297-298, c. ppal., 2ª instancia).

C. CONSIDERACIONES

VI. Jurisdicción y competencia

10. Atendiendo a la naturaleza pública de entidad pública del Distrito Capital - Secretaría de Educación, el contrato estatal respecto del cual se plantea la presente

⁴ Es de anotar que el acta de liquidación por mutuo acuerdo fue suscrita el 3 de agosto de 2007 (fls. 90-92 c. 2 de pruebas).



controversia es de conocimiento de esta jurisdicción, en los términos del artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 1º de la Ley 1107 de 2006.

11. Corresponde a la Sala resolver el presente proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998⁵-, norma vigente al momento de presentación de la demanda⁶, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por la Subsección C de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 30 de octubre de 2012.

VII. La legitimación en la causa

12. La Secretaría de Educación Distrital y la sociedad Varela Fiholl & Cía Ltda. se encuentran legitimadas en la causa por pasiva y por activa, respectivamente, toda vez que actuaron como parte contratante y parte contratista en el contrato objeto de la presente controversia.

VIII. Problemas jurídicos a resolver

13. Teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación presentado por la parte demandante, corresponde a la Sala establecer i) si la demanda fue presentada con antelación a la ocurrencia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad o si para el proceso objeto de la presente controversia ya operó; y ii) sólo en la medida en que el anterior presupuesto procesal sea resuelto de manera favorable, la Sala estudiará el fondo del asunto, conforme las pretensiones de la demanda, de acuerdo con el material probatorio allegado al expediente.

14. Para efectos de establecer la oportunidad de la acción, en primer término, es necesario establecer: el régimen legal aplicable al negocio jurídico objeto de

⁵ A la fecha en que se profiere la sentencia se encuentra en vigencia la Ley 1437 de 2011, “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, sin embargo, por expresa disposición de la norma, este no es aplicable al proceso de la referencia. “ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012. // Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. // Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.

⁶ Según la cual el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia. De acuerdo con el artículo 132 numeral 5º del C.C.A., “Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes procesos: “(...) 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales”.



análisis, las generalidades sobre la caducidad de la acción contractual, la liquidación bilateral del contrato, los hechos probados y la solución a los argumentos de la apelación en el caso concreto.

IX. Régimen aplicable al contrato objeto del presente asunto

15. El contrato materia de controversia está regulado por la Ley 80 de 1993⁷, pues se trató de un negocio jurídico cuya parte contratante es una entidad estatal, en los términos del artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

16. Por otra parte, las partes acordaron que el objeto contractual consistiría en que *“el Contratista se compromete con la SED a la ejecución de las obras de construcción, de acuerdo a los planos, especificaciones y cantidades de obra entregados por la sed, del proyecto EL TINTAL de la localidad No. 8 de Kennedy en la calle 6 Cras. 88 y 100. El proyecto incluye 24 aulas, de preescolar, básica primaria, básica secundaria, media, aulas especializadas, laboratorios, talleres, aulas de tecnología, centro integrado de recursos educativos (cire), incluye biblioteca, informática, audiovisuales, aula múltiple, en un área aproximada de 6.217 m²”*.

17. A lo anterior cabe agregar que, dado que se trata de un contrato de obra pública debe incluir cláusulas excepcionales, en los términos del numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, como en efecto se consagró en las cláusulas décima cuarta y décima séptima.

X. Generalidades de la caducidad de la acción

18. La acción, como derecho público subjetivo en cabeza de toda persona, que le permite el acceso a la administración de justicia para obtener la resolución de las controversias que se susciten en el tráfico jurídico, mediante una sentencia con fuerza de ley y que haga tránsito a cosa juzgada, es regulada por el legislador, quien dispone la forma como dicho derecho puede ser ejercido, así como la oportunidad para hacerlo, pudiendo establecer un límite temporal para la presentación de la demanda⁸.

⁷ De conformidad con el literal a) del numeral 1º del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, *“Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles”*.

⁸ Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de abril de 2021, M.P. María Adriana Marín, exp. 49148.



19. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado:

43.- En el diseño de los procedimientos judiciales administrativos se previeron plazos específicos para incoar los medios de control, que deben ser observados so pena de que opere la caducidad. En efecto, el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 establece los términos que rigen la presentación de la demanda, los cuales presentan diferencias según el medio de control y la clase de actos que se confrontan.

(..)

De acuerdo con esas previsiones, es importante destacar que la caducidad ha sido enmarcada por la doctrina dentro de los presupuestos procesales, entendidos como los requisitos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido. CALAMANDREI los entendía como “(...) las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer sobre el mérito”.

(..)

Este Tribunal ha establecido que la caducidad es:

“(...) una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso.

Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia.”

En efecto, de acuerdo con las previsiones legales y la concepción de la jurisprudencia sobre la caducidad, ésta constituye un mecanismo que limita el tiempo durante el que las personas pueden acudir a la jurisdicción para la definición judicial de las controversias, el cual privilegia la seguridad jurídica y el interés general. Bajo esa perspectiva se ha destacado la obligatoriedad de los términos de caducidad, y por ende:

(...) la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado.⁹

20. Precisamente, el Código Contencioso Administrativo, consagra el término de caducidad de las distintas acciones que proceden ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa -con excepción de la de simple nulidad, que carece de límite temporal-, entendido como aquel plazo máximo, perentorio y preclusivo, de naturaleza objetiva, dentro del cual las acciones pueden ser ejercidas, que corre indefectiblemente y no se interrumpe ni se suspende, salvo en el evento del trámite de la conciliación extrajudicial, en el que por expresa disposición legal se da la suspensión del término de caducidad de la acción mientras aquel se surte, sin

⁹ Sentencia SU498/16 de 14 de septiembre de 2016, expediente radicado No. T-5.490.721. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



sobrepasar de un máximo de tres meses, o en el evento del cierre de los despachos judiciales.

21. De conformidad con lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 136 del Decreto 01 de 1984 -modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998-, vigente para la fecha de presentación de la demanda, en las acciones relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

22. Pero así mismo dispone la norma que, si el contrato es susceptible de liquidación y ésta se lleva a cabo de común acuerdo, la demanda se deberá presentar a más tardar dentro de los dos años siguientes, contados a partir de la firma del acta -literal c-¹⁰.

23. Como se puede evidenciar de la norma en cita, en aquellos contratos que deban ser liquidados, dicho acto constituye, **en principio**, el punto de partida para determinar el momento en que inicia el conteo del término para acudir ante la jurisdicción.

24. Sobre el particular, en providencia de unificación, la Sección Tercera señaló que **el hito inicial** para el cómputo del término que permita verificar si el medio de control de controversias contractuales fue oportunamente incoado es el día siguiente a la fecha en que las partes liquidaron el contrato de mutuo acuerdo, **en caso de que este fuera el evento que se presentó en el caso concreto**. Al respecto, se estableció:

Bajo esa óptica, no puede perderse de vista que ese acuerdo –que se traduce en el balance final del contrato– significa la culminación del vínculo contractual, expresa el estado financiero, así como el grado de satisfacción de las obligaciones emanadas del negocio jurídico, y contiene los acuerdos, conciliaciones y transacciones que finiquitan las posibles divergencias presentadas al momento de culminar la relación contractual, al punto de servir de título ejecutivo de las obligaciones allí plasmadas. De esta manera, solo hasta el momento en que se suscribe o produce la liquidación, las partes saben cuál es el resultado final de la ejecución del contrato y podrán determinar la necesidad o no de demandar¹¹.

25. A lo anterior se agrega que la Sala, al rectificar el entendimiento del término de caducidad que sirvió al *a quo* de fundamento para la decisión de la litis, tomará el día siguiente a la fecha en que las partes liquidaron el contrato de mutuo acuerdo,

¹⁰ Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de septiembre de 2021, M.P. Adriana Marín, exp. 44977.

¹¹ Sala Plena Sección Tercera, auto de unificación del 1º de agosto de 2019, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, exp. 62009.



cuando ese sea el caso, para el cómputo del término que permita verificar si el medio de control de controversias contractuales fue oportunamente incoado.

26. Así las cosas, la Sala establecerá la oportunidad de la presentación de la demanda en el caso concreto, en el acápite de solución a los argumentos de la apelación.

XI. Liquidación bilateral del contrato

27. De acuerdo con lo establecido por la Ley 80 de 1993¹², los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación, la cual deberá llevarse a cabo de común acuerdo entre las partes dentro del término fijado para ello en el contrato o, en su defecto, antes del vencimiento de los 4 meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga (art 60); y de no ser ello posible, porque el contratista no se presente a la liquidación o porque las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, será practicada directa y unilateralmente por la entidad, mediante acto administrativo motivado (art. 61).

28. Como es bien sabido, la liquidación del contrato es un corte de cuentas final, que se lleva a cabo para determinar el resultado económico definitivo de la ejecución contractual, establecer el grado de cumplimiento de las prestaciones a cargo de las partes, definir quién le debe a quién y cuánto, y de esta forma puedan declararse a paz y salvo, extinguiendo de manera definitiva la relación contractual. En esta etapa pueden las partes resolver las diferencias a que ha dado lugar la ejecución del contrato y llegar a los acuerdos, transacciones y conciliaciones que consideren necesarios para declararse a paz y salvo, *“(...) y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes”*¹³.

29. Dada su finalidad, es requisito indispensable para la liquidación, que el contrato haya terminado, por cualquiera de las causas que pueden dar lugar a su finalización, como cumplimiento del plazo pactado, terminación de común acuerdo o unilateral, declaratoria de caducidad, culminación del objeto del contrato, etc.; dicho en otras palabras, es a partir de la terminación del contrato, cuando empieza

¹² En los términos que regían para la fecha de celebración del contrato, puesto que dichas normas fueron reformadas y/o derogadas por la Ley 1150 de 2007 y el Decreto-Ley 0019 de 2012.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10.608. Reiterada en sentencia de 20 de noviembre de 2003, expediente 15.308 y sentencia del 6 de julio de 2005, expediente 14113, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.



la etapa de liquidación, que deberá llevarse a cabo, en principio, de común acuerdo entre las partes, dentro del plazo que ellas hayan pactado o, en su defecto, dentro de los 4 meses siguientes a la finalización del contrato. En tal caso, el término de dos años de caducidad de la acción contractual, empezará a correr a partir de la suscripción de la respectiva acta de liquidación bilateral¹⁴.

30. De no ser posible dicha liquidación bilateral, deberá realizarla la entidad en forma unilateral a través de acto administrativo, dentro de los 2 meses siguientes al vencimiento del plazo para efectuarla de común acuerdo, caso en el cual, el término de caducidad de la acción correrá a partir de la notificación de dicho acto administrativo.

31. Pasado este tiempo sin que se haya realizado la liquidación de común acuerdo o unilateral, empezará a correr el término de caducidad de la acción de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.

32. En principio, esa liquidación debe efectuarse en forma bilateral, de común acuerdo por las partes; pero en ausencia de ese acuerdo, le corresponderá a la entidad contratante llevar a cabo dicha liquidación, de manera unilateral, a través de la expedición de un acto administrativo debidamente motivado.

33. La liquidación bilateral, que fue la que se practicó en el presente asunto, comporta un ejercicio de las partes del contrato que se encamina a la resolución extrajudicial de conflictos contractuales, tal como lo expresa el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, según el cual esta contiene *“los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo”*, razón por la cual, salvo que se demuestre lo contrario, el momento en que una de las partes dice manifestar su voluntad afirmativa en torno a la liquidación bilateral de un contrato, marca el momento en que el mutuo acuerdo se perfecciona.

34. En consecuencia, dado que el presente contrato es de aquellos que requerían liquidación y la misma se realizó, de conformidad con lo manifestado por ambas partes en sede de la demanda y su contestación y según el material probatorio obrante en el proceso, el marco jurídico para determinar si ocurrió o no el fenómeno de la caducidad de la acción para el caso del asunto es el numeral c) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

¹⁴ Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de abril de 2021, M.P. María Adriana Marín, exp. 49148.



XII. Hechos probados

35. La Sala debe anotar que las partes solicitaron en oportunidad la práctica de pruebas, se valieron de ellas en este proceso y no se formularon reparos frente a la incorporación de las mismas, por lo que tales medios de convicción se valorarán en esta instancia sin otra consideración.

36. De conformidad con el material probatorio que reposa en el proceso, la Sala encuentra acreditado:

a). La licitación

37. La Secretaría de Educación dio apertura a la licitación Pública No. LP-SED-SDF-006-2005, con el objeto de seleccionar en igualdad de oportunidades al proponente que ofreciera las mejores condiciones para contratar la ejecución de las obras de construcción, de acuerdo a los planos, especificaciones y cantidades de obra entregadas por la SED, del proyecto EL TINTAL de la localidad No. 8 de Kennedy en la calle 6, carreras 88 y 100. El proyecto incluía la construcción de 24 aulas de preescolar, básica primaria, básica secundaria y media; aulas especializadas, de tecnología y múltiples; laboratorios, talleres, centro integrado de recursos educativos (cire), biblioteca, salas de informática y audiovisuales, **en un área aproximada de 6.217 m².**

38. En efecto, en el proceso reposa copia de los pliegos de condiciones del proceso de selección, en el que se estableció que el contrato sería de obra, que el plazo estaba estimado en doce (12) meses y que el valor ascendía a \$5.283.757.422, el cual fue modificado posteriormente mediante adenda. La modalidad de pago sería a precio global fijo sin reajustes y el régimen jurídico aplicable sería el establecido en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios (fls. 11-17 c. 3 de pruebas).

39. En el expediente también obra copia de la propuesta presentada por la sociedad Varela Fiholl & Cía Ltda. (fls. 18-147 c. 3 de pruebas).

b). El contrato y su ejecución

40. El 29 de septiembre de 2005, la sociedad Varela Fiholl & Compañía Ltda. y la Secretaría de Educación Distrital -SED- suscribieron el contrato de obra No. 117 con el siguiente objeto:

Primera. Objeto. El Contratista se compromete con la SED a la ejecución de las obras de construcción, de acuerdo a los planos, especificaciones y cantidades



*de obra entregados por la sed, del proyecto EL TINTAL de la localidad No. 8 de Kennedy en la calle 6 Cras. 88 y 100. El proyecto incluye 24 aulas, de preescolar, básica primaria, básica secundaria, media, aulas especializadas, laboratorios, talleres, aulas de tecnología, centro integrado de recursos educativos (cire), incluye biblioteca, informática, audiovisuales, aula múltiple, **en un área aproximada de 6.217 m2** (negrillas fuera de texto).*

41. En la cláusula cuarta se pactaron las obligaciones a cargo del contratista respecto a los planos de construcción y referencia. Sobre el particular, se estableció, en síntesis, que el constructor atendería las recomendaciones que hiciera el diseñador consultor, a través de la interventoría, con la anotación de que el Distrito no modificaría los diseños y especificaciones del proyecto, salvo por razones técnicas de fuerza mayor. Si el constructor encontrara errores en los planos suministrados por la entidad o tuviera dudas respecto de la localización de las obras, su diseño o condiciones locales, que pudieran afectar la ejecución en los términos inicialmente previstos, debería informarlo al interventor y obtener las aclaraciones respectivas antes de iniciar la construcción.

42. En dicha cláusula cuarta también se estableció que *“toda obra que se construya sin haber obtenido el visto bueno de la SED, interventoría del proyecto, como de su representante, será de entera responsabilidad tanto del contratista como del interventor”*. No obstante, se acordó que el constructor podía sugerir variaciones, previo concepto de conveniencia del interventor y procedencia del reconocimiento de mayores costos. *“Para ello, el interventor deberá realizar la especificación solicitada y el constructor suministrar los planos, procedimientos y APU necesarios”*, los cuales deberían ser aprobados por la entidad y por el consultor de diseño. Por último, las partes acordaron que *“el costo de las variaciones no podrá exceder el valor de la propuesta presentada ni superar el valor de la disponibilidad presupuestal”* y su trámite se adelantaría como obra adicional (fl. 73 c. 2 de pruebas).

43. En la cláusula sexta las partes acordaron que el plazo total de ejecución de la obra y del contrato era de doce (12) meses. En la cláusula séptima el valor del contrato se pactó en \$5.505.085.569,16, para todos los efectos legales y fiscales. No se pactó cláusula de reajuste (fls. 66-80 c. 2 de pruebas).

44. La obra contó con la aprobación del plano del proyecto urbanístico y con la licencia de desarrollo integral, urbanismo y de construcción, según la Resolución No. 05-1-0131 del 12 de agosto de 2005 expedida por la Curaduría Urbana No. 1 de Bogotá, para un área de 6.217 m² (fls. 55-65 c. 2 de pruebas).

45. La entidad contratante certificó que el contrato tuvo dos prórrogas, una por 61 días y otra por 65 días calendario, más una adición en valor por la suma de



\$424.933.351,55. El plazo inició el 13 de octubre de 2005 y terminó el 15 de febrero de 2007. Así mismo, dio cuenta que **el área cubierta construida fue de 6.944,93 m2 y el área exterior construida fue de 8.296,00 m2 e hizo constar que el objeto contractual fue ejecutado a entera satisfacción, de conformidad con lo estipulado en el contrato y con un cumplimiento del 100%** (fls. 81-82 c. 2 de pruebas).

46. En efecto, en el proceso reposa copia de las modificaciones contractuales así:

47. El 18 de mayo de 2006, los contratantes suscribieron la modificación uno en plazo, en la cual prorrogaron su ejecución en 61 días calendario, por solicitud del Subdirector de Plantas Físicas de la Secretaría de Educación y la interventoría. La razón estuvo soportada en la recomendación de la Unidad Especial de Servicios Públicos del Distrito – UESP- sobre la necesidad de medir la posible presencia de lixiviados, la producción de gases y la estabilidad del terreno de los residuos mixtos en el lote El Tintal. Esto dio lugar a que la contratista tuviera que hacer ensayos de laboratorio y someterlos al concepto del DAMA, por lo que se tenía que esperar el concepto respectivo (fls. 83-84 c. 2 de pruebas).

48. El 31 de agosto de 2006, la sociedad constructora entregó a la entidad pública 2.070,67 m2, correspondiente a los edificios de las aulas de laboratorios, tecnología y artes, según el acta de entrega física de la primera etapa de la obra, suscrita por la contratista, el interventor, el coordinador de la SED y el gerente de obra (fls. 49-53 c. 2 de pruebas).

49. El 12 de diciembre de 2006, las partes prorrogaron nuevamente el plazo del contrato en 65 días calendario, teniendo en cuenta los días de lluvia registrados por la interventoría y que afectaron las actividades de obra y el suministro de ladrillo. También adicionaron el valor del contrato en la suma de \$424.933.351,55, lo cual amparó obras no previstas y necesarias, al igual que obras adicionales. Lo anterior, con fundamento en las siguientes consideraciones de que da cuenta el documento:

Adición en valor. La presente solicitud de modificación contractual en valor se hace teniendo en cuenta las obras no previstas y necesarias resultantes de la excavación del material "mixto" y su acomodación en el Relleno Sanitario Doña Juana. Así mismo, se presentan obras adicionales debidamente autorizadas por la consultoría de diseño y otras tales como: tala de árboles, producto de un análisis de vulnerabilidad, la puerta de acceso de la zona 6 solicitada por el Coordinador del Área de Planeación y Diseño de la SED. Adicionalmente se presentaron obras imprevistas en servicios públicos, tales como energía en el que se presenta cambio de la subestación por solicitud de CODENSA ESP y gas en el que se presenta una mayor cantidad en la acometida por solicitud de la empresa Gas Natural ESP (fls. 83-87 c. 2 de pruebas).



50. También obra en el proceso copia de una tercera modificación firmada el 20 de diciembre de 2006 sobre la cláusula novena del contrato y en cuanto al momento en que debía pagarse el saldo del valor, el cual se cancelaría dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firma y aprobación del acta de liquidación final de obra y del contrato. Esto, con el fin de *“evitar el castigo presupuestal previsto en la Ley 819 de 2003”*, permitir que la contratista pudiera entregar las obras al iniciar el siguiente año y asegurar la adecuada ejecución de los recursos dentro de la vigencia correspondiente (fls. 88-89 c. 2 de pruebas).

51. El 4 de septiembre de 2006, mediante oficio No. VF – 746 – 2006, la sociedad Varela Fiholl & Cía Ltda. solicitó a la Secretaría de Educación Distrital el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de obra No. 117 de 2005, toda vez que la ejecución real de las obligaciones superó los 6.217 m2 iniciales previstos como área del proyecto. Puso de presente que cuando finalizaran las obras, el área construida sería de 7.257,21 m2, excediendo en 1.040.07 m2 e impactando negativamente el valor del contrato en la suma de \$920.949.878.

52. Adujo que *“la SED en el proyecto previó entre sus cálculos, diseños y especificaciones técnicas un área a construir inferior al área real que se presenta en la ejecución, lo cual indujo a error al contratista, quien ajustó su oferta a las cantidades y mediciones que suministró la entidad”*.

53. Señaló que *“si bien dentro de los imprevistos el contratista está obligado a prever situaciones que puedan afectar el contrato, entre ellas la existencia de diferencias de área a construir, éstas deben ser razonables, pero en el caso que nos ocupa las mismas desbordan cualquier previsibilidad racional y necesariamente afectan el equilibrio financiero del contrato, el cual debe ser restablecido por la entidad a punto de no pérdida”* (fls. 27-32 c. 2 de pruebas).

54. El 28 de febrero de 2007, mediante oficio VF-118-2007, la sociedad contratista remitió a la entidad pública un cuadro de comparación de las cantidades de obra contratadas y las cantidades realmente ejecutadas, las cuales se multiplicaron por el precio unitario y arrojaron el valor que se debía pagar. Como consecuencia, solicitó incluirlo en el acta de liquidación (fls. 33-47 c. 2 de pruebas).

c). Liquidación del contrato

55. El 3 de agosto de 2007, las partes suscribieron el acta de liquidación bilateral del contrato de obra No. 117 de 2005, con salvedades por parte de la contratista.



56. En efecto, el acta contiene la descripción general del contrato, la información presupuestal, en donde se detallaron las disponibilidades y registros presupuestales que se afectaron con el contrato inicial y su adición. Consta que el contrato inició el 13 de octubre de 2005 y terminó el 15 de febrero de 2007. **Que el área cubierta construida fue de 6.944,93 m2 y que el área exterior construida fue de 8.296,00 m2.**

57. También se discriminó el valor inicial, adicional, total, final de obra y el ejecutado así:

DESCRIPCIÓN	VALOR
1. Valor inicial contrato de obra	\$5.505.085.569,16
2. Valor de las adiciones	\$424.933.351,55
3. Valor total contratado	\$5.930.018.920,71
4. Valor final de obra, bien o servicio ejecutado	\$5.930.018.920,71
5. Valor final del contrato ejecutado en smmlv	13.673,09

58. De conformidad con lo anterior, el estado financiero se estableció como sigue:

DESCRIPCIÓN	VALOR	FECHA
1. Valor total obra, bien o servicio ejecutado	\$5.505.085.569,16	15 febrero 07
2. Valor adicionado obra, bien o servicio ejecutado	\$424.933.351,55	15 febrero 07
3. Valor final contrato de obra ejecutado	\$5.930.018.920,71	
4. Valor total contratado según contrato de obra	\$5.930.018.920,71	
5. Diferencia valor contratado - valor ejecutado	\$ -	

59. En el acta las partes también hicieron la relación de las actas parciales de pago, para un total de 13 más el acta final¹⁵; dieron cuenta del acta de inicio, de las modificaciones que se hicieron (2 prórrogas, una adición y una modificación sobre la fecha del pago del saldo) y del tiempo total de ejecución que ascendió a 12 meses y 126 días; señalaron el valor del anticipo e identificaron las pólizas que ampararon el contrato. Hicieron constar que no hubo imposición de multas, cesión ni declaratoria de caducidad. Y, por último, dieron cuenta que la causa de terminación del contrato fue porque **“se completó el objeto contractual en el plazo estipulado”** y que con la suscripción del acta **“quedan[ban] extinguidas todas**

¹⁵ Las actas parciales de obra reposan en el proceso a folios 94-135 c. 2 de pruebas.



las obligaciones surgidas entre el Distrito Capital – Secretaría de Educación y el contratista por concepto del contrato de obra No. 117 de 2005”.

60. El documento aparece firmado por el representante legal de la sociedad Varela Fiholl & Cía Ltda., por la interventoría en cabeza de la Universidad Nacional de Colombia, por el Secretario de Educación, en calidad de ordenador del gasto y por el Subdirector de Plantas Físicas de la entidad contratante.

61. Luego de las firmas aparece la observación que dejó el contratista para poder reclamar judicialmente los perjuicios causados con la ejecución de mayor cantidad y permanencia de obra. En el acta se observa la siguiente nota:

Nota: El contratista se reserva la facultad de reclamar judicial y extrajudicialmente los perjuicios patrimoniales sufridos con ocasión (sic) de la ejecución del contrato en referencia, particularmente por concepto de haber ejecutado una obra con mayor cantidad de obra a la contratada, reflejada en una mayor área de construcción, tal y como se manifestó en las comunicaciones VF – 746 – 2006 de fecha septiembre 4 de 2006 y VF – 118 -2007 de fecha febrero 28 de 2007. Así mismo, la mayor permanencia en obra causando costos administrativos no previstos inicialmente, de acuerdo a comunicación Vf – 065 – 2006 de fecha enero 25 de 2006 (numerales 4, 5 y 6 respectivamente y anexos).

62. A continuación firmó el representante de la sociedad contratista (fls. 90-92 c. 2 de pruebas).

d). Dictámenes periciales

63. En el curso del proceso el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, entre ellas dos dictámenes periciales: uno, con el objeto de que un contador público estableciera los sobrecostos administrativos, financieros y de equipos en que incurrió la sociedad contratista ante la mayor permanencia en obra y, otro, con la finalidad de que un ingeniero civil determinara la extensión del área real construida en el marco del contrato No. 117 de 2005 y, de esta forma, se estableciera la diferencia con el área contratada, así como la cuantificación del mayor valor de la obra causado, teniendo en cuenta los precios del mercado (fls. 29, 30 y 83-84 c. 1 primera instancia).

64. El perito contador rindió la experticia encomendada, con fundamento en los libros de contabilidad y auxiliares, pago de impuestos, estados financieros y demás soportes contables de la sociedad contratista.

65. El experto fue enfático en afirmar que la base del dictamen lo fue la documentación aportada por la parte actora, con fundamento en la cual calculó el valor de los ingresos, los costos directos, los gastos administrativos y los no



operacionales, para poder establecer el monto total de los sobrecostos causados durante los años 2006 y 2007.

66. Una vez realizado el ejercicio, el perito concluyó:

ESTADO DE RESULTADO ENTRE LOS AÑOS 2006 Y 2007			
DESCRIPCIÓN	AÑO 2006	AÑO 2007	TOTAL
Ingresos operacionales	4.782.028.396,26	1.147.990.524,45	5.930.018.920,71
Ingresos operacionales no	30.504.919,58	0	30.504.919,58
Total ingresos	4.812.533.315,84	1.147.990.524,45	5.960.523.840,29
Costos directos de obra	5.040.399.033,00	729.253.427,00	5.769.652.460,00
Utilidad y/o pérdida bruta	-227.865.717,16	418.737.097,45	190.871.380,29
Gastos operacionales de administración	38.553.933,00	12.951.873,00	51.505.806,00
Gastos operacionales no	-1.199.849.324,16	220.769.009,45	-979.080.314,71
Utilidad o pérdida antes de impuestos			

67. Con fundamento en lo anterior, el contador “presumió”, y así lo expresó, que la sociedad contratista tuvo que asumir un costo administrativo, financiero y de equipo equivalente a la suma de \$979.080.314,71 (anexo cuaderno 1 dictamen pericial).

68. Por otro lado, en el dictamen pericial rendido por el ingeniero civil, sobre el área realmente construida por la contratista, consta que se *“tomaron los planos que la Secretaría de Educación del Distrito Capital de Bogotá entregara al contratista Varela Fiholl & Cía Ltda., los cuales son los mismos con los que se ejecutó la obra sin variaciones estructurales ni arquitectónicas”*. No obstante, sostuvo que el proyecto únicamente se modificó por mayores y menores cantidades de obra final. Además, afirmó que *“el proyecto se ejecutó tal y como aparecen en los planos originales e iniciales según el contrato de obra civil”*.

69. El perito aseguró que visitó el lugar de las obras, realizó mediciones en sitio e hizo un registro fotográfico. Sostuvo que dividió el lote en zonas debidamente delimitadas y calculó el área por medio de un programa llamado AUTOCAD, siguiendo los planos zonificados y de planta. Una vez determinó el área de cada zona y sumó las áreas parciales, concluyó que el **área total construida fue de 9.625,11 m²**.

70. El dictamen cuenta con un anexo soporte del cálculo del área total construida, con la descripción de cada zona e identificación de las obras ejecutadas, como



cubiertas, circulaciones, plazoletas, parqueaderos, baños, zonas cubiertas, descubiertas, verdes y de recreación. También se elaboraron los planos sobre la zonificación de las áreas, junto con un registro fotográfico de cada lugar (c. 4 de pruebas).

71. La parte actora solicitó aclaración y complementación del dictamen rendido por el ingeniero civil, con fundamento en los siguientes argumentos:

El auxiliar de la justicia únicamente evacuó el primer punto del cuestionario, es decir, estableció la extensión del área real construida en 9.625,11 m².

Los otros puntos del cuestionario objeto de la pericia no fueron atendidos por el auxiliar de la justicia, motivo por el cual se pide se adicione el dictamen para que de una parte se determine la diferencia mayor de área construida frente a la contratada por la SED, o aprobada en la licencia de construcción, toda vez que el área contratada, según el objeto del contrato fue de 6.217 m² y que el área real construida, según lo dictaminado por el perito es de 9.625,11 m².

De otra parte, el perito debe adicionar su dictamen en el sentido de cuantificar y precisar el mayor valor de la obra por mayor área construida, teniendo en cuenta que el valor por metro cuadrado contratado fue de \$885.489,07, para un área inicial contratada de 6.217 m². Suma que debe ser actualizada a la fecha del dictamen (fls. 161-162 c. primera instancia).

72. El perito dio respuesta a la anterior solicitud como sigue:

La diferencia mayor de área construida frente a la contratada por la SED es de 3.408,11 m².

<i>Extensión de mayor área construida.....</i>	<i>9625,11 m²</i>
<i>Valor metro cuadrado a 2012.....</i>	<i>\$1.243.901,83</i>
<i>Valor presente de la obra por mayor área construida.....</i>	<i>\$11.972.691.942,95</i>
<i>Diferencia mayor área construida frente a la contratada por la SED...3.408,11 m²</i>	
<i>Valor presente diferencia mayor área construida.....</i>	<i>\$ 4.239.354.256,84</i>

(fls. 22-23 c. 4 de pruebas).

73. No hubo objeción por error grave ni solicitudes adicionales.

XIII. Solución a los argumentos de la apelación

74. En la apelación, la demandante insistió en que la demanda fue presentada en oportunidad. Señaló que en la sentencia se desconoció que el contrato de obra No. 117 de 2005 fue liquidado bilateralmente, por lo que el término de caducidad debía empezar a correr desde el día siguiente y no como lo entendió el Tribunal, desde que la contratista elevó las reclamaciones patrimoniales causadas durante la ejecución contractual. Además, tampoco se tuvo en cuenta que la sociedad contratista presentó una solicitud de conciliación prejudicial, como requisito de procedibilidad de la acción, el 23 de julio de 2009, la cual fue aportada con la demanda y que nuevamente allegó con la alzada. Aseguró que el trámite



conciliatorio terminó el 21 de octubre de 2009, razón por la cual los términos se reanudaron el 22 de octubre de 2009. Por tanto, la demanda presentada el 27 de octubre de 2009 lo fue en oportunidad.

75. La Sala debe anotar, en primer lugar, que el contrato fue liquidado por mutuo acuerdo el 3 de agosto de 2007 y no el 2 de septiembre de 2008, como lo señaló erradamente el recurrente en su escrito.

76. Según el numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998¹⁶, norma que resulta aplicable al presente asunto, la acción contractual caduca al vencimiento del término de dos años contados a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento. No obstante, cabe anotar que para **los contratos respecto de los cuales se impone el trámite adicional de liquidación**, como ocurre en el presente asunto, el plazo para accionar judicialmente comenzará a contarse a partir de dicho suceso, ya sea luego de que las partes liquiden de mutuo acuerdo, lo haga la administración de forma unilateral o luego de vencido el plazo para liquidar en caso de que no se hubiese efectuado.

77. En el presente asunto, la Sala observa que la parte actora sí aportó con la demanda copia del acta de liquidación bilateral suscrita entre las partes contratantes el 3 de agosto de 2007 (fls. 28 c. 1 primera instancia y 90-92 c. 2 de pruebas), por lo que el término de caducidad de la acción empezó a correr el día siguiente y, en principio, se extendería hasta el 4 de agosto de 2009.

¹⁶ Artículo 44 de la Ley 446 de 1998, numeral 10: "En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;

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;

d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;

e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la Ley "por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia".



78. No obstante lo anterior, el término para demandar se suspendió, pues la demandante adelantó el trámite conciliatorio respectivo. Para demostrarlo, también allegó con el libelo copia del acta de conciliación prejudicial realizada ante la Procuraduría Novena Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 28 c. 1 primera instancia y 26 c. 2 de pruebas), en donde consta que la solicitud de dicho trámite se presentó el 23 de julio de 2009, es decir faltando 12 días para que se configurara la caducidad y el trámite conciliatorio culminó el 21 de octubre de 2009 con la expedición de la certificación. En este orden, el término se reanudó el 22 de octubre de 2009, por lo que los 12 días que faltaban se cumplirían el 3 de noviembre de 2009 y la demanda se instauró el 27 de octubre de 2009, razón por la cual resulta evidente que la misma fue oportuna, contrario a lo decidido por el *a quo*.

79. De conformidad con lo expuesto, la Sala revocará la decisión de primera instancia en cuanto declaró la caducidad de la acción para, en su lugar, estudiar el fondo del asunto, como se hará a continuación.

80. Para el efecto, en primer lugar se analizarán las diferencias existentes entre incumplimiento y desequilibrio contractual, como quiera que en la demanda ambos conceptos fueron utilizados; el principio de planeación con miras a determinar si hubo incumplimiento o desequilibrio atribuido a la entidad contratante, por (i) estimar un área de construcción inferior a la que realmente se ejecutó, dando lugar a mayores costos y (ii) mayor permanencia en obra, debido a que no se cumplió con el plazo inicial pactado, por razones ajenas a la contratista, generando sobrecostos administrativos, financieros y de equipos.

81. En caso de que se encuentre probado dicho incumplimiento o el desequilibrio económico, la Sala procederá a estudiar las pretensiones condenatorias, encaminadas a reconocer el valor causado por la mayor área construida y la mayor permanencia en obra.

XIV. Diferencias entre incumplimiento y desequilibrio contractual

82. Advierte la Sala que las pretensiones de la demanda se dirigieron a obtener la declaratoria de incumplimiento contractual de la entidad distrital, no obstante que en los fundamentos de derecho alegara desequilibrio económico, circunstancia que impone la necesidad de efectuar algunas precisiones, como en otras ocasiones la Sección Tercera lo ha hecho¹⁷.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de septiembre de 2013, exp. 30.571, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.



83. En efecto, la jurisprudencia ha señalado:

“La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación comercial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.”

“La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe”, y “potestas ius variandi” (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión” y paralelamente en la “teoría de la previsibilidad”. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

“El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento general la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.

“(…)

“Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no solo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno u otro caso.

“En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos casos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo dispone el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998.”¹⁸

¹⁸ Sección Tercera Subsección A, Consejo de Estado, 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Becerra. Reiteración en sentencia del 16 de septiembre de 2013, exp. 30.571, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sobre las diferencias entre incumplimiento y desequilibrio contractual también se puede consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de abril de 2020, exp. 48676; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de septiembre de 2013, exp. 30571; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, exp. 15119.



84. En consecuencia, a pesar de que el contratista hizo alusión a la ruptura de un equilibrio económico en los fundamentos de derecho, lo cierto es que, se reitera, sus pretensiones y los fundamentos fácticos que le sirven de sustento se centran en alegar el incumplimiento del contrato por parte de la entidad contratante por desconocer el principio de planeación, lo cual hizo más gravosa su ejecución para el contratista.

85. De conformidad con lo expuesto, con el propósito de garantizar la efectividad del derecho fundamental de la parte actora de acceder a la administración de justicia y en virtud del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial, abordará el examen del caso concreto desde la perspectiva del incumplimiento contractual en tratándose de una controversia que se origina en razones imputables a una de las partes, para indagar si en la etapa precontractual existió un comportamiento antijurídico de la entidad pública contratante que indujo a que la contratista ejecutara una mayor área, o permaneciera en la obra más de lo necesario y, en caso afirmativo, si ello le ocasionó perjuicios que la entidad estuviera en el deber de reparar.

XV. Principio de planeación

86. En desarrollo del principio de economía que rige la actividad contractual del Estado, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 establece determinados deberes relacionados con la planeación del contrato, entre estos, los de adelantar los trámites “*con austeridad de tiempo, medios y gastos*”, impedir las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato y analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, “*con antelación al inicio del proceso de selección*”.

87. De igual manera, en la época de los hechos, el artículo citado establecía en el numeral 12¹⁹:

Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia.

La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes.

¹⁹ Hoy la norma se encuentra modificada por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, que dispone: “*Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso de que la modalidad de selección sea la contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda. Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto, el diseño*”.



88. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la debida planeación es un principio rector de la actividad contractual de la administración, y que su ausencia *“ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público”*, de manera que los contratos del Estado deben ser debidamente diseñados y pensados con antelación, delimitando claramente las necesidades y prioridades que se busca satisfacer con ellos y que demanda el interés público, pues *“el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación”*²⁰ ni se someta a ésta.

89. Las obligaciones de las partes no sólo se circunscriben a lo consignado en las cláusulas del contrato, sino también a los compromisos establecidos en los pliegos de condiciones y los documentos precontractuales que luego se integran en un todo al acuerdo de voluntades celebrado. En particular, la entidad estatal está llamada a cumplir determinados deberes en la fase precontractual, como los que establece el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, antes citado, los cuales ciertamente inciden en la posterior ejecución del contrato, de manera que su inobservancia puede acarrear la responsabilidad contractual de la autoridad incumplida, como acontecería v. gr. con la entrega de estudios equivocados o la manifestación de consecuencias negativas en la etapa de ejecución por no haberse establecido en debida forma y oportunamente, la conveniencia y viabilidad de la obra materia del contrato. Es claro que el principio de planeación no sólo impone cargas y deberes al Estado contratante, sino también al contratista desde la fase previa al contrato, de manera que son ambas partes las que están llamadas a observar el aludido principio²¹.

XVI. Incumplimiento del contrato atribuido a la entidad pública contratante por indebida planeación al estimar un área de construcción inferior a la realmente ejecutada

90. De conformidad con el material probatorio que reposa en el proceso, la Sala no encuentra acreditado que la entidad contratante, representada por la Secretaría de Educación Distrital, hubiera desconocido el principio de planeación al que estaba obligada tanto en la etapa precontractual como contractual.

91. En efecto, en el expediente sólo obra copia de los pliegos de condiciones en los cuales se observa que el valor se pactó a un precio global sin reajustes; el contrato

²⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 10 de diciembre de 2015, exp. N° 73001-23-31-000-2012-00012-01(51489). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²¹ Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de mayo de 2021, M.P. María Adriana Marín, exp. 43055.



en el que las partes acordaron la construcción de un área de 6.217 m²; las modificaciones contractuales en plazo, valor y obligaciones; una solicitud de reconocimiento de desequilibrio contractual y la liquidación del contrato por mutuo acuerdo con la reserva de la contratista para reclamar judicialmente los perjuicios causados con una mayor área construida y mayor permanencia en obra.

92. De la anterior documentación sólo la adición del valor del contrato hace referencia a la causación de mayores costos por la ejecución de obras no previstas pero necesarias y obras adicionales, los cuales fueron reconocidos por la entidad en dicha modificación, pero que en ningún caso tuvieron que ver con la construcción de metros cuadrados distintos a los iniciales, que pudieran establecer una mayor obra ejecutada.

93. En efecto, la solicitud de “desequilibrio” que elevó la contratista fue realizada el 4 de septiembre de 2006 y la adición por la suma de \$424.933.351,55 se suscribió el 12 de diciembre de 2006, en la que claramente las partes dejaron constancia de las razones y conceptos que daban lugar a incrementar el valor de las prestaciones inicialmente contratadas. Es así como, con el consentimiento de la contratista, la entidad tuvo en cuenta las obras no previstas y necesarias resultantes de la excavación del material “mixto” y su acomodación en el Relleno Sanitario Doña Juana y también las imprevistas en servicios públicos, tales como energía -en el que se presentó el cambio de la subestación por solicitud de CODENSA ESP- y gas -por una mayor cantidad en la acometida, por solicitud de la empresa Gas Natural ESP-. Así mismo, las obras adicionales autorizadas por la consultoría de diseño y otras como la tala de árboles y la puerta de acceso de la zona 6 (fls. 83-87 c. 2 de pruebas).

94. Tampoco en las actas parciales ni en el acta final se puede establecer una mayor área construida por la sociedad Varela Fiholl & Cía Ltda., pues sólo aparecen descritas las actividades desarrolladas en el marco del contrato (obras preliminares, cimentación, sistema de desagüe, estructura, mampostería, prefabricados, instalación eléctrica, pañetes, pisos, cubiertas, carpintería, enchapes, iluminación, sanitarios, cielos rasos, pintura, vidrios, cerraduras y aseo), el porcentaje ejecutado en cada una de ellas y el valor estimado por cada una. Dichas actas se acompañan de las cuentas de cobro o facturas respectivas (fls. 95-135 c. 2 pruebas).

95. Sólo en el acta de entrega física de la primera etapa de la obra del 31 de agosto de 2006 se puede observar que la sociedad constructora entregó a la entidad pública 2.070,67 m², correspondiente a los edificios de las aulas de laboratorios,



tecnología y artes, pero no se cuenta con más soportes o información del resto de metros cuadrados construidos para cumplir siquiera con el área contratada.

96. Ahora bien, en el acta de liquidación del contrato del 3 de agosto de 2007 consta que el área cubierta construida fue de 6.944,93 m² y que el área exterior construida fue de 8.296,00 m² (fl. 90 c. 2 de pruebas), sin que de su contenido o del resto del material probatorio se puedan determinar las razones de la diferencia existente con el área contratada, **la cual ascendía aproximadamente a 6.217 m²**, como se estableció en los pliegos de condiciones, el contrato y la licencia de construcción y urbanismo.

97. Lo anterior fue certificado por la misma entidad contratante, quien también certificó que el objeto contractual fue ejecutado a entera satisfacción, de conformidad con lo estipulado en el contrato y con un cumplimiento del 100% (fls. 81-82 c. 2 de pruebas).

98. Como se observa, en el proceso no obran pruebas que acrediten la falta de planeación de la entidad durante la etapa precontractual, reflejada en estudios previos, pliego de condiciones o anexos técnicos del proceso de selección, que impactara, como lo alegó la parte actora, en la ejecución contractual, causando los perjuicios derivados de una mayor área construida frente a la contratada.

99. Ahora bien, en cuanto al dictamen rendido por el ingeniero civil se observa que, si bien hizo referencia a una mayor área construida, las conclusiones del perito no se apoyan en soportes suficientes para infundir certeza sobre la realidad de lo acontecido.

100. La prueba pericial se limitó a señalar el valor del total del área construida, describiendo las obras realizadas, tales como cubiertas, vacíos, plazoletas, circulaciones, parqueaderos, zonas descubiertas, verdes y recreativas y el valor total de las mismas, sin establecer ni discriminar la cantidad de metros cuadrados que se construyeron en cada una de ellas o realizando una comparación con los contratados, según las especificaciones técnicas de la licitación, que hacen parte del contrato, pero que, en todo caso, tampoco fueron aportadas por la parte actora.

101. En efecto, en el anexo 1 de la experticia se observa:

CUADRO ÁREA TOTAL CONSTRUIDA Y ZONAS EXTERIORES DEL COLEGIO GABRIEL BETANCOUR MEJÍA



ÍTE M	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	TOTAL
1	Lote	M2	1286,57 28
2	Cubiertas	M2	
2.1	Cubierta Auditorio	M2	326,851 3
2.2	Cubierta Aulas	M2	363,375
2.3	Cubierta Aulas	M2	661,815
2.4	Cubierta Aulas	M2	330,33
2.5	Cubierta Aulas	M2	312,075
2.6	Cubierta	M2	107,055
2.7	Cubierta en concreto	M2	1502,96 61
2.8	vacíos	M2	148,620 6

Total cubiertas: 3.753,088

ÍTE M	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	TOTAL
3	Zonas descubiertas	M2	
3.1	Circulaciones	M2	3603,25 8
3.2	Plazoletas	M2	1369,80 58
3.3	Zona recreativa	M2	1248,43 75
3.4	Zona recreativa	M2	610,177 5
3.5	Parqueaderos	M2	362,6
3.6	Zonas verdes	M2	1165,76 69

Total zonas descubiertas: 8359,9157

ÍTE M	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	TOTAL
4	Zonas 2do piso	M2	
4.1	Aulas	M2	2341,20
4.2	Circulaciones	M2	638,36
4.3	Ptos fijos	M2	59,18
4.4	Baños	M2	105,71
5	Zonas 1er piso	M2	
5.1	Aulas	M2	2711,31
5.2	Ptos fijos	M2	59,18
5.3	Baños	M2	105,71

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	TOTAL
1	Lote	M2	12806,5 7
2+4+5 -2.8	Cubiertas, zonas 2do piso, zonas primer piso	M2	9625,11
3	Zonas descubiertas	M2	8359,92

102. Por otro lado, en cuanto al cálculo de la obra construida, el perito fue claro en señalar que **los planos que la entidad entregó a la contratista fueron los mismos con los cuales se ejecutó la obra**, sin que se hubieran realizado variaciones estructurales ni arquitectónicas, pero anotó que las modificaciones estaban reflejadas en el cuadro de mayores y menores cantidades, sin que dicho cuadro apareciera en ninguno de los anexos del dictamen. Lo mismo ocurre con el



“cuadro resumen” al que también se hizo referencia en la experticia, sin que se hubiera aportado.

103. El perito señaló que *“el proyecto se ejecutó tal y como aparecen en los planos originales e iniciales según contrato de obra civil”* y en la misma línea, sostuvo que *“el proceso constructivo coincide con los planos iniciales de obra y Récord²²”*, razón por la cual no se entiende cómo se establece una mayor área construida cuando el contratista ejecutó las obras conforme a los planos entregados por la entidad, sin que se hubiera demostrado ninguna modificación que incidiera en la ejecución.

104. Como se observa, el perito no hace referencia a las razones que dieron origen a una mayor obra construida. Se desconocen las causas de la ejecución de un área superior a la inicialmente prevista o los fundamentos y conceptos que soportaron la diferencia de los trabajos realmente realizados respecto del área contratada.

105. En el dictamen tampoco se efectúa una comparación entre los metros cuadrados contratados y los que realmente fueron construidos. Las conclusiones no demuestran que la sociedad contratista se viera obligada a apartarse de los planos entregados por la entidad para poder establecer que se ejecutó una mayor área construida.

106. Si bien con la demanda la parte actora allegó, con la solicitud de reconocimiento de desequilibrio económico, un cuadro comparativo de las cantidades contratadas y las ejecutadas por cada ítem del proyecto (fls. 27-48 c. 2 pruebas), esta información no fue verificada por el perito ni tomada en cuenta para rendir la experticia.

107. Por último, la Sala observa que el perito determinó un total de área construida de 9.625,11 m² y una diferencia mayor de área construida frente a la contratada (6.217 m²) de 3.408,11 m², equivalente a \$4.239.354.256,84. Esta cantidad de metros cuadrados y su cuantificación superan de forma excesiva lo alegado y pedido por la sociedad contratista en la demanda sobre la existencia de una mayor área de 727,93 m², estimada en \$904.355.708,64.

²² Los planos Récord son el registro de construcción de un proyecto de Acueducto y/o alcantarillado, en el cual se consigna la información de la red instalada en el terreno y se describen los detalles de su construcción y localización geográfica (<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwic0ay71Lv1AhV8STABHQbpDmEQFnoECCsQAQ&url=https%3A%2F%2Fdocplayer.es%2F19578723-Elaboracion-de-plano-record-pagina-1-de-21-control-de-cambios-1-version-original-lista-de-distribucion.html&usg=AOvVaw0jz1qb2pCqlvNkcPo881N1>).



108. Cabe anotar que, para que un dictamen pericial tenga eficacia probatoria con respecto de los hechos que se pretenden probar, según el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, se deberá tener en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, esto implica también que las conclusiones del experto deben ser claras, firmes y una consecuencia lógica de sus fundamentos²³.

109. El dictamen pericial no puede ser considerado como una verdad incontrovertible, sino que constituye un medio probatorio que debe ser analizado en los términos del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en conjunto con el material probatorio y de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Esto, de conformidad con los artículos 237 y 241 del Código de Procedimiento Civil que disponen:

Artículo 237. (...) 6. El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.

Artículo 241. Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.

110. Sobre el particular se debe tener en cuenta que el juez, a la luz de la sana crítica y las reglas de la experiencia, debe valorar el dictamen pericial con el fin de acogerlo total o parcialmente o desechar sus resultados. Se trata de considerarlo, siempre que, por su claridad, precisión y detalle, infunda certeza, dada la conducencia y soporte de las conclusiones e idoneidad del experto, previa confrontación y siempre que supere las observaciones y objeciones y aclare las dudas²⁴.

111. En los términos del artículo 264 del C.P.C., la prueba pericial procede en los casos en que se necesiten especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, para verificar ciertos hechos que interesan al proceso. No basta con responder a los interrogantes planteados por las partes o el juez, sino hacerlo con suficiencia, infundiendo certeza sobre los hechos objeto de la experticia, para lo cual deben soportar sus conclusiones en pruebas que demuestren sus afirmaciones, lo que no se demostró con la experticia rendida por el ingeniero civil designado como perito en el presente asunto.

²³ Hernando Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, p. 321-335. Temis (2017).

²⁴ Artículo 241 del Código de Procedimiento Civil establece: “Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Si se hubiere practicado un segundo dictamen, éste no sustituirá al primero pero se estimará conjuntamente con él, excepto cuando prospere objeción por error grave”.



112. En consecuencia, la Sala no encuentra acreditado el incumplimiento del contrato atribuido a la entidad pública contratante por indebida planeación al estimar un área de construcción inferior a la realmente ejecutada.

XVII. Incumplimiento del principio de planeación por mayor permanencia en obra

113. La parte actora también alegó incumplimiento del principio de planeación por parte de la entidad contratante por mayor permanencia en obra, debido a que no se cumplió con el plazo inicial pactado, por razones ajenas a la contratista, generando sobrecostos administrativos, financieros y de equipos.

114. Al respecto, como se pudo observar en los hechos probados, las partes suscribieron de forma voluntaria y sin ningún tipo de reparo las tres modificaciones contractuales: una prórroga, una adición y prórroga y una modificación de obligaciones respecto del pago de un saldo por causa de vigencias presupuestales. Ambas prórrogas o ampliaciones del plazo inicialmente convenido estuvieron debidamente justificadas y soportadas.

115. En efecto, la primera prórroga de 61 días calendario fue por solicitud del Subdirector de Plantas Físicas de la Secretaría de Educación y la interventoría, fundada en la recomendación de la Unidad Especial de Servicios Públicos del Distrito – UESP- sobre la necesidad de medir la posible presencia de lixiviados, la producción de gases y la estabilidad del terreno de los residuos mixtos en el lote El Tintal. Esto dio lugar a que la contratista tuviera que hacer ensayos de laboratorio y someterlos al concepto del DAMA, por lo que se tenía que esperar el concepto respectivo. Y, la segunda y última prórroga por 65 días calendario, por razones del clima, particularmente por los días de lluvia que afectaron la realización normal de las obras y el suministro de materiales, hechos que fueron informados y registrados por la interventoría.

116. De lo anterior no se puede establecer una mayor permanencia en obra que hubiera sido injustificada o atribuida a la entidad pública en perjuicio de los intereses de la contratista.

117. La Sala considera que, si bien en el dictamen rendido por el contador público designado en el proceso se establecieron mayores costos administrativos, financieros y de equipos, de dichas conclusiones no se puede establecer una mayor permanencia en obra, aspecto indispensable para determinar la procedencia o no de dichos sobrecostos.



118. Ninguno de los dictámenes periciales dio cuenta de la existencia de una mayor permanencia en obra por una falta de planeación de la entidad, que dé lugar al reconocimiento de los perjuicios solicitados por la sociedad demandante.

XVIII. Enriquecimiento sin justa causa

119. Por último, cabe anotar que, si bien la parte actora alegó –al parecer de manera subsidiaria a la declaratoria de incumplimiento- la posible configuración de un enriquecimiento sin causa, la Sala no lo encuentra configurado, en la medida en que las prestaciones por las que se solicitó reconocimiento fueron ejecutadas en el marco del contrato y esa es su fuente o causa. Además, resulta importante aclarar que, con la tesis actual del Consejo de Estado²⁵, no basta con probar un aumento de un patrimonio, un empobrecimiento correlativo y que el enriquecimiento se hubiera producido sin causa, sino que es necesario acreditar, adicionalmente, que existió constreñimiento o imposición en la prestación del servicio²⁶, lo que tampoco se demostró en el presente asunto, en ninguno de los eventos previstos por la jurisprudencia, pues no se probó que las prestaciones ejecutadas por el demandante lo hubieran sido por fuera del marco del contrato celebrado y por imposición de la entidad.

120. De esta forma, la Sección Tercera estableció las principales características de la figura del enriquecimiento sin causa, así:

*a). Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que, en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, **por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.***

b). En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, exp. 24.897, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁶ Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de junio de 2021, M.P. María Adriana Marín, exp. 52.076.



c). En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993 (negrillas y subrayas fuera de texto).

121. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. Así pues, la parte demandante no cumplió con la carga²⁷ probatoria que le impone esta norma legal, toda vez que –se reitera-, no allegó al proceso prueba alguna que permita atribuir al ente público demandado la falta de planeación y la causación de los perjuicios alegados.

122. En consecuencia, la Sala habrá de revocar la sentencia de primera instancia, que declaró la caducidad de la acción para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

XIX. Condena en costas

123. Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo normado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, norma especial y de aplicación preferente para este tipo de asuntos.

D. DECISIÓN

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,

FALLA

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 30 de octubre de 2012, proferida por la Subsección C de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO.- NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

²⁷ Al respecto, el tratadista Devis Echandía, Hernando, en su libro Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., ha sostenido: *“La carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.”* Ídem. pág 406.



Radicación número: 25000232600020090088801 (48400)
Actora: VARELA FIHOLL Y COMPAÑÍA LTDA.
Demandado: Distrito Capital – Secretaría de Educación
Referencia: Apelación Sentencia-Acción contractual

TERCERO.- Sin condena en costas.

CUARTO.- Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF