

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO – Ley 153 de 1887 artículo 38 - Decreto 4819 de 2010 – Derecho privado – Ley 80 de 1993 – Aplicación – En cuanto a principios de la función administrativa y de la gestión fiscal - Facultades excepcionales al derecho común en materia de interpretación, modificación y terminación unilateral del contrato, y de declaratoria de caducidad

El artículo 38 de la Ley 153 de 1887 dispone que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración, salvo dos excepciones: (i) las relativas al modo de reclamar en juicio los derechos derivados del contrato y (ii) las que imponen penas para el caso de infracción de lo estipulado, evento en el cual esta se sanciona conforme a la ley vigente al momento de la infracción.

El contrato celebrado entre el Fondo y Constructora Douquem se perfeccionó el 5 de julio de 2013, con la firma de las partes [...]. El artículo 7.º del Decreto Legislativo 4819 de 2010 —por el cual se creó el Fondo— establecía que “los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de su objeto, cualquiera sea su índole o cuantía, se regirán por el derecho privado y estarán sujetos a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007”. Esta disposición fue declarada condicionalmente exequible en la sentencia C-251 de 2011, en el entendido de que “el régimen contractual allí previsto tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014, inclusive”. Posteriormente, las Leyes 1753 de 2015 (art. 155) y 1955 de 2019 (art. 46) precisaron el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por esta entidad.

El contrato se celebró antes del 31 de diciembre de 2014, fecha hasta la cual resultaba aplicable el régimen contractual previsto en el artículo 7.º del Decreto 4819 de 2010. Asimismo, su perfeccionamiento antecedió la expedición de las Leyes 1753 de 2015 y 1955 de 2019, que no establecieron una aplicación con efectos retroactivos ni retrospectivos. En consecuencia, el régimen jurídico aplicable tanto al contrato objeto de controversia como a las quince modificaciones introducidas mediante otrosíes —cuyo contenido será analizado más adelante— es, de manera principal, el derecho privado. No obstante, también son aplicables los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal (Constitución Política, arts. 209 y 267; Ley 1150 de 2007, art. 13), así como de las normas que atribuyen facultades excepcionales al derecho común en materia de interpretación, modificación y terminación unilateral del contrato, y de declaratoria de caducidad (Ley 80 de 1993, arts. 14 a 18).

LIQUIDACION UNILATERAL – El Fondo de Adaptación no tenía facultad para liquidar unilateralmente – Derecho privado - No aplicación del artículo 11 de la ley 1150 de 2007- RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO – No es aplicable la Ley 80 de 1993 – Aplicación del artículo 868 del Código de Comercio

La precisión sobre el régimen jurídico aplicable al contrato tiene dos implicaciones relevantes para el caso. En primer lugar, el Fondo no contaba con la facultad de liquidar unilateralmente el contrato, toda vez que el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 —norma que atribuye esa competencia a las entidades estatales- no hacía parte del régimen jurídico aplicable al vínculo contractual. En segundo lugar, no resultan aplicables las disposiciones de la Ley 80 de 1993 que consagran el derecho del contratista al restablecimiento del equilibrio económico por la ocurrencia de eventos imprevistos y no imputables a su conducta (arts. 5.1 y 27). Por consiguiente, las consecuencias jurídicas derivadas de cambios sobrevenidos en las circunstancias deben examinarse a la luz del derecho privado, en particular del artículo 868 del Código de Comercio, que establece que el deudor podrá solicitar la revisión del contrato cuando, en contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida, ocurran circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, posteriores a su celebración, que alteren o agraven en exceso la prestación futura a su cargo.

MAYOR PERMANENCIA DEL INTERVENTOR EN OBRA – Acuerdo de voluntades – Reconocimiento – Correspondencia – Interpretación de las cláusulas contractuales – conveniencia – Buena fe

El otrosí 5 se suscribió el 28 de julio de 2015, con posterioridad al Acta de Inicio de la Etapa de Construcción, firmada el 23 de septiembre de 2014. En su cláusula primera, las partes acordaron prorrogar el plazo del contrato por cinco meses y dos días, de modo que este vencería el 30 de diciembre de 2015. En las cláusulas tercera y cuarta, regularon la obligación del contratista de asumir el pago de los honorarios del Interventor de Obra.

En el numeral 26 del apartado 2.2.3 del Anexo 3 de los Términos y Condiciones Contractuales (en adelante, "TCC"), citado en la cláusula tercera del otrosí, se enunció la siguiente obligación a cargo de Constructora Douquem: "Si se presenta el caso de mayor tiempo de ejecución del contrato, debido a causas imputables al contratista sin justa causa, el contratista deberá asumir el valor de la intervención de obra durante el tiempo adicional requerido para la terminación de la misma, a los mismos costos pactados entre el FONDO ADAPTACIÓN y el Interventor". En línea con esta previsión, los considerandos del otrosí 5 indicaron que las causas de la prórroga eran jurídicamente atribuibles al contratista y consignaron los antecedentes que condujeron al acuerdo para que Constructora Douquem asumiera los costos derivados de la mayor permanencia del Interventor de Obra.

[...]

Según el artículo 1622 del Código Civil, las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. La cláusula vigésima segunda dispuso que el contrato se integraba, además de por sus estipulaciones, por los estudios previos y los TCC. El numeral 26 del apartado 2.2.3 del Anexo 3 de los TCC, citado en la cláusula tercera del otrosí, estableció lo siguiente: "*Si se presenta el caso de mayor tiempo de ejecución del contrato, debido a causas imputables al contratista sin justa causa, el contratista deberá asumir el valor de la intervención de obra durante el tiempo adicional requerido para la terminación de la misma, a los mismos costos pactados entre el FONDO ADAPTACIÓN y el Interventor.*

[...] La Sala también considera que esta interpretación es la que mejor se ajusta al principio de buena fe. Aunque el Código Civil no lo incluye expresamente entre los criterios hermenéuticos previstos en el Título XIII de su Libro IV, la interpretación contractual debe estar orientada por dicho principio, conforme a los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, que lo consagran como rector del desenvolvimiento de los negocios jurídicos. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que la buena fe es "*un principio general —e informador— del derecho, amén de un estándar o patrón jurídico, sobre todo en el campo de la hermenéutica negocial y de la responsabilidad civil*". Por lo tanto, el sentido atribuido a las cláusulas debe ser compatible con una forma de ejecución respetuosa de los deberes de corrección y lealtad

Concretamente, como señala la doctrina, el principio de buena fe implica atribuir significado a los textos considerando los siguientes criterios: (i) la lealtad y corrección en su elaboración, lo que supone que la intención de las partes fue expresarse con honestidad, sin buscar confusiones ni oscuridades; y (ii) que el sentido adoptado sea el que mejor se avenga con el desenvolvimiento leal de la relación contractual.

[...]

En conclusión, se confirmará este punto de la decisión impugnada porque Constructora Douquem estaba obligada a pagar una suma determinada de \$474'000.000 por la mayor permanencia del Interventor de Obra, derivada de la prórroga del plazo del contrato cuya ejecución estaba a su cargo y era objeto de seguimiento

SOBRECOSTOS – Hecho imprevisible – aplicabilidad

En el expediente no hay prueba de las razones que motivaron esta modificación ni de una eventual insuficiencia de la suma para cubrir los costos de su elaboración. Con todo, el contratista aceptó expresamente esta condición al presentar su oferta por este ítem por un valor total de \$19'977.196. Además, no se acreditó que durante la ejecución del contrato sobreviniera un hecho imprevisible al momento de presentar la oferta que hiciera excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación ya ejecutada y, por tanto, no susceptible de revisión (Código de Comercio, art. 868). En consecuencia, le corresponde a Constructora Douquem asumir por su cuenta los eventuales sobrecostos

que se hubieran causado (que no fueron probados), tal como lo establecieron los TCC al señalar que “*no se reconocerá costo alguno al contratista*” en la hipótesis de “*valores mal estimados en su propuesta*” y por reclamaciones basadas en que “*los costos ofrecidos son más bajos a los de mercado*”.

MAYOR PERMANENCIA EN OBRA – Causas – Imputables al dueño de la obra – Indemnización de perjuicios al contratista – Eventos externos – Distribución de riesgos contractuales – Riesgo previsto – Determinación – Soporte de los costos

Como ha señalado la Subsección, en determinados contratos, la ampliación del plazo de ejecución puede generar costos adicionales. Aunque el alcance de la obra o de los servicios inmateriales no se modifiquen, la extensión del tiempo para completar las actividades implica que el contratista deba mantener activos recursos como personal, campamentos u otros, lo que incrementa los costos asociados al cumplimiento del objeto contractual, pese a que los ingresos, representados en el precio pactado, permanezcan constantes. Esta situación, si bien no cuenta con una definición legal, se designa comúnmente como mayor permanencia.

Para determinar quién debe soportar los costos derivados de la mayor permanencia, se deben valorar sus causas. En principio, si la causa determinante de la extensión del plazo consiste en un incumplimiento imputable al dueño de la obra, este debe asumir dichos costos mediante el pago de una indemnización de perjuicios al contratista que los soportó (Código Civil, art. 1613). Por otra parte, si la prórroga no se origina en el comportamiento antijurídico de las partes, sino en eventos externos y sobrevenidos que afectan la economía del contrato y la programación de obra, el análisis se traslada al esquema de distribución de riesgos contractuales. En este caso, si un riesgo previsto es el causante de la mayor permanencia y fue asumido por la entidad contratante, esta debe asumir sus consecuencias patrimoniales conforme al mecanismo pactado en el contrato.

A la inversa, si la causa determinante de la mayor permanencia es un incumplimiento imputable al contratista, este debe soportar los costos asociados, sin que sea procedente trasladárselos al contratante, pues nadie puede beneficiarse de su propia culpa. Del mismo modo, le corresponde asumir dichos costos cuando la causa obedece a la materialización de un riesgo que, conforme al contrato, fue asumido por él.

SALVEDADES – Autonomía de la voluntad – Efectos derivados de incumplimiento – Artículo 1602 del Código Civil

La Subsección ha señalado que no puede suponerse que los acuerdos derivados del incumplimiento de una obligación contractual tengan, por sí solos, la virtud de purgar ese incumplimiento y exonerar de responsabilidad a la parte incumplida, ni que la falta de salvedades genere necesariamente dicho efecto. Por ello, ha precisado que “es menester que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, así se manifieste de manera expresa, a través de renuncias a las futuras reclamaciones”. Ahora bien, esta exigencia no impide que las partes regulen, por sí mismas, los efectos derivados del incumplimiento. En tales casos, debe respetarse lo que haya sido convenido en virtud de lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil.

En el otrosí 4 no se incluyó una renuncia expresa del contratista a reclamar los costos derivados de la mayor permanencia. El precio del contrato tampoco fue modificado, por lo que no puede afirmarse que Constructora Douquem estuviera obligada a evaluar su suficiencia económica para cubrir los costos asociados a la mayor permanencia. En este contexto, y teniendo en cuenta que la competencia de la Sala frente a esta cuestión versa “únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante”.

[...]

[...] la Sala concluye que este factor, considerado para el cálculo del término de la prórroga, no constituye un incumplimiento contractual imputable al Fondo, pues no se acreditó que derivara de una conducta contraria al programa de obligaciones a su cargo. Por el contrario, se trató de la concesión de un plazo adicional al contratista para ejecutar obras de mitigación cuya necesidad fue identificada durante la Etapa de Diseños y que ya había motivado la adición y la prórroga pactadas en el otrosí 21. El nuevo término

concedido para su ejecución se otorgó pese a que, en ese mismo otrosí, ya se había ampliado el plazo en un mes y veinte días, circunstancia que generó las discrepancias señaladas por el Interventor de Obra.

MAYORES CANTIDADES DE OBRAS – Reconocimiento – Aplica sobre lo no pactado – Circunstancias imprevisibles – Cláusulas pactadas – Buena fe negocial

Las partes previeron que podrían reconocerse mayores cantidades de obra si estas se originaban en circunstancias que no podían preverse en la Etapa de Diseños. En tales casos, Constructora Douquem estaba facultada para seguir presentando el registro acumulado de cantidades de obra. Si dichas cantidades superaban las estimaciones del presupuesto aprobado por hechos imprevisibles, podía exigir su pago con fundamento en el precio unitario pactado para el ítem correspondiente. Esta interpretación se ajusta a una lectura sistemática del contrato (Código Civil, art. 1622) y al principio de conservación del efecto útil de las cláusulas contractuales, conforme al cual debe preferirse el sentido que produzca efectos jurídicos sobre aquel que los prive de eficacia (Código Civil, art. 1620).

Establecido el alcance de la cláusula tercera del otrosí 2, la Sala precisa que no tiene carácter abusivo, como afirmó Constructora Douquem. Son características arquetípicas de este tipo de estipulaciones: (i) que su negociación no haya sido individual; (ii) que lesionen los requerimientos derivados de la buena fe negocial, entendida objetivamente como probidad o lealtad; y (iii) que generen un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones asumidos por las partes. En el presente caso, no se probó que las cláusulas del otrosí 2, relativas a la modificación del esquema de remuneración en la Etapa de Construcción, hubiesen sido impuestas de forma unilateral por el Fondo ni que el contratista estuviera excluido de su configuración. Por el contrario, los considerandos y el parágrafo sexto de dicho documento evidencian la intervención directa del contratista en su redacción.

Tampoco se acreditó que el contenido obligacional previsto en el parágrafo cuarto se hubiera pactado en contravía de las exigencias de la buena fe ni se demostró que generara un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones asumidos por las partes. La modificación de las reglas de pago aplicables a la construcción de las veintiún sedes se sustentó en razones jurídicas y económicas que justificaban la fijación de una suma fija por sede con base en el VPA. Ello obedecía a que el contratista elaboró la ingeniería de detalle y definió las cantidades de obra respectivas, lo que lo situaba en mejor posición para asumir el riesgo derivado de sus variaciones. De este modo, se reducía la exposición del Fondo al riesgo constructivo y se evitaba que eventuales sobrecostos comprometieran la ejecución oportuna del proyecto.

[...]

En síntesis, conforme a lo pactado en el otrosí 2, Constructora Douquem solo podía obtener el reconocimiento y pago de las mayores cantidades de obra ejecutadas en la construcción de las veintiún sedes educativas, si acreditaba: (i) que se originaron en hechos imprevisibles durante la Etapa de Diseño; (ii) que contaban con aprobación previa del Interventor de Obra, procurando no exceder el VPA; y (iii) que no derivaban de faltantes o imprecisiones en los estudios técnicos y diseños realizados.



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D. C., primero (1º) de septiembre de dos mil veinticinco (2025)

Expediente: 25000233600020180111402 (71.063)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Medio de control: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL Y BUENA FE - Aunque el Código Civil no lo incluye expresamente entre los criterios hermenéuticos previstos en el Título XIII de su Libro IV, la interpretación contractual debe estar orientada por dicho principio. / MAYOR PERMANENCIA EN OBRA - Para determinar quién debe soportar los costos derivados de la mayor permanencia, se deben valorar sus causas. En principio, si la causa determinante de la extensión del plazo consiste en un incumplimiento imputable al dueño de la obra, este debe asumir dichos costos mediante el pago de una indemnización de perjuicios al contratista que los soportó. Por otra parte, si la prórroga no se origina en el comportamiento antijurídico de las partes, sino en eventos externos y sobrevenidos que afectan la economía del contrato y la programación de obra, el análisis se traslada al esquema de distribución de riesgos contractuales.

Surtido el trámite de ley, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A.

La controversia versa sobre un contrato celebrado para elaborar los diseños y ejecutar las obras de restauración de veintitrés sedes educativas afectadas por el fenómeno de La Niña entre 2010 y 2011. La entidad estatal reclamó que el contratista asumiera parte de los costos correspondientes a los honorarios del interventor, quien prestó sus servicios durante un plazo mayor al inicialmente previsto debido a las sucesivas prórrogas del contrato objeto de seguimiento técnico. Por su parte, el contratista —que presentó demanda de reconvenCIÓN— solicitó declarar la responsabilidad de la entidad por diez eventos diferentes.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. El 7 de diciembre de 2023, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, dictó la siguiente decisión¹:

“PRIMERO: ACCEDER parcialmente a las pretensiones de la demanda principal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, reconocer que a favor del FONDO DE ADAPTACIÓN se causó una mayor permanencia de interventoría por valor de \$474.000.000, según lo acordado por las partes en el Otro Si No. 5 y de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

¹ La transcripción es literal e incluye errores.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

TERCERO: LIQUIDAR judicialmente el Contrato No. 113 de 2013 celebrado entre el Fondo de Adaptación y la sociedad Constructora Douquem, conforme a la parte motiva de la presente providencia, es decir, con un saldo a favor de la parte actora de \$474.000.000.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda principal.

