

Cartagena de Indias D. T. y C, veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO.

Medio de control	Controversias Contractuales
Radicado	13-001-23-33-000-2016-01157-00
Demandante	Consorcio Industrial y Bahía
Demandado	Distrito de Cartagena
Tema	<i>Incumplimiento de pagos de obra ejecutada</i>
Magistrado Ponente	Roberto Mario Chavarro Colpas

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión n° 001 de Decisión a dictar sentencia de primera instancia, en el proceso promovido por Consorcio Industrial y Bahía; quien actúa a través de apoderado judicial, contra el Distrito de Cartagena, en el ejercicio del medio de control de Controversias Contractuales, pretendiendo las siguientes declaraciones y condenas:

III.- ANTECEDENTES

1. PETITUM.

Que se declare que el ente territorial Distrito de Cartagena ha incumplido y está en mora de ejecutar sus obligaciones en relación con el contrato de obra pública n° 6-0399169 de 2014 y por tanto debe ser condenado al pago del valor de todas la sumas de dinero por perjuicios.

Que decrete y lleve a cabo la liquidación judicial del contrato de obra pública n° 6-0399169 de 2014.

Se condene al distrito de Cartagena, al reconocimiento y pago del valor total de las sumas de dinero insolutas derivadas del contrato de obra pública n° 6-0399169 de 2014 que a la fecha no han sido canceladas y particularmente los valores resultantes de la liquidación y particularmente los contenidos en las actas parcial n° 3, 4 y acta final del contrato n° 6-0399169 de 2014, en suma \$ 2.958.746.119.

Que se condene al Distrito de Cartagena al reconocimiento y pago del valor por los mayores costos que por financiación, costo directos e indirectos y demás en que está incurriendo el consorcio contratista por los dineros no cancelados.

Se reconozca y asuma frente a la empresa Aguas de Cartagena S.A. E.S.P, las obligaciones o prestaciones que por cuantía superior a \$ 602.424.101 con sus frutos y demás, reclama del demandante.

Que se condene al reconocimiento y pago de interés comerciales moratorios de las sumas dejadas de cancelar por concepto de obra, cuentas, mayores costos y las demás probadas a la máxima tasa legalmente reconocibles.

Se condene al pago del monto de la cláusula penal pactada o sea la cantidad de \$ 1.490.715.811. Y daños morales por 1000 SMLMS.

2. **HECHOS**

A continuación, se resumen los narrados en la demanda así:

El Distrito de Cartagena, desarrollo un proceso de selección mediante la licitación pública n° LP001NFRA 2014 grupo 4, para la escogencia de contratista para la ejecución del proyecto registrado en el banco de proyectos de la secretaria de planeación bajo el código n° 2014-13001-0247, cuyo objeto era la ejecución de la obra pública construcción y rehabilitación de vías en la UCG 13, 14 y 15 de la localidad industrial y de la Bahía del Distrito de Cartagena.

A efectos de participar en la citada licitación pública y en la eventual ejecución del contrato, las sociedades Construcciones y Pavimentos Ltda, Jv Ingeniera y Construcciones S.A.S. y la sociedad Excavaciones Jobepa S.L. – Suc. Colombia, mediante documento privado de 19 de agosto de 2014, suscribió acuerdo consorcial al que denominaron Consorcio Industrial y Bahía.

Surfido el proceso licitatorio, mediante resolución de adjudicación n° 6438 de 23 de septiembre de 2013, el Distrito de Cartagena le adjudicó al Consorcio, la referida licitación.

En la secuencia del trámite legal, el día 28 de octubre de 2014 el ente territorial, suscribió con el representante del Consorcio, el contrato n° 6-039169 de 2014, cuyo objeto, era la construcción y rehabilitación de vías en la UCG 13, 14 y 15 de la localidad industrial y de la bahía de Cartagena, por el sistema de precios unitarios.

Como plazo de ejecución se pactó una vigencia de 10 meses contados a partir de la aprobación de la garantía única, suscripción del acta de inicio, cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato.

Perfeccionado y cumplidos a satisfacción los requisitos para su ejecución, en esta etapa el contrato n° 6-039169 de 2014, fue objeto de dos modificaciones.

Para la ejecución de las sobras contratadas hubo necesidad de requerir la reubicación de algunas redes de acueducto, de alcantarillado y manjoles, obras que no estaban incluidas como objeto del contrato y que fueron ejecutadas, por la empresa Aguas de Cartagena E.S.P. y por las que ha formulado facturas totales por valor superior a \$ 602.424.101 que deben ser asumidos por el Contratante.

En la ejecución se entregaron obras reflejadas en las actas parciales de entrega, el día 30 de noviembre de 2015, se suscribió el acta parcial de obra n° 3 por valor de \$ 3.276.636.387.

Vencido con holgura el plazo de 60 días contractualmente pactado para el pago, para el cobro de la obligación contenida en la referida acta parcial n° 3, el demandante inicio acción ejecutiva contractual ante el Tribunal Administrativo de Bolívar y hasta la fecha no se ha tomado ninguna providencia.

Con fecha 15-12-2015, se suscribió el acta parcial n° 4 y la correspondiente acta de recibo parcial de obras n° 4.

Concluida la ejecución del contrato, el día 15 de diciembre de 2015, se suscribe el acta final del contrato n° 6-039169; en el proceso de liquidación contractual el día 15 de abril de 2016, con base en el acta final a que se

refiere el numeral anterior se elabora el proyecto de cata de liquidación bilateral del contrato.

No obstante lo consignado en el numeral anterior, transcurridos doce meses desde la finalización de la ejecución del contrato y más de 7 meses desde la elaboración del proyecto de acta de liquidación bilateral, la administración, contrariando lo ordenado en el art. 60 del estatuto de contratación, no ha procedido a la liquidación definitiva del contrato y por tanto mantiene congelado el pago de \$ 6.021.778.766, correspondientes a las actas parciales n° 3, 4 y final.

Como consecuencia de la falta pago y el incumplimiento del Distrito de Cartagena las empresas integrantes del consorcio industria y Bahía y el ente, ha incumplido con el pago de proveedores y con crédito adquiridos con entidades financieras, circunstancia que les baja su perfil crediticio.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Invoca en su demanda como sustento de sus pretensiones las siguientes normas de orden constitucional y legal:

Constitucionales:

- 6, 29, 83, 84, 90 y 209.

Normas Legales:

- Ley 1150 de 2007.

4. POSICIÓN DE LAS PARTES

4.1. La parte demandante.

En su concepto de violación manifiesta, que la accionada ha incumplido el contrato de obra, al no pagar dentro de los plazos las entregas parciales y final del contrato.

4.2. Parte demandada.

Distrito de Cartagena.

Expone que la liquidación del contrato materia de este proceso procede de manera unilateral o bilateral dentro de los 30 meses siguientes a la terminación del contrato, sin que a la fecha haya vencido este plazo; el distrito ha estado presto a liquidar el contrato y recibir la totalidad de obras ejecutadas, actuando de buena fe y en este sentido ha citado y requeridos en varias ocasiones al contratista, sin que haya podido darse el acuerdo definitivo necesario para su liquidación.

La actas parciales, por ser actas de recibo de obra, deben estar suscritas por el ordenador del gatos, puesto que es este quien tiene la facultad de obligar a la entidad y en nombre de esta ejercer la autonomía de la voluntad, es decir que para que nazca obligaciones a favor del contratista es el ordenador del gasto quien debe suscribir el acta; por esta razón no han apagado las actas parciales n° 3, 4 y final.

Aguas de Cartagena, es el propietario de las redes y manjoles, por consiguiente está a su cargo la construcción, mantenimiento y rehabilitación de estos, labores en las cuales deben cumplir con los parámetros del reglamento técnico para el sector de agua potable y saneamiento básico-RAS, correspondiéndole entonces la reubicación de redes y manjoles para el cumplimiento de la regla técnica.

Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.

Alega que en este caso, conforme lo ha probado el demandante por diversos medios, se tiene que el contrato n° 6-039169 de 2014, cuyo objeto era la construcción y rehabilitación de vías en la UCHG 13, 14 y 15 de la localidad industrial y de la bahía del Distrito de Cartagena de indias fue suscrito únicamente entre el Distrito de Cartagena y el Consorcio Industrial y Bahía. Quiere decir que, las controversias que se deriven de dicho contrato deberán ventilarse únicamente entre ellos dos.

5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el día 01 de diciembre de 2016, en la oficina Judicial para que efectuara el reparto entre los Magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar, correspondiéndole al Despacho n° 001, el cual Mediante auto de 30 de marzo de 2017, admitió la demanda y ordenó la notificación de la misma a la entidad demandada. La admisión de la demanda fue notificada personalmente.

Vencido el traslado de la demanda, se fijó el día 21 de febrero de 2018, para llevar a cabo audiencia inicial. La audiencia en aplicación a lo señalado en el artículo 180 del C.P.A.C.A, se desarrolló en las etapas de saneamiento, excepciones previas, fijación de litigio, decreto de pruebas, posibilidades de conciliación. En la etapa de saneamiento, se concluyó que no había irregularidades dentro del desarrollo del proceso. El litigio se fijó en los siguientes términos: *"el problema jurídico del cual se ocupara el Despacho consiste en determinar si el Distrito de Cartagena, ha incumplido el contrato de obra pública n° 6-0399169 de 2014 y si hay lugar a la liquidación judicial del mismo."*

En esa misma audiencia, se fijó fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas, la cual fue realizada el día 24 de mayo de 2018, en ella se ordenó correr traslado a las partes por el término de diez (10) días, para que presentaran sus alegatos por escrito. Las partes presentaron sus alegatos de conclusión. El señor Agente del Ministerio Público no emitió concepto alguno.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

- Competencia.

Es competente este Tribunal para conocer del presente proceso en primera instancia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 152, numeral 5 de la ley 1437 de 2011.

Antes de entrar a estudiar las pretensiones de la demanda, el juzgado procederá a resolver lo relativo a las excepciones propuestas por el demandado, de acuerdo a lo estipulado en el art. 187 del CPACA.

- Excepciones

Las partes demandadas propusieron las excepciones de inexistencia de incumplimiento por parte del Distrito de Cartagena, buena fe y falta de legitimación en la causa por pasiva, para el caso las dos primeras excepciones, se respalda en argumentos que serán objeto de desarrollo en el cuerpo de las consideraciones de esta sentencia como punto central del debate judicial, razón por la cual su solución se difiere a la del fondo del asunto.

Falta de legitimación en la causa por pasiva de Aguas de Cartagena.

El Consejo de Estado¹ respecto al tema ha expreso:

“La legitimación en la causa, sea por activa o por pasiva, es un presupuesto procesal derivado de la capacidad para ser parte. Es una facultad que le asiste a una persona, sea natural o jurídica, para ostentar dicha calidad y, por ende, formular unas pretensiones atinentes a hacer valer un derecho subjetivo sustancial o contradecirlas y oponerse a ellas. El artículo 100 del Código General del Proceso, aplicable por la remisión expresa consagrada en el artículo 306 del C.P.A.C.A., prevé las excepciones previas como medios de defensa del accionado encaminados a dilatar la entrada a juicio. Su condición de previas o dilatorias resulta de la falta de capacidad para enervar por completo la pretensión principal del actor; por lo tanto, su constitución no aniquila el derecho subjetivo sustancial que se pretende hacer valer en el proceso, pero sí obliga a que el demandante subsane las inconsistencias presentadas, pues de otro modo impedirán la continuación del trámite del asunto. Entre las mencionadas excepciones se encuentra la de falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual se configura por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio; así, quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron lugar a la demanda.”

En términos generales, la legitimación en la causa por activa hace referencia a la relación sustancial que debe existir entre las partes del proceso y el interés sustancial del litigio, de tal manera que aquella persona que ostenta la titularidad de la relación jurídica material, es a quien habilita la ley para actuar procesalmente.

La legitimación en la causa, en el caso de las controversias contractuales², la tienen en principio las partes que integran la relación jurídico contractual – partes del contrato- y, por lo tanto, pueden solicitar que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, la existencia del contrato, su nulidad, revisión o incumplimiento, que se ordenen las restituciones consecuenciales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y se profieran otras declaraciones y condenas.

Descendiendo al caso concreto, encuentra la Sala que la entidad accionada Aguas de Cartagena alegó la falta de legitimación por pasiva. Con sustento en que esa sociedad no podía hacer reclamo alguno respecto

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 27001-23-33-000-2013-00271-01(51514) Actor: URSA PRIMITIVA MURILLO GARCÍA Y OTROS. Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01599-01(38603) Actor: CONSORCIO PROYECTAR Demandado: INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE -I.D.R.D.- Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

del contrato, por cuanto el contrato de obra que se discute fue suscrito por el Distrito de Cartagena y el Consocio demandante y esta no hace parte de él.

Ahora bien, de acuerdo con el contenido del documento suscrito el 28 de octubre de 2014, por el Distrito de Cartagena y el Consorcio Industria y Bahía., cuyo objeto *"es la ejecución de la obra pública construcción y rehabilitación de vías en la UCG 13, 14 de la Localidad Industria y de la Bahía del Distrito de Cartagena de indas..."*, encuentra la Sala que fue suscrito por los antes mencionados, sin que se relacione la empresa Aguas de Cartagena.

La situación descrita determina con claridad la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de Aguas de Cartagena., puesto que está establecido que el contrato solo intervinieron el Distrito de Cartagena y el Consorcio Industria y Bahía y son estas las obligadas a cumplir las cláusulas contractuales, por lo que se asiste la razón a la accionada en que no existe una relación contractual entre esta y las aquí implicada que haga considerar que su permanencia dentro del proceso sea necesaria, debido a que lo que se discute es el incumpliendo del ente contratante del contrato por no realizar los pagos pactados por cada entrega de obra y su ejecución total.

Por lo anterior se declara probada la excepción y así se diera en la parte resolutive de esta provincia.

- Problema jurídico.

Tal como se dispuso en la fijación del litigio, el debate se centra en determinar si el Distrito de Cartagena, incumplió el contrato de obra pública y si hay lugar a la liquidación judicial de este.

Para resolver el problema jurídico planteado, la sala procederá a realizar un estudio del material probatorio vertido en el plenario y la normatividad aplicable al caso en discusión.

- Tesis.

Se acredita por parte del contratista el cumplimiento de sus obligaciones y el incumpliendo por parte de contratante del contrato en lo referente al pago dentro de los plazos estipulados en el contrato y la ley, por lo que ha lugar a la liquidación judicial y el pago de perjuicios ocasionados por dicho incumpliendo.

- Marco normativo y jurisprudencial.

De los contratos de obra pública.

El Código Civil – art. 1602 - dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, dispuso:

“Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación

1o. Contrato de Obra

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.”

Se extrae de lo anterior que los contratos estatales son a aquellos actos jurídicos generadores de obligaciones que celebran las entidades estatales, previsto en el derecho privado o en disposiciones especiales, o de privados del ejercicio de la voluntad.

Por su parte el contrato de obra pública los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles.

Contrato de obra a precios unitarios.

El sistema de precios unitarios, definición que según la jurisprudencia implica que si para lograr el fin o el objeto contractual se requiere adelantar una serie de actividades complementarias no previstas en el contrato, éstas deben ser desarrolladas y remuneradas partiendo de los precios unitarios previamente determinados.

Naturaleza y finalidad de la liquidación y la liquidación judicial de los contratos estatales.

El Consejo de Estado, en la Sentencia 14 de febrero de 2019, dentro del proceso radicado No. 19001-23-31-000-2011-00225-01(59727), señaló que "La liquidación de los contratos se define como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato, mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de ésta forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación negocial, definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuanto, lo que puede hacerse por las partes de común acuerdo, por alguna de ellas unilateralmente o en su caso por el juez, es decir para "dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial". Y agregó "la liquidación judicial es aquel balance, finiquito o corte de cuentas que realiza el juez sobre un determinado contrato estatal dentro de un proceso judicial y, que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ni unilateral del respectivo contrato estatal celebrado y dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación a liquidar".

El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, regula la liquidación de los contratos estatales así:

"ARTÍCULO. 60. De su ocurrencia y contenido de la liquidación. (artículo modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012). El nuevo texto es el siguiente:

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.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión."



El artículo 11 de la Ley 1150 de 2003, estableció el plazo para liquidar los contratos, así:

“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.

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

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.”

El artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, establece la posibilidad de liquidar los contratos estatales judicialmente, así:

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

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

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

En conclusión, los contratos pueden liquidarse de **a)** de mutuo acuerdo por las partes; **b)** de manera unilateral por la entidad contratante y **c)** de manera judicial.

La liquidación de común acuerdo por las partes contratantes deberá realizarse dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto; y 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.

La liquidación unilateral, deberá realizarse dentro del término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo para liquidar de mutuo acuerdo.

Y finalmente, la liquidación judicial, procede cuando no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad contratante no haya liquidado unilateralmente el contrato dentro de los 2 años siguientes al cumplimiento de los 2 meses para liquidarla de manera unilateral.

4.2 Sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales entro de los plazos pactados.

El artículo 1602 del Código Civil, establece que el contrato se constituye en ley para las partes. El artículo 1609 ibídem establece que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Por lo anterior, para invocar la declaratoria de incumplimiento parcial o total, las partes deben acreditar que satisfizo todas sus obligaciones contractuales, en la forma y tiempo pactados en el contrato, tal como lo ha señaló el Consejo de Estado, en sentencia del 30 de julio de 2015, dentro del proceso radicado con el No. 25000-23-26-000-2001-02044-02(33925), así:



"18. En los contratos bilaterales y conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil), la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su co-contratante no cumplió con las suyas, así como los perjuicios que haya podido sufrir.

19. Quiere decir lo anterior que el éxito de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del C.C.A. cuando se pretende obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y la condena en perjuicios presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones; o lo que es igual, para abrir paso a pretensiones en ese sentido la parte que las invoca debe probar que satisfizo las obligaciones que le incumben o se allanó a hacerlo, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que éstas son exigibles y que, por tanto, se encuentra en mora para su pago..

20. La Sala reitera que esa carga de la prueba que pesa sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos tiene una doble dimensión:

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".

En la misma providencia señaló que "es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato)". Y precisó lo siguiente:

“Del incumplimiento de las obligaciones contractuales surge la responsabilidad, de la cual se deriva el deber de reparar integralmente los daños ocasionados al co-contratante cumplido, quien podrá exigir, en consecuencia, la obligación insatisfecha y el resarcimiento de todos los perjuicios sufridos. Al respecto, la Sala ha precisado:

“(…) si el pago del precio como remuneración a las prestaciones ejecutadas en un contrato celebrado por la Administración Pública es el principal derecho que tiene el contratista colaborador, es evidente que las entidades contratantes deben cumplir con esa obligación en los términos y plazos convenidos en el contrato o previstos en la ley, de manera que ante la mora de esta obligación dineraria debe reconocer y cancelar intereses en virtud de la ley al contratista, en su condición de acreedor, mientras no satisfaga el pago de la suma del capital adeudado”³.

El artículo 4 de la Ley 80 de 1993, estableció la posibilidad que las partes pactaran interese moratorios, así:

ARTÍCULO 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

(…) 8o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución **y pactarán intereses moratorios.**

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

Sobre la posibilidad de reclamar los intereses moratorios establecidos en la Ley 80/93, el Consejo de Estado, en la sentencia precitada, sostuvo que estos solo pueden ser reclamados, cuando las partes no hubieren pactado otra tasa de interés, así:

“No ocurre lo mismo respecto de los intereses moratorios, pues, como se verá más adelante, la liquidación debió realizarse conforme lo pactado por los contratantes en la cláusula décima octava del contrato de interventoría n.º 00001 de 1999, esto es a la tasa del 3% mensual y no el 12% anual –núm. 8 art. 4 Ley 80 de 1993-. Esto, comoquiera que la ley solo suple el vacío cuando las partes no lo han acordado”.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 17214, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Sobre el reconocimiento de enteres moratorios e indexación de las sumas adeudadas.

El Consejo de Estado ha señalado que “los perjuicios causados a un contratista como consecuencia del incumplimiento de la Administración de la obligación de pago **del valor del contrato, son indemnizados con la actualización del capital debido a título de daño emergente y con el reconocimiento de intereses desde el momento en que se incurre en mora de cumplir con aquella obligación y hasta que ella se satisfaga a título de lucro cesante**⁴, conceptos que no son incompatibles sino complementarios, en tanto el primero evita la desvalorización de la moneda, esto, la pérdida del poder adquisitivo del dinero por el transcurso del tiempo y ante el índice de inflación, mientras el segundo tiene por objetivo sancionar la mora del deudor y, por ende, reparar el daño ocasionado por ésta”⁵

Conforme lo expuesto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, de cara a los hechos probados.

- Análisis probatorio y caso concreto.

En el presente caso pretende el accionante, que se declare que el Distrito de Cartagena ha incumplido y está en mora de ejecutar sus obligaciones en relación con el contrato de obra pública n° 6-0399169 de 2014 y que sea liquidado, a causa del no pago de las entrega parciales y final de obra.

De conformidad con lo anterior y revisado el texto del Contrato Interadministrativo N° 6-0399169 de 2014, observamos que entre otras, dispone las siguientes clausulas:

“CUARTA: PLAZO DE EJECUCION:*_el presente contrato tendrá una vigencia diez (10) meses contados a partir de la aprobación de la garantía única, suscripción de acta de inicio, cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato. La fecha de terminación del plazo de ejecución de la obra en la cual se suscriba el acta de recibido final. Para que se pueda suscribir el acta de recibido final, el contratista debe cumplir a cabalidad con los compromisos y obligaciones contenidos en el presente contrato y sus anexos.*

⁴Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 14112, Providencia del 21 de febrero de 2002.

⁵Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 17214.



....

PARAGRAFO PRIMERO: FORMA DE PAGO: la forma de pago que aquí se establece se sujeta a la plana anual de caja del Distrito. Se pagara así: con un anticipo del 40% del valor del contrato, al inicio de la ejecución y una vez legalizado el contrato, esto es aprobadas las garantías y expedido el registro presupuestal, sin que su pago sea requisito para el inicio de la ejecución de la sobras y el saldo mediante actas parciales de entrega recibidas a satisfacción por el interventor que para tal efecto se seleccione o designe temporalmente, previa factura entregada por el contratista junto con los soportes de pago de seguridad social y parafiscales, previa amortización del anticipo en cada acta hasta su amortización total, cada pago debe estar precedido a satisfacción expedido por el interventor del contrato y avalado por el supervisor del mismo el cual debe incluir: memorias de cálculo, registro fotográfico, bitácora, resultados de laboratorio realizado y planos.

PARAGRAFO SEGUNDO: el valor básico de la respectiva ata de obra será la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutada por los precios unitarios consignados en el cuadro de cantidades y precios unitarios. Las catas de obra tendrán carácter provisional en lo que se refiere a la calidad de obra, a las cantidades de obras y obras parciales. El supervisor designado por el Distrito podrá en actas hacer correcciones o modificaciones a cualquiera de las actas anteriores aprobadas y deberán indicar el valor correspondiente a la parte o parte de los trabajos que no se hayan ejecutado a su entera satisfacción, a efecto de que el distrito se abstenga de pagarlos al contratista hasta que el supervisor designado por el Distrito los apruebe. Ninguna constancia que no sea el certificado o acta de recibo definitivo de la totalidad o parte de las obras, podrá considerarse como constitutivo de aprobación de algún trabajo u obra. En ningún caso el valor del acta final debe ser inferior al 15% del valor del contrato, dicho valor será pagado con el acta de liquidación del contrato. Los pagos serán efectuados dentro de los sesenta (60) días siguientes a la radicación de la factura. (...)"

Respecto a la liquidación de los contratos interadministrativos celebrados con entidades del Estado, la Ley 80 de 1993, Reglamentada por el Decreto Nacional 734 de 2012, Modificada por la Ley 1150 de 2007, Reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 679 de 1994, 626 de 2001, 2170 de 2002, 3629 y 3740 de 2004, 959, 2434 y 4375 de 2006; 2474 de 2008 y 2473 de 2010, dispuso:

"Artículo 60°.- De Su Ocurrencia y Contenido. Modificado por el art. 217, Decreto Nacional 019 de 2012. Los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. Inciso derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007, excepto el texto subrayado.

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.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

Artículo 61º.- *De la Liquidación Unilateral. Derogado por el art. 32, Ley 1150 de 2007. Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdos sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición."*

Así mismo la Ley 1150 de 2007 establece:

"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.

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

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo."

Tal y como lo prevé la norma los contratos estatales pueden ser liquidados una vez se encuentren vencidos los términos dispuestos para tal fin, o en su defecto al no haberse pactado este, dentro de los 4 meses siguientes a la terminación del contrato, o de manera unilateral una vez cumplidos los requisitos para ello.

Así las cosas, la Sala precisa que estudiadas en conjunto las pruebas susceptibles de valoración que obran en el expediente, en orden cronológico quedaron acreditadas las siguientes circunstancias particulares y relevantes de la ejecución del contrato sub judice:



- Resolución 6438 del 23 de septiembre de 2014, por medio de la cual se adjudica la licitación pública, construcción y Rehabilitación de vías en la UCG 13, 14 y 15 de la Localidad Industria y de la Bahía del Distrito de Cartagena, al Consorcio Industria Bahía.

- Vigencia diez (10) meses contados a partir de la aprobación de la garantía única, suscripción de acta de inicio, cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato. (22 de diciembre de 2014)

- Modificatorio n° 001, que prorroga el plazo del contrato n° 6-039169 del 28 de 2014, hasta el 30 de noviembre de 2015.

- Modificatorio n° 002, que prorroga el plazo del contrato n° 6-039169 del 28 de 2014, hasta el 15 de diciembre de 2015.

- Acta de recibo parcial de obra n° 1, suscrita por el interventor y el contratista, del 30 de junio de 2015, donde es recibe a satisfacción las obra, por valor de \$ 3.175.767.727, 80

- Acta de recibo parcial de obra n° 2, suscrita por el interventor y el contratista, del 31 de agosto de 2015, donde es recibe a satisfacción las obra, por valor de 2.155.459.879,80.

- Acta de recibo parcial de obra n° 3, suscrita por el interventor y el contratista, del 30 de noviembre de 2015, donde es recibe a satisfacción las obra, por valor de \$ 1.965.981.832, 50.

- Acta de recibo parcial de obra n° 4, suscrita por el interventor y el contratista, del 15 de diciembre de 2015, donde es recibe a satisfacción las obra, por valor de \$ 1.314.283.569,00.

- Acta final de Obra, suscrita por el interventor y el contratista, del 15 de diciembre de 2015, donde es recibe a satisfacción las obra en un 100%, por valor de \$ 1.868.953.33,00.

- Comprobante de egresos girado por el Distrito de Cartagena, pagado al Consorcio Industrial y Bahía, Banco de Occidente, cuenta 830955498, del 02 de septiembre de 2015, pago parcial 1, por valor de \$ 2.498.270.612,54.

- Comprobante de egresos girado por el Distrito de Cartagena, pagado al Consorcio Industrial y Bahía, Banco de Occidente, cuenta 830955498, del 14 de diciembre de 2015, pago acta parcial 2, por valor de \$ 1.695.628.438,78.

- Comprobante de egresos girado por el Distrito de Cartagena, pagado al Consorcio Industrial y Bahía, Banco de Bogotá, cuenta 204833321, del 19 de diciembre de 2016, pago acta parcial 3, por valor de \$ 1.546.572.374,59.

- De acuerdo con el informe rendido por el interventor, se le adeudan al contratista la última acta contractual y las mayores cantidades de obra, correspondiente a \$ 1.868.953.333,00 (acta final) y \$ 554.669.764,00 (valor de las obras adicionales).

- Oficio del 20 de abril de 2018, expedido por la empresa interventora Bateman Ingeniería S.A, donde informa lo siguiente:

- *El contrato estatal n° 6-039169 cuyo objeto es la construcción y rehabilitación de vías en la UCG 13, 14 y 15 de la localidad industrial y de la bahía del Distrito de Cartagena y del cual esta empresa fue interventora, se cumplió en su totalidad, tal como consta en el acta de recibido y liquidación del contrato.*
- *Tal como se indica en el informe final de interventoría, el contratista no solo cumplió lo contratado sino que por los motivos explicados en el informe fue necesario hacer algunas obras adicionales para cumplir con el alcance indicado en el contrato y así la comunidad poder tener una vía terminada a satisfacción.*

Sobre los anteriores hechos se recibió el interrogatorio del señor Guillermo Quintero Márquez, representante legal del consorcio. Quien señaló que al iniciar las excavaciones se percataron que el sistema de acueducto y alcantarillado estaban subterráneos por lo que se tenían que reubicar y que el distrito y aguas de Cartagena trabajaron en el tema; que este último ejecuto la obra; que el distrito de Cartagena lo cito varias veces para liquidar el contrato, que se hizo un borrador del acta de la liquidación del contrato que nunca se firmó, que el acta parcial 3 se presentó en diciembre de 2015, la cual pagaron un año después diciembre de 2016, el acta número cuatro no podía ser pagada por que no se había hecho la liquidación.

En ese orden y como se ha definido desde el art 78 de la ley 150 de 1976, Derogado por el 89 del Decreto 222 DE 1983, los contratos de obra a precio unitario, son aquellos en los cuales se pacta precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije; el contratista es el único responsable de la vinculación de personal, de máquina, elaboración de los subcontratos y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidades alguna por dichos actos.

Este tipo de contrato como su nombre lo indica, el precio no está referido al valor total de la obra, sino al de sus unidades o porciones, siendo esa la razón por la cual, el citado artículo señalaba que en ellos se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije.

Así mismo el contratista tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada, como podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quienes los desconozcan o vulneren – art. 5 numerales 1 y 3 de la ley 80 de 1993-.

De conformidad con lo anterior, advierte esta judicatura, que el contratista cumplió los requisitos para el pago parcial de obra, plasmada en el acta número 3, el día 30 de noviembre de 2015 y el contratante realizó el pago el día 19 de diciembre de 2016, más de un año después de la entrega, por lo que de conformidad con el contrato de obra pública, debía ser efectuado el pago dentro de los sesenta (60) días siguientes a la radicación de la factura, lo cual no ocurrió, lo que quiere decir esto, es que el Distrito como contratante incumplió su obligación de pagar la entregas parciales de obra dentro de los plazos pactados en el contrato; que es evidente el incumpliendo del el contrato, porque se vislumbra que fueron posteriores a las fechas estipuladas.

Por lo que tal y como lo estipula la norma en comento por esta circunstancia el contratista al no recibir dentro de los plazos del convenio la remuneración pactada, tiene derecho que le imponga una sanción al contratante por su vulneración.

Y en lo que se refiere al acta de obra parcial n° 04, no se encuentra prueba alguna del pago, pese a que el consorcio cumplir sus obligaciones para el cobro, sin embargo esta fue modificada por el acta final, por haber ejecutado en su totalidad la obra, sin que este acreditada su liquidado y pagado.

Respecto a los términos máximos para efectuar la liquidación de los contratos, la norma que regulaba la liquidación del contrato, guardo silencio sobre la consecuencia jurídica derivada de no efectuarla en el término contractual o legal, y no se señaló expresamente la sanción deducible de tal omisión.

No obstante, pese a que la sanción es de interpretación restrictiva, en vigencia de la ley 80 de 1993, no podía afirmarse tajantemente, la imposibilidad de efectuarla después de vencido el término convencional o legal previsto para ello, en perjuicio que de tal omisión pudiera deducirse alguna consecuencia indemnizatoria para el contratista, a título de hecho antijurídico generador del detrimento patrimonial.

Prueba de ello lo constituye el art. 44 de la ley 446 de 1998, modificatorio del 136 de C.C.A, que dispuso que si la liquidación no se efectuare por la administración durante los dos meses siguientes al 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 años siguientes al incumplimiento de la obligación de



liquidar, pudiendo acumular a ello, la pretensión de perjuicios compensatorios, disposición que se mantuvo con la entrada en vigencia de la ley 1437 de 2011 – art. 141 -, en ella se expresó que “... el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.”.

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en el concepto de 6 de agosto de 2003, registra tres formas para liquidar el contrato: bilateral o de común acuerdo, cuyo término es el fijado en los pliegos de condiciones o términos de referencia o el previsto en el contrato, en la ausencia de fijación del término, debe efectuarse en el término legal de 4 meses siguientes a la finalización del contrato o de la expedición del acto administrativo que ordene la terminación; unilateral, se da en el evento que no se logre la primera vía, la cual deberá efectuarse dentro de los dos meses siguientes, contados a partir del vencimiento del plazo convenido por las partes, o en los cuatro meses siguientes estipulados por la ley para la liquidación de común acuerdo y vía judicial.

Términos que se mantuvieron con la reforma que introdujo la ley 1150 de 2007:

“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.

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

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.”

Lo antero indica que existen dos variantes para que se pueda realizar la liquidación unilateral: i) cuando el contratista no comparece a pesar de las citaciones en legal forma. Y ii) cuando comparece, pero objeta parcialmente los conceptos de la liquidación.

En ese sentido, respecto del incumpliendo del acta final, se encuentra probado dentro del expediente que los términos para la liquidación del contrato estaban vencidos en exceso, pues el otro si N° 2 prorrogó la ejecución del contrato hasta el 15 de diciembre de 2015, sin que las partes acordaran su liquidación de forma bilateral o de común acuerdo, por lo que la accionada estaba facultada para liquidarlo de manera unilateral tal y como lo dispone la norma; sin consentimiento del consorcio, por lo que no le es aceptada el argumento que se expone en el sentido que esta llamo a la entidad para la liquidación bilateral sin que esta haya comparecido.

La norma en clara y precisa en disponer que una vez vencido los términos para la liquidación por mutuo acuerdo o bilateral, y 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.

En ese sentido el contrato en su cláusula trigésima segunda- *liquidación del contrato*- dispuso que el contrato se liquidaría de común acuerdo al cumplimiento del objeto y unilateralmente cuando no haya acuerdo, dentro de un término de 4 meses, contados partir de la finalización al cumplimiento del contrato.

Así las cosas, en el contrato no se estipulo un plazo para la liquidación, sin embargo, no puede entenderse que este perdura hasta que las partes acuerden, por lo que se debe entender que una vez cumplido el objeto o los plazos de entrega, se tenían 4 meses para ser liquidado de común acuerdo, so pena que se activara la facultad unilateral del contratante para realizarlo.

Corolario de lo anterior se tiene que el acta final fue suscrita por el contratista y el interventor, el día 15 de diciembre de 2015, con la constancia de entrega a satisfacción, por lo que siguiendo el hilo conductor de los plazos para liquidarlo, tenían las parte de beneplácito de las cláusulas del contrato para liquidarlo de mutuo acuerdo cuatro meses siguientes, esto es el 15 de abril de 2016, no obstante, si bien es cierto, no existe prueba de la convocatoria para liquidarlo por parte del Distrito; pese a esto, el señor Guillermo Quintero Márquez, en su interrogatorio surtido dentro del proceso,

manifestó que el ente territorial lo cito para liquidar el contrato y este no compareció, por lo que al no comparecer el contratista, la entidad tenía un plazo de dos meses posteriores en vencimiento de los cuatro meses después de finalizado el contrato, para hacerlo de manera unilateral, circunstancia que no ocurrió, por lo que se configuro el incumplimiento por parte de esta última, para mayor ilustración se del plazo se presenta el siguiente cuadro:

Terminación del contrato y/o entrega	Vencimiento del termino para liquidación de mutuo acuerdo	Vencimiento del termino para liquidarlo de manera unilateral
15 de diciembre de 2015	15 de abril de 2016	15 de junio de 2016

El cuadro anterior visualiza los extremos finales de los plazos con que se contaban para la liquidación del contrato de obra, por lo que al no realizarse dentro del plazo genera incumplimiento de la obligación, máxime que artículo 6 y 123, de la C.P. dispone los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y **por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.**

En ese orden siendo el contrato de obra un acuerdo de voluntades regulador de obligaciones, tal como lo establecen los arts. 1495 C.C. y 864 de C.Co, por lo que el incumpliendo da lugar a aplicar las clausulas pactadas y las acciones por dicho incumplimiento.

Esto se extrae de las clausulas pactas dentro del contrato, en el cual se encontraba las obligaciones del contratista como las formas de realizar los pagos, la ley 80 en su art. 32, se colige que elemento esencial del contrato de obra la remuneración del contratista por su trabajo, por lo cual el contratista tiene derecho a recibir un pago como retribución a la ejecución de los trabajos realizados.

Así mismo se encuentra demostrado que el Distrito de Cartagena no cumplió con sus obligaciones respecto a los pagos, y que el Consorcio cumplió a cabalidad con las obligaciones pactadas en el contrato, esto es la entrega de actas parciales de entrega recibidas a satisfacción por el interventor,

factura entregada junto con los soportes de pago de seguridad social y parafiscales, previa amortización del anticipo en cada acta, pago a satisfacción expedido por el interventor del contrato y avalado por el supervisor que incluyen: memorias de cálculo, registro fotográfico, bitácora, resultados de laboratorio realizado y planos, tal y como se evidencia de los antecedentes administrativos aportados por el Distrito de Cartagena, dentro del proceso.

Por todo lo anterior, y teniendo en cuenta que el Contrato, generó erogación presupuestal contratita, por haberse pactado valores para su ejecución, por tratarse de un contrato de obra pública, y ante el incumplimiento injustificado del Distrito de Cartagena en cuanto a sus obligaciones contractuales, se declarará la liquidación del Contrato Interadministrativo N° 6-0399169 de 2014.

Así las cosas a pesar de que el demandante, como ya se vio, acreditó las obligaciones que le correspondían, la demandada no cumplió con la obligación de pagar en los términos previstos en los contratos, por lo que los actores hoy recaman unos perjuicios.

En ese orden de ideas, la Sala concluye que las entidades estatales no deben esperar a un consensum entre las partes del contrato para liquidar el contrato de obra pública; todo lo contrario: las normas que consagran la facultad de liquidar unilateralmente el contrato cuando la parte no se presente a la citación, puesto que el incumplimiento que esas normas requiere para liquidar el contrato es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto y terminación del contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, cita al contratista dentro del plazo que se estipule, en el contrato, advirtiéndole de que de no asistir se hará de manera unilateral y, por tal motivo, liquidará unilateralmente.

De tal forma, al tenor de las normas que regula la liquidación de los contratos, de acuerdo con los criterios de interpretación sistemática de las normas, constituye un requisito legal para hacerlo, esto es que dentro del plazo no se haya liquidado de común acuerdo, puesto que si ya expiró el plazo, lo podrá realizar de manera unilateral, cumpliendo las cláusulas contractuales.

Liquidación de Contrato de obra a precios unitarios.

Para liquidar el contrato de precios unitario se debe sumar los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas y el valor que nos arroje es el precio a pagar⁶.

En ese sentido, por existir una acta de obra final con los valores insolutos, recibida por el interventor a satisfacción por un valor de \$ 1.868.953.333,00, no hay lugar hacer los cálculos para determinar el valor a pagar, por lo que la liquidación del contrato corresponde a lo allí aceptado, con la respectiva actualización monetaria.

ACTUALIZACION DE CAPITAL	
CAPITAL HISTORICO	1.868.953.333,00
IPC FINAL ENERO 2021	105,91
IPC INICIAL JUNIO 2016	92,54
CAPITAL ACTUALIZADO	2.138.976.091,00

Los perjuicios⁷

Respecto de los intereses por mora es sabido que el incumplimiento o el cumplimiento tardío de las obligaciones contraídas por las partes de un negocio jurídico, irrogan perjuicios al acreedor, que están constituidos tanto por el daño emergente (pérdida que se produce de manera inmediata) como por el lucro cesante (ganancia o provecho que deja de reportarse), situación que es igualmente predicable de aquellos casos en los cuales la obligación incumplida es la de pagar una suma de dinero.

Así, cuando la obligación incumplida es de índole dineraria, la indemnización de perjuicios por la mora está constituida por el pago de intereses, tal y como

⁶ Concepto Sala de Consulta C.E. 1920 de 2008.

"En los contratos de obra pública con pago pactado a precios unitarios, el valor del contrato es el que resulta de multiplicar las cantidades de obra efectivamente ejecutadas por sus precios unitarios; pero, para su celebración, el precio se expresa en un valor estimado, que corresponde a un valor inicial, y que está dado por las cantidades de obra y los precios unitarios por los cuales se hizo la respectiva adjudicación."

⁷ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA. SALA PLENA. Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH. Bogotá D.C., doce (12) de julio de dos mil doce (2012). Radicación número: 85001-23-31-000-1995-00174-01(15024). Actor: NIMROD MIR LTDA. Demandado: MUNICIPIO DE CHAMEZA-CASANARE-Referencia: CONTROVERSIA CONTRACTUALES; APELACION SENTENCIA.

lo determina el artículo 1617 del Código Civil, el cual establece las reglas aplicables a esta clase de indemnización, así:

“ARTICULO 1617. INDEMNIZACIÓN POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.”

Dado que, como ya se dijo, los perjuicios contemplan tanto el daño emergente como el lucro cesante, en el caso de las obligaciones dinerarias también es así:

La primera clase de perjuicios -daño emergente-, la constituye el envilecimiento o depreciación monetaria que sufre la suma de dinero debida, por el sólo transcurso del tiempo, es decir, que el daño emergente en tales casos está dado por los efectos de la inflación, que conducen a que esa suma debida corresponda, con el correr de los días y en términos reales, a un menor valor, de tal manera que pierde su poder adquisitivo; por ello, la manera de reconocer la indemnización de esta clase de perjuicio se da mediante la actualización o indexación de la suma debida de tal manera que, lo pagado en época posterior, equivalga en términos de poder adquisitivo de la moneda, a la suma debida desde una fecha pretérita.

En cuanto al lucro cesante, el mismo está constituido en estos casos por la pérdida de aquellos rendimientos que normalmente genera una suma de dinero o frutos civiles del mismo, y que corresponden a los intereses, y por ello el pago de éstos constituye la indemnización de perjuicios en dicha modalidad.

Ahora bien, en materia de obligaciones surgidas de la contratación estatal, se observa que de conformidad con lo estipulado en el último inciso del artículo 150 de la Constitución Política, “*Compete al Congreso expedir el*

estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”.

En desarrollo de dicha competencia, el Congreso de la República expidió la Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación de las Entidades Estatales, el cual en el numeral 8° del artículo 4° estipuló que “... en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”, norma que fue reglamentada por el artículo 1° del Decreto 679 de 1994, el cual dispuso:

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

De acuerdo con las anteriores normas, es claro entonces que las partes en el contrato estatal están en libertad de pactar los intereses moratorios que se causarán en caso de incumplimiento de sus obligaciones y pueden, si así lo desean, acordar que la tasa sea la contemplada en el artículo 884 del Código de Comercio; pero si el contrato no estipula nada al respecto, entra a regir la previsión legal de la Ley 80 de 1993, la cual como quedó visto, contempla de un lado, la actualización de la suma debida, y de otro, la tasa de interés remuneratorio del 12% anual.

Sobre los intereses legales el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema, tal y como lo hizo en providencia del 17 de mayo de 2001 (Expediente 13635) reiterada en sentencia del 7 de marzo de 2002⁸, en la cual se dijo:

“En este orden de ideas, es perfectamente posible que las partes de un contrato estatal pacten un interés moratorio superior o inferior al 12% anual, como nada impide que pacten una tasa igual o inferior al interés bancario corriente y como interés de mora el doble de éste, mientras se ajusten a las previsiones comerciales y penales, esto es, sin incurrir en el interés de usura (art. 111 Ley 510 de 1999). Pero ante la ausencia de ese pacto, no será el art. 884 del C. de Co el aplicable sino el art. 4° ord. 8° de la Ley 80 de 1993, es decir, el 12% anual sobre el valor histórico actualizado.

⁸ Radicación número: 25000-23-26-000-1995-1425-01(17785)



“La jurisprudencia ha sido prolija en señalar que no concurren la liquidación de intereses comerciales simples o de mora con la corrección monetaria o indexación, ya que la tasa de interés comercial lleva en su seno la corrección monetaria; pero sí puede concurrir la actualización cuando se condena al pago del interés legal civil (6% anual artículo 1617 C.C)⁹. Lo anterior se explica en razón a la tasa: en Colombia la tasa del interés corriente bancario es más alta que la tasa legal (normalmente oscila en el 36% anual) porque en ella se incluye la devaluación”.

De acuerdo con lo anterior, los intereses se determinan entonces en el porcentaje de 12 o/o anual liquidados sobre la suma histórica, así:

- **Acta de recibo parcial de obra n° 3**

Para la liquidación de los intereses moratorios se toma el valor del crédito actualizado y se multiplica por el 1% mensual por el número de meses transcurridos.

AÑO		PERIODO		VALOR HISTORICO	VARIACION IPC ANUAL DEL AÑO INMEDIAT ANTERIOR	No. DIAS	IPC A APLICAR	VALOR ACTUALIZADO	TASA INTERES	INTERESES
ACTUALIZACION DE CAPITAL										
CAPITAL HISTORICO				1.965.981.832,50						
IPC FINAL DICIEMBRE DE 2016					93,11					
IPC INICIAL MARZO 2013					78,79					
CAPITAL ACTUALIZADO				2.323.296.972,00						
2013	18/03/2013	31/12/2013		1.965.981.833	2,44%	289	1,93%	2.003.963.524	9,50%	190.403.986
2014	01/01/2014	31/12/2014		2.003.963.524	1,94%	365	1,94%	2.042.840.417	12,00%	245.140.850
2015	01/01/2015	31/12/2015		2.042.840.417	3,66%	365	3,66%	2.117.608.376	12,00%	254.113.005
2016	01/01/2016	19/12/2016		2.117.608.376	6,77%	354	6,55%	2.256.270.067	11,61%	261.875.280
TOTAL INTERESES										951.533.121

⁹ En la sentencia del 7 de marzo de 1980, Exp. 5322 la Sala consideró que “si a un crédito reajustado en función de la depreciación sufrida entre la fecha en que se causó la obligación y el pago, se le suman intereses corrientes bancarios, se originaría un enriquecimiento sin causa, porque, esta clase de interés incluye un “plus” destinado a recomponer el capital.

No se excluyen entre sí los rubros de devaluación e intereses puros puesto que tienen causas diferentes: Los intereses buscan compensar el perjuicio sufrido por la privación temporal del uso del capital (lucro cesante), en tanto que la compensación por depreciación monetaria se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufriría menoscabo si recibiese como reparación el monto del daño originado en signo monetario envilecido (daño emergente). Se habla de intereses puros porque los bancarios corrientes llevan en su seno una parte que busca compensar la incidencia del fenómeno inflacionario. Por eso no sería equitativo revaluar y cobrar esta clase de intereses. (...)”. En igual sentido la sentencia del 6 de agosto de 1987, Exp. 3886.





- **Acta final.**

AÑO		PERIODO		VALOR HISTORICO	VARIACION IPC ANUAL DEL AÑO INMEDIAT ANTERIOR	No. DIAS	IPC A APLICAR	VALOR ACTUALIZADO	TASA INTERES	INTERESES
ACTUALIZACION DE CAPITAL										
CAPITAL HISTORICO				1.868.953.333,00						
IPC FINAL ENERO 2021				105,91						
IPC INICIAL JUNIO 2016				92,54						
CAPITAL ACTUALIZADO				2.138.976.091,00						
2016	16/06/2016	31/12/2016	1.868.953.333	6,77%	199	3,68%	1.937.748.688	6,52%	126.430.160	
2017	01/01/2017	31/12/2017	1.937.748.688	5,75%	365	5,75%	2.049.169.238	12,00%	245.900.309	
2018	01/01/2018	31/12/2018	2.049.169.238	4,09%	365	4,09%	2.132.980.260	12,00%	255.957.631	
2019	01/01/2019	31/12/2019	2.132.980.260	3,18%	365	3,18%	2.200.809.032	12,00%	264.097.084	
2020	01/01/2020	31/12/2020	2.200.809.032	3,80%	366	3,80%	2.284.439.775	12,00%	274.132.773	
2021	01/01/2021	26/02/2021	2.284.439.775	1,61%	57	0,25%	2.290.183.420	1,87%	42.800.149	
TOTAL INTERESES									1.209.318.106	
TOTAL CAPITAL E INTERESES									3.348.294.197,00	

Por último, respecto del pago de la cláusula penal se negará debido a que esta solo se pactó en el evento que el contratista – consorcio – retarde la ejecución o incumpla cualquier obligación establecida en el contrato y en lo concerniente al daño moral no se acredita por parte de las personas naturales que integran las sociedades que integran el consorcio demandante, que hayan tenido afectaciones por este concepto, por el incumplimiento del contrato por parte del Distrito de Cartagena.

Así mismo, en lo que tiene que ver con el cobro que realiza la empresa de Aguas de Cartagena por la reubicación de unas redes de acueducto, de alcantarillado y manjoles, no se acreditó el pago, por lo que correrán la misma suerte, de ser negadas.

Costas

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1° del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte vencida en el proceso cuando objetivamente se cumpla con la regla de no haber salido adelante en sus pretensiones y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, no habrá condena en costas de conformidad con el art 365 numeral 5 del CGP, esto es debido a que en el caso de marras se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

7. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión n° 001 administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARASE probada la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva propuestas por la parte demandada – *Aguas de Cartagena E.S.P-*; declararse no probadas las demás excepciones.

SEGUNDO: DECLARASE el incumplimiento del Contratos de obra pública n° 6-039169 del 24 de octubre de 2014, por precio unitario celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indas y el Consorcio Industrial y Bahía, en el sentido de declarar que incurrió en mora con los pagos de la actas de recibo parcial de obra n° 3 y final, materia del contrato.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior declaración, **CONDÉNESE** al Distrito de Cartagena a pagar la suma de novecientos cincuenta y un millones quinientos treinta y tres mil ciento veintiuno **(\$951.533.121)**, por lo intereses del recibo parcial de obra n° 3; y tres mil trescientos cuarenta y ocho millones doscientos noventa y cuatro mil ciento noventa y siete con cero décimas **(\$3.348.294.197,00)**, a favor de los demandantes por concepto de liquidación judicial del Contratos de obra pública n° 6-039169 del 24 de octubre de 2014 y sus respectivos intereses.

Parágrafo: En el evento que se haya pagado dineros por concepto obra pública n° 6-039169 del 24 de octubre de 2014, se le autoriza al Distrito de Cartagena, realizar los respectivos descuentos.

CUARTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda, por lo antes expuesto.

QUINTO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por el artículo 192 de la ley 1437 de 2011.

SEXO: Sin condena en costas en esta instancia.

SÉPTIMO: Notifíquese de conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011

OCTAVO: Una vez ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)


JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL
Con salvamento de voto


DIGNA MARIA GUERRA PICON

Firmado Por:

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE BOLIVAR

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

3aa68202f7665cfb03cff896ffbaeb83d01df8450f7b611919e57085904a7dd0

Documento generado en 26/04/2021 10:52:15 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>