

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO SESENTA Y CUATRO (64) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL  
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
- SECCIÓN TERCERA -

Bogotá D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Juez :	Magda Cristina Castañeda Parra
Ref. Expediente :	110013343-064-2016-00343-00
Accionante :	CONSORCIO JARDINES FACOG <sub>1</sub>
Accionada :	BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN <sub>2</sub>

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El 14 de diciembre de 2015<sub>3</sub>, el CONSORCIO JARDINES FACOG<sub>4</sub>, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, en contra de **BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, (en adelante **la entidad**, la **SED** o **el extremo pasivo**), a efectos de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

A. PRETENSIONES PRINCIPALES<sub>5</sub>

**PRIMERA:** Que se declare que el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO – SED, **incumplió gravemente el Contrato de Obra No 3571 de 2013**, al faltar al principio de

1 Correo: [lucas.abril@gmail.com](mailto:lucas.abril@gmail.com).

2 Correo: [notificajuridicased@educacionbogota.edu.co](mailto:notificajuridicased@educacionbogota.edu.co).

3 Según acta individual de reparto obrante a folio 37 c. principal.

4 Conformada por Flórez y Álvarez S.A., y Clean Depot S.A.

5 Se tiene en cuenta las pretensiones principales de la reforma a la demanda la cual fue admitida mediante auto de fecha 18 de octubre de 2016 (fls.118-121)

planeación contractual, dejando al contratista CONSORCIO JARDINES FACOG frente a una RAZONABLE IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR, en la forma y tiempo debidos.

**SEGUNDA:** Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO – SED, al pago de los perjuicios causados al contratista CONSORCIO JARDINES FACOG por el incumplimiento del contrato, valor que se estima en la suma de NOVECIENTOS NUEVE MILLONES SEISCIENTOS VEINTISIETE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA (\$909.627.850), o en su defecto, la cifra que se pruebe en el proceso, como sigue:

<b>COLEGIO ARGENTINA</b>	
<b>GASTOS DE PERSONAL</b>	\$314.200.500,89
<b>IMPUESTOS Y PÓLIZAS</b>	\$ 16.986.190,33
<b>GASTOS ADMINISTRATIVOS</b>	\$ 33.150.000,00
<b>UTILIDAD</b>	\$ 72.715.942,99
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 437.052.634,2</b>

<b>COLEGIO ARGENTINA</b>	
<b>GASTOS DE PERSONAL</b>	\$314.200.500,89
<b>IMPUESTOS Y PÓLIZAS</b>	\$ 20.018.543,19
<b>GASTOS ADMINISTRATIVOS</b>	\$ 33.150.000,00
<b>UTILIDAD</b>	\$105.206.171,75
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 472.575.215,8</b>

<b>GRAN TOTAL</b>	<b>\$ 909.627.850</b>
-------------------	-----------------------

**TERCERA:** Que se condene a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL al pago de la suma \$150.000.000 por los costos financieros asociados a la pérdida de capacidad de contratación y la rentabilidad esperada y dejada de percibir por el contratista o en su defecto, la cifra que le pruebe en el proceso.

**CUARTA:** Que se liquide judicialmente el Contrato de Obra No 3571 de 2013, suscrito entre el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO – SED y el CONSORCIO JARDINES FACOG, con el reconocimiento de los anteriores valores.

**QUINTA:** Que se condene a la demandada al pago de las costas que se causen en el presente proceso.

#### **B. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA**

**QUE SE DECLARE LA NULIDAD ABSOLUTA del Contrato 03571 del 17 de diciembre de 2013,** suscrito entre la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL - SED y el CONSORCIO JARDINES FACOG, al haberse celebrado sin observancia del principio de planeación contractual, circunstancia que deviene en ilícito su objeto, por la transgresión al orden legal, conforme prescribe el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y en consecuencia, se proceda a ordenar las restituciones mutuas en los términos señalados en el inciso 2° del artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

Al momento de calcular el monto a pagar por este concepto, se ruega tener en cuenta que la administración, DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO –SED, se benefició de las actividades desarrolladas por el contratista CONSORCIO JARDINES FACOG, en tanto que para éste el desarrollo del contrato representó un menoscabo de su expectativa de lucro, desdibujándose el carácter sinalagmático del acuerdo de voluntades.

## 1.2. HECHOS

Los hechos en los que la parte demandante respalda sus pretensiones fueron organizados de acuerdo a las diversas etapas precontractuales y de ejecución, son los siguientes:

### Hechos relativos a la etapa precontractual

- La Secretaría de Educación adelantó la licitación pública No. SED-LP-DCCEE-047-2013 con el objeto de contratar el *“Diseño y construcción de jardines infantiles en diferentes localidades del Distrito Capital, partiendo del esquema básico y programa requerido, entregado por la Secretaría de Educación.”*

- En el proceso de selección se previó que la Secretaría de Educación aportaría el esquema básico arquitectónico y las especificaciones técnicas mínimas a partir de las cuales el ejecutor debía elaborar los estudios y diseños, y posteriormente, la obra. Asimismo se contempló que el ejecutor debía considerar el Plan Maestro de Equipamientos Educativos de Bogotá.

- En este contexto, entre la Secretaría de Educación Distrital y el Consorcio Jardines FACOG, el 17 de diciembre de 2013 se suscribió el contrato de obra No. 03571, correspondiendo al contratista la ejecución de las obras del Grupo 6, conformado por los colegios Ciudad Bolívar Argentina IED y San Francisco IED por un valor de \$3.917.170.999 incluido IVA para el diseño y AIU para la obra, bajo la modalidad de precios unitarios sin fórmula de reajuste.

- El plazo de ejecución estipulado en el contrato fue de 12 meses, lapso que estaba dividido en etapa de estudios y diseños, y otra de obra.

- Al adelantar el trámite de las garantías, el día 17 de enero de 2014, el Consorcio Jardines FACOG advirtió ciertas inconsistencias y dudas respecto a las áreas a intervenir en el Colegio La Argentina en Ciudad Bolívar, ya que el lote previsto inicialmente en los esquemas básicos suministrados por la SED *corresponde a un relleno en inmediaciones de una quebrada, el cual al parecer se descarta como sitio de intervención para este proyecto y se estudiará por parte de la SED, cuál será la nueva ubicación para la ejecución de este proyecto.*

- Surtido el trámite de presentación y aprobación de las garantías, el 13 de mayo de 2014 se legalizó el contrato, se suscribió el acta de inicio para la etapa de estudios y diseños.

### Hechos relativos a la ejecución de la etapa de estudios y diseños

- Respecto de esta etapa, afirmó la demandante que las actas mediante las cuales se introdujeron las variaciones en el plazo señaladas, indican en su justificación que los términos no fueron contemplados dentro de los tiempos contractuales, lo que, a su juicio, releva de cualquier responsabilidad al Consorcio Jardines FACOG, que cumplidamente adelantó las gestiones a su cargo.

- Desde el primer mes de ejecución de la etapa de estudios y diseños, comenzaba a confrontarse las que posteriormente se confirmarían como diferencias ostensibles respecto de las condiciones de contratadas y las reales, es así como en comunicación del 20 de junio de 2014 dirigida al Interventor de la obra, Ing. Juan Carlos Belalcázar, el Consorcio Jardines FACOG alertó sobre el cambio de las áreas de trabajo y modificación de los conceptos y, respecto de los Colegios La Argentina y San Francisco.

- La elaboración de los estudios y diseños y el presupuesto de obra, evidenció la conveniencia de incorporar obras adicionales y obras no previstas, indispensables para el desarrollo del proyecto, las cuales fueron puestas en conocimiento de la Interventoría y no fueron objetadas en términos de su justificación y necesidad.

En el Colegio San Francisco: hacer una análisis de vulnerabilidad sísmica, planta eléctrica, suministro e instalación de ascensor, subestación eléctrica y sus equipos, y, certificación RETIE.

En el Colegio La Argentina: demolición y reconstrucción de kiosco, mayor valor de la estructura en concreto reforzado, tres escaleras en concreto reforzado y sus acabados, suministro e instalación de ascensor, suministro e instalación de montacargas, muros de contención, red contra incendio presurizada, acometidas, pozo eyector y equipo de bombeo de aguas negras y subestación eléctrica.

- En vista de las modificaciones descritas y otras menores, se produjo la disminución de algunos ítems para mayor ilustración de las diferencias en las condiciones a las que se hace referencia, se presenta el siguiente cuadro comparativo:

ANÁLISIS COMPARATIVO DE ÁREAS Y PRECIOS CONTRACTUALES VS ÁREAS DE DISEÑO - 2014							
JARDIN INFANTIL	AREA CONTRACTUAL	AREA DISEÑADA	VALOR CONTRACTUAL M2	% AREA DISEÑADA VS AREA CONTRACTUAL	VALOR DISEÑO CON PRECIO CONTRACTUAL M2	VALOR PRESUPUESTO GENERAL CONSORCIO JARDINES FACOG	VALOR TOTAL ADICIONALES (DIFERENCIA ENTRE VALOR CONTRACTUAL VS VALOR CONSULTORIA)
	M2	M2	\$		\$	\$	\$
ARGENTINA	1.653,00	1191,24	\$ 927.801,50	72,07%	\$ 1.105.234.260,83	\$ 1.947.615.456,11	\$ 842.381.195,28
SAN FRANCISCO	2.750,00	2299,78	\$ 805.615,28	83,63%	\$ 1.852.737.909,33	\$ 2.573.048.175,28	\$ 720.310.265,96
TOTAL	4.403,00	3.491,02			\$ 2.957.972.170,16	\$ 4.520.663.631,40	\$ 1.562.691.461,24

- Como puede desprenderse de lo anterior, la simple confrontación de los porcentajes revela notorias diferencias que permiten sostener que el objeto contratado, contenido en los “esquemas básicos” entregados como insumo, no

guardaba correspondencia con las obras que debían realizarse, lo que implica la deficiente planeación del proyecto por parte de la entidad contratante que impone al Consorcio Jardines FACOG cargas injustas y desproporcionadas.

-. En comunicación del 5 de agosto de 2015, el Consorcio Jardines FACOG puso de presente a la Interventoría que:

*“(…) el CONSORCIO JARDINES FACOG se encuentra a la espera de la aprobación por parte de la INTERVENTORIA y de la SED de las obras adicionales presentadas dentro de los presupuestos entregados por el consorcio contratista, con el fin de determinar el alcance de las obras a ejecutar, teniendo en cuenta que la mayoría de las obras adicionales, son prioritarias para poder darle funcionalidad a los jardines infantiles. Estas obras adicionales deben quedar definidas y aprobadas antes del inicio de la ETAPA DE OBRA, ya que muchas de las mismas hacen parte de la ruta crítica o son actividades que deben ser implementadas al inicio de las obras como es el caso de Demoliciones (Kiosko, placas, etc.), incidencia de la estructura (Concreto y refuerzo), Construcción de escaleras, Muros de contención, redes, acometidas, etc.”*

-. A pesar de haberse pactado el plazo de tres (3) meses para la elaboración de estudios y diseños, este término fue objeto de sucesivas modificaciones lo que llevó a su desarrollo en el transcurso de casi 15 meses hasta el 6 de agosto de 2015, fecha en la cual el Interventor del contrato y el CONSORCIO JARDINES FACOG suscribieron el Acta de Terminación de la Etapa de Estudios y Diseños, con la respectiva aprobación de las Licencias de Construcción y Permisos de las dos instituciones educativas a intervenir, circunstancia que acredita el cumplimiento total por parte del contratista de las obligaciones relativas a esa etapa.

-. A la fecha de presentación de la demanda, no obstante, la suscripción del acta referida en el numeral anterior, la Secretaría de Educación Distrital – SED, se ha sustraído de la obligación de efectuar el pago correspondiente a la etapa de diseño, omisión que trasgrede la cláusula octava del contrato.

### **Hechos relativos a la ejecución de la etapa de obra del contrato**

-. Los diseños se encuentran actualmente aprobados y licenciados por cada una de las curadurías a cargo, entonces de acuerdo a como se encuentran actualmente los diseños es imposible disminuir áreas o eliminar espacios, sin que se afecte la operatividad de los Jardines en su conjunto, se lograron satisfacer las necesidades del programa arquitectónico solicitado por la Secretaría de Educación Distrital – SED.

-. Según el demandante, cumplidas a cabalidad las obligaciones de la etapa inicial, para el Consorcio Jardines FACOG resulta inamisible que no se haya cancelado un solo peso y no obstante ello, se hubiera presionado la suscripción del acta de inicio

de las obras sin la certeza del reconocimiento real del alcance de las mismas, que de modo alguno correspondió a los “esquemas básicos” aportados por la Secretaría de Educación Distrital – SED, circunstancia que financieramente resultó un desafío para el ejecutor, que además asumió la carga que representó la contratación de gran parte de personal profesional para dar inicio a las obras, circunstancia que generó gastos adicionales.

- A juicio de la parte demandante, otro aspecto a tener en cuenta, no previsto por la entidad contratante es que desde la adjudicación del contrato, esto es el 3 de diciembre de 2013, transcurrieron 20 meses, respecto de los cuales debía considerarse una actualización de precios frente a los cotizados por el consorcio, pues como se advirtió, la extensión del plazo contractual no obedeció a hechos imputables al contratista y, la contingencia del actual precio del dólar o TRM, sin precedentes cercanos, afecta directamente el valor de los insumos representativos de la construcción como lo son el cemento, hierro, tuberías, aparatos, etc.

- Sin la aprobación de las obras adicionales e ítems no previstos y un acuerdo de la manera y la cuantía como se iban a actualizar los precios, no se podía dar inicio a la etapa de obra, ya que se requería una programación de obra ajustada a la realidad económica del contrato.

### **1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Mediante escrito radicado el 13 de diciembre de 2016, la entidad demandada, a través de su apoderado judicial, presentó contestación a la demanda (fls.154-164).

Luego de pronunciarse sobre los hechos y las pretensiones de la demanda, a las cuales se opuso, planteó las siguientes excepciones de mérito:

#### ***a. Improcedencia de la teoría de la imprevisión en este caso***

Arguyó que en la página 27 de la demanda se invoca por parte de la demandante la disposición del Código de Comercio que consagra la teoría de la imprevisión .

Esa teoría es inaplicable en el presente caso por varios motivos: i) la propia demandante es quien invoca la nulidad absoluta del contrato, lo cual hace que no se esté ante un contrato válido; ii) no se está en un contrato en ejecución; iii) el aumento en la cotización del dólar no es un hecho imprevisto e imprevisible; iv) la parte actora está conformada por nacionales colombianos, residentes en el país, que no contrataron servicios pagaderos en dólares ni adquirieron bienes ni insumos fuera del país que deban ser pagados en la divisa norteamericana.

#### ***b. Inexistencia de sumas a reconocer***

Afirmó que, si se acepta el cómputo del plazo de caducidad realizado por el Juzgado en la hoja 4 del auto admisorio de la demanda, se podría entender que el plazo para liquidar el contrato se inició en el mismo momento del plazo contractual, el 17 de diciembre de 2013, por lo que liquidando el contrato a esa fecha no hay suma alguna que reconocer ni pagar a la parte actora.

***c. Inexistencia de la parte actora***

Manifestó que desde el segundo renglón del primer párrafo de antecedente del auto admisorio de la demanda y en el numeral segundo de la misma providencia, se indica que quien demanda en el presente caso es un consorcio.

A juicio de la entidad demandada, los consorcios no son personas jurídicas, por lo cual no existen, debiéndose recordar que la existencia de demandante y demandado es un presupuesto de la pretensión, además de lo cual la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, que son presupuestos procesales, solo los pueden tener las personas naturales y jurídicas que existan.

***d. Reclamación excesiva de perjuicios***

A juicio del apoderado de la entidad demandada, ni siquiera en las decisiones del Consejo de Estado en que mayores reconocimientos se les han realizado a los demandantes cuyas acciones prosperan reclamando errores en la adjudicación de los contratos, se han reconocido indemnizaciones de la cuantía en la pretendida en el presente caso.

Por lo tanto, no es aceptable aceptar dicha cuantificación realizada por la parte actora, pues la misma escapa de la razonabilidad que se dice invocar.

En efecto, a juicio del defensor de la entidad, aplicando las reglas jurisprudenciales atinentes a la modelización de negocios, a la rentabilidad por sectores económicos y a la equidad, incluyendo las 12 reglas de esta última, viene a resultar completamente desproporcionado el monto de la reclamación formulada en la demanda que aquí se responde, lo cual determina la necesidad de declarar próspera la excepción que aquí se propone.

***e. Respeto del acto propio***

Advirtió que desde Roma se ha tenido como principio general del derecho aquel consistente en que nadie le es lícito beneficiarse de su propia culpa. El Consejo de Estado ha llegado inclusive a afirmar que este principio de respeto por el acto propio, tiene plena aplicabilidad en los temas atinentes a las discusiones sobre responsabilidad precontractual y contractual relativas a las entidades estatales.

Teniendo en cuenta que *“la parte demandante es profesional en el diseño y la construcción de obras civiles, no puede afirmar que la necesidad de realizar algunos ajustes a lo inicialmente planteado constituya falta de planeación ni inconducta contractual de la administración, como para venir ahora a pretender una indemnización de varios miles de millones de pesos por no haber obtenido la adjudicación de un contrato debido a su propia reticencia en cumplir adecuada, cabal y oportunamente las exigencias objetivas que se formularon.”*

**f. Verdadero orden de las pretensiones**

Afirmó que, no obstante haber planteado la parte actora como subsidiaria la pretensión atinente a la nulidad del contrato, lo cierto es que dado que la ley ordena a los jueces pronunciar dicha nulidad de manera oficiosa, ello impone que, en el presente caso, el tema a decidir deba ser alterado en el orden propuesto por la parte actora.

**1.4. TRÁMITE PROCESAL**

El trámite en esta instancia ha cursado de la siguiente manera:

-La demanda fue presentada el 14 de diciembre de 2015 (fl.37 c. principal) ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Esta instancia a través de auto de fecha 19 de mayo de 2016 declaró que no era competente para conocer del proceso y ordenó remitir el expediente a los juzgados administrativos de Bogotá por reparto (fls.66-68).

-El presente asunto fue sometido nuevamente a reparto el día 7 de junio de 2016, correspondiéndole a esta sede judicial (fl.71).

-Luego de verificar la subsanación de la demanda, este Despacho mediante auto de 18 de octubre de 2016, admitió la demanda y su reforma, disponiendo su notificación a la demandada y al Ministerio Público (fls.118-121). Las notificaciones y traslados se surtieron, tal como se evidencia a folios 124-127 y 130-137.

-En proveído de 15 de junio de 2017, se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 el día 8 de noviembre de 2017 a partir de las 2:00 p.m., haciendo las precisiones de rigor a las partes (fl.184).

En la fecha y hora programada se desarrolló la audiencia inicial (fls.186-193), en la cual en la cual se fijó el litigio en los siguientes términos:

*“Encuentra el Despacho que la fijación del litigio se centra en establecer si el Estado a través de ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, es responsable de los perjuicios presuntamente ocasionados a la parte demandante por el incumplimiento del contrato de obra No. 3571 suscrito entre el CONSORCIO JARDINES FACOG y la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, así como por falta al principio de planeación contractual, ruptura del equilibrio económico del contrato, liquidación judicial del mismo, y si hay lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios solicitados o si se configura algún eximente de responsabilidad” (fls.191).*

-La audiencia de pruebas se desarrolló el día 10 de octubre de 2019 (fls.249-251) oportunidad en la cual el Despacho, al verificar el recaudo de todas las pruebas y que el término probatorio se encontraba vencido, fijó el término de 10 días para que las partes alegaran de conclusión.

#### **1.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

##### **-PARTE DEMADANTE**

Radicó el memorial contentivo de sus alegatos de conclusión el día 24 de octubre de 2019 (fls.253-260).

Aludió a la fijación del litigio efectuada por el Despacho y luego, adujo que no queda duda que la parte demandada incumplió gravemente el contrato de obra No. 3571 de 2013, toda vez que, faltando a sus obligaciones contractuales, incurrió en las siguientes situaciones:

**-Aportó esquemas básicos para el desarrollo de las obras que no correspondían técnicamente a las labores a ejecutar de estudios y diseños posteriormente, la obra.**

Reiteró cuáles fueron las observaciones que tuvo el contratista respecto de los documentos entregados por la demandada para cada una de las sedes a intervenir.

Lo anterior se complementó al expresar nuevamente cuáles fueron los aspectos técnicos identificados por el Consorcio para el desarrollo de las obras: análisis de vulnerabilidad sísmica, planta eléctrica, suministro e instalación de ascensor, etc.

Tras relacionar esos aspectos técnicos, afirmó que el Distrito Capital inobservó el deber de planeación que debía acompañar su gestión precontractual y ello redundó en la inviabilidad de la ejecución de la etapa de obra del objeto contratado. En sustento de tal afirmación, citó al dictamen técnico aportado al proceso y sustentado en audiencia por el ingeniero Héctor Páez Villamil.

**-Ocasionó perjuicios económicos al Consorcio Jardines FACOG por la suma determinada en el informe de perjuicios rendido dentro del proceso.**

Al respecto indicó que, no obstante las múltiples inconsistencias evidenciadas por el ejecutor desde el inicio de la etapa de diseños, las cuales no podían advertirse con anticipación, el Consorcio FACOG, excediendo el alcance de sus obligaciones corrigió los yerros de la administración distrital e implementó la totalidad de las especificaciones de las normas técnicas requeridas para el posterior desarrollo de las obras y entregó los diseños a entera satisfacción, como puede comprobarse con la obtención de la licencia de construcción; sin embargo, para llegar a ese feliz término debió incurrir en gastos administrativos extraordinarios, durante el tiempo que se prolongó la etapa de diseños, la cual, habiéndose pactado para desarrollarse en 3 meses requirió 5 veces más ese plazo en razón de la deficiente e indebida planeación del Distrito.

Es así como, los perjuicios inicialmente tasados por el contratista cercanos a la suma de \$1.059.000.000, rebasaron tal cifra y de acuerdo al informe económico aportado como prueba en el proceso y sustentado por la economista Sandra Camacho Labrador en audiencia, se determinó que en realidad los perjuicios sobre el Consorcio Jardines FACOG alcanzan la suma de \$1.212.758.726.

A juicio de la apoderada de la parte demandante, debe considerarse que, no obstante el malogrado contrato Consorcio Jardines FACOG dispuso de sus estructuras empresariales, profesionales y experticia para satisfacer las necesidades del desarrollo de las actividades de diseño derivadas el contrato de obra y, el incumplimiento de la Secretaría de Educación Distrital ocasionó perjuicios materiales considerables e injustos, los cuales fueron debidamente corroborados a través del dictamen pericial de parte que se allegó al expediente.

La entidad demandada, con su proceder, afectó de manera general los intereses de carácter colectivo que involucra el derecho a la educación y, de manera particular, frustró la expectativa de lucro respecto del contrato del Consorcio Jardines FACOG.

Atendiendo los anteriores argumentos, solicitó al Despacho acoger los dictámenes allegados, los cuales fueron rendidos por profesionales idóneos y bajo el cumplimiento riguroso de la normatividad.

**-PARTE DEMANDADA**

No presentó alegatos de conclusión.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1. COMPETENCIA**

Este Despacho es competente en razón de la cuantía para decidir dentro del presente medio de control, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155 numeral 5° y 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

### **2.2. PLANTEAMIENTO DEL CASO**

La parte demandante pretende que se declare que la entidad demandada incumplió gravemente el Contrato de Obra No 3571 de 2013, al faltar al principio de planeación contractual, lo cual dejó al contratista Consorcio Jardines FACOG frente a una razonable imposibilidad de cumplir, en la forma y tiempo debidos.

Como consecuencia de ello se le condene a pagar los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, los cuales tasó en la suma de \$909.627.850.

Adicionalmente, que se condene a la entidad demandada al pago de la suma de \$150.000.000, en razón de los costos financieros asociados a la pérdida de capacidad de contratación y la rentabilidad esperada y dejada de percibir por el contratista.

Finalmente, que se liquide judicialmente el Contrato de Obra No 3571 de 2013 con el reconocimiento de los anteriores valores.

En subsidio de lo anterior, solicitó que se declare la nulidad absoluta del Contrato de Obra No 3571 de 2013, al haberse celebrado sin observancia del principio de planeación contractual, lo que hace ilícito su objeto por transgresión al orden legal, conforme el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, que se proceda a ordenar las restituciones mutuas en los términos señalados en el inciso 2° del artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

El extremo demandado expresó su oposición a las pretensiones de la demanda y propuso una serie de excepciones para oponerse a la aplicación de la teoría de la imprevisión en este caso, sosteniendo la inexistencia de sumas a reconocer, así como la inexistencia de la parte actora; sostuvo que existe una reclamación excesiva de perjuicios, que se debe dar aplicación a la teoría de los actos propios y que el orden de las pretensiones formuladas debe variar.

### 2.3. DEL PROBLEMA JURÍDICO

Gira en torno a lo siguiente:

Determinar: i) la entidad demandada es responsable de los perjuicios presuntamente ocasionados a la parte demandante por el incumplimiento del contrato de obra No. 3571 de 2013 por la inobservancia del principio de planeación contractual. ii) si existen los presupuestos legales necesarios para liquidar judicialmente el contrato en los términos planteados en la demanda y su reforma.

Subsidiariamente, establecer si el contrato de obra No. 3571 de 2013 debe ser declarado nulo absolutamente al haberse celebrado sin observancia del principio de planeación contractual.

### 2.4. HECHOS PROBADOS

De conformidad con las pruebas válidamente allegadas al proceso, se tienen probados los siguientes hechos particularmente relevantes:

#### **Valor probatorio de los documentos**

Los documentos aportados por las partes se valorarán de conformidad con lo establecido en el artículo 246 del Código General del Proceso y, de acuerdo con lo decidido por la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno en su sesión del 28 de agosto de 2013, se le otorgará valor probatorio a todos los documentos traídos al proceso en copia simple, siempre que su aporte se haya producido durante las oportunidades previstas por las normas procesales aplicables a los juicios de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no hayan sido tachados como falsos en los términos de los artículos 289 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, por la parte contra la cual se pretenden hacer valer<sup>6</sup>.

**De este tipo de pruebas, se encuentra demostrado lo siguiente:**

- **Condiciones pactadas en el Contrato de Obra No. 3571 de 17 de diciembre de 2013**

- Entre la Secretaría de Educación del Distrito Capital d Bogotá y el Consorcio Jardines FACOG se suscribió el **contrato de obra No. 3571 de fecha 17 de diciembre de 2013**. Por parte de la entidad pública lo suscribió el entonces Subsecretario de

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero.

Acceso y Permanencia, José Alfredo Soto Torres mientras que, por el contratista, el representante legal, señor José Fernando Angulo Torres (fls.78-90).

La cláusula primera del contrato, estableció su objeto así:

**“CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO:** Diseño y construcción de jardines infantiles en diferentes localidades del Distrito Capital, partiendo del esquema básico y programa requerido, entregado por la Secretaría de Educación.

GRUPO	LOCALIDAD	JARDÍN	CPF	NOMBRE COLEGIO	SEDE	NOMBRE SEDE
6	19	11	1909	CIUDAD BOLÍVAR ARGENTINA	A	CIUDAD BOLÍVAR ARGENTINA
		12	1964	SAN FRANCISCO	A	SAN FRANCISCO

**CLÁUSULA SEGUNDA.- ALCANCE DEL OBJETO:** EL CONTRATISTA deberá diseñar y construir los jardines infantiles, de acuerdo con el alcance descrito en el numeral 1.1.3 de Pliego de Condiciones, el cual es aplicable a cada uno de los jardines que hacen parte del GRUPO SEIS (6).

#### JARDÍN 11

No.	ESPACIOS “SIMILARES”	ÁREA (m <sup>2</sup> )
1	AULAS, OFICINAS, PORTERÍA	570
2	LUDOTECA – COMEDOR	123
3	W.C. – COCINA	153
4	CIRCULACIÓN CUBIERTA ABIERTA	196
5	Z. EXTERIOR DURA	336
6	Z. VERDE – PAISAJISMO	275
7	DEMOLICIÓN EDIFICACIONES	165
8	DEMOLICIÓN PLACAS – PISOS	0
9	CERRAMIENTO	100

#### JARDÍN 12

No.	ESPACIOS “SIMILARES”	ÁREA (m <sup>2</sup> )
1	AULAS, OFICINAS, PORTERÍA	510
2	LUDOTECA – COMEDOR	463
3	W.C. – COCINA	173
4	CIRCULACIÓN CUBIERTA ABIERTA	243
5	Z. EXTERIOR DURA	1194
6	Z. VERDE – PAISAJISMO	167
7	DEMOLICIÓN EDIFICACIONES	109
8	DEMOLICIÓN PLACAS – PISOS	0
9	CERRAMIENTO	43

La descripción detallada de cada una de las actividades a ejecutar en el desarrollo de la ejecución del objeto contractual se encuentra descritas en el anexo técnico 1, en las especificaciones técnicas y en los planos básicos, cuya documentación puede ser consultada en el pliego de condiciones y los planos básicos que corresponden a los diseños arquitectónicos (colegios existentes).”

- Dentro de las obligaciones generales del contratista (cláusula tercera) se destacan las que tienen que ver con la obtención de la licencia de construcción (numeral 14); la de tener en cuenta dentro de su cronograma, la programación de la etapa de estudios y diseños (numeral 15).

- En cuanto al plazo del contrato, la cláusula quinta estableció:

“CLÁUSULA QUINTA-PLAZO DE EJECUCIÓN: El plazo para la ejecución del objeto contractual para el **GRUPO SEIS** será de **DOCE (12) MESES discriminados así:**

RESUMEN PLAZO DE EJECUCIÓN						
GRUPO	JARDÍN	ETAPA A		ETAPA B		PLAZO TOTAL DEL GRUPO
		PLAZO ESTUDIOS Y DISEÑOS	PLAZO APROBACIÓN DE LICENCIAS Y PERMISOS	PLAZO DE OBRA	PLAZO DE EJECUCIÓN DE CADA JARDÍN	
		MESES	MESES	MESES	MESES	
6	11	3	2	5	10	12
	12	3	2	7	12	

Para la ejecución del objeto contractual se suscribirá un acta de inicio para cada una de las etapas del contrato. El contratista debe tener en cuenta que es requisito para la firma del acta de inicio de obra de cada jardín, tener ejecutoriada la Licencia de construcción respectiva y contar con todas y cada una de las aprobaciones y permisos requeridos. (...)

EL CONTRATISTA responsable de los estudios y diseños deberá garantizar la aprobación de todas las licencias y permisos que se requieran para la correcta ejecución de las obras objeto del presente contrato. La Interventoría contratada y el Supervisor de la SED, solicitarán a cada contratista, previamente a la radicación de la Solicitud de la Licencia de construcción de cada jardín ante curaduría Urbana, los Estudios y Diseños elaborados para su revisión, observaciones y ajustes pertinentes. El contratista no podrá radicar la solicitud de la licencia de construcción sin tener la aprobación de la Interventoría Contratada y del Supervisor de la SED. Una vez radicada la solicitud de la Licencia de construcción de cada jardín ante Curaduría Urbana, cada uno de los contratistas contará con un plazo de dos (2) meses para dichos trámites, tiempo que está incluido dentro del plazo establecido para la etapa de estudios, diseños y obtención de licencias de cada Jardín. En el evento que se supere el plazo de aprobación de las licencias y permisos por causas imputables al contratista, se aplicará la cláusula suspensiva establecida en las obligaciones de contratista.”

- La cláusula sexta estableció el valor del contrato de obra No. 3571 der 2013 de la siguiente manera:

“CLÁUSULA SEXTA.- VALOR: El valor del contrato para todos los efectos legales y fiscales corresponde a la suma de TRES MIL NOVECIENTOS DIECISIETE MILLONES CIENTO SETENTA MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$3.917.170.999) incluido IVA para el diseño y AIU para la obra. Discriminado así:

ETAPAS	VALOR
ESTUDIOS Y DISEÑOS	\$168.073.096 incluido IVA
OBRA	3.749.097.903 incluido AIU
TOTAL VALOR CONTRATO	<b>3.917.170.999</b> incluido IVA para el diseño y AIU para la obra

”

- En la cláusula octava las partes acordaron la forma de pago de este modo:

“CLÁUSULA OCTAVA- FORMA DE PAGO: La Secretaría de Educación D.C., pagará al contratista el valor por el cual le fue adjudicado el contrato del grupo (6), así: **ETAPA DE DISEÑO. 1.** El cincuenta por ciento (50%) del total de los estudios y diseños del jardín, previo recibo a satisfacción y aprobación por parte de la Interventoría y de la Dirección de Construcción y Conservación de la Secretaría de Educación del Distrito de los estudios y diseños (planos de construcción, estudio de suelos, memorias, especificaciones técnicas, procedimientos constructivos, presupuesto, etc.), junto con la radicación de la solicitud de la licencia de construcción, y demás permisos requeridos con los respectivos soportes ante las entidades respectivas. **2.** El cincuenta por ciento (50%) restante del valor total de los estudios y diseños del jardín, una vez se obtenga la licencia de construcción, demás permisos requeridos y la aprobación de la garantía de calidad de los estudios. **ETAPA DE OBRA. 1.** Hasta el NOVENTA POR CIENTO (90%) del valor total de la etapa de obra, pagando mensualmente hasta el NOVENTA POR CIENTO (90%) del valor total de las respectivas actas mensuales de obra ejecutada, previa presentación y entrega por parte del CONTRATISTA a la interventoría de las mismas y de los informes correspondientes debidamente aprobados por la interventoría, descontando, en todo caso, el porcentaje del anticipo. El saldo correspondiente al diez por ciento del valor total de las actas parciales ejecutadas, serán cancelados en el último pago. **2.** El saldo correspondiente al DIEZ POR CIENTO (10%) del valor total del contrato, se cancelará dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la firma y aprobación del acta de liquidación final de obra y del contrato, que debe incluir entre otros aspectos, la aprobación de garantías, la totalidad de la obra ejecutada, así como la entrega de los anexos técnicos que hacen parte de los productos complementarios, los cuales deben ser entregados previamente a la suscripción del Acta de Recibo Definitiva. En este pago se amortizará el saldo del anticipo que estuviere pendiente, cuando a ello hubiere lugar.

(...)

**PARÁGRAFO PRIMERO: SISTEMA DE PAGO. Etapa de estudios y diseños.** La modalidad de pago para esta etapa será por el sistema de precio global fijo sin fórmula de reajuste. **Etapa de obra.** La modalidad de pago será por el sistema de precios fijos (valor por unidad de recurso, obra, trabajo, servicio o bien, el cual remunera la totalidad de las actividades y/o suministros que sean necesarios para la ejecución de su objeto, de conformidad con lo pactado) sin fórmula de reajuste, en consecuencia, el valor real del contrato para la etapa de obra será la suma de los resultados que se obtengan al multiplicar las cantidades ejecutadas y/o entregadas a satisfacción de la SED por los valores o precios unitarios pactados para el respectivo ítem.

(...)

**PARÁGRAFO CUARTO: MAYORES CANTIDADES DE OBRA,** EL CONTRATISTA está obligado a ejecutar las mayores cantidades de obra que resulten necesarias para la ejecución del objeto contractual, a los mismos precios contenidos en el **FORMATO DE PRESUPUESTO GENERAL DE OBRA**, previa autorización de la Interventoría y la Dirección de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos de la SED. Si con ocasión de la ejecución contractual se hace necesario balancear el contrato y producto de este ejercicio, resultan mayores cantidades de obra que no alteran el valor inicial estimado del mismo, su ejecución podrá autorizarse y formalizarse mediante la suscripción de un acta de mayores o menores cantidades o compensación, según corresponda, suscrita entre el interventor y el contratista, con el visto bueno de la supervisión de LA SED. Cuando las mayores cantidades de obra impliquen el aumento del valor estimado del contrato para la etapa de obra, será necesaria la modificación del mismo, previa expedición del certificado de disponibilidad presupuestal que las ampare.

**PARÁGRAFO QUINTO: ACTIVIDADES NO PREVISTAS:** Son obras no previstas aquellas necesarias para el cumplimiento del objeto contractual o técnicamente conveniente u oportuno, no pactadas desde el inicio de la etapa de obra del contrato. Si durante el desarrollo de la obra surge la necesidad de ejecutar ítems o actividades de obra no previstos contractualmente, el contratista los deberá ejecutar, previa celebración del contrato adicional correspondiente. La necesidad de ejecutar nuevos ítems de obra será determinada por la SED, previo concepto de la interventoría. Le está prohibido al contratista ejecutar ítems o actividades de obra no previstos en el **FORMATO DE PRESUPUESTO GENERAL DE OBRA**, sin que, previamente, se haya suscrito el respectivo contrato adicional. Cualquier ítem que ejecute sin la celebración previa del documento contractual respectivo será asumido por cuenta y riesgo del **CONTRATISTA**, de manera que LA SED no reconocerá valores adicionales por tal concepto.”

- La interventoría del contrato fue definida en la cláusula décima, en donde se indicó que sería ejecutada por la persona natural o jurídica que fuera designada por la entidad contratante, lo cual sería oportunamente informado al contratista.

- El acta de inicio del contrato de obra No. 3571 de 17 de diciembre de 2013 fue suscrita el **13 de mayo de 2014**.

En esa misma fecha se suscribieron actas de inicio independientes para cada una de las sedes a intervenir: San Francisco y Argentina.

- El acta de terminación de la etapa de estudios y diseños, aprobación de licencias de construcción y permisos fue suscrita para las dos sedes de los jardines a construir fueron suscritas el día **6 de agosto de 2015**, con anotación debajo de la firma del representante legal del Consorcio Jardines FACOG que indica 10-08-2015.

## **2.5. Sobre los presupuestos para la declaratoria judicial de incumplimiento contractual**

Al respecto la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido<sup>7</sup>:

*“Teniendo en cuenta que el punto medular de censura estriba en obtener la declaratoria de incumplimiento del negocio jurídico, es necesario tener en cuenta que para que se estructure la responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, es necesario acreditar: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento[viii].*

*Ahora bien, es importante destacar que la carga de la prueba recae sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento y que en los contratos sinalagmáticos[ix] tiene una doble dimensión, tal y como lo ha expresado la jurisprudencia de la Sección, así:*

*“... tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante.*

*En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada...” [x]”*

## **2.6. Sobre la excepción de contrato no cumplido**

En el contexto de lo ya descrito, respecto del origen, incorporación a los contratos estatales y los requisitos de esta figura, ha establecido el Consejo de Estado que:

*“La figura de la “excepción de contrato no cumplido” se encuentra prevista en el artículo 1609 del C. C., (...) Esta figura, en principio propia de los contratos de*

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P. Hernán Andrade Rincón. Sentencia de 26 de agosto de 2015. Radicado 08001-23-31-000-2009-00883-01(43227).

Derecho Privado, ha sido admitida en el campo de los contratos de Derecho Público, tal como lo evidencia el pronunciamiento de la Sección Tercera, recogido en la sentencia de 31 de enero de 1991, Exp. 4739, con un alcance limitado, por razón de la naturaleza misma de los contratos de Derecho Público y por el interés general que se encuentra envuelto en los mismos a cuya satisfacción se enderezan tales vínculos contractuales (...) **la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos del Estado se encuentra condicionada a los siguientes supuestos:** i) La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer, regla “do ut des” (te doy para que me des); ii) el no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; iii) que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, por manera que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista, iv) que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone y que ha de justificarse por la configuración de aquel; v) el cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión seria y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente.”<sup>8</sup> (Se resalta)

## 2.7. Sobre el principio de planeación en la contratación estatal

Para resolver el problema jurídico planteado, el Despacho considera pertinente revisar igualmente lo referente al principio de planeación en la contratación estatal, el cual, si bien no está establecido en las normas positivas que componen el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, si ha sido reconocido de tiempo atrás por la jurisprudencia como un elemento fundamental para la función administrativa contractual.

Sobre este particular, el Consejo de Estado ha establecido:

*“El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que*

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P. Hernán Andrade Rincón. Sentencia de 11 de abril de 2012. Radicado. 73001-23-31-000-1997-05591-01(17851).

deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden.”<sup>9</sup> (Se resalta)

Lo que de tiempo atrás ya había sido establecido por la misma corporación al expresar que:

**“Otro de sus significativos propósitos [del principio de economía], en íntima conexión con el principio de planeación, consiste en el ideal de lograr que la actividad contractual no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad; en tal sentido, la norma ordena que con anterioridad a la decisión misma de emprender un determinado procedimiento de selección contractual, mediante licitación o de forma directa, entre otras cuestiones de máxima importancia, la Administración verifique la existencia de la disponibilidad presupuestal requerida para respaldar los compromisos que puedan surgir para la entidad, como resultado de dicha selección; realice los estudios de conveniencia, técnicos, económicos, jurídicos y de mercado a los que haya lugar; que elabore los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia y obtenga todas las autorizaciones y aprobaciones requeridas para la ejecución del proyecto concreto.”**<sup>10</sup> (Se resalta)

## 2.8. Sobre la liquidación judicial de los contratos estatales

Luego de abordado lo anterior, considera el Despacho que es útil, para la resolución del problema jurídico, revisar lo concerniente a la etapa de liquidación de los contratos estatales.

El artículo 60 de la Ley 80 estipula en cuanto a la liquidación del contrato estatal:

*“ARTÍCULO 60. DE LA OCURRENCIA Y CONTENIDO DE LA LIQUIDACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012. 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.*

*También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.*

*En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo...”* (Se resalta)

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 28 de mayo de 2012. Radicación: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 29 de agosto de 2007. Radicado. 850012331000030901(15324).

Establece el artículo 11 de la Ley 1150 respecto de los plazos para la liquidación de los contratos estatales:

*“ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.*

*En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A<sup>11</sup>.*

*Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A...” (Se resalta)*

Sobre los modos de liquidación del contrato estatal se tiene que puede ser bilateral, unilateral o judicial y tiene por objeto establecer:

*“(i) el estado en que quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato; (ii) los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar según lo ejecutado y lo pagado; (iii) las garantías inherentes al objeto contractual, así como, (iv) los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poder poner fin a sus divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.”<sup>12</sup>*

De esta manera, al no llegar a un acuerdo las partes para liquidar un contrato de manera bilateral, la administración podrá liquidarlo de manera unilateral. Si ésta no lo hace puede acudir al juez o árbitro del contrato quien deberá determinar las prestaciones mutuas vigentes entre los contratistas.<sup>13</sup>

## **2.9. Sobre las causales de nulidad absoluta del contrato estatal**

Al respecto, establece el artículo 44 de la Ley 80 de 1993:

*“ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*

---

<sup>11</sup> Artículo 136 que corresponde al actual artículo 164 de la Ley 1437 y versa sobre la oportunidad para presentar la demanda, que para el caso puntual de las controversias contractuales es el ordinal v literal j numeral 2 del mencionado artículo 164.

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P.: Olga Mérida Valle de De la Hoz. Radicado 1998-03040. Expediente 18878 (2). Sentencia de 13 de abril de 2011.

<sup>13</sup> Sentencia 2950 del 3 de mayo de 1990. M. P.: Antonio J. de Irisarri.

1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;
3. Se celebren con abuso o desviación de poder;
4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.”

En torno a la aplicación del artículo 44 y específicamente respecto de la causal segunda de nulidad absoluta de los contratos estatales, ha establecido el Consejo de Estado:

*“El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder. (...) Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.”<sup>14</sup> (Se resalta)*

## 2.10. El caso concreto

- En el caso bajo estudio la parte actora pretende que se declare que la entidad demandada incumplió gravemente el Contrato de Obra No 3571 de 2013, al faltar al principio de planeación contractual, lo cual dejó al contratista Consorcio Jardines FACOG frente a una razonable imposibilidad de cumplir, en la forma y tiempo debidos.

Como consecuencia de ello se le condene a pagar los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, los cuales tasó en la suma de \$909.627.850.

Adicionalmente, que se condene a la entidad demandada al pago de la suma de \$150.000.000 en razón de los costos financieros asociados a la pérdida de capacidad de contratación y la rentabilidad esperada y dejada de percibir por el contratista.

Finalmente, que se liquide judicialmente el Contrato de Obra No 3571 de 2013 con el reconocimiento de los anteriores valores.

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicado 25000-23-26-000-1996-02693-01(23042). Sentencia de 24 de abril de 2013.

En subsidio de lo anterior, solicitó que se declare la nulidad absoluta del Contrato de Obra No 3571 de 2013 al haberse celebrado sin observancia del principio de planeación contractual, lo que hace ilícito su objeto por transgresión al orden legal, conforme el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, que se proceda a ordenar las restituciones mutuas en los términos señalados en el inciso 2° del artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

- Condiciones de la licitación pública respecto a las etapas de estudios, diseños y obra

En primer lugar, vale la pena establecer que la Licitación Pública No. SED-LP-DCCEE-047-2013 adelantada por la Secretaría de Educación del Distrito, tuvo por objeto contratar el *Diseño y construcción de jardines infantiles en diferentes localidades del distrito capital, partiendo del esquema básico y programa requerido, entregado por la Secretaría de Educación.*

El pliego de condiciones definitivo estableció que las obras a contratar estaban divididas en 6 grupos, el último de los cuales tiene que ver con el contrato 3571 de 2013 adjudicado al Consorcio Jardines FACOG, hoy demandante.

Dentro del alcance del objeto ya señalado, el pliego de condiciones definitivo estableció para la etapa de diseño lo siguiente:

*“La Secretaría de Educación D. C., entregará un programa básico arquitectónico y especificaciones técnicas mínimas el cual el contratista deberá adoptar e implantar en el predio señalado para cada jardín, sin embargo, es importante señalar que el contratista deberá considerar para la elaboración de los estudios, diseños técnicos y su construcción el Plan Maestro de Equipamiento Educativos de Bogotá Distrito Capital, que tiene por objeto establecer estándares arquitectónicos mínimos (Relación entre pedagogía y arquitectura), parámetros y estándares urbanísticos y arquitectónicos.” (Se resalta)*

El pliego de condiciones estableció a su vez, cuáles eran los documentos que debían entregarse al finalizar la etapa de estudios y diseños, e indicó las actividades que debía desarrollar el contratista consultor en cuanto a: levantamiento topográfico; estudio de suelos y recomendaciones de cimentación; diseño arquitectónico; diseño estructural; diseño hidrosanitario, red contra incendios y de gas; diseño eléctrico, telefónico, voz y datos; presupuesto general, programación, cantidades de obra y especificaciones de construcción<sup>15</sup>;

---

<sup>15</sup> A este respecto, el pliego de condiciones definitivo, en su página 17 estableció: **“En este sentido, el diseñador deberá tener en cuenta que los costos directos totales de cada SECCIÓN no podrán superar el valor total de los ítems que la componen en la oferta económica. Lo anterior con el fin de hacer que el presupuesto general presentado por el consultor no supere el valor total de la oferta para la etapa de obra.”**

cumplimiento de los códigos y normativas de diseño; trámite de licencia de construcción.

Luego de explicitar cada uno de los ítems anteriores en la etapa de estudios y diseños del proyecto, la entidad contratante estableció dentro de los parámetros para la construcción lo siguiente:

**“ETAPA DE OBRA PARA CADA UNO DE LOS JARDINES INFANTILES**

*A partir del resultado de los estudios y diseños de cada uno de los jardines infantiles, se procederá a la construcción de las obras objeto del presente proceso de selección, para lo cual se contempla como mínimo la construcción de los siguientes espacios para cada jardín infantil:*

GRUPO	JARDÍN	NÚMERO DE AULAS	NÚMERO DE PISOS
1	1	9	1
	2	6	1
2	3	7	2
	4	7	2
	5	5	2
3	6	2	1
	7	6	2
4	8	6	1
	9	6	2
5	10	6	2
	11	4	1
6	12	9	2

De esta forma, para los jardines objeto del contrato de obra 3571 de 2013, se establecieron 1 y 2 pisos respectivamente, para los cuales, también se indicó el área a construir e intervenir expresada en metros cuadrados, lo cual se incluyó en la cláusula segunda del contrato referido, así:

**JARDÍN 11**

No.	ESPACIOS “SIMILARES”	ÁREA (m <sup>2</sup> )
1	AULAS, OFICINAS, PORTERÍA	570
2	LUDOTECA – COMEDOR	123
3	W.C. – COCINA	153
4	CIRCULACIÓN CUBIERTA ABIERTA	196
5	Z. EXTERIOR DURA	336
6	Z. VERDE – PAISAJISMO	275
7	DEMOLICIÓN EDIFICACIONES	165
8	DEMOLICIÓN PLACAS – PISOS	0
9	CERRAMIENTO	100

**JARDÍN 12**

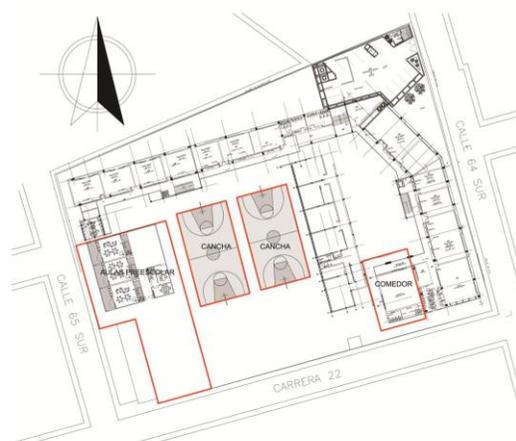
No.	ESPACIOS “SIMILARES”	ÁREA (m <sup>2</sup> )
1	AULAS, OFICINAS, PORTERÍA	510
2	LUDOTECA – COMEDOR	463

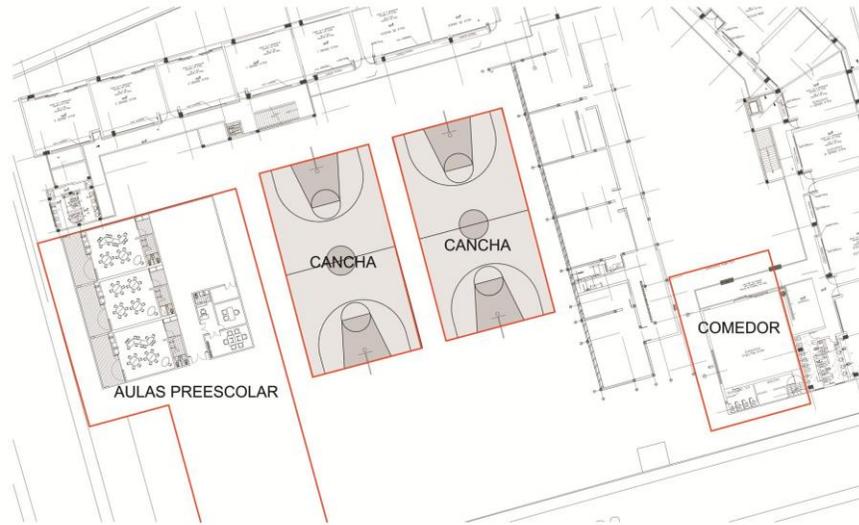
3	W.C. – COCINA	173
4	CIRCULACIÓN CUBIERTA ABIERTA	243
5	Z. EXTERIOR DURA	1194
6	Z. VERDE – PAISAJISMO	167
7	DEMOLICIÓN EDIFICACIONES	109
8	DEMOLICIÓN PLACAS – PISOS	0
9	CERRAMIENTO	43

En cuanto a los planos publicados por la entidad contratante junto con el pliego de condiciones definitivo, se tiene lo siguiente:

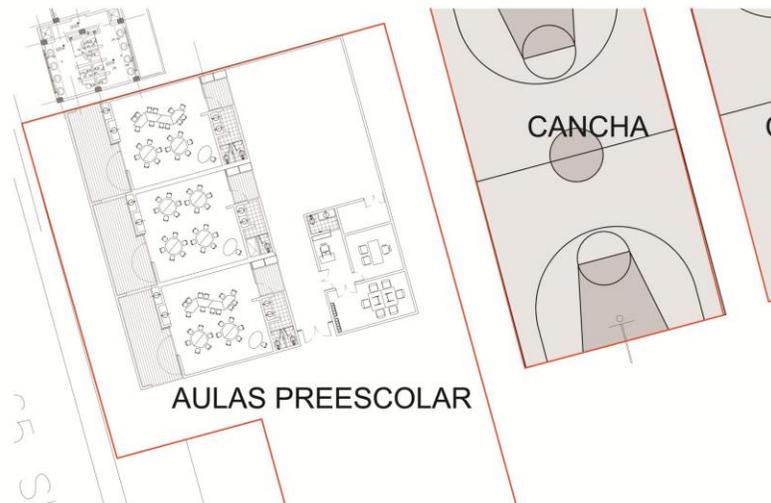
1909 – CIUDAD BOLIVAR – LA ARGENTINA

**ESTADO ACTUAL:** El colegio cuenta con 3 aulas, NO tiene ludoteca, cocina y comedor.  
**RECOMENDACIÓN:** Se genera un módulo con tres aulas nuevas con baños, ludoteca y coordinación de preescolar. Se requiere diseño Comedor Colegio





1964 SAN FRANCISCO



1964 SAN FRANCISCO

En este contexto, el anexo técnico del grupo 6, al que pertenecían los dos jardines cuyo diseño y construcción se tenía prevista por parte del Consorcio Jardines FACOG, estableció los valores oficiales a partir de los cuales se debían presentar las ofertas económicas en el proceso de selección para los jardines 11 y 12 respectivamente, \$ 1.662.834.213 y \$ 2.365.591.885:

EXPEDIENTE No: 110013343064-2016-00343-00  
 CONTRACTUAL: SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA  
 DEMANDANTE: CONSORCIO JARDINES FACOG  
 DEMANDADO: BOGOTÁ D.C., - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DIRECCIÓN DE CONSTRUCCIÓN Y CONSERVACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS LICITACION PUBLICA SED-IP-DCCEE-047-2013 OBJETO: DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE TRES JARDINES INFANTILES EN DIFERENTES LOCALIDADES DEL DISTRITO CAPITAL, PARTIENDO DEL ESQUEMA BÁSICO Y PROGRAMA REQUERIDO, ENTREGADO POR LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN GRUPO No. 6 ANEXO TÉCNICO No. 1						
ITEM	DESCRIPCION	UNIDAD DE MEDIDA	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR PARCIAL	VALOR TOTAL
<b>SECCION A</b>						
1	AULAS, OFICINAS, PORTERIA	M2	570	\$ 1.142.096,00	\$ 650.994.720,00	
2	LUDOTECA - COMEDOR	M2	123	\$ 1.227.357,00	\$ 150.964.911,00	
3	W.C. - COCINA	M2	153	\$ 1.450.513,00	\$ 221.928.489,00	
4	CIRCULACION CUBIERTA ABIERTA	M2	196	\$ 557.890,00	\$ 109.346.440,00	
<b>SECCION B</b>						
5	Z. EXTERIOR DURA	M2	336	\$ 190.000,00	\$ 63.840.000,00	
6	Z. VERDE - PAISAJISMO	M2	275	\$ 45.000,00	\$ 12.375.000,00	
<b>SECCION C</b>						
7	DEMOLICION EDIFICACIONES (INCLUYE RETIRO Y DISPOSICION FINAL)	M2	168	\$ 35.000,00	\$ 5.775.000,00	
8	DEMOLICION PLACAS - PISOS (INCLUYE RETIRO Y DISPOSICION FINAL)	M2	0	\$ 15.000,00	\$ -	
<b>SECCION D</b>						
9	CERRAMIENTO	ML	100	\$ 185.000,00	\$ 18.500.000,00	
<b>VALOR TOTAL COSTOS DIRECTOS JARDIN 10</b>						<b>\$ 1.233.724.560,00</b>
	Administración	%	20,0%		\$ 246.744.912,00	
	Imprevistos	%	3,0%		\$ 37.011.737,00	
	Utilidad	%	5,0%		\$ 61.686.228,00	
<b>VALOR TOTAL DE AIU</b>						<b>\$ 345.442.877,00</b>
<b>VALOR TOTAL ETAPA OBRA DEL JARDIN INFANTIL 11 (B)</b>						<b>\$ 1.579.167.437,00</b>
VALOR ETAPA DE ESTUDIOS Y DISEÑOS TÉCNICOS DE DEL JARDIN						\$ 72.126.531,00
VALOR DEL IVA						\$ 11.540.245,00
<b>VALOR TOTAL ETAPA DE ESTUDIOS Y DISEÑOS DEL JARDIN 11 (A)</b>						<b>\$ 83.666.776,00</b>
<b>VALOR TOTAL PROPUESTA JARDIN 11 (C) = (A) + (B)</b>						<b>\$ 1.662.834.213,00</b>

ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DIRECCIÓN DE CONSTRUCCIÓN Y CONSERVACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS LICITACION PUBLICA SED-IP-DCCEE-047-2013 OBJETO: DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE TRES JARDINES INFANTILES EN DIFERENTES LOCALIDADES DEL DISTRITO CAPITAL, PARTIENDO DEL ESQUEMA BÁSICO Y PROGRAMA REQUERIDO, ENTREGADO POR LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN GRUPO No. 6 ANEXO TÉCNICO No. 1						
ITEM	DESCRIPCION	UNIDAD DE MEDIDA	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR PARCIAL	VALOR TOTAL
<b>SECCION A</b>						
1	AULAS, OFICINAS, PORTERIA	M2	510	\$ 1.145.192,00	\$ 584.047.920,00	
2	LUDOTECA - COMEDOR	M2	463	\$ 1.227.357,00	\$ 568.366.291,00	
3	W.C. - COCINA	M2	173	\$ 1.450.513,00	\$ 250.938.749,00	
4	CIRCULACION CUBIERTA ABIERTA	M2	243	\$ 557.890,00	\$ 135.567.270,00	
<b>SECCION B</b>						
5	Z. EXTERIOR DURA	M2	1194	\$ 190.000,00	\$ 226.860.000,00	
6	Z. VERDE - PAISAJISMO	M2	167	\$ 45.000,00	\$ 7.515.000,00	
<b>SECCION C</b>						
7	DEMOLICION EDIFICACIONES (INCLUYE RETIRO Y DISPOSICION FINAL)	M2	189	\$ 35.000,00	\$ 3.815.000,00	
8	DEMOLICION PLACAS - PISOS (INCLUYE RETIRO Y DISPOSICION FINAL)	M2	0	\$ 15.000,00	\$ -	
<b>SECCION D</b>						
9	CERRAMIENTO	ML	43	\$ 185.000,00	\$ 7.955.000,00	
<b>VALOR TOTAL COSTOS DIRECTOS JARDIN 12</b>						<b>\$ 1.784.965.230,00</b>
	Administración	%	19,8%		\$ 353.423.116,00	
	Imprevistos	%	3,0%		\$ 53.548.957,00	
	Utilidad	%	5,0%		\$ 89.248.262,00	
<b>VALOR TOTAL DE AIU</b>						<b>\$ 496.220.335,00</b>
<b>VALOR TOTAL ETAPA OBRA DEL JARDIN INFANTIL 12 (B)</b>						<b>\$ 2.281.185.565,00</b>
VALOR ETAPA DE ESTUDIOS Y DISEÑOS TÉCNICOS DE DEL JARDIN						\$ 72.764.069,00
VALOR DEL IVA						\$ 11.642.251,00
<b>VALOR TOTAL ETAPA DE ESTUDIOS Y DISEÑOS DEL JARDIN 12 (A)</b>						<b>\$ 84.406.320,00</b>
<b>VALOR TOTAL PROPUESTA JARDIN 12 (C) = (A) + (B)</b>						<b>\$ 2.365.591.885,00</b>

El contrato de obra No. 3571 de 2013 fue adjudicado por un valor total de \$3.917.170.999 discriminados entre estudios, diseños y obra de la siguiente manera:

ETAPAS	VALOR
ESTUDIOS Y DISEÑOS	\$168.073.096 incluido IVA
OBRA	3.749.097.903 incluido AIU
TOTAL VALOR CONTRATO	3.917.170.999 incluido IVA para el diseño y AIU para la obra

De la anterior descripción de las condiciones establecidas en el pliego de condiciones, a juicio del Despacho, queda claro que, en la planeación de la etapa de estudios y diseños se debía obedecer y observar una serie de parámetros técnicos y financieros específicos, quedando estos últimos alinados con la propuesta económica presentada por el contratista.

Tal como se señaló, así lo estableció claramente el pliego de condiciones definitivo en su página 17, y se reitera:

*“En este sentido, el diseñador deberá tener en cuenta que los costos directos totales de cada SECCIÓN no podrán superar el valor total de los ítems que la componen en la oferta económica. Lo anterior con el fin de hacer que el presupuesto general presentado por el consultor no supere el valor total de la oferta para la etapa de obra.”*

Dicho de otra forma, el diseño que debía entregar el contratista debía ajustarse al valor de su propuesta económica. De este modo, se debía diseñar la obra bajo unos parámetros técnicos y arquitectónicos, pero también, con un techo financiero, que no era otro, que el de la propuesta económica presentada por el contratista.

Por lo anterior, revisado el contenido del pliego de condiciones, el contrato y demás anexos técnicos pertinentes, a juicio del Despacho, no existe hasta el momento, un incumplimiento por parte de la entidad contratante, tal como pretende endilgarle el Consorcio Jardines FACOG.

Además, a contrario sensu de lo afirmado por el contratista, hoy demandante, no se evidencia vulneración al principio de planeación por parte de la Secretaría de Educación del Distrito, dado que todas las condiciones y parámetros técnicos y financieros para el diseño y construcción de los jardines estaban establecidos con claridad en el pliego de condiciones y, de este modo, fueron conocidos por todos los proponentes desde el proceso de selección.

En gracia de discusión, es posible que los esquemas básicos debieran ser objeto de ajustes y determinaciones posteriores durante la ejecución del contrato, no obstante, se reitera, una condición era clara, los costos directos de la obra no podían sobrepasar los valores que componían la oferta económica. Este es un aspecto que omitió mencionar y no tuvo en cuenta el perito técnico en su informe al contestar las preguntas que le fueron formuladas, por lo que el Despacho se aparta de su criterio técnico.

Si por parte de la entidad contratante eran suministrados un esquema básico y unos parámetros a partir de los cuales se debía desarrollar el diseño definitivo y obtener las respectivas licencias, era apenas natural que aquel esquema sería susceptible de ajustes y modificaciones por parte del diseñador, es decir, por parte

del contratista; pero, insiste esta sede judicial, los ajustes debían darse con base en unos parámetros previamente establecidos, tanto técnicos como financieros. Y estos últimos eran claros, los diseños acabados para los jardines a construir no debían sobrepasar el valor de la propuesta económica del contratista.

Señala el perito en su informe que *“estudiado el Contrato se observa que la INTERVENTORÍA acepta la Conveniencia de incorporar OBRAS ADICIONALES y OBRAS NO PREVISTAS para el buen desarrollo de los proyectos (SAN FRANCISCO, ARGENTINA) en aspectos tales como: construcción de dos (2) plantas, escaleras, vulnerabilidad sísmica, planta eléctrica, ascensor, subestación eléctrica y equipos de subestación, certificaciones RETIE (Codensa), red contraincendios, equipo de bombeo, etc.”*

En primer lugar, debe señalarse que varios de estos ítems mencionados en el informe pericial no son nuevos, puesto que dentro de las especificaciones técnicas de diseño y construcción ya descritas desde el pliego de condiciones se habían mencionado; en segundo lugar, lo afirmado en el informe contrasta con lo que advertía la interventoría al contratista respecto de los valores de su propuesta, en una comunicación de fecha 17 de junio de 2015 en la que, al requerir al Consorcio Jardines FACOG la remisión del presupuesto de obra, le indicaba:

*“Se les recuerda que dicho presupuesto debe cumplir con los requerimientos establecidos en el contrato, deben realizar las correcciones solicitadas por la interventoría así como la presentación de la evaluación de metro cuadrado a través del APU respectivo, de las áreas nuevas que no están incluidas en el contrato.*

*Es importante anotar que para la evaluación preliminar del presupuesto y en aras de mantener el equilibrio contractual de las obras a ejecutar, la interventoría valoró para cada una de las sedes que le corresponden y de forma provisional, el costo por metro cuadrado, con indicadores del costo más alto reflejado en la propuesta económica del Consorcio, anotando que los APUS, deberían identificar costos por metro cuadrado menor, toda vez que las áreas sin costo no reflejan precios o actividades mayores.”* (fls.283-284 c. pruebas) (Se resalta).

De lo que se concluye que el valor de la propuesta económica fue tenido en cuenta como parámetro límite para efectos de calcular el costo de los diseños finales de la obra a ejecutar.

- De otro lado, la cláusula quinta del contrato de obra 3571 de 2013, estableció que para la etapa de estudios y diseños para los jardines estaba previsto un lapso 3 meses; y, para la etapa de aprobación de licencias y permisos 2 meses más en cada caso, para un total de 5 meses en cada caso.

Como se ha podido establecer en las actas respectivas, el inicio de la etapa de estudios y diseños tuvo lugar el día 13 de mayo de 2014 y finalizó con la suscripción del *acta de terminación de la etapa de estudios y diseños, aprobación de licencias de construcción y permisos* el día 6 de agosto de 2015 (8 de agosto según la anotación debajo de la firma del representante legal del Consorcio Jardines FACOG). Es decir, lo que se tenía, en principio previsto para 5 meses, se prolongó por casi 15 meses.

La ejecución de cada punto de intervención, es decir, cada jardín, en la etapa de estudios y diseños fue objeto de diversas suspensiones y prórrogas a las suspensiones; no obstante, a más de consignarse los datos y fechas correspondientes, el contratista no efectuó ninguna advertencia o salvedad respecto a las razones expuestas en sustento de dichas suspensiones.

Respecto del pago de los estudios y diseños entregados por el contratista, hoy demandante, con la suscripción por parte del interventor y contratista de la denominada *acta de terminación de la etapa de estudios y diseños, aprobación de licencias de construcción y permisos* de los jardines a intervenir (Argentina Sede A y San Francisco Sede A); se evidencia que dicho producto fue entregado y recibido a satisfacción. Fueron entregados junto con las licencias de construcción aprobadas y con los ajustes y observaciones previas de la interventoría y la supervisión, tal como estaba previsto en el contrato, en la cláusula quinta<sup>16</sup>.

Evidencia el Despacho que en los hechos de la demanda (particularmente el No. 16), afirmó el Consorcio Jardines FACOG que, a la fecha de presentación de la demanda, no se había pagado el valor correspondiente a la etapa de diseño (fl.14). Ante ese hecho, la entidad demandada en su contestación, manifestó su oposición (fl.156); no obstante no aportó puntualmente ningún documento que evidenciara que con posterioridad a la suscripción del *acta de terminación de la etapa de estudios y diseños, aprobación de licencias de construcción y permisos*, esta labor se hubiere pagado al contratista.

En la cláusula sexta del contrato (fl.86) se estableció el valor de la etapa de estudios y diseños en la suma de **\$168.073.096** incluido IVA.

A folio 295 del cuaderno de pruebas se encuentra la factura No. 001 de fecha 8 de abril de 2015 en la que se cobró el valor correspondiente a la etapa señalada, el cual ascendía a la cifra contractualmente establecida: **\$168.073.096**.

---

<sup>16</sup> "EL CONTRATISTA responsable de los estudios y diseños deberá garantizar la aprobación de todas las licencias y permisos que se requieran para la correcta ejecución de las obras objeto del presente contrato. La Interventoría contratada y el Supervisor de la SED, solicitarán a cada contratista, previamente a la radicación de la Solicitud de la Licencia de construcción de cada jardín ante curaduría Urbana, los Estudios y Diseños elaborados para su revisión, observaciones y ajustes pertinentes. El contratista no podrá radicar la solicitud de la licencia de construcción sin tener la aprobación de la Interventoría Contratada y del Supervisor de la SED"

Dentro del expediente contractual aportado por la entidad demandada mediante memorial de fecha 26 de julio de 2018 y corroborado por el Despacho en la página del portal oficial de contratación del Estado – SECOP<sup>17</sup>, se encuentra suscrita por las partes, consorcio e interventoría, el acta parcial No. 1, en la que se da cuenta de la ejecución del valor correspondiente a los estudios y diseños en una cifra igual a la ya referida: **\$168.073.096**.

No obstante lo anterior, no hay evidencia en el expediente que la entidad demandada haya cancelado efectivamente el valor correspondiente a los estudios y diseños, razón por la cual el Despacho, declarará que la Secretaría de Educación de Bogotá incumplió el contrato de obra No. 3571 de 2013, específicamente la cláusula octava sobre la forma de pago de la etapa de diseño. En consecuencia, reconocerá y ordenará pagar estos emolumentos a favor del contratista, hoy demandante.

- Además de pretender que se declare que la entidad demandada incumplió el contrato de obra 3571 de 2013, otra de las pretensiones de la parte demandante tienen que ver con el reconocimiento de perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual, en la suma de **\$909.627.850**, o la cifra que se pruebe en el proceso, con el siguiente detalle

COLEGIO ARGENTINA	
GASTOS DE PERSONAL	\$314.200.500,89
IMPUESTOS Y PÓLIZAS	\$ 16.986.190,33
GASTOS ADMINISTRATIVOS	\$ 33.150.000,00
UTILIDAD	\$ 72.715.942,99
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 437.052.634,2</b>

COLEGIO ARGENTINA	
GASTOS DE PERSONAL	\$314.200.500,89
IMPUESTOS Y PÓLIZAS	\$ 20.018.543,19
GASTOS ADMINISTRATIVOS	\$ 33.150.000,00
UTILIDAD	\$105.206.171,75
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 472.575.215,8</b>

<b>GRAN TOTAL</b>	<b>\$ 909.627.850</b>
-------------------	-----------------------

Esta cifra fue sustentada a través del dictamen pericial aportado por el extremo activo y rendido por Sandra Camacho Labrador, cuyo sustento también tuvo lugar durante la audiencia de pruebas desarrollada el día 19 de septiembre de 2019 (fls.249-251).

<sup>17</sup> <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-1-100391>

En dicho informe pericial se concluyó que, por concepto de daño emergente y lucro cesante, los perjuicios presuntamente sufridos por el Consorcio Jardines FACOG, tienen que ver con el siguiente detalle:

<b>RESUMEN DE PERJUICIOS A CONSORCIO JARDINES FACOG</b>	
VALOR TOTAL CAPITAL + INTERESES POR CONTRATOS INTERNOS	\$ 248.301.275
ACTUALIZACIÓN CONTRATOS INTERNOS PENDIENTES DE PAGO	\$ 520.414.504
VALOR TOTAL CAPITAL + INTERESES POR GASTOS DE OPERACIÓN	\$ 444.042.947
<b>VALORES TOTALES POR TODOS LOS CONCEPTOS</b>	<b>\$ 1.212.758.726</b>

A juicio del Despacho, esta pretensión dineraria por concepto de perjuicios al Consorcio Jardines FACOG no está llamada a prosperar por las siguientes razones:

- En primer lugar y en términos generales, contractualmente estaba establecido en el párrafo primero de la cláusula octava, dentro de la modalidad de pago de la etapa de estudios y diseños, que esta sería por el **sistema de precio global fijo sin fórmula de reajuste**.

El dictamen pericial, al momento de sustentar los presuntos perjuicios, si bien alude a los valores calculados para la etapa de estudios y diseños de cada una de las sedes a intervenir: \$84.406.320 para San Francisco y \$83.666.776 para la sede Argentina (páginas 72-73 del dictamen), para un total de **\$168.073.096 incluido IVA**, que se corresponde con el valor establecido contractualmente en la cláusula sexta; hace relación pormenorizada de todos los supuestos gastos en los que incurrió el Consorcio Jardines FACOG a lo largo de la etapa de estudios y diseños (páginas 74-79 del dictamen); lo cual, a juicio del Despacho no es propio de esta modalidad de pago, porque lo que se pactó fue un precio global fijo, no por precios unitarios u otra diferente.

Es decir que, no es aceptable conceptualmente que para efectos de calcular los supuestos perjuicios por el no pago de precio pactado para la etapa de estudios y diseños, el cual se acordó que se remuneraría por el sistema de precio global fijo, la perito presente un detalle ítem por ítem de los costos en los que incurrió el contratista, como si se trata de un sistema por precios unitarios.

A este respecto, es preciso recordar lo que de tiempo atrás ha establecido la jurisprudencia respecto sobre la modalidad de precio global fijo: ***“Los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales...”***<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Radicado 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). Sentencia de 31 de agosto de 2011.

Así, se puede concluir de lo anterior que, si se pactó una suma fija para la etapa de estudios y diseños del contrato de obra No. 3571 de 2013; para el cálculo de unos presuntos perjuicios por el no pago de dicha suma fija, no es lógico ni puede aceptarse por esta sede judicial, que se haga por el sistema de precios unitarios, tal como se procedió por parte de la perito.

Ahora, otro defecto o yerro en el que incurre el peritaje y por lo cual tampoco puede ser aceptado por el Despacho, tiene que ver con el hecho de que parte del supuesto que las suspensiones, y prórrogas a las suspensiones, acaecidas durante la etapa de estudios y diseños, obedecieron a causas atribuibles a la entidad demandada, cosa que para esta sede judicial no se encuentra probada dentro del presente proceso.

Como se afirmó anteriormente, luego de suscritas las actas de inicio de la etapa de estudios y diseños, se firmaron diversas suspensiones y prórrogas a éstas, documentos a partir de los cuales, en primer lugar, no se puede evidenciar claramente a quién era atribuible el hecho de tener que suspender o prorrogar la respectiva suspensión; y, en segundo lugar, el contratista no hizo ninguna manifestación al respecto, por lo cual, implícitamente se entiende que aceptaba, fuera cual fuere la causa, el hecho de tener que suscribir la suspensión o prórroga.

Entonces, el cálculo de los perjuicios hecho por la perito parte de un supuesto que no se encuentra probado dentro del proceso.

En adelante, esta misma lógica, la de calcular los perjuicios como si se tratara de precios unitarios y no de un precio global, es aplicada para sustentar lo correspondiente al presunto daño emergente, lucro cesante y su respectiva indexación; asunto que, por las razones ya expuestas, tampoco puede ser de recibo del Despacho.

Como consecuencia de lo anterior, tal como se indicó con anterioridad, esta pretensión no está llamada a prosperar.

- Otra de las pretensiones de la demanda tiene que ver con que se condene a la entidad demandada al pago de la suma de \$150.000.000, en razón de los costos financieros asociados a la pérdida de capacidad de contratación y la rentabilidad esperada y dejada de percibir por el contratista.

El Despacho debe indicar al respecto, que dicho valor no encuentra sustento ni soporte alguno dentro de las pruebas aportadas por el extremo activo y, al no cumplir con la carga de la prueba de dicha petición, no está llamada a prosperar.

Baste advertir al respecto que, no obstante haber discrepancias entre el Consorcio Jardines FACOG y la Secretaría de Educación del Distrito alrededor del presupuesto final de las obras a ejecutar dentro del contrato No. 3571 de 2013, calculado a partir de los diseños finales; y, de tener a disposición las partes los mecanismos contractuales necesarios para salvar esta situación, los cuales son, entre otros, las figuras de las mayores cantidades de obra o las actividades no previstas; el Consorcio hoy demandante, optó por no concurrir a suscribir el acta de inicio de la etapa de obra, lo cual en su momento, bien pudo ser legítimo; no obstante, en esta instancia, no lo faculta para reclamar valores relacionados con la pérdida de capacidad de contratación y menos, o con la rentabilidad esperada o dejada de percibir.

Por lo anterior, esta pretensión no está llamada a prosperar.

- Finalmente, dentro de las pretensiones principales de la demanda, se encuentra la relacionada con la liquidación judicial del contrato, bajo el entendido que deben reconocerse los valores perseguidos en las pretensiones anteriores, bajo el supuesto que todas estaban llamadas a prosperar.

Del anterior análisis se puede establecer que la único valor a reconocer al contratista tiene que ver con el pago de la etapa de estudios y diseños, que asciende a la suma de **\$168.073.096**.

Revisado el expediente, se tiene que el contrato de obra No. 3571 de 2013 no fue liquidado por las partes de manera bilateral y tampoco por la Secretaría de Educación de manera unilateral, lo que estaba a su alcance, para poder de esta manera cancelar el saldo a favor del contratista, hoy demandante.

Desde la finalización de la etapa de estudios y diseños y su recibo a satisfacción, evidenciado a partir de la firma del acta de finalización de dicha fase, el contratista tenía derecho al reconocimiento y pago de los **\$168.073.096** pactados como precio global por este servicio.

Como ya se estableció, las partes suscribieron el acta de finalización de la etapa de estudios y diseños; también resulta evidente que en la cláusula octava del contrato estaban claramente establecidas las condiciones para el pago respectivo, lo cual, como ya es indicó, no fue cumplido por la entidad demandada; así, encuentra el Despacho que se cumplen los requisitos establecidos contractualmente para la procedencia del pago de este valor a favor del contratista.

Al no existir otro valor pendiente de reconocimiento por parte de la entidad demandada al contratista, la pretensión relacionada con la liquidación judicial del

contrato, a juicio del Despacho está llamada a prosperar, por lo cual se procederá con el reconocimiento de este valor a favor del demandante.

### **Liquidación del contrato de obra No. 3571 de 2013**

Como se indicó anteriormente, el Despacho concluye que el único valor pendiente de reconocer al contratista es el relativo al precio global pactado por las partes del contrato como contraprestación por la etapa de estudios y diseños, es decir, la suma de **\$168.073.096**.

Cifra que deberá ser actualizada, desde el momento de la suscripción de las actas de terminación de la etapa de estudios y diseños, aprobación de licencias de construcción y permisos, es decir, desde el 6 de agosto de 2015, hasta el momento del pago efectivo por parte de la Secretaría de Educación del Distrito, teniendo en cuenta el IPC, utilizando la siguiente fórmula.

Se actualizará con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, así:

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

Donde:

$$V_h = \$168.073.096.$$

Índice inicial = IPC vigente para el día 6 de agosto de 2015.

Índice final = IPC vigente a la fecha del pago efectivo por parte de la Secretaría de Educación del Distrito Capital de Bogotá.

- Finalmente, debe advertir el Despacho que la pretensión subsidiaria de declarar la nulidad absoluta del contrato de obra No. 3571 de 2013 a raíz de la presunta inobservancia del deber de planeación en su preparación y suscripción, no está llamada a prosperar por todas las razones expuestas anteriormente y que se relacionan con el análisis hecho por esta sede judicial respecto a la estructuración del proceso de selección, que dio lugar a la firma del contrato de obra mencionado, en donde se estableció que la Secretaría de Educación del Distrito, no incumplió su deber de planeación.

### **III. CONCLUSIÓN**

De todo lo anterior se concluye que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, excepto dos: i) la que tiene que ver con el incumplimiento del contrato, pero, específicamente de la cláusula octava, en cuanto al pago del

valor correspondiente a la etapa de estudios y diseños; y ii) la referida a la liquidación judicial de la relación jurídica contenida en el contrato de obra No. 3571 de 2013, con el reconocimiento de lo no pagado a favor del contratista por sus servicios de estudios y diseños, es decir, los \$168.073.096.

El demandante no satisfizo su deber probatorio al pretender el reconocimiento de los demás valores por concepto de perjuicios, así como tampoco, lo concerniente a su pretensión subsidiaria de nulidad absoluta del contrato de obra.

#### **IV. COSTAS**

Sobre la condena en costas la Ley 1437 de 2011 en su artículo 188, consagró un mandato a cargo del Juez de resolver sobre este particular en la sentencia, la norma antes citada impone al Juez que disponga sobre la condena en costas, no obstante, para determinar en concreto la procedencia de dicha condena, se deben acatar las reglas especiales que se extraen del artículo 365 del CGP, norma en que consagra en su numeral 8, que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Se hace frente a lo anterior imperativo concluir que solo procede la condena en costas cuando, del contenido del expediente se evidencie la causación efectiva de gastos y erogaciones para el trámite del proceso, lo que no se ha evidenciado en la presente actuación, dado que el único gasto en que se ha incurrido es en la cancelación de los gastos ordinarios del proceso, carga que corresponde únicamente a la parte actora.

Adicionalmente, este Despacho hace suyo los argumentos de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo Cundinamarca, quien consideró que no procede condenar en costas a la parte vencida ya que en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dicha condena no puede relevar la finalidad de los medios de control, que es la realización de los derechos y garantías del ciudadano frente al Estado, en el sentido que, no es suficiente ser vencido en el proceso para derivar condena en costas. Así lo dispuso la aludida Corporación<sup>19</sup>.

*“Avizora esta Corporación desacertada la condena del A Quo por costas, como quiera que desconoce que en jurisdicción contencioso administrativa, por preceptiva del artículo 103 del CPACA, los medios de control tienen por finalidad la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, en tamiz de los artículos 2° y 230 Superiores, siendo además insuficiente el ser vencido en el proceso para derivar tal condena, contrastado(sic) que en esta jurisdicción, la*

---

<sup>19</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera Subsección “C”, sentencia del 06 de noviembre de 2019, proceso 059-2016-00219 Magistrada Ponente María Cristina Quintero Facundo.

*condena en costas no deviene como consecuencia de resultar vencido en el proceso.*

*Es así por cuanto en consonancia con el precitado artículo 103 del CPACA, el artículo 188 ibídem, en tópicos de la condena en costas emplea la alocución “dispondrá”, que no impone la misma, dado que significa: “mandar lo que se debe hacer”, y la remisión que hace a la norma supletoria, antes Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, eso solo para efectos de la liquidación y ejecución de las costas.”*

Conforme con lo anterior el Despacho se abstendrá de condenar en costas en el asunto de la referencia.

En consecuencia, **el Juzgado Sesenta y Cuatro Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **V. FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR** que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ incumplió la cláusula octava del contrato de obra No. 3571 de 2013 en lo relacionado con el pago de la etapa de estudios y diseños, por las consideraciones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO: LIQUIDAR JUDICIALMENTE** el contrato de obra No. 3571 de 2013 suscrito entre la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ y el CONSORCIO JARDINES FACOG, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO:** En consecuencia, **CONDENAR** a la parte demandada SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ a pagar a favor del contratista CONSORCIO JARDINES FACOG, la suma de \$168.073.096 por concepto del saldo a su favor por la liquidación del contrato de obra No. 3571 de 2013, según el balance financiero efectuado, debidamente actualizado en los términos establecidos en la parte motiva del presente fallo.

Este valor deberá actualizarse al momento efectivo de su pago total, utilizando la misma fórmula establecida por el Despacho.

En caso de que la parte demandada incurra en mora en el pago de la presente condena, se deberá aplicar como interés moratorio el establecido en el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993.

**CUARTO:** Sin condena en costas.

**QUINTO:** La presente sentencia se notificará de conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

**SEXTO:** Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

**SÉPTIMO:** **ORDENAR** la devolución del saldo de los gastos que llegaren a existir a favor de la parte actora.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**MAGDA CRISTINA CASTAÑEDA PARRA**

**Juez**

CASZ