QUINTO: NEGAR las pretensiones de la demanda de reconvenCIÓN.

SEXTO: Sin condena en costas ni agencias en derecho.

SÉPTIMO: Por Secretaría de la Sección Tercera NOTIFICAR esta decisión (...).

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por secretaría de la sección los gastos ordinarios del proceso y en caso de remanentes devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad con lo establecido por los artículos 7 y 9 del Acuerdo N° 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura².

2. La anterior providencia resolvió la demanda presentada por el Fondo Adaptación (en adelante, el “Fondo”) contra Constructora Douquem S.A.S. (en adelante, “Constructora Douquem”) y la demanda de reconvenCIÓN presentada por esta, cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos de derecho se sintetizan a continuación.

Demandas principales

3. El Fondo solicitó que se liquide el contrato 123 de 2013 y se establezca que existe un saldo a su favor de \$409'880.442. Este valor resulta de sumar \$1.075'269.550, por concepto de mayor permanencia del interventor, más \$231'336, por deducciones no practicadas al contratista, para luego restar de dicho subtotal \$665'620.444, correspondientes a la retención en garantía practicada a Constructora Douquem³.

4. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se condene a Constructora Douquem a pagar: (i) \$1.075'269.550, por costos asociados a la mayor permanencia del interventor, de los cuales \$474'000.000 corresponden a lo pactado en el otrosí 5 del 28 de julio de 2015 y \$601'259.550 a las extensiones de plazo convenidas en los otrosíes 6 a 15; y (ii) \$231.336, por deducciones no practicadas al contratista. Además, pidió que sobre las anteriores sumas se liquiden intereses moratorios y que se condene en costas a la parte demandada.

5. En apoyo de sus pretensiones, relató los siguientes hechos:

6. El 5 de julio de 2013, el Fondo y Constructora Douquem celebraron el contrato 123, cuyo objeto consistía en elaborar los diseños y ejecutar las obras de restauración de veintitrés sedes educativas del departamento de Cundinamarca, afectadas por el fenómeno de La Niña ocurrido entre 2010 y 2011. La ejecución se estructuró en dos etapas: en la primera, el contratista debía elaborar los estudios detallados de riesgo, los diseños y demás estudios técnicos, así como adelantar los trámites necesarios para iniciar la obra (en adelante, la “Etapa de Diseños”); en la segunda, debía realizar las actividades de socialización, construir las obras y entregarlas en funcionamiento

² Samai Tribunal, Índice 075.

³ Cuad. 1, pp. 8 – 19.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

(en adelante, la “Etapa de Construcción”). El plazo se pactó en ocho meses y el valor se estimó en \$6.668'131.523.

7. La Etapa de Diseños inició el 14 de agosto de 2013 y debía concluir el 12 de noviembre del mismo año. Posteriormente, el 23 de enero de 2014, el Fondo celebró con Ingetec S.A. (en adelante, el “Interventor de Obra”) el contrato 028, cuyo objeto consistía en efectuar el seguimiento técnico de las actividades constructivas ejecutadas por Constructora Douquem.

8. El 1.^º de abril de 2014, las partes suscribieron el otrosí 1, mediante el cual prorrogaron el plazo del contrato por seis meses y nueve días calendario. De ese término adicional, un mes y nueve días se asignaron para que el contratista entregara los productos pendientes de la Etapa de Diseños, y los cinco meses restantes se destinaron a ampliar el plazo de la Etapa de Construcción.

9. La Etapa de Diseños concluyó el 19 de agosto de 2014. El 23 de septiembre del mismo año inició la Etapa de Construcción, que debía finalizar el 13 de diciembre de 2014.

10. El 22 de septiembre de 2014, las partes suscribieron el otrosí 2, mediante el cual: (i) excluyeron del objeto del contrato las sedes educativas Balconcitos y El Molino; (ii) prorrogaron el plazo por un mes y veinte días; y (iii) adicionaron \$517'115.896 para remunerar obras de mitigación identificadas como necesarias en la Etapa de Diseños. Posteriormente, el 12 de diciembre del mismo año, celebraron el otrosí 3, que prorrogó nuevamente el plazo por dos meses y diez días. Además, el contrato fue suspendido entre el 20 de febrero y el 30 de marzo de 2015.

11. El 31 de marzo de 2015, las partes suscribieron el otrosí 4, por medio del cual prorrogaron el plazo del contrato por 117 días adicionales. Posteriormente, el 28 de julio del mismo año, firmaron el otrosí 5 y acordaron una nueva prórroga por cinco meses y dos días. En este último, también establecieron que Constructora Douquem asumiría el pago de \$474'000.000, destinados a cubrir los honorarios que el Fondo debía abonar al Interventor de Obra por la prestación de sus servicios durante dicho periodo adicional.

12. Entre el 30 de diciembre de 2015 y el 11 de noviembre de 2016, el Fondo y Constructora Douquem suscribieron los otrosíes 6 a 15, mediante los cuales prorrogaron sucesivamente el plazo del contrato hasta el 18 de noviembre de 2016. En esa fecha concluyó la Etapa de Construcción e inició la fase de liquidación, con una duración prevista de seis meses. No obstante, las partes no lograron un acuerdo sobre su contenido, y el Fondo no la efectuó de manera unilateral por carecer de esta facultad. Finalmente, el 25 de octubre de 2017, el Interventor de Obra y Constructora Douquem firmaron las actas de entrega de las obras de construcción de las instituciones educativas.

13. Como fundamento jurídico de sus pretensiones, el Fondo citó el Decreto Legislativo 4819 de 2010 para precisar que su actividad contractual se rige por el derecho privado y no está sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP). Además, invocó el artículo 1602 del Código Civil y



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

sostuvo que Constructora Douquem incumplió sus obligaciones contractuales, al no pagar la suma de \$474'000.000 que se comprometió a trasladar al Fondo para cubrir los honorarios del Interventor de Obra durante el periodo adicional derivado de la prórroga acordada en el otrosí 5. También sostuvo que, aunque las causas que motivaron las prórrogas pactadas en los otrosíes 6 a 15 eran imputables al contratista, este no accedió a asumir el costo de los honorarios del interventor por su mayor permanencia, a diferencia de lo ocurrido en el otrosí 5.

Contestación de la demanda principal

^{14.} Constructora Douquem se opuso a la prosperidad de las pretensiones⁴. Sostuvo que el contratista no asumió la obligación de pagar al Fondo \$474'000.000, ya que lo pactado en el otrosí 5 fue el compromiso de abonar hasta dicha suma, dependiendo de los costos en que efectivamente hubiese incurrido el Interventor de Obra por su mayor permanencia. Agregó que, conforme al dictamen pericial aportado con la contestación, tales erogaciones ascendían tan solo a \$63'606.833. Por otra parte, argumentó que era improcedente el reconocimiento de los costos asumidos por el Fondo debido a la mayor permanencia del Interventor de Obra generada por los otrosíes 6 a 15, ya que la entidad no incorporó salvedades que le permitieran reservarse el derecho de reclamar ese pago.

^{15.} Formuló la excepción de “pagos indebidos a la interventoría” señalando que, en las prórrogas al contrato de interventoría derivadas de los otrosíes 8 a 14 del contrato objeto de seguimiento técnico: (i) se declaró que no se reconocerían nuevas sumas al Interventor de Obra; (ii) se acordó la ampliación del plazo sin que este dejara salvedades; y (iii) se precisó que, a pesar de la mayor permanencia, no se adicionarían recursos porque aún existían fondos comprometidos sin ejecutar. Con base en lo anterior, sostuvo que, si el Fondo efectuó pagos al Interventor de Obra, estos constituirían un pago no debido, cuyo costo no podía trasladarse a Constructora Douquem. Por otro lado, propuso la excepción de contrato no cumplido, alegando que el Fondo entregó el anticipo pactado de forma extemporánea y retrasó el pago de las actas de obra, lo que generó una situación crítica de déficit de flujo de caja para el contratista.

Demandas de reconvenCIÓN

^{16.} Constructora Douquem, por su parte, solicitó que se declare la responsabilidad contractual del Fondo por hechos ocurridos en ambas etapas de ejecución del contrato⁵. En la Etapa de Diseños, por el impago de: (i) las mayores cantidades de diseño ejecutadas; (ii) los mayores costos asumidos por la elaboración de los estudios detallados de riesgos; (iii) el valor de los diseños de las instituciones El Molino y Balconcitos; y (iv) el cumplimiento tardío de la obligación de pagar los diseños

⁴ Cuad. 1, pp. 28–78.

⁵ El 19 de marzo de 2019, el contratista presentó la demanda de reconvenCIÓN dentro del término de traslado de la demanda inicial (Cuaderno 6, pp. 1–110). En los primeros diez días del traslado de la demanda de reconvenCIÓN, reformó su escrito para adicionar pretensiones, hechos y medios de prueba (Cuaderno 6, pp. 120–268). El Tribunal admitió la reforma el 26 de julio de 2019. La síntesis de la demanda de reconvenCIÓN se elabora con base en el texto reformado, al igual que su contestación. Las pretensiones de la demanda de reconvenCIÓN reformada se transcribirán en notas al pie de página en cada uno de los apartados en que se analicen los reparos formulados en relación con ellas.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

contratados. En la Etapa de Construcción, por los retrasos en: (v) la entrega del anticipo pactado; (vi) el pago de las actas parciales de obra; y (vii) la devolución de las sumas retenidas en garantía una vez vencido el plazo para la liquidación bilateral; así como por el impago de: (viii) los costos de mayor permanencia en que incurrió con ocasión del otrosí 4; (ix) la suma resultante del reajuste de los precios unitarios pactados; y (x) las mayores cantidades de obra ejecutadas⁶.

^{17.} En subsidio de lo anterior, solicitó que se ordene el pago de las sumas no abonadas por el Fondo, así como los intereses causados sobre las pagadas tardíamente, sin señalar de manera específica el título jurídico en virtud del cual afirmaba tener estos derechos⁷. Además, pidió que se liquide judicialmente el contrato, reconociendo las sumas reclamadas, y que se calculen intereses de mora sobre el saldo a su favor a partir del vencimiento del plazo para efectuar la liquidación bilateral⁸.

^{18.} Por último, solicitó que se declare el incumplimiento del Fondo por la prolongación en la ejecución del contrato y el pago de los perjuicios materiales ocasionados⁹, así como la condena en costas a la entidad¹⁰.

^{19.} Sobre el sustento fáctico de las pretensiones, la Sala se ocupará de su examen en el marco del análisis de los reparos planteados en el recurso de apelación.

^{20.} Como fundamento jurídico de sus pretensiones, citó los artículos 26 de la Ley 80 de 1993 y 8 de la Ley 1150 de 2007, y sostuvo que el Fondo incumplió las cargas derivadas del principio de planeación al suministrar un estudio de amenazas con deficiencias técnicas, omitir la definición clara de los parámetros para la aprobación de los estudios detallados de riesgos y subestimar los costos asociados a su elaboración. Precisó que esta situación se originó en la ejecución defectuosa de las obligaciones del consorcio conformado por Gutiérrez Díaz y Cía. S.A.S. e Ingetec S.A., consultor encargado de elaborar el estudio de amenaza y definir las bases técnicas del pliego de condiciones del proceso licitatorio que culminó con la suscripción del contrato. Con base en ello, indicó que se generó un desequilibrio económico del contrato por una causa no imputable al contratista y solicitó el pago de los mayores costos asumidos en la elaboración de los estudios detallados de riesgos, así como de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del cronograma de pagos previsto para la Etapa de Diseño.

^{21.} Adujo que, conforme a los principios de comutatividad y equivalencia de las prestaciones, el Fondo debía asumir el pago de las mayores cantidades de diseño y del valor correspondiente a los estudios elaborados para las instituciones El Molino y Balconcitos. Indicó, además, que los diseños ofertados se referían exclusivamente al área de la edificación y no incluían los espacios exteriores necesarios para el funcionamiento de las sedes educativas. Añadió que tenía derecho a dicho reconocimiento económico, dado que la decisión de no construir las dos sedes de El

⁶ Pretensiones 1, 1.1, 1.1.1, 3, 3.1, 3.1.1, 4, 4.1, 4.2, 5, 5.1, 5.2, 6, 6.1, 6.1.1., 8, 8.1, 8.1.1, 10, 10.1, 11, 11.1, 11.2, 12, 12.1, 12.2, 13, 13.1 y 13.2.

⁷ Pretensiones 2, 2.1, 3.2, 3.2.1, 4.3, 4.4, 5.3, 5.3.1, 7, 7.1, 9, 9.1, 10.2, 10.3, 11.3, 11.4, 12.3, 12.4, 14 y 14.1.

⁸ Pretensiones 15, 15.1. y 16.

⁹ Pretensiones 17 y 17.1.

¹⁰ Pretensión 18.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

Molino y Balconcitos se adoptó tardíamente, cuando los estudios ya habían sido elaborados y los permisos tramitados.

22. Invocó el principio de normatividad de los contratos para afirmar que el Fondo debía reconocer los perjuicios derivados de la mora en la entrega del anticipo y del pago tardío de los diseños y las actas de obra. Asimismo, citó los artículos 4 y 5 de la Ley 80 de 1993 para justificar la pretensión de que se ordene el pago de los costos de mayor permanencia en obra derivados de la suscripción del otrosí 4 del contrato. Sostuvo que las causas que motivaron dicha prórroga no le eran imputables, de modo que tenía derecho al reconocimiento de los gastos adicionales en que incurrió.

23. Adujo que las obras debían pagarse conforme al sistema de precios unitarios, por lo que el Fondo estaba obligado a reconocer las mayores cantidades ejecutadas. Precisó que, aunque el contrato establecía que el valor final de la obra no podía superar en más de un 10% el presupuesto aprobado en la Etapa de Diseños, dichas cantidades fueron ejecutadas por instrucción del Interventor de Obra, razón por la cual debían ser pagadas. Agregó que se debía hacer “caso omiso” de cualquier estipulación que limitara ese reconocimiento, por cuanto (i) configuraría una cláusula abusiva, (ii) es contraria a la naturaleza de los contratos de obra a precios unitarios e (iii) implicaría una renuncia anticipada al derecho a la preservación del equilibrio económico del contrato.

24. Adujo que el reajuste de precios constituye uno de “*los aleas que se reconocen en la contratación estatal*”, razón por la cual el Fondo debía pagar el valor resultante de aplicar el reajuste a los precios unitarios pactados, habida cuenta de los sucesivos cambios de vigencia durante la etapa de ejecución del contrato. En cuanto a la devolución de la retención en garantía, expuso que, además de no haberse efectuado su reintegro al vencimiento del término de la liquidación bilateral, existía una discrepancia entre el pliego de condiciones —que fijaba un porcentaje del 10%— y el contrato —que lo elevó al 20%—. Sobre este punto, argumentó que debía prevalecer lo dispuesto en el pliego, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y con la pauta de interpretación en favor del deudor prevista en el artículo 1624 del Código Civil.

Contestación de la demanda de reconvenCIÓN

25. El Fondo se opuso a las pretensiones del contratista¹¹. Sostuvo que no procedía el pago de las mayores cantidades de diseño, dado que en el pliego de condiciones se definió con precisión el área a considerar para su reconocimiento. Afirmó que tampoco era procedente reconocer los mayores costos asumidos por la elaboración de los estudios detallados de riesgos, pues su valor fue determinado libremente por Constructora Douquem en la oferta presentada. En cuanto a los diseños de las instituciones El Molino y Balconcitos, indicó que el pliego facultaba al Fondo para prescindir de su ejecución sin que ello diera lugar a reclamación alguna. Agregó que

¹¹ En la contestación de la demanda de reconvenCIÓN (cuaderno 6, pp. 335 – 372), el Fondo llamó en garantía Ingetec S.A.S (Interventor de Obra) y JMalucelli Travelers Seguros (que garantizó el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de intervención). En auto del 20 de mayo de 2022 (Samai Tribunal, Índice 040), el Tribunal Administrativo negó el llamamiento en garantía, providencia que no fue impugnada por el Fondo.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

la exclusión de dichas sedes se formalizó mediante el otrosí 2, sin que el contratista presentara salvedades al respecto. Finalmente, señaló que el valor de los diseños fue pagado conforme a las condiciones establecidas en el contrato, que incluían su aprobación por parte del interventor.

26. Por otra parte, sostuvo que el anticipo se entregó conforme a las condiciones pactadas para la Etapa de Construcción y que las actas de obra fueron pagadas oportunamente. Afirmó que no hubo un incumplimiento respecto de la devolución de la retención en garantía, pues su exigibilidad estaba supeditada a la firma del acta de liquidación bilateral, la cual no fue suscrita por el contratista. Indicó que era improcedente el reconocimiento de los sobrecostos derivados de la mayor permanencia en obra generada por el otrosí 4, porque no se manifestaron salvedades al suscribirlo; los costos directos fueron remunerados mediante las actas mensuales; y los gastos administrativos estaban cubiertos a través del componente de administración, imprevistos y utilidad (AIU) incluido en los precios unitarios pactados.

27. Señaló que no procedía el reconocimiento de un saldo derivado del reajuste de precios, porque el contratista conocía que el contrato se ejecutaría en más de una vigencia y suscribió los acuerdos modificatorios del plazo sin dejar salvedades. Finalmente, sostuvo que no debían reconocerse los costos por mayores cantidades de obra, ya que el contratista fue el responsable de la elaboración del presupuesto de la Etapa de Construcción y que, en virtud de la adición pactada en el otrosí 2, se estableció un nuevo valor de presupuesto aprobado (VPA), razón por la cual no se harían más adiciones presupuestales.

28. Con fundamento en lo anterior, formuló las excepciones de “*inexistencia de incumplimiento atribuible al Fondo Adaptación*”, “*violación del principio de buena fe contractual y de la teoría del acto propio*”, “*cobro de lo no debido*”, “*inexistencia de responsabilidad imputable al Fondo Adaptación*” e “*inexistencia de daño imputable al Estado a título de falla del servicio*”.

Alegatos en primera instancia

29. Culminada la etapa probatoria¹², las partes presentaron sus alegatos de conclusión por escrito. El Fondo insistió en los fundamentos de su demanda y en los de la

¹² Mediante auto dictado en audiencia inicial (Samai Tribunal, Índice 53), el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes. En relación con la demanda principal presentada por el Fondo de Adaptación, se decretaron como prueba documental los elementos aportados, incluyendo el contrato de obra, el contrato de interventoría, el proyecto de liquidación y comunicaciones entre las partes. En relación con la contestación presentada por Constructora Douquem S.A.S., se decretaron los documentos allegados, entre los cuales se encuentran antecedentes contractuales, bitácoras de obra, actas de comité y correspondencia expedida por la interventoría. El Tribunal negó la solicitud de certificar los movimientos migratorios del director de interventoría por considerarla impertinente. También se decretaron los testimonios de José Nicolás Vallejo López (desistido en la audiencia de pruebas del 25 de noviembre de 2022), José Antonio Vinchira Morato (practicado), Alcides Prieto (practicado) y Luis Fernando Cardona Quintero (practicado), orientados a acreditar la asistencia del personal de interventoría en obra. Finalmente, se decretó como prueba pericial el dictamen técnico elaborado por la ingeniera civil Mercedes Alzate Marín, cuya comparecencia fue ordenada en audiencia para efectos de contradicción, conforme al artículo 228 del CGP. En lo relativo a la demanda de reconvenCIÓN presentada por Constructora Douquem S.A.S., se decretaron los documentos aportados, incluyendo antecedentes administrativos, licencias, planos y comunicaciones contractuales. Asimismo, se decretaron los mismos cuatro testimonios referidos, con el objeto de acreditar hechos relacionados con las etapas de diseño, construcción y las reclamaciones formuladas al Fondo. También se admitió el dictamen aportado con la reforma de la demanda de reconvenCIÓN, elaborado por la ingeniera Mercedes Alzate Marín, con apoyo del ingeniero topográfico Julián David Guerrero. Por último, respecto de la contestación a la



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

contestación de la reconvención, enfatizando que no debía conferirse valor probatorio al dictamen pericial aportado por el contratista, porque las valoraciones y conclusiones expresadas en él sobre los costos por la mayor permanencia del Interventor de Obra no tuvieron en cuenta las condiciones contractuales¹³. Por su parte, Constructora Douquem también hizo hincapié en los fundamentos fácticos y jurídicos de la contestación de la demanda principal y de su demanda de reconvención¹⁴. El Ministerio Público no se pronunció.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

^{30.} En relación con la **demandado principal** el Tribunal reconoció a favor del Fondo la suma de \$474'000.000, correspondiente a los costos asociados a la mayor permanencia del Interventor de Obra derivados del otrosí 5 del contrato. Concluyó que, en virtud de dicho acuerdo modificadorio, Constructora Douquem aceptó pagar los honorarios generados por la extensión del plazo durante la cual Ingetec continuó prestando servicios de seguimiento técnico a la obra. Indicó que ese valor fue fijado con base en una estimación realizada por la propia firma interventora, y que el contratista no formuló observaciones ni requirió desglosar los componentes que integraban la suma pactada.

^{31.} El Tribunal desestimó el dictamen pericial presentado por Constructora Douquem con la contestación de la demanda, orientado a demostrar que los costos reales de interventoría asociados a la mayor permanencia derivada del otrosí 5 eran inferiores a \$474'000.000. Precisó que dicho dictamen adolecía de tres deficiencias: (i) limitó el cálculo de los costos al periodo comprendido entre agosto y diciembre de 2015, pese a que debía computarse desde la fecha de inicio del contrato, como se había previsto en el indicado pacto modificadorio; (ii) no tuvo en cuenta los gastos administrativos asumidos por el interventor; y (iii) desatendió las especificaciones y anexos técnicos del pliego de condiciones y del contrato.

^{32.} El Tribunal negó el reconocimiento de las sumas reclamadas por el Fondo por concepto de mayor permanencia del Interventor de Obra derivada de los otrosíes 6 a 15 del contrato. Consideró que no era aplicable la sentencia de unificación dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 27 de julio de 2023, que precisó los efectos jurídicos de la suscripción de modificaciones contractuales sin salvedades frente a eventuales reclamaciones. En sustento de esta tesis, explicó que, tanto la presentación de la demanda como el inicio del término de caducidad se dieron antes de la expedición de dicha providencia. Con fundamento en ello, concluyó que las pretensiones del Fondo eran improcedentes, ya que no formuló salvedades al suscribir los referidos otrosíes. Además, sostuvo que la actora no acreditó que las causas de las prórrogas fueran imputables a Constructora Douquem y no demostró los mayores costos efectivamente asumidos por los servicios del interventor.

demandado de reconvención presentada por el Fondo de Adaptación, se decretaron como prueba documental los elementos aportados, entre ellos antecedentes contractuales, comunicaciones y el proyecto de acta de liquidación.

¹³ Samai Tribunal, Índice 072.

¹⁴ Samai Tribunal, Índice 071.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

33. En relación con la **demandada de reconvenCIÓN**, el Tribunal desestimó todas las pretensiones. Respecto de las “*mayores cantidades de diseño*” y los mayores costos asumidos por la elaboración de los estudios detallados de riesgos, sostuvo que era improcedente su pago porque, conforme al pliego de condiciones y el contrato, los diseños debían incluir las áreas exteriores a las sedes, no únicamente la zona de edificación, así como las obras para mitigar riesgos. Agregó que el contratista debió poner de presente su posición durante la ejecución del contrato, pero no lo hizo.

34. Además, planteó que el dictamen aportado con la reforma demanda de reconvenCIÓN no tenía suficiente mérito probatorio porque no precisó cuáles fueron los diseños adicionales de cada sede, la fecha de su entrega ni los costos asociados a cada uno. También destacó que en el otrosí 1, mediante el cual se amplió el plazo de la Etapa de Diseños, se señaló como causa de su suscripción el incumplimiento del contratista, y que en el otrosí 2, que adicionó el valor del contrato y del componente de diseños, el contratista no dejó salvedades.

35. Negó el pago del valor de los diseños de las instituciones El Molino y Balconcitos, aduciendo que el Fondo tenía la facultad contractual de excluir determinadas sedes del alcance del proyecto y que el riesgo asociado a tal exclusión fue asumido por el contratista. Además, precisó que los diseños de dichas sedes no fueron entregados antes de que el Fondo comunicara la decisión de no ejecutarlas, sino con posterioridad a esa determinación. Por último, destacó que en el otrosí 2 se estipuló de manera expresa que no se realizarían nuevas adiciones presupuestales.

36. Desestimó las pretensiones relacionadas con el pago tardío de los diseños, al concluir que el contratista no acreditó el cumplimiento de sus propias obligaciones. Indicó que el dictamen pericial aportado por Constructora Douquem no demostraba que los documentos de cobro se hubieran presentado conforme a las condiciones contractuales. Por las mismas razones, rechazó los reclamos relativos a la entrega extemporánea del anticipo correspondiente a la Etapa de Construcción y a la mora en el pago de las actas de obra. Finalmente, negó las pretensiones sobre la devolución tardía de la retención en garantía, con fundamento en que el contratista, en el otrosí 5, autorizó al Fondo a descontar de esa suma los honorarios pagados al Interventor de Obra por concepto de mayor permanencia.

37. Por otra parte, consideró improcedente el pago del valor resultante del reajuste de los precios unitarios pactados, dado que el dictamen no discriminó las facturas y tampoco “*determinó la sede educativa a la que corresponde [el reajuste]*”. Finalmente, desestimó las pretensiones relacionadas con los costos por mayor permanencia en obra generados por la prórroga pactada en el otrosí 4, pues el contratista no dejó salvedades en el documento suscrito por ambas partes y la copia aportada con anotaciones solo estaba firmada por él. Añadió que, en los considerandos del otrosí 3, se indicó que la prórroga fue motivada por el retraso en la entrega de los diseños. Además, sostuvo que no se acreditó la existencia de un vicio del consentimiento en la suscripción del otrosí 4.

38. Con fundamento en las anteriores consideraciones y en el proyecto de acta de liquidación bilateral del contrato elaborado por el Fondo —que no fue firmado por el contratista—, el Tribunal presentó el siguiente balance final:



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

Concepto	Valor
Valor del Contrato	\$7.185'247.417,55
Valor Pagado al Contratista	\$7.179'073.278
Saldo a favor del Fondo Adaptación por Mayor Permanencia de Interventoría	\$474'000.000
Deducciones no practicadas a favor del Fondo Adaptación	\$221'336,32
Retención Garantía a favor del contratista – Otrosí 5 Cláusula Cuarta	\$665'620.444

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

39. Constructora Douquem solicitó que se revoque la sentencia, se denieguen todas las pretensiones del Fondo y se acojan las formuladas en su demanda de reconvenCIÓN¹⁵. En cuanto a los fundamentos de su recurso, la Sala los expondrá al estudiar cada uno de los cargos planteados.

Trámite en segunda instancia

40. Dentro del término de ejecutoria del auto que admitió el recurso de apelación, el Fondo se pronunció sobre la alzada de Constructora Douquem reiterando los argumentos que presentó en los alegatos de conclusión formulados en primera instancia¹⁶. El Ministerio Público no rindió concepto.

III. CONSIDERACIONES

Objeto de la apelación

41. Conforme a los artículos 320 y 328 del CGP, corresponde a la Sala resolver los problemas jurídicos que plantean los reparos formulados por Constructora Douquem contra la sentencia impugnada. En atención a su número, estos problemas se enunciarán al inicio de cada uno de los apartados en que se aborde su análisis. Para su resolución ordenada, se adoptará el siguiente plan de exposición.

42. Inicialmente, (i) la Sala abordará los reparos dirigidos contra la decisión de condenar a Constructora Douquem al pago de los costos derivados de la mayor permanencia del Interventor de Obra, conforme a lo pactado en el otrosí 5 del contrato objeto de la controversia.

43. Posteriormente, examinará los reparos formulados frente a los argumentos aducidos para negar las pretensiones de la demanda de reconvenCIÓN. En primer lugar, se analizarán los concernientes a la Etapa de Diseños, que comprenden los reclamos por impago de (ii) las mayores cantidades de diseño ejecutadas, (iii) los mayores costos asumidos por la elaboración de los estudios detallados de riesgos y (iv) el valor de los diseños de las instituciones El Molino y Balconcitos; así como el reclamo por (v) el pago tardío de los diseños contratados.

¹⁵ Samai Tribunal, Índice 085.

¹⁶ Samai Consejo de Estado, Índice 09.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

44. En segundo lugar, se examinarán los asuntos correspondientes a la Etapa de Construcción. Estos comprenden, por una parte, los reclamos por impago de (vi) los costos de mayor permanencia generados por el otrosí 4, (vii) la suma resultante del reajuste de los precios unitarios pactados y (viii) las mayores cantidades de obra ejecutadas; y, por otra parte, los reclamos por cumplimiento tardío de las obligaciones de (ix) entrega del anticipo pactado, (x) pago de las actas parciales de obra y (xi) devolución de las sumas retenidas en garantía tras el vencimiento del plazo previsto para la liquidación bilateral.

45. Finalmente, (xii) con fundamento en las conclusiones a las que arribe en relación con los anteriores asuntos, la Sala se pronunciará sobre la liquidación judicial del contrato.

46. El Tribunal no enunció expresamente las razones para negar las pretensiones 17 y 17.1 de la demanda de reconvenCIÓN reformada. En ellas, el contratista solicitó, en términos generales, declarar el incumplimiento del Fondo por la prolongación en la ejecución del contrato y ordenar el pago de los perjuicios materiales ocasionados¹⁷. A diferencia del reparo formulado en el recurso de apelación por la falta de motivación en la negativa de las pretensiones sobre mayores cantidades de obra, respecto de esas dos pretensiones (17 y 17.1) no se expuso motivo alguno de inconformidad. Por tanto, no procede su revisión en segunda instancia. En todo caso, como se expondrá más adelante, Constructora Douquem no tiene derecho a obtener sumas adicionales al precio pactado por las prórrogas que ampliaron el plazo de ejecución del contrato.

47. Como premisa transversal a los asuntos por resolver, la Sala estudiará el régimen jurídico aplicable al contrato objeto de la controversia.

48. El artículo 38 de la Ley 153 de 1887 dispone que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración, salvo dos excepciones: (i) las relativas al modo de reclamar en juicio los derechos derivados del contrato y (ii) las que imponen penas para el caso de infracción de lo estipulado, evento en el cual esta se sanciona conforme a la ley vigente al momento de la infracción.

49. El contrato celebrado entre el Fondo y Constructora Douquem se perfeccionó el 5 de julio de 2013, con la firma de las partes (cláusula vigésima tercera). El artículo 7.º del Decreto Legislativo 4819 de 2010 —por el cual se creó el Fondo— establecía que “los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de su objeto, cualquiera sea su índole o cuantía, se regirán por el derecho privado y estarán sujetos a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007”. Esta disposición fue declarada condicionalmente exequible en la sentencia C-251 de 2011, en el entendido de que “el régimen contractual allí previsto tendrá

¹⁷ “17. PRETENSIÓN PRINCIPAL. Que se declare el incumplimiento del contrato de obra pública Nro. 123 de 2013 por parte del FONDO ADAPTACIÓN, debido a la prolongación en el tiempo de su ejecución por causas ajenas a mi procurado e imputables a la entidad estatal contratante. / 17.1. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al FONDO ADAPTACIÓN a pagar a mi procurada, perjuicios materiales, daño emergente, consistente en sobrecostos que tuvo que asumir ante el sector financiero, banco BBVA, los que corresponden a los intereses de mora y los costos del proceso, que ascienden a la suma de SETENTA Y UN MILLONES TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTICINCO PESOS CON NOVENTA CENTAVOS M/CTE (\$71.034.525,90). Este valor fue calculado a la fecha 15 de mayo de 2019”.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014, inclusive”¹⁸. Posteriormente, las Leyes 1753 de 2015 (art. 155) y 1955 de 2019 (art. 46) precisaron el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por esta entidad.

50. El contrato se celebró antes del 31 de diciembre de 2014, fecha hasta la cual resultaba aplicable el régimen contractual previsto en el artículo 7.^º del Decreto 4819 de 2010. Asimismo, su perfeccionamiento antecedió la expedición de las Leyes 1753 de 2015 y 1955 de 2019, que no establecieron una aplicación con efectos retroactivos ni retrospectivos. En consecuencia, el régimen jurídico aplicable tanto al contrato objeto de controversia como a las quince modificaciones introducidas mediante otrosíes¹⁹ —cuyo contenido será analizado más adelante— es, de manera principal, el derecho privado. No obstante, también son aplicables los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal (Constitución Política, arts. 209 y 267; Ley 1150 de 2007, art. 13), así como de las normas que atribuyen facultades excepcionales al derecho común en materia de interpretación, modificación y terminación unilateral del contrato, y de declaratoria de caducidad (Ley 80 de 1993, arts. 14 a 18).

51. La precisión sobre el régimen jurídico aplicable al contrato tiene dos implicaciones relevantes para el caso. En primer lugar, el Fondo no contaba con la facultad de liquidar unilateralmente el contrato, toda vez que el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 —norma que atribuye esa competencia a las entidades estatales— no hacía parte del régimen jurídico aplicable al vínculo contractual. En segundo lugar, no resultan aplicables las disposiciones de la Ley 80 de 1993 que consagran el derecho del contratista al restablecimiento del equilibrio económico por la ocurrencia de eventos imprevistos y no imputables a su conducta (arts. 5.1 y 27)²⁰. Por consiguiente, las consecuencias jurídicas derivadas de cambios sobrevenidos en las circunstancias deben examinarse a la luz del derecho privado, en particular del artículo 868 del Código de Comercio, que establece que el deudor podrá solicitar la revisión del contrato cuando, en contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida, ocurran circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, posteriores a su celebración, que alteren o agraven en exceso la prestación futura a su cargo.

52. Establecido en líneas generales el régimen jurídico aplicable al contrato, la Sala procede a examinar los doce asuntos que integran el objeto del recurso de apelación.

(i) La mayor permanencia del Interventor de Obra derivada del otrosí 5

53. La Sala debe establecer si, conforme a lo pactado en el otrosí 5, la obligación del contratista consistía en reembolsar al Fondo los costos efectivamente incurridos por el

¹⁸ C.C., Sent. C-251 abr. 6/2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁹ C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 47.201 (consideración 3.4.1.2), nov. 20/2020. M.P. José Roberto Sáchica Méndez. En el mismo sentido, C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 48.801, may. 10/2017. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico: “(...) resulta improcedente entender que la modificación de las obligaciones contractuales y la prórroga del plazo y del valor del contrato varían el régimen inicialmente pactado en el contrato, pues esto sería tanto como invertir el principio general, según el cual, lo principal sigue la suerte de lo accesorio e ir en contravía de las disposiciones sobre la interpretación de la ley en el tiempo que consagra la ley 153 de 1887”.

²⁰ Al respecto, véase: C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 69.580 (párrs. 83 a 97), feb. 21/2025. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

Interventor de Obra encargado del seguimiento técnico del proyecto, mas no en pagar una suma fija predeterminada²¹.

54. La Sala confirmará la condena impuesta porque, en virtud del otrosí 5, Constructora Douquem se obligó a pagar una suma determinada de \$474'000.000 por la mayor permanencia del Interventor de Obra causada por la prórroga del plazo del contrato cuya ejecución era objeto de seguimiento. Las razones que sustentan esta conclusión se presentan a continuación.

55. El otrosí 5 se suscribió el 28 de julio de 2015, con posterioridad al Acta de Inicio de la Etapa de Construcción, firmada el 23 de septiembre de 2014²². En su cláusula primera, las partes acordaron prorrogar el plazo del contrato por cinco meses y dos días, de modo que este vencería el 30 de diciembre de 2015. En las cláusulas tercera y cuarta, regularon la obligación del contratista de asumir el pago de los honorarios del Interventor de Obra derivados, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA TERCERA - PAGO DE HONORARIOS DE INTERVENTORÍA POR MAYOR PERMANENCIA: De conformidad con lo pactado en el Anexo 3, numeral 2.2.3., de los Términos y Condiciones Contractuales de la Convocatoria Abierta 007 de 2013, de la cual se derivó el contrato No. 123 de 2013, el contratista pagará al Fondo hasta la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (\$474.000.000) INCLUIDO IVA, por mayor permanencia de la intervención con ocasión de la prórroga objeto del presente otrosí. / CLÁUSULA CUARTA - AUTORIZACIÓN DE DESCUENTO: Por este medio el CONTRATISTA autoriza al FONDO a descontarle del valor de la retención pactada en el contrato 123 de 2013, el monto señalado en la cláusula anterior, en un sólo contado, para cubrir el costo de intervención por mayor permanencia en obra”²³.

56. En el numeral 26 del apartado 2.2.3 del Anexo 3 de los Términos y Condiciones Contractuales (en adelante, “TCC”), citado en la cláusula tercera del otrosí, se enunció la siguiente obligación a cargo de Constructora Douquem: *“Si se presenta el caso de mayor tiempo de ejecución del contrato, debido a causas imputables al contratista sin justa causa, el contratista deberá asumir el valor de la intervención de obra durante el tiempo adicional requerido para la terminación de la misma, a los mismos costos pactados entre el FONDO ADAPTACIÓN y el Interventor”²⁴.* En línea con esta previsión, los considerandos del otrosí 5 indicaron que las causas de la prórroga eran jurídicamente atribuibles al contratista y consignaron los antecedentes que condujeron al acuerdo para que Constructora Douquem asumiera los costos derivados de la mayor permanencia del Interventor de Obra.

²¹ En el recurso de apelación, respecto de la condena por los costos derivados de la mayor permanencia del Interventor de Obra conforme al otrosí 5, Constructora Douquem reconoció que asumió ese compromiso, pero afirmó que no se fijó un valor predeterminado, pues el documento estableció únicamente un tope de hasta \$474'000.000. Sostuvo que los costos reportados por el interventor constituyan solo un insumo para calcular la obligación. Alegó, además, que el Fondo no probó el valor efectivamente causado por dicho concepto. Por otra parte, cuestionó las razones por las que no se acogieron las conclusiones del dictamen pericial presentado para acreditar los costos efectivamente causados por la mayor permanencia del Interventor de Obra. Sostuvo, en primer lugar, que el Tribunal erró al indicar que el perito debía considerar el plazo total del contrato para el cálculo, dado que el otrosí 5 no imponía esa base temporal, sino que establecía que el pago constituía la única consecuencia patrimonial asumida por el contratista por los inconvenientes ocurridos hasta ese momento. En segundo lugar, afirmó que la metodología empleada por el perito era adecuada, por cuanto se sustentó en el estudio previo del contrato de intervención, el cual incluía un factor multiplicador sobre los costos directos del interventor que incorporaba los gastos administrativos.

²² Cuad. 16, pp. 4 – 5.

²³ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, OTROSI 5 CTO 123 DE 2013.

²⁴ Cuad. 13, p. 155.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

57. Concretamente, los considerandos señalaron que las modificaciones obedecieron a un acuerdo celebrado entre las partes en el marco del procedimiento administrativo iniciado para declarar la caducidad del contrato, luego de frustrarse la propuesta inicial de Constructora Douquem de ceder su posición contractual. En este contexto, se consignó lo siguiente respecto de la asunción de los costos por mayor permanencia del Interventor de Obra:

"El 21 de julio de 2015 se llevó a cabo la Cuarta Audiencia de caducidad del contrato 123 de 2013 con asistencia del Fondo Adaptación, el Contratista – Constructora Douquem Ltda., la Aseguradora – Seguros Bolívar S.A., Consorcio ING-GD y la Interventoría – Ingetec S.A., la cual inició con la intervención del Contratista quien manifestó la inyección de recursos privados para dar continuidad al proyecto. El FONDO a su vez informó al Contratista que los costos de mayor permanencia de la Interventoría debían ser asumidos por el Contratista como sanción mínima al incumplimiento en la entrega de las sedes educativas. La Interventoría indicó que el costo aproximado de la mayor permanencia de los cinco (5) meses solicitados es de \$474 millones, a lo que el Contratista manifestó que solicitaba suspender la audiencia para analizar la información presentada por la Interventoría y emitir una propuesta sobre el manejo de los recursos de Interventoría. El FONDO manifestó en la Audiencia que consideraba razonable el valor estimado de los costos de la Interventoría, teniendo en cuenta el plazo adicional de 5 meses solicitado por el Contratista. (...) El 23 de julio de 2015 se llevó a cabo la Sexta Audiencia de caducidad del contrato 123 de 2013 con asistencia del Fondo Adaptación, el Contratista – Constructora Douquem Ltda., la Aseguradora – Seguros Bolívar S.A., Consorcio ING-GD y la Interventoría – Ingetec S.A., en la que el Contratista presentó una nueva propuesta con comunicación CD-123-13-OB-092-15 fechada el 21 de julio de 2015 dirigida al FONDO, con la que se planteaba la continuidad de las obras objeto del contrato 123 de 2013 teniendo en cuenta los siguientes aspectos: (...)"

4. COSTOS DE INTERVENTORÍA (...) Con el objeto de culminar las obras faltantes del proyecto, Constructora Douquem plantea que es necesario buscar un acuerdo entre las partes para determinar el costo de la Interventoría. Mediante comunicación CD-123-13-OB-094-15, dirigida a la Interventoría, el Contratista formaliza los acuerdos generados del [sic] Arreglo Directo al cual llegaron las partes, así; 'En reunión efectuada el día 23 de julio de 2015 a las 3:00 pm, en las oficinas del Fondo Adaptación, previa citación de la misma y como continuación de la Audiencia de incumplimiento; se contó con la presencia de las siguientes personas: (...)"

En virtud del arreglo directo logrado entre las partes en la reunión en comento y para efectos de la continuidad del contrato por parte de Constructora Douquem, las partes acordaron lo siguiente: (...) 4. Costos de intervención. / Constructora Douquem acepta pagar la mayor permanencia de la intervención hasta por un valor de cuatrocientos setenta y cuatro millones de pesos (\$474.000.000), de acuerdo con los costos tasados por Ingetec S.A. y entregados en la sesión de la Audiencia llevada a cabo el día 21 de julio de 2015; el monto resultante será descontado al finalizar el contrato del depósito en garantía establecido en el mismo. Se adjunta en un (1) folio. / Asimismo, las partes acuerdan que este valor será el único valor a descontar como sanción aplicable, en desarrollo del objeto del Contrato FA 123-13 en sus etapas 1 y 2, es decir desde su inicio hasta la fecha de hoy, 23 de julio de 2015 (...)" (Énfasis agregado)²⁵.

58. Las cláusulas tercera y cuarta del otrosí no contienen elementos textuales que respalden la tesis del apelante de que la obligación asumida por Constructora Douquem para cubrir los costos de mayor permanencia del Interventor de Obra era indeterminada pero determinable²⁶. En ellas no se estipuló que, tras la suscripción del

²⁵ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, OTROSI 5 CTO 123 DE 2013.

²⁶ Como lo ha precisado la jurisprudencia civil, la regla del artículo 1618 del Código Civil sobre la prevalencia de la intención de las partes no autoriza, en modo alguno, a prescindir completamente del texto contractual como punto de partida de la interpretación, pues debe presumirse que la declaración escrita corresponde a la voluntad que las partes pretendían manifestar: "Esta subregla -según la doctrina-, no fue ignorada por Andrés Bello. Se observa afincada en uno de sus números 'proyectos inéditos del Código Civil.' La fórmula era la siguiente: '[e]n los contratos, es de regla atenerse a la letra en lo que no pugna manifiestamente con la



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

acuerdo, se recabaría la información contable sobre los costos efectivamente incurridos por el Interventor entre el 29 de julio y el 31 de diciembre de 2015 para definir el monto adeudado. Por el contrario, se acordó que Constructora Douquem pagaría “*al Fondo hasta la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (\$474.000.000) INCLUIDO IVA*” y que, para su pago, autorizaba al Fondo a “*descontarle del valor de retención pactada en el contrato 123 de 2013, el monto señalado en la cláusula anterior, en un sólo contado*”.

59. En la cláusula tercera, para describir la obligación pecuniaria de Constructora Douquem, se utilizó la preposición “*hasta*”, que, en una de sus acepciones, “*indica el límite máximo de una cantidad variable*”²⁷. En cambio, la cláusula cuarta señaló que el Fondo podrá descontar “*el monto señalado en la cláusula anterior*”, fijado en \$474'000.000, sin prever fórmula alguna para calcular la cuantía a partir de una verificación posterior de costos reales. Dado que las cláusulas no son enteramente claras, corresponde establecer la intención común de las partes con base en elementos extratextuales y en el contexto del propio otrosí, conforme al artículo 1618 del Código Civil.

60. La voluntad del Fondo al suscribir el otrosí fue obtener el pago de \$474'000.000 para cubrir los honorarios adicionales del Interventor de Obra encargado del seguimiento técnico del proyecto. Esta intención se evidencia, en primer lugar, en los antecedentes del documento, donde se dejó constancia de que, en la cuarta audiencia del procedimiento administrativo de caducidad, la entidad manifestó su conformidad con ese valor por concepto de la mayor permanencia de la interventoría.

61. En segundo lugar, la actuación del Fondo tras la suscripción del otrosí 5 confirma que su intención era obtener el pago de \$474'000.000 por la mayor permanencia del Interventor de Obra. El 16 de febrero de 2016, la entidad suscribió el otrosí 2 al contrato de interventoría 028 de 2014, relativo al seguimiento técnico de las obras contratadas con Constructora Douquem y otros contratistas²⁸. Mediante este acuerdo se prorrogó el plazo de ejecución y se adicionó el valor del contrato, indicando en los considerandos que para recomponer los honorarios del Interventor se contaría, entre otras fuentes, con la suma reconocida por Constructora Douquem en el otrosí 5.

“*conocida intención de las partes*”. C.S.J., Sala de Casación Civil, Sent. SC1303-2022 (consideración 6), jun. 30/2022. M.P. Francisco Ternera Barrios.

²⁷ Cfr. <https://dle.rae.es/hasta?m=form>

²⁸ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, otrosí 2 cto. 028 de 2014.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
 Actor: Fondo Adaptación
 3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
 Referencia: Controversias contractuales

2. Para la recomposición del Contrato n°028 de 2014, se solicita reconocer \$1.690.641.457,76 a la Interventoría de obra por mayor permanencia en las obras, legalizados mediante Otrosí de los contratos derivados relacionados a continuación, la cual fueron mencionados en la comunicación de la Interventoría IPE-101-047/ 2016 radicado Fondo Adaptación R-2016-003207:

CONTRATO	OTROSI No.	FECHA	VALOR	RESPONSABLE DEL PAGO	DOCUMENTO QUE VALIDA EL VALOR
124-2013 CONSORCIO FR-MNH	2	25/03/2015	\$ 200.000.000,00	FONDO ADAPTACIÓN	Comunicación 20151200016331
234-2013 CONSORCIO KS	3	08/10/2015	\$ 92.205.926,88	FONDO ADAPTACIÓN	Otrosí No. 3 Firmado 8-10-2015
122-2013 PAYANES ASOCIADOS S.A.S	4	25/03/2015	\$ 101.000.000,00	FONDO ADAPTACIÓN	Comunicación 20151200016331
	3	10/06/2015	\$ 45.985.057,56	FONDO ADAPTACIÓN	Solicitud de prórroga No. 1, radicado 20158100124742
	4	26/06/2015	\$ 18.276.113,20	FONDO ADAPTACIÓN	Solicitud de prórroga No. 2, radicado 20158100163065
	4	26/06/2015	\$ 26.529.841,48	PAYANES S.A.S	Solicitud de prórroga No. 2, radicado 20158100163065
	5	21/08/2015	\$ 12.577.122,52	FONDO ADAPTACIÓN	Otrosí No. 5 Firmado 21-08-2015
	5	21/08/2015	\$ 22.009.964,12	PAYANES S.A.S	Solicitud de prórroga No. 3, radicado 20158100124712
	6	23/10/2015	\$ 23.973.333,00	FONDO ADAPTACIÓN	Otrosí No. 5 Firmado 21-08-2015
					Otrosí No. 6 Firmado 23-10-2015
	6	23/10/2015	\$ 15.721.403,00	PAYANES S.A.S	Otrosí No. 6 Firmado 23-10-2015
	7	10/10/2015	\$ 101.018.281,00	PAYANES S.A.S	Otrosí No. 7 Firmado 10-12-2015
125-2013 U.T. VECO 1	3	23/06/2015	\$ 30.129.336,00	UT VECO1	Otrosí No. 3 Firmado 23-06-2015
	4	15/10/2015	\$ 106.946.240,00	UT VECO1	Otrosí No. 4 Firmado 15-10-2015
	5	17/11/2015	\$ 5.895.520,00	UT VECO1	Otrosí No. 5 Firmado 17-11-2015
	6	29/12/2015	\$ 147.373.925,00	UT VECO1	Otrosí No. 6 Firmado 10-12-2015
123-2013 CONSTRUCTORA DOQUEM	4	31/03/2015	\$ 209.000.000,00	FONDO ADAPTACIÓN	Comunicación 20151200016331
	5	28/07/2015	\$ 479.000.000,00	DOQUEM	Otrosí No. 5 Firmado 28-07-2015
	6	30/12/2015	\$ 58.000.000,00	FONDO ADAPTACIÓN	Correo electrónico 28-12-2015
	TOTAL		1.690.641.457,76		

. . .

. . .

62. En cuanto a la intención de Constructora Douquem, la Sala no encuentra elementos que acrediten su coincidencia con la del Fondo. Por el contrario, en la comunicación CD-123-13-OB-094-15, transcrita en los considerandos del otrosí, el contratista describió el arreglo directo celebrado el 23 de julio de 2015 utilizando la expresión “hasta por un valor de cuatrocientos setenta y cuatro millones de pesos (\$474.000.000)”, reproducida después en la cláusula tercera. Al tratarse de un negocio jurídico bilateral, no es posible privilegiar la voluntad de una sola parte, por lo que el criterio de interpretación subjetiva del artículo 1618 del Código Civil no resuelve la cuestión. Como advierte la doctrina, “En presencia de una fórmula dudosa, lo más verosímil es que cada una de las partes le haya atribuido el sentido que le es más favorable, cada cual pensando en hacer un buen negocio; no hay intención común”²⁹.

63. Para resolver este problema, la Sala acude a dos criterios hermenéuticos: la interpretación sistemática o por comparación y la buena fe contractual.

64. Según el artículo 1622 del Código Civil, las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. La cláusula vigésima segunda dispuso que el contrato se integraba, además de por sus estipulaciones, por los estudios previos y los TCC. El numeral 26 del apartado 2.2.3 del Anexo 3 de los TCC, citado en la cláusula tercera del otrosí, estableció lo siguiente: “Si se presenta el caso de mayor tiempo de ejecución del contrato, debido a causas imputables al contratista sin justa causa, el contratista deberá asumir el valor de la intervención de obra durante el tiempo adicional requerido para la terminación de la misma, a los mismos costos pactados entre el FONDO ADAPTACIÓN y el Interventor”.

65. Al referirse a los costos pactados entre la entidad estatal y el Interventor de Obra, y no a las erogaciones incurridas durante el período de mayor permanencia, los TCC

²⁹ Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, vol. 3 (Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007), 1223.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

dispusieron que, en este tipo de supuestos, la cuantía de la obligación dineraria del contratista se determinaría con base en los honorarios acordados para remunerar los servicios de seguimiento técnico durante un plazo adicional al inicialmente previsto, los cuales, desde el punto de vista contable, representaban un costo para la entidad estatal. Esto se confirma con la cláusula segunda y el anexo 1 del contrato 028 de 2014 celebrado entre el Fondo y el Interventor de Obra, en los que se pactó un precio fijo por los servicios de seguimiento técnico conforme a lo ofertado, y no un mecanismo de reembolso de gastos. En consecuencia, el parámetro aplicable para definir la suma a cargo de Constructora Douquem eran las condiciones económicas convenidas entre el Fondo de Adaptación y el Interventor de Obra, no la información contable de Ingetec S.A.S. correspondiente a ese período.

66. La Sala también considera que esta interpretación es la que mejor se ajusta al principio de buena fe. Aunque el Código Civil no lo incluye expresamente entre los criterios hermenéuticos previstos en el Título XIII de su Libro IV, la interpretación contractual debe estar orientada por dicho principio, conforme a los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, que lo consagran como rector del desenvolvimiento de los negocios jurídicos. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que la buena fe es “*un principio general —e informador— del derecho, amén de un estándar o patrón jurídico, sobre todo en el campo de la hermenéutica negocial y de la responsabilidad civil*”³⁰. Por lo tanto, el sentido atribuido a las cláusulas debe ser compatible con una forma de ejecución respetuosa de los deberes de corrección y lealtad³¹.

67. Concretamente, como señala la doctrina, el principio de buena fe implica atribuir significado a los textos considerando los siguientes criterios: (i) la lealtad y corrección en su elaboración, lo que supone que la intención de las partes fue expresarse con honestidad, sin buscar confusiones ni oscuridades; y (ii) que el sentido adoptado sea el que mejor se avenga con el desenvolvimiento leal de la relación contractual³².

68. En este caso, los deberes de lealtad y corrección propios del principio de buena fe conducen a concluir que, en virtud del otrosí 5, Constructora Douquem se obligó a pagar \$474'000.000 por la mayor permanencia del Interventor de Obra. Los considerandos del acuerdo precisaron que este se fundaba en un arreglo directo, cuyo contenido fue descrito en la comunicación CD-123-13-OB-094-15 en los siguientes términos: “*Constructora Douquem acepta pagar la mayor permanencia de la interventoría hasta por un valor de cuatrocientos setenta y cuatro millones de pesos*

³⁰ C.S.J., Sala de Cas. Civ., Sent. 6146, ago. 2/2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo J.

³¹ Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “*En materia de interpretación de contratos en general, de investigación de su sentido, significado efectivo y genuino, además de la buena fe contractual que debe regir la conducta de las partes, el criterio secular, afianzado y reiterado muchas veces por la jurisprudencia, es el previsto en el artículo 1618 del Código Civil, al tenor del cual, ‘conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras’*”. C.S.J., Sala de Casación Civil, Sent. SC4527-2020, nov. 23/2020. M.P. Francisco Ternera Barrios. Además, aunque formalmente no resulte aplicable al caso, esta concreción de un principio general en el ámbito de la interpretación contractual, fue positivizada en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993: “*En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos comunitativos.*”

³² Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. Principios rectores y reglas de interpretación. Chile: Ediciones Olejnik, 2018, pp. 187 – 188.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

(\\$474.000.000), de acuerdo con los costos tasados por Ingetec S.A. y entregados en la sesión de la Audiencia llevada a cabo el día 21 de julio de 2015; el monto resultante será descontado al finalizar el contrato del depósito en garantía establecido en el mismo. Se adjunta en un (1) folio”.

69. El folio mencionado en este considerando del otrosí fue anexado al dictamen pericial aportado con la contestación de la demanda. En dicho documento se consignó una cuantificación clara y determinada de los honorarios exigidos por el Interventor de Obra, sin referencia a una metodología de reembolso de gastos efectivamente incurridos. A partir de esa cuantificación, Constructora Douquem asumió la obligación dineraria y el Fondo aceptó la modificación contractual que motivó el archivo del procedimiento administrativo de caducidad en curso contra el contratista. Así, la obligación de asumir “*los costos tasados por Ingetec S.A. y entregados en la sesión de la Audiencia llevada a cabo el día 21 de julio de 2015*” se concretaba en el pago de \\$474'000.000, suma que corresponde al valor consignado en el documento respectivo³³:

Porcentaje (%)		
Vr. CONTRATO DOUQUEM	\$ 6.672.968.990	
Vr. INTERVENTORIA	\$ 643.460.255	9,6%
Vr. Facturado Interventoría a Febrero de 2015	\$ 364.988.666	56,7%
Vr. Por Facturar	\$ 278.471.589	43,3%
Vr. Mayor Permanencia	\$ 474.673.094	

70. Finalmente, la Sala considera que esta interpretación es la que mejor se aviene al desenvolvimiento leal de la relación contractual. Tanto el numeral 26 del apartado 2.2.3 del Anexo 3 de los TCC como los considerandos del otrosí 5 evidencian el propósito de mantener patrimonialmente indemne a la entidad estatal frente a los mayores costos que debiera asumir por el servicio de interventoría, cuando su prolongación más allá del plazo inicialmente previsto fuera imputable al contratista. Aceptar la interpretación en que se funda el reparo de Constructora Douquem implicaría atenuar ese efecto y trasladar a la entidad un sobrecosto ajeno a su conducta, originado en la ambigüedad derivada de una preposición incorporada por iniciativa de la contratista. Tal resultado sería incompatible con el desenvolvimiento leal de la relación contractual.

71. En conclusión, se confirmará este punto de la decisión impugnada porque Constructora Douquem estaba obligada a pagar una suma determinada de \\$474'000.000 por la mayor permanencia del Interventor de Obra, derivada de la prórroga del plazo del contrato cuya ejecución estaba a su cargo y era objeto de seguimiento.

³³ Cuad. 16, p. 121.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

(ii) Las mayores cantidades de diseño

72. De acuerdo con los argumentos expuestos en la apelación³⁴, corresponde inicialmente a la Sala determinar si procede ordenar el pago de las mayores cantidades de diseño, dado que los TCC y el contrato no excluían su reconocimiento salvo en el caso de que los sobrecostos provinieran de imprecisiones o faltantes en los diseños.

73. La Sala confirmará la decisión impugnada en cuanto negó las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda de reconvención sobre las mayores cantidades de diseño³⁵. Según la modalidad pactada para remunerar las actividades de la Etapa de Diseños, aunque para elaborar dichos diseños fuera necesario realizar estudios en áreas adicionales dentro de los lotes asignados a cada sede, Constructora Douquem solo tenía derecho a recibir el valor resultante de multiplicar el área definida por el Fondo para cada sede por los precios unitarios ofertados.

74. En el capítulo V de los TCC de la convocatoria abierta 007 de 2013, relativo a las condiciones del contrato a celebrar, se precisaron las actividades a cargo del contratista en la Etapa de Diseños. Entre ellas figuraban la elaboración del estudio detallado de riesgos; el desarrollo de diseños y la realización de estudios técnicos —incluidos la topografía detallada, los estudios de suelos definitivos, los diseños estructurales, hidráulicos, sanitarios, de gas, eléctricos y de voz y datos—; la preparación de especificaciones técnicas; y el trámite de licencias y permisos necesarios para ejecutar las obras. El numeral 5.5 estableció el mecanismo para determinar el valor del contrato por cada etapa:

“5.5 VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO

³⁴ Frente a la negativa del Tribunal de reconocer las “mayores cantidades de diseño”, el apelante sostuvo que la pretensión no desconocía el pliego de condiciones ni el contrato, dado que estos limitaban el pago adicional únicamente en los casos en que los sobrecostos provinieran de imprecisiones o faltantes en los diseños, situación que no se presentó. Añadió que el precio pagado por metro cuadrado del área diseñada representaba apenas el 39,6% del valor de mercado determinado en los estudios previos, circunstancia que justificaba el reconocimiento de una suma adicional. Criticó que el fallo, al referirse a los retrasos en la entrega de diseños consignados en los considerandos del otrosí 1, no valorara de forma adecuada el dictamen pericial ni los documentos obrantes en el expediente, de los cuales se desprendería que las demoras eran imputables al Fondo. Destacó, por último, que la entidad no expidió acto administrativo alguno que declarara el incumplimiento o la caducidad del contrato.

³⁵ “1. PRETENSIÓN PRINCIPAL / Que se declare la responsabilidad contractual toda vez que el FONDO ADAPTACIÓN incumplió el contrato Nro. 123 de 2013, que suscribió, en calidad de entidad estatal contratante con la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por no haberle pagado a este, mayores cantidades de diseño ejecutadas. / 1.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA (OBJETO DE REFORMA). Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al FONDO ADAPTACIÓN a pagarle a mi procurado, como perjuicios materiales una suma que estimo en la suma de CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES QUINCE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS MCTE (\$166.015.643), o la que resulte probada en el proceso. / 1.1.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA. Que como consecuencia de la declaratoria anterior, el FONDO ADAPTACIÓN debe pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., intereses moratorios sobre la suma atrás señalada, desde el 18 de noviembre de 2016, fecha de terminación del contrato Nro. 123 de 2013 hasta cuando se produzca el pago. / 2. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL 1 Y LA PRETENSIÓN SECUNDARIA 1.1. (OBJETO DE REFORMA). En el caso de no prosperar la pretensión principal 1 y su secundaria 1.1., solicito que se ordene al FONDO ADAPTACIÓN pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por concepto de mayores cantidades de diseño ejecutadas una suma que estimo en la suma de CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES QUINCE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS MCTE (\$166.015.643), o la que resulte probada en el proceso. /2.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA A LA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA 2. Que como consecuencia de la declaratoria anterior, el FONDO ADAPTACIÓN debe pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., intereses moratorios sobre la suma atrás señalada, desde el 18 de noviembre de 2016, fecha de terminación del contrato Nro. 123 de 2013 hasta cuando se produzca el pago”.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

El valor inicial estimado de cada contrato será hasta el valor fijado en el Anexo N°2 para cada grupo el cual incluye:

- A. *El valor propuesto para el diseño,*
- B. *El AIU propuesto para la construcción, y*
- C. *El valor de la construcción de los colegios del grupo.*

Este último valor se calculará una vez que el FONDO apruebe en cada caso particular el presupuesto VPA (VALOR PRESUPUESTO APROBADO en etapa de diseño para construcción de obra por sede), pudiendo reducirse el valor total antes mencionado especialmente los costos del valor unitario por ítems, así como si de la reducción de las sedes educativas que integran el grupo por no ser las mismas viabilizadas por cualquier motivo al momento de la celebración del contrato o después del Estudio Detallado de Riesgos. (...) El valor final de cada contrato corresponderá a la sumatoria del valor de los ítems ofertados y aceptados para la Etapa 1 referente al Diseño, más lo referente a la Etapa 2 que corresponde a la liquidación de los metros cuadrados (M2) realmente construidos con su respectivo AIU, que a su vez son el resultado de las cantidades finales ejecutadas multiplicadas por sus respectivos precios unitarios conforme VPA aprobado, siendo claro que no se pagarán sobrecostos por imprecisiones o faltantes en los diseños, ya que ellos son absoluta responsabilidad del Contratista quien asumirá los mayores costos o sobrecostos que esas imprecisiones o faltantes generen³⁶.

75. En concordancia con lo expuesto, los TCC dispusieron que uno de los factores de calificación sería el “*Valor total por M2 en pesos de diseños y estudios de acuerdo con [sic] propuesta*”. Sobre este aspecto, se señaló lo siguiente:

“Los valores presentados en la Oferta Económica deberán cubrir todos los costos en que deba incurrir para la ejecución total de cada etapa del contrato, incluyendo, entre otros, los costos de personal, administración, subcontratos, costos financieros, transporte, viáticos, comunicaciones, alquileres de oficina, dotación de personal, equipos de oficina, computadores, papelería, planos, fotocopias, alquiler de vehículos y lanchas, licenciamientos, recursos para consulta previa, imprevistos, Impuestos, IVA y la utilidad esperada.

Los valores presentados en la oferta económica no podrán ser superiores a los indicados en el Anexo No. 2, así: 1. Al valor de costo de diseño / M2. 2. Al porcentaje de AIU para la construcción. / Para efectos de la calificación de la propuesta económica el FONDO ha diseñado un formulario (Anexo N° 13) que pondera el grupo, tanto para metro cuadrado lo de diseño como para AIU de cada sede y estos valores ponderados serán los empleados en la asignación de puntaje correspondiente a este capítulo³⁷ (Énfasis añadido).

76. El anexo 2 de los TCC fijaba los valores máximos de diseño admisibles en la oferta económica e incluía, para cada sede educativa, su nombre, tipología, área neta en metros cuadrados de la infraestructura y un valor unitario indicativo por metro cuadrado de diseño³⁸. Con estos datos se calculaba el denominado valor indicativo del diseño, que constituía el límite económico que debían observar los proponentes. En este esquema, el área utilizada para el pago de los diseños era una constante definida por el Fondo, mientras que la variable correspondía al precio unitario ofertado por metro cuadrado, dentro del margen autorizado.

³⁶ Cuad. 9, pp. 77 – 78.

³⁷ Cuad. 9, p. 68.

³⁸ Cuad. 9, pp. 77 – 78.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
 Actor: Fondo Adaptación
 3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
 Referencia: Controversias contractuales

CONVOCATORIA ABIERTA N° 007 DE 2013
OBJETO: CONTRATAR EL DISEÑO Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA AFECTADA POR LOS EVENTOS DERIVADOS DEL FEN
ANEXO 2 - CONSOLIDADO GRUPOS DEL PROCESO (ADENDA 3)

Nombre sede	Nombre IE	Tipología	Área m ² por proyecto	Valor indicativo M ² diseño	Valor indicativo Diseño	Valor indicativo Construcción	Valor indicativo Total Proyecto
LE. COLEGIO DEPARTAMENTAL NACIONALIZADO JOSE MARÍA VÉGARA Y VÉGARA SEDE PRINCIPAL	LE. COLEGIO DEPARTAMENTAL NACIONALIZADO JOSE MARÍA VÉGARA Y VÉGARA	TIPO 5	975,78	111.753	109.046.342	\$ 1.425.712.013	\$ 1.534.758.355,00

77. La oferta económica presentada por Constructora Douquem se ajustó a las reglas previstas en la convocatoria pública. En el anexo 6, denominado propuesta estudios y diseños por proyecto, el entonces oferente incluyó veintitrés formatos —uno por cada sede educativa— en los que se indicaron el área correspondiente y el valor unitario por metro cuadrado, desglosado en diez ítems. La sumatoria de esos valores determinaba el precio unitario total por metro cuadrado de diseño que, al multiplicarse por el área de cada sede establecida por el Fondo en el anexo 2 de los TCC, arrojaba el valor total ofertado para su diseño.

78. Por ejemplo, para la institución José María Vergara, el anexo 2 de los TCC fijó un área de 975,78 m² y un precio unitario de \$111.753 por metro cuadrado, lo que arrojaba un valor indicativo total de \$109'046.342. Constructora Douquem ofertó un precio unitario de \$93.718 que, multiplicado por el área definida por el Fondo (los mismos 975,78 m²), resultaba en un valor total del diseño —antes de impuestos— de \$91'448.042³⁹:

ANEXO 6 - PROPUESTA ESTUDIOS Y DISEÑOS TÉCNICOS POR PROYECTO

PROONENTE :

CONSTRUCTORA DOQUEM LTDA

GRUPO DEL PROCESO AL QUE SE PRESENTA CUNDINAMARCA		
PROYECTO N° 3 BITUIMA- VÉGARA		
ÁREA DEL PROYECTO AL QUE SE PRESENTA (M ²)		
DESCRIPCIÓN DEL ESTUDIO O DISEÑO TÉCNICO	VALOR / M ²	VALOR TOTAL
ANÁLISIS GENERAL DE RIESGOS Y DISEÑOS DE ALTERNATIVAS DE MITIGACIÓN DEL RIESGO PARA CADA SEDE (GEOLÓGICOS, GEOMORFOLÓGICOS, HIDROLOGICOS E HIDRÁULICOS, ESTUDIOS DE SUELOS ASOCIADO AL RIESGO Y TOPOGRAFICOS ASOCIADOS AL RIESGO)	\$ 3.455,00	\$ 3.371.320,00
ESTUDIO DE SUELOS	\$ 15.072,00	\$ 14.706.956,00
LEVANTAMIENTOS TOPOGRAFICOS DE LOS LOTES DONDE SE DESARROLLARAN LOS TRABAJOS Y AMARRES A COTAS DE RÍO, CIENAGA, ETC	\$ 13.565,00	\$ 13.236.456,00
DISEÑO ARQUITECTONICO CON LA UTILIZACIÓN DE LOS PROTOTIPOS MODULARES DESARROLLADOS A TRAVÉS DEL CONCURSO BUENA ARQUITECTURA, EXCELENTE PEDAGOGIA DE LA S.C.A. (PUEDE SER UTILIZADO O DESARROLLAR UN ESQUEMA DIFERENTE), O DISEÑOS COMPLEMENTARIOS O NUEVOS DISEÑOS - BAJO CRITERIOS BIOCЛИMATICOS	\$ 20.348,00	\$ 19.855.171,00
TRAMITES PARA OBTENCION DE LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN, TRAMITES Y LICENCIAS AMBIENTALES Y DEMAS QUE SEAN REQUERIDAS LOS IMPUESTOS Y EXPENSAS CORRESPONDIENTES A LICENCIAS LAS APORTARAN LOS MUNICIPIOS Y/O EL FONDO ADAPTACIÓN	\$ 961,00	\$ 937.725,00
DISEÑO ESTRUCTURAL	\$ 11.304,00	\$ 11.030.217,00
DISEÑO HIDROSANITARIO, DE GAS, HIDRÁULICOS Y DE CRENAJES	\$ 7.159,00	\$ 6.985.609,00
DISEÑO ELÉCTRICO Y DE VOZ Y DATOS	\$ 7.159,00	\$ 6.985.609,00
PREBUPUESTO GENERAL Y DETALLADO - PROGRAMACIÓN DE PROYECTO - ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE CONSTRUCCIÓN	\$ 10.927,00	\$ 10.662.348,00
SUPERVISIÓN ARQUITECTONICA Y SOLUCIÓN A REQUERIMIENTOS TÉCNICOS	\$ 3.768,00	\$ 3.676.739,00
SUBTOTAL M² / DISEÑO PARA ESTE PROYECTO	\$ 93.718,00	\$ 91.448.150,00

79. La cláusula sexta del contrato, sobre la forma de pago, reprodujo las reglas de remuneración previstas en los TCC. En su parágrafo tercero se incorporó el siguiente texto: “*El valor final de cada contrato corresponderá a la sumatoria del valor de los ítems ofertados y aceptados para la Etapa 1 referente al Diseño, (...) siendo claro que*

³⁹ Cuad. 9, p. 103.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

*no se pagarán sobrecostos por imprecisiones o faltantes en los diseños, ya que ellos son absoluta responsabilidad del Contratista quien asumirá los mayores costos o sobrecostos que esas imprecisiones o faltantes generen*⁴⁰.

80. Adicionalmente, para especificar el valor de los ítems ofertados en la Etapa de Diseños, se incorporó una tabla que relacionaba el área definida por el Fondo para cada sede con el precio unitario por metro cuadrado ofertado por Constructora Douquem (IVA incluido). Con base en esa relación se calculaba el monto total del diseño, lo que evidencia que el pago dependía exclusivamente de multiplicar el área previamente fijada por el Fondo por el precio unitario ofertado:

**CONTRATO N° 123 DE 2013 CELEBRADO ENTRE EL
ADAPTACIÓN Y CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA PARA EL D
E LAS SEDES EDUCATIVAS AFECTADAS POR EL FENÓMENO**

MUNICIPIO	NOMBRE SEDE	ÁREA M2 POR PROYECTO	VALOR PROPUESTO M2 DISEÑO HASTA	VALOR PROPUESTO DISEÑO HASTA	PROPIUESTA ALU. CONSTRUCCIÓN (%) POR PROYECTO
QUIPILE	SEDE ESCUELA RURAL LA JOYA	79,44	\$ 140.949,00	\$ 11.196.988,56	28,92%
QUIPILE	SEDE ESCUELA RURAL PAIME	146,64	\$ 140.949,00	\$ 20.668.761,36	28,92%
BITIIMA	I.E. COLEGIO DEPARTAMENTAL NACIONALIZADO JOSÉ MARÍA VERGARA Y VERGARA SEDE PRINCIPAL	975,78	\$ 110.613,00	\$ 107.933.953,14	28,92%

81. En conclusión, el derecho crediticio de Constructora Douquem consistía en recibir el pago resultante de multiplicar el precio unitario por metro cuadrado ofertado por el área definida por el Fondo para cada sede educativa. El contratista no tenía derecho ni la entidad estatal estaba obligada a reconocer sumas adicionales por actividades o estudios realizados sobre el área total del lote o exteriores. La fórmula de remuneración acordada, obligatoria para las partes conforme al artículo 1602 del Código Civil, se refería exclusivamente al área neta proyectada de la sede educativa, no a la extensión del globo de terreno.

82. La conclusión anterior se refuerza al advertir que el pago se limitaba al área de las sedes definida por el Fondo. Pese a ello, Constructora Douquem debía ejecutar estudios que no se restringían a dicha área. Así lo preveían los TCC en el apartado sobre el alcance de las actividades de diseño: “Para los tres tipos de desarrollo de diseño de intervención antes definidos y de acuerdo con el grupo adjudicado, se deben realizar estudios de riesgo detallados, los estudios técnicos y el diseño integral de proyecto, el cual incluye áreas exteriores (las áreas exteriores, descubiertas y complementarios), tramitar licencias y permisos requeridos según corresponda para cada proyecto particular”⁴¹.

⁴⁰ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, OTROSI 5 CTO 123 DE 2013.

⁴¹ Cuad. 13, p. 114.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

83. En el mismo sentido, el anexo n.º 3 de los TCC, relativo a los requerimientos detallados de diseño y construcción, precisaba que el levantamiento topográfico debía abarcar la totalidad del lote, al disponer lo siguiente: “*El Contratista deberá realizar el Levantamiento topográfico para la determinación exacta de linderos, del área y perímetro real de cada predio, incluyendo las zonas colindantes, en una distancia como mínimo de 50 mt de ancho, respecto a los límites prediales*”⁴².

84. Lo anterior explica que, en cada uno de los veintitrés formatos presentados por Constructora Douquem como parte de su oferta, se mantuvieran dos notas aclaratorias incluidas en la proforma publicada con los TCC. La primera indicaba: “*El valor ofertado correspondiente a Estudios y Diseños técnicos de cada proyecto, incluye la totalidad de los Costos asociados a la ejecución y desarrollo de los trabajos objeto de la presente convocatoria (...). Este valor se entiende como único sin lugar a ningún reconocimiento económico adicional por dichos conceptos*”⁴³. La segunda precisaba: “*El Proponente manifiesta y declara total conocimiento de que el Área correspondiente a cada uno de los proyectos relacionadas en el ANEXO 2, incluidas para el cálculo de la presente oferta, son estimadas sobre Tipologías Aplicables, y que las mismas podrán tener variaciones sin que ello dé lugar a ningún reconocimiento económico adicional*”. En consecuencia, Constructora Douquem no tenía derecho a exigir el pago por metros cuadrados adicionales a los definidos por el Fondo para el diseño de cada sede educativa.

85. Las pretensiones de Constructora Douquem y los reparos formulados contra la sentencia de primera instancia no son atendibles. Desconocen las estipulaciones contractuales previamente analizadas, que constituyen ley para las partes. Las comunicaciones enviadas por el contratista al Fondo reclamando el pago de “mayores cantidades de diseño” —remitidas, dicho sea de paso, mucho tiempo después del acta de recibo de tales productos y de su cobro⁴⁴—, así como el dictamen pericial aportado con la demanda de reconvenCIÓN reformada, se fundan en la inobservancia de lo expresamente convenido: la remuneración del contratista en la Etapa de Diseños se determinaba con base en el producto entre el precio unitario ofertado y el área proyectada de la sede, no por la extensión del globo de terreno.

86. El dictamen pericial partió de la premisa según la cual la diferencia entre el área total de cada lote y el área señalada por el Fondo para efectos de remuneración constituye “mayores cantidades de diseño”, por lo que debía ser objeto de pago adicional por parte de la entidad. En respaldo de esta afirmación, indicó:

“En la tabla anterior se aprecia que las áreas de las 23 sedes diseñadas que en promedio corresponden a un 4% de las áreas de los lotes de cada proyecto, por tanto:

El área total de los lotes en su conjunto asciende a 92.956 metros cuadrados.

El área total de las sedes construidas en dichos lotes es de 4148,57 metros cuadrados, que corresponde únicamente al 4,1 % del total del lote intervenido.

⁴² Cuad. 13, p. 145.

⁴³ Cuad. 14, pp. 114 – 136.

⁴⁴ La reclamación por mayores costos corresponde a la comunicación R-2017-012417 del 11 de mayo de 2017 (Cuad. 6, p. 327, DVD Pruebas Doquem, Archivo 1_PRUEBA OFICIO E-2018-014012). El acta de recibo a satisfacción de los estudios y diseños se firmó el 19 de agosto de 2014 (Cuad. 16, pp. 8 – 13).



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

Igualmente se destaca que las áreas de canchas múltiples diseñadas y construidas corresponden a 1400 metros cuadrados.

En total la mayor área diseñada de exteriores corresponde a 90.207,65 metros cuadrados.

Los diseños de 90.207,65 metros cuadrados para exteriores fueron realizados por el Contratista y no se han liquidado ni pagado por parte del FONDO ADAPTACIÓN, esto constituye entonces una mayor cantidad de diseños ejecutada y no pagada⁴⁵.

87. Este planteamiento no puede ser acogido por las razones expuestas previamente y, además, porque no se funda en una circunstancia sobrevenida en la ejecución del contrato que no hubiera podido preverse al momento de presentar la oferta. Por el contrario, el contrato establecía que el contratista solo tendría derecho a recibir el valor resultante de multiplicar el área definida por el Fondo para cada sede por los precios unitarios ofertados. De acuerdo con las especificaciones de diseño, dichas actividades no se limitaban al área neta de las sedes, sino que incluían también los espacios exteriores.

88. En conclusión, la Sala confirmará la decisión de negar las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda relacionadas con las mayores cantidades de diseños.

(iii) Los mayores costos por la elaboración de los estudios detallados de riesgos

89. En relación con los reproches formulados por el apelante contra la decisión de negar el pago de los sobrecostos que se habrían generado en la elaboración de los estudios detallados de riesgos⁴⁶, corresponde inicialmente a la Sala determinar si dicha decisión debe ser revocada porque el Tribunal habría omitido considerar que el estudio de amenaza entregado por el Fondo presentaba deficiencias técnicas, que la entidad no definió con claridad los parámetros para la aprobación de los estudios detallados de riesgos y que el costo real de su elaboración fue subestimado en los estudios previos.

90. La Sala confirmará la decisión de negar las pretensiones principales y subsidiarias relacionadas con este asunto⁴⁷. Por una parte, no se acreditaron los sobrecostos

⁴⁵ Cuad. 12, pp. 23-24.

⁴⁶ Respecto de la negativa a ordenar el pago de los mayores costos asumidos por la elaboración de los estudios detallados de riesgos, el apelante señaló que el Tribunal no tuvo en cuenta que el Fondo suministró un estudio de amenazas con deficiencias técnicas y omitió definir de manera clara los parámetros para aprobar los estudios detallados. Añadió que dichos costos fueron subestimados por la entidad, pues, según el estudio previo, se estimó un valor de \$20'000.000 por cada estudio, mientras que el Fondo solo reconoció en total \$19'977.196 por los veintitrés estudios realizados.

⁴⁷ “8. PRETENSIÓN PRINCIPAL. Que se declare la responsabilidad contractual toda vez que el FONDO ADAPTACIÓN incumplió el contrato Nro. 123 de 2013, que suscribió, en calidad de entidad estatal contratante con la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por el no pago a mi procurado, el contratista, de los mayores costos por estudios de amenaza y riesgo. / 8.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA (OBJETO DE REFORMA). Como consecuencia de la anterior declaración solicito que se condene al FONDO ADAPTACIÓN a pagarle a mi procurado por perjuicios materiales causados con el no reconocimiento y pago de los mayores costos por estudios de amenaza y riesgo, una suma que estimo en la suma de TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON 30 CENTAVOS M/CTE (\$386.282.587,30), o la que resulte probada en el proceso. / 8.1.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA. Que como consecuencia de la declaratoria anterior, el FONDO ADAPTACIÓN debe pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., intereses moratorios sobre la suma atrás señalada, desde el 18 de noviembre de 2016, fecha de terminación del contrato Nro. 123 de 2013 hasta cuando se produzca el pago. / 9. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL 8 Y LA SECUNDARIA 8.1. (OBJETO DE REFORMA). En el evento que no prosperen la pretensión principal 8 y la pretensión secundaria 8.1., solicito que se declare que EL FONDO ADAPTACIÓN debe reconocer y pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

alegados ni que estos tuvieran origen en un incumplimiento atribuible al Fondo por la calidad de los documentos entregados o la indefinición de los parámetros de revisión. Por otra parte, conforme al esquema de remuneración pactado, Constructora Douquem solo tenía derecho a recibir el valor resultante de multiplicar el área definida por el Fondo para cada sede por el precio unitario ofertado para esta actividad de la Etapa de Diseños.

91. De acuerdo con el numeral 1.1.1 del anexo 3 de los TCC, el contratista debía elaborar y entregar un estudio detallado de riesgos para cada uno de los veintitrés predios en los que se ejecutarían las intervenciones constructivas. Estos estudios comprendían análisis de amenaza, vulnerabilidad y riesgos, diagnóstico de condiciones físicas y climáticas, y evaluación de alternativas de intervención, entre otros componentes. Su finalidad era *“brindar al Fondo Adaptación las herramientas necesarias para determinar, desde el punto de vista técnico y económico la aprobación de intervención de cada sede específica dentro del grupo adjudicado”*⁴⁸. Por esa razón, se estipuló que, una vez recibido el estudio de riesgos, *“en caso de no ser aprobada la intervención de alguna(s) sede(s) por parte del Fondo Adaptación, el proyecto sobre esa sede educativa en particular terminará dando lugar a la cláusula resolutoria pactadas y se liquidará dicho proyecto reconociendo al contratista únicamente el valor del ítem del Estudio Detallado de Riesgos ofertado conforme al Anexo 6”*⁴⁹.

92. En los formatos del anexo 6, que contenían la propuesta económica para el diseño de cada sede, Constructora Douquem ofertó un precio unitario por metro cuadrado para el ítem denominado *“análisis general de riesgos y diseños de alternativas de mitigación del riesgo para cada sede (geológicos, geomorfológicos, hidrológicos e hidráulicos, estudios de suelos asociado al riesgo y topográficos asociados al riesgo)”*⁵⁰. El valor de cada uno de los veintitrés estudios detallados se obtenía multiplicando ese precio unitario por el área definida por el Fondo para cada sede. La sumatoria de estos valores, más el IVA del 16%, ascendía a \$19'977.196⁵¹. En consecuencia, la cláusula séptima sobre la forma de pago fijó como primer hito *“un pago anticipado, por el valor ofertado por el contratista por concepto de análisis de riesgo, el cual asciende a (...) \$19.977.196, incluido IVA”*⁵².

93. Para elaborar el análisis detallado de riesgos, el Fondo debía entregar a Constructora Douquem un *“documento de amenaza”*, conforme a lo previsto en la sección 5.2.1 de los TCC, que indicaba: *“Esta Etapa inicia con la realización por parte del contratista del análisis de riesgo conforme las obligaciones que se describen en el Anexo No. 3 y demás documentos de la presente Convocatoria Abierta, y en el documento de amenaza que será entregado al momento de la celebración del contrato;*

S.A.S., por concepto de mayores costos por estudios de amenaza y riesgo, una suma que estimo en TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON 30 CENTAVOS M/CTE (\$386.282.587,30), o la que resulte probada en el proceso. /9.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA. Que como consecuencia de la declaratoria anterior, el FONDO ADAPTACIÓN debe pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., intereses moratorios sobre la suma atrás señalada, desde el 18 de noviembre de 2016, fecha de terminación del contrato Nro. 123 de 2013 hasta cuando se produzca el pago”.

⁴⁸ Cuad. 13, p. 148.

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ Cuad. 14, pp. 114 – 136.

⁵¹ Ídem.

⁵² Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, OTROSI 5 CTO 123 DE 2013.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

si la viabilidad del lote se confirma, se continúa con el proceso de diseño el cual deberá incluir como determinante las obras de mitigación necesarias”⁵³.

94. La única prueba sobre los presuntos sobrecostos en la elaboración de los estudios detallados de riesgos es el dictamen pericial técnico aportado con la demanda de reconvenión reformada. Ahora bien, el peritaje no cuantificó los sobrecostos derivados de la deficiente calidad del estudio de amenaza entregado por el Fondo ni de la indefinición de criterios para su aprobación, sino que aplicó la misma metodología expuesta en el análisis de las mayores cantidades de diseño: identificó un saldo por pagar a partir de la diferencia entre (i) el valor obtenido al multiplicar el precio unitario de los análisis de riesgo por el área total de los lotes de cada una de las veintitrés sedes y (ii) el valor resultante de aplicar ese mismo precio a la superficie definida por el Fondo para cada sede y considerada por el proponente en su oferta:

“El valor que debía pagarse por los estudios de riesgos se estima a partir del valor por metro cuadrado ofertado por el Contratista, tal como se ilustra en la tabla denominada TABLA DE CALCULO COSTO ESTUDIOS DE RIESGO, de acuerdo con los siguientes criterios:

El estudio detallado de riesgos realizado en cada una de las 23 sedes se desarrolló para el predio completo y no exclusivamente para el área de la edificación.

El valor por metro cuadrado de estudio de riesgos ofertado asciende a la suma de \$ 4395.00 (21 de las 23 sedes) por metro cuadrado y únicamente difiere en dos de las sedes Pueblo Nuevo (\$ 3455 por metro cuadrado) y José María Vergara (\$ 4098 por metro cuadrado)

El Valor del estudio de riesgos corresponde al área total del predio multiplicada por el valor del metro cuadrado ofertado tal como se ilustra en la siguiente tabla de cálculo: TABLA DE CALCULO COSTO ESTUDIOS DE RIESGO De conformidad con la tabla de cálculo se puede establecer que el valor de los estudios de riesgos asciende a TRESCIENTOS OCIENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS OCIENTA Y DOS MIL QUINIENTOS OCIENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$ 386.282.587,3).

CUADRO DE CALCULO MAYOR COSTO DE LOS ESTUDIOS DE RIESGOS

NOMBRE DEL PROYECTO	MUNICIPIO	TIPOLOGIA	AREA PROYECTO M2	AREA LOTE POR M2	METRO CUADRADO OFERTA ECONOMICA	VALOR ESTUDIO DE RIESGOS	VALOR PAGADO POR EL FONDO ADAPTACION	SALDO POR PAGAR ESTUDIO DE RIESGOS
a Joya	Quipile	T1	79,44	3.534,73	4.395,00	\$ 15.535.138,35	\$ 349.138,80	15.185.999,55
Jaime	Quipile	T2	146,64	1.492,52	4.395,00	\$ 6.559.625,40	\$ 644.482,80	5.915.142,60
José María Vergara	Bituima	T6	975,78	5.000,00	3.455,00	\$ 17.275.000,00	\$ 3.371.319,90	13.903.680,10
Margaritas	Viota	T1	79,44	3.200,00	4.395,00	\$ 14.064.000,00	\$ 349.138,80	13.714.861,20
La Esperanza	Pasca	T2	146,64	1.225,00	4.395,00	\$ 5.383.875,00	\$ 644.482,80	4.739.392,20
San Pedro	Pasca	T3	206,64	2.088,26	4.395,00	\$ 9.177.902,70	\$ 908.182,80	8.269.719,90
El Molino	Ubaque	T2	146,64	2.900,50	4.395,00	\$ 12.747.697,50	\$ 644.482,80	12.103.214,70
Rionegro	Ubaque	T2	146,64	1.600,00	4.395,00	\$ 7.032.000,00	\$ 644.482,80	6.387.517,20
Salconcitos	Pacho	T2	146,64	4.414,82	4.395,00	\$ 19.403.133,90	\$ 644.482,80	18.758.651,10
dato Viejo	Pacho	T1	79,44	833,00	4.395,00	\$ 3.661.035,00	\$ 349.138,80	3.311.896,20
Turtur	Utica	T1	79,44	811,95	4.395,00	\$ 3.568.520,25	\$ 349.138,80	3.219.381,45
Barro Blanco	Caparrapí	T2	146,64	998,00	4.395,00	\$ 4.386.210,00	\$ 644.482,80	3.741.727,20
Veras Blancas	Cabrerá	T2	146,64	8.100,00	4.395,00	\$ 35.599.500,00	\$ 644.482,80	34.955.017,20
Taipal	Villa Gomez	T1	79,44	3.276,92	4.395,00	\$ 14.402.063,40	\$ 349.138,80	14.052.924,60
santa Helenita	Ubaté	T2	146,64	2.151,55	4.395,00	\$ 9.456.062,25	\$ 644.482,80	8.811.579,45
santa Ana	Anapoima	T2	146,64	8.820,00	4.395,00	\$ 38.763.900,00	\$ 644.482,80	38.119.417,20
san Antonio	Apulo	T3	206,64	4.450,56	4.395,00	\$ 19.560.211,20	\$ 908.182,80	18.652.028,40
Pueblo Nuevo	San Antonio Tequendama	T4	316,55	1.139,00	4.098,00	\$ 4.667.622,00	\$ 1.297.221,90	3.370.400,10
los Andes	San Bernardo	T2	206,64	19.200,00	4.395,00	\$ 84.384.000,00	\$ 908.182,80	83.475.817,20
El Capote	San Juan de Rioseco	T1	79,44	1.500,00	4.395,00	\$ 6.592.500,00	\$ 349.138,80	6.243.361,20
Jaguneta	Tena	T2	146,64	8.000,00	4.395,00	\$ 35.160.000,00	\$ 644.482,80	34.515.517,20
Escalante	Tena	T2	146,64	1.919,41	4.395,00	\$ 8.435.806,95	\$ 644.482,80	7.791.324,15
Altó del Friscol	La Mesa	T2	146,64	6.300,00	4.395,00	\$ 27.688.500,00	\$ 644.482,80	27.044.017,20
TOTALES			4148,57	92.956,22		\$ 403.504.303,90	\$ 17.221.716,60	\$ 386.282.587,30

(...)

⁵³ Cuad. 9, p. 72.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

El valor realmente pagado al Contratista por concepto de estudios de riesgo asciende a \$ 17.315. 732 SIN IVA⁵⁴.

95. En consecuencia, no se probó el daño consistente en un incremento de costos en la elaboración de los estudios detallados de riesgos, que presuntamente habría sido causado por el incumplimiento del Fondo al haber entregado el documento de amenaza sin la idoneidad requerida, así como por la indefinición técnica de los parámetros para su aprobación.
96. En la demanda de reconvención no se solicitó una declaración autónoma sobre el incumplimiento de la obligación del Fondo de entregar al contratista el documento de amenaza con un nivel técnico mínimo ni sobre la supuesta indefinición de los criterios para su aprobación. Sea como sea, las pruebas obrantes en el expediente no acreditan que el análisis de amenaza entregado por la entidad presentara defectos técnicos, es decir, que la prestación se hubiera ejecutado defectuosamente (Código Civil, art. 1613). Esta valoración sobre la calidad técnica del documento, que exige conocimientos especializados (CGP, art. 226), no fue abordada en el dictamen pericial allegado con la demanda de reconvención y carece de respaldo en otro medio probatorio.
97. Por otra parte, ni el dictamen ni los documentos obrantes en el expediente aportan elementos de corroboración a la hipótesis de que los criterios para la aprobación de tales estudios de riesgos estuvieran técnicamente indefinidos. Por el contrario, la Sala advierte que en el Anexo 3 de los TCC, donde se establecieron los requerimientos específicos de las actividades de diseño y construcción, se precisó claramente el contenido que debían tener y la forma en que debían presentarse, requisitos que debían cumplirse para su aprobación por el Interventor de Diseños:

“1.1.1. Estudio Detallado de Riesgos

Corresponde a la realización y entrega del Estudio Detallado de Riesgos del predio para cada sede educativa por parte del Contratista adjudicatario conforme al Anexo No. 4 de Análisis de Riesgos, y las obligaciones contractuales, incluyendo la topografía y el estudio de suelos preliminares correspondientes asociados al riesgo, que deberán ser incorporados como parte integral en los estudios y diseños.

El Estudio Detallado de Riesgos comprende la realización de las labores enmarcadas para cada sede en el documento de Requisitos específicos que se entregará como insumo, conteniendo por lo menos los siguientes tópicos:

- *Desarrollo del análisis de amenaza, vulnerabilidad y riesgo*
- *Desarrollo y complementación de los análisis históricos de eventos*
- *Desarrollo de estudios requeridos asociados al riesgo y especificaciones de los mismos (topografía, suelos, hidrología, batimetría, entre otros)*
- *Desarrollo del diagnóstico de condiciones físicas y ambientales de la sede y de la zona*
- *Desarrollo de la evaluación de la amenaza*
- *Desarrollo de escenarios mínimos considerados*
- *Desarrollo de los requisitos mínimos para el análisis de vulnerabilidad y riesgo*
- *Desarrollo de los análisis de vulnerabilidad requeridos para cada caso, incluyendo los específicos sobre estructuras existentes en los casos que aplique*
- *Desarrollo de Evaluación de riesgo, valoración de daños y pérdidas de alternativas para la intervención y el nivel de seguridad de cada propuesta de solución.*
- *Desarrollo de la Evaluación de alternativas de intervención, a nivel de diseño, y diseño detallado de las mismas.*

⁵⁴ Cuad. 12, pp. 33-34.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

La anterior información se consolidará y entregará por el Contratista en un documento denominado “Documento de Estudio Detallado de Riesgos – Sede XX”, específico por sede educativa, que contendrá el desarrollo de las actividades, su resultado y las recomendaciones pertinentes, orientadas a brindar al FONDO ADAPTACIÓN las herramientas necesarias para determinar, desde el punto de vista técnico y económico, la aprobación de intervención para cada sede específica dentro del grupo adjudicado”⁵⁵.

98. La diferencia entre los dos valores señalados por el perito —esto es, la obtenida al aplicar el precio unitario de los estudios de riesgo sobre el área total de los lotes- y la obtenida al aplicarlo sobre el área definida por el Fondo para cada sede no constituye un daño indemnizable. Como la Sala explicó anteriormente, las sumas a las que tenía derecho Constructora Douquem en la Etapa de Diseños correspondían al producto del precio unitario ofertado por metro cuadrado y el área de la sede establecida por el Fondo, y no a la extensión del lote en el que se ubicaba.

99. Además, en el numeral 5.5 de los TCC se estipuló que el valor total de los veintitrés estudios detallados de riesgos no podía exceder los \$20'000.000:

“Forma de pago.

PARA LA ETAPA 1. La forma de pago al contratista para la Etapa 1 será la siguiente, ‘para lo cual se toman las Obligaciones Específicas para la ETAPA 1’, del presente documento de Estudios Previos:

a. Se pagará en calidad de pago anticipado la suma definida por el proponente para el ítem de análisis de riesgo presentado en la oferta de la Etapa 1 (Anexo 6), previa otorgamiento, constitución y entrega y aprobación de las garantías exigidas y el Cronograma General Detallado para la Etapa 1. Dicho valor cubre todas las actividades y entregables del estudio detallado de riesgos especificado en el Anexo 3.

El valor máximo a pagar al contratista por este concepto será la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS –INCLUIDO I.V.A”⁵⁶.

100. La Sala no desconoce que, en el estudio previo con base en el cual se elaboraron los TCC, se señaló: “el valor máximo a pagar al contratista por este concepto [los estudios detallados de riesgos] será la suma de veinte millones de pesos por proyecto –INCLUIDO IVA”⁵⁷. Sin embargo, dicha previsión fue modificada en los TCC definitivos de la convocatoria pública, donde se precisó: “el valor máximo a pagar al contratista por este concepto será la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS –INCLUIDO I.V.A [por todos los estudios detallados de riesgos]”.

101. En el expediente no hay prueba de las razones que motivaron esta modificación ni de una eventual insuficiencia de la suma para cubrir los costos de su elaboración⁵⁸. Con todo, el contratista aceptó expresamente esta condición al presentar su oferta por

⁵⁵ Cuad. 13, p. 143.

⁵⁶ Cuad. 9, p. 11.

⁵⁷ Cuad. 9, p. 78.

⁵⁸ Los análisis de mercado que sirvieron de base para calcular el valor estimado del contrato —no examinados por el perito que elaboró el dictamen aportado con la demanda de reconvención— incluyen una comparación de costos por metro cuadrado de estudios y diseños para distintas tipologías constructivas (A12 y A3), desagregada en ocho actividades: visitas, diseño arquitectónico, cálculo estructural, diseño hidrosanitario, diseño eléctrico, estudio de suelos, levantamiento topográfico y otros estudios. No obstante, no se presenta allí un costo promedio por metro cuadrado específicamente asociado a los análisis detallados de riesgos a cargo del contratista. Cuad. 9, p. 11.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

este ítem por un valor total de \$19'977.196. Además, no se acreditó que durante la ejecución del contrato sobreviniera un hecho imprevisible al momento de presentar la oferta que hiciera excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación ya ejecutada y, por tanto, no susceptible de revisión (Código de Comercio, art. 868). En consecuencia, le corresponde a Constructora Douquem asumir por su cuenta los eventuales sobrecostos que se hubieran causado (que no fueron probados), tal como lo establecieron los TCC al señalar que “*no se reconocerá costo alguno al contratista*” en la hipótesis de “*valores mal estimados en su propuesta*” y por reclamaciones basadas en que “*los costos ofrecidos son más bajos a los de mercado*”⁵⁹.

^{102.} En conclusión, la Sala confirmará la negativa de este grupo de pretensiones. No se probó la existencia de sobrecostos ni su vinculación causal con un incumplimiento del Fondo derivado de la calidad de los documentos suministrados o de la supuesta indefinición de los parámetros de revisión. Además, conforme a las reglas de remuneración previstas en el contrato, el pago por los estudios detallados de riesgos se limitaba al resultado de multiplicar el área determinada por el Fondo para cada sede por el precio unitario ofertado para la Etapa de Diseños.

(iv) Los diseños de las instituciones El Molino y Balconcitos

^{103.} Respecto de los reparos formulados por el apelante contra la decisión de negar el pago de los diseños de las sedes educativas El Molino y Balconcitos⁶⁰, la Sala confirmará la decisión de negar el pago de los productos elaborados por Constructora Douquem en la Etapa de Diseños —distintos del análisis detallado de riesgos— de estas dos sedes educativas⁶¹. Esta determinación se sustenta en dos razones: (i) no se acreditó que, una vez entregado el análisis detallado de riesgos, el Fondo o el Interventor de Diseños hubieran confirmado la viabilidad del lote, condición necesaria para ejecutar las actividades subsiguientes de la Etapa de Diseños; y (ii) en el otrosí 2

⁵⁹ Cuad. 13, pp. 89-90.

⁶⁰ En relación con la negativa a reconocer el valor de los diseños de las instituciones El Molino y Balconcitos, el apelante afirmó que el Tribunal ignoró que, al momento de su presentación, el contratista no había sido notificado de la decisión de declarar no viable su construcción. Precisó que dicha determinación fue comunicada por la interventoría al Fondo, pero este no la trasladó al contratista, quien, antes de conocerla, ya había entregado los diseños. Señaló que solo tuvo conocimiento formal de la decisión con la suscripción del otrosí 2.

⁶¹ Las pretensiones fueron las siguientes: “6. PRETENSIÓN PRINCIPAL. Que se declare la responsabilidad contractual toda vez que el FONDO ADAPTACIÓN incumplió el contrato Nro. 123 de 2013, que suscribió, en calidad de entidad estatal contratante con la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por no haberle pagado los diseños de los proyectos MOLINO y BALCONCITOS a este de manera oportuna los diseños contratados. / 6.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA. Que como consecuencia de la declaratoria anterior, se condene al FONDO ADAPTACIÓN a pagarle a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por no haberle pagado a este los diseños de los proyectos MOLINO y BALCONCITOS, perjuicios materiales que estimo en la suma de TREINTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS SETENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$39.419.870), o la que resulte probada en el proceso. / 6.1.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA Que como consecuencia de la declaratoria anterior, el FONDO ADAPTACIÓN debe pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., intereses moratorios sobre la suma atrás señalada, desde el 18 de noviembre de 2016, fecha de terminación del contrato Nro. 123 de 2013 hasta cuando se produzca el pago. / 7. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL 7 Y LA PRETENSIÓN SECUNDARIA 7.1. En el caso de no prosperar la pretensión principal 4 y su secundaria 4.1., solicito que se ordene al FONDO ADAPTACIÓN pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por concepto de diseños de los proyectos MOLINO y BALCONCITOS, perjuicios materiales que estimo en la suma de TREINTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS SETENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$39.419.870), o la que resulte probada en el proceso. / 7.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA Que como consecuencia de la declaratoria anterior, el FONDO ADAPTACIÓN debe pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., intereses moratorios sobre la suma atrás señalada, desde el 18 de noviembre de 2016, fecha de terminación del contrato Nro. 123 de 2013 hasta cuando se produzca el pago”.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

al contrato de obra, las partes pactaron expresamente que el Fondo solo tendría la obligación de pagar el análisis detallado de riesgos de dichas sedes.

^{104.} De acuerdo con el numeral 1.1 de los TCC, en la Etapa de Diseños el contratista debía desarrollar “de forma secuencial y/o paralela” los siguientes productos:

- *Estudio Detallado de Riesgos (incluyendo entre otros topografía asociada al riesgo y estudio de suelos preliminar asociado al riesgo)*
- *Desarrollo de Diseños*
- *Estudios Técnicos (incluyendo entre otros topografía detallada y estudio de suelos definitivo, diseños estructurales, diseños hidráulicos, diseños sanitarios, de gas, diseños eléctricos, de voz y datos, bioclimático, iluminación, ventilación, nuevas tecnologías, memorias de diseño, especificaciones técnicas de construcción y Presupuesto detallado de construcción)*
- *Trámites de Licencias y Permisos*⁶².

^{105.} En lo que respecta al alcance del primer producto —el estudio detallado de riesgos por sede—, los TCC expresamente previeron lo siguiente:

“En caso de que del estudio detallado de riesgos se determine que no es viable la intervención de una sede educativa por parte del Contratista, y dicha posición sea aprobada por la Consultoría de Gerencia Integral [Interventor de Diseños] y el Fondo Adaptación, la misma saldrá del grupo respectivo, procediéndose a la liquidación y pago del ítem referente al estudio detallado de riesgos -análisis general de riesgos y diseños de alternativas de mitigación del riesgo para cada sede- (geológicos, geomorfológicos, hidrológicos e hidráulicos de estudio detallado), sin que de ello se pueda dar o derivar ninguna reclamación de reconocimiento adicional ni compensación ni indemnización a favor del Contratista, y sin que pueda entenderse como incumplimiento de las obligaciones del contrato por parte del Fondo”⁶³.

^{106.} Ahora bien, en el literal a) del numeral 5.2.1 de los TCC se indicó que la elaboración del análisis detallado de riesgos era una actividad previa al desarrollo de los demás productos de la Etapa de Diseños. En particular, se estableció que: “esta Etapa [de diseños] *inicia con la realización por parte del contratista del análisis de riesgos conforme las obligaciones que describen en el Anexo 3 y en el documento de amenaza que será entregado al momento de la celebración del contrato*”. Asimismo, se precisó que “si la viabilidad del lote se confirma, se continúa con el proceso de diseño, el cual deberá incluir como determinante las obras de mitigación necesarias”⁶⁴.

^{107.} En concordancia con lo anterior, el numeral 1.1.1 del Anexo 3 de los TCC —relativo a los requerimientos de diseño y construcción— dispuso que el contratista debía consolidar toda la información en un documento denominado “*Estudio Detallado de Riesgos – Sede XX*” por cada sede, el cual debía contener “el desarrollo de las actividades, su resultado, y las recomendaciones pertinentes, orientado a brindar al Fondo Adaptación, las herramientas necesarias para determinar, desde el punto de vista técnico y económico la aprobación de intervención de cada sede específica dentro del grupo adjudicado”⁶⁵. A renglón seguido, se reiteró que “en caso de no ser aprobada la intervención en alguna(s) sede(s) por parte del FONDO ADAPTACIÓN, el proyecto sobre esa sede educativa en particular terminará dando lugar a la cláusula

⁶² Cuad. 13, p. 84.

⁶³ Ídem.

⁶⁴ Cuad. 13, p. 112.

⁶⁵ Cuad. 13, p. 143.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

resolutoria que se entiende pactada y se liquidará dicho proyecto específico reconociendo al contratista únicamente el valor del ítem Estudio Detallado de Riesgos en los términos del Anexo 6, sin lugar a ningún tipo de reconocimiento por otros ítems ejecutados o por ejecutar”.

^{108.} En definitiva, el estudio detallado de riesgos no se elaboraba simultáneamente con la ejecución de las demás actividades que integraban la Etapa de Diseños. Se trataba de una actividad predecesora que debía cumplirse al inicio de una secuencia ordenada de actividades orientada a culminar con la aprobación de los diseños y permisos necesarios para ejecutar la obra. Su finalidad era proporcionar al Fondo la información técnica para decidir si confirmaba la viabilidad del lote y aprobaba la intervención de cada sede educativa específica. Por esta razón, los TCC establecieron que la continuación del proceso de diseño dependía de dicha confirmación. Esta, a su vez, determinaba tanto la autorización para elaborar los productos restantes como la posterior ejecución de las obras.

^{109.} Esta misma lógica explica la forma de pago pactada en el contrato. En la cláusula séptima, las partes acordaron un pago anticipado por la elaboración de los estudios detallados de riesgos. Los cuatro desembolsos restantes se condicionaron al cumplimiento de hitos sujetos a la confirmación previa de la viabilidad del lote por parte del Fondo: (i) entrega del levantamiento topográfico detallado, los estudios de suelos definitivos, los planos generales de diseño y la radicación de la solicitud de licencia de construcción y demás permisos; (ii) aprobación, por parte del Fondo, de los demás productos definidos en el Anexo 3; (iii) obtención de licencias y permisos; y (iv) avances en la Etapa de Construcción⁶⁶.

^{110.} Según los documentos que obran en el expediente, el 6 de septiembre de 2013, Constructora Douquem remitió al Interventor de Diseños una comunicación en la que dejó constancia de la entrega del “anteproyecto” de las veintitrés instituciones educativas. Dicho anteproyecto incluía tanto los estudios detallados de riesgos como la constancia de radicación de las solicitudes de licencia de construcción, aunque la etapa de trámites de licencias y permisos estaba prevista para su desarrollo posterior, conforme al numeral 1.1.4 del Anexo 3 de los TCC. En consecuencia, el 26 de septiembre de 2013, la Secretaría de Planeación y Obras Públicas del municipio de Pacho (Cundinamarca), donde se encontraba ubicado el lote de la sede Balconcitos, respondió la solicitud en los siguientes términos:

“Tan pronto recibí las solicitudes me puse en contacto con ustedes con el fin de analizar el proyecto de la Escuela Balconcitos, informándoles que en el Municipio se habían realizado unos estudios de suelos, donde recomendaban que no se debía construir debido a problemas de remoción en masa, por lo que ustedes me solicitaron los estudios y el contacto del ingeniero que los realizó.

Después de realizada la verificación del estudio de suelos por parte de ustedes, se concertó en el día de ayer que era prudente no construir en este predio dadas las condiciones del terreno y en especial por la observación que les manifesté que el proyecto contemplaba la ubicación en el mismo sitio donde había colapsado la anterior infraestructura la cual tenía similar tipo de cimentación”⁶⁷.

⁶⁶ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, CTO 123 DE 2013.

⁶⁷ Cuad. 7, p. 61. En contraste, el municipio de Ubaque, a través de su secretaría de planeación, otorgó licencia para la construcción de la sede de El Molino (Cuad. 7, pp. 45 – 49).



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

^{111.} El 24 de octubre de 2013, sin que en el expediente obre constancia de que el Fondo o la Interventoría de Diseños hubieran evaluado o aprobado los estudios de riesgos entregados con el anteproyecto, y sin que conste que el contratista les hubiera informado sobre la recomendación emitida por el municipio de Pacho respecto de la sede Balconcitos, Constructora Douquem remitió una segunda comunicación en la que declaró haber efectuado la entrega de los “estudios finales” correspondientes a las veintitrés sedes, incluidos los análisis de riesgos. En los anexos que acompañaban esa comunicación, presentados en forma de índice por sede, se indicó que los análisis de riesgos de Balconcitos y El Molino se encontraban “en revisión”⁶⁸.

^{112.} El contenido de estos dos estudios de riesgos puede deducirse de los considerandos del otrosí 2 al contrato. En este documento, mediante el cual se formalizó la exclusión de las sedes El Molino (Ubaque) y Balconcitos (Pacho), se consignó que en tales documentos se concluyó que no era viable acometer su construcción debido a los riesgos identificados:

“a. El Molino – Ubaque: (...) Tal como el contratista lo reportó en el Capítulo 9 del estudio detallado de amenaza y riesgo elaborado por él indica que: ‘No es viable ejecutar los trabajos de reconstrucción de la infraestructura de la institución educativa El Molino del municipio de Ubaque, por cuanto presenta riesgo alto para fenómenos de remoción en masa como se detalla en el Anexo A Análisis de estabilidad adjunto al presente estudio’.

“b. El Molino – Ubaque: (...) En el Capítulo 9 del estudio detallado de amenaza y riesgo elaborado por el contratista se indica que: ‘No es viable ejecutar los trabajos de reconstrucción de la infraestructura de la institución educativa Balconcitos del municipio de Pacho, por cuanto presenta riesgo alto para fenómenos de remoción en masa, debido a la presencia de mecanismos activos de falla que se manifiestan en la corona del talud a través de grietas de tracción las cuales penetran en el coluvión a diferentes profundidades como se detalla en el Anexo G adjunto al presente estudio”⁶⁹.

^{113.} El 22 de mayo⁷⁰, el 13 de junio⁷¹ y el 21 de julio de 2014⁷², Constructora Douquem remitió comunicaciones a la Interventoría de diseños anunciando la entrega de versiones finales, no para las veintitrés sedes —como en ocasiones anteriores—, sino únicamente para los diseños de tipología 2 correspondientes a El Molino y Balconcitos. El 24 de julio, el Interventor de Diseños devolvió los productos remitidos en esta última entrega, indicando que no serían objeto de revisión ni “podrían ser facturados”, con base en lo siguiente: “*Esta Interventoría de diseño mediante comunicaciones No. ING-GDP-CC03 DQ-374 del 18 de junio y No. ING-GDP-CC03 DQ-381 del 27 de junio de 2014 informó al Contratista acerca de la NO VIABILIDAD de los proyectos del asunto, conclusión a la cual se llegó teniendo en cuenta los análisis realizados por dicha empresa. / Como es sabido, el contrato No. 123 de 2013, previó para dichos casos que únicamente se pagaría el valor correspondiente a Estudio Detallado de Amenaza y Riesgo*”⁷³.

⁶⁸ Cuad. 17, pp. 24 a 27.

⁶⁹ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, OTROSI 2 CTO 123 DE 2013.

⁷⁰ Cuad. 17, p. 120

⁷¹ Cuad. 17, p. 123.

⁷² Cuad. 7, p. 201

⁷³ Cuad. 7, pp. 204 – 205.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

^{114.} El 19 de agosto de 2014, Constructora Douquem y el Interventor de Diseños firmaron el acta de recibo de los estudios y diseños, en la cual se dejó constancia de que el interventor “*recibió, revisó y dio conformidad a los productos*”⁷⁴. Respecto de las sedes El Molino y Balconcitos, se anotó entre paréntesis la expresión “*no viable*”, y únicamente se registró como entregable revisado el “*Estudio Detallado de Amenaza y Riesgo*”. En cambio, para las otras veintiún sedes se relacionaron todos los productos exigidos en la Etapa de Diseños, incluidos el estudio topográfico detallado, el estudio de suelos, el estudio bioclimático, el proyecto arquitectónico y el diseño estructural, entre otros.

^{115.} Posteriormente, el 22 de septiembre de 2014, las partes suscribieron el otrosí 2, cuya cláusula primera dispuso: “*Modificar la cláusula primera del contrato N° 123 de 2013 – Objeto del contrato, en el sentido de excluir del alcance del contrato las sedes educativas Balconcitos – Pacho y Ubaque – El Molino – Ubaque en el departamento de Cundinamarca*”⁷⁵.

^{116.} De acuerdo con lo anterior, está probado que Constructora Douquem entregó estudios y diseños de las sedes El Molino y Balconcitos —adicionales al análisis detallado de riesgos— antes de que el Interventor de Diseños le manifestara formalmente que no era viable su ejecución. También está probado que dichos estudios y diseños se elaboraron a pesar de que los análisis detallados de riesgos elaborados por el mismo contratista concluían que no era viable su construcción. Además, en septiembre de 2013, antes de la entrega de las versiones finales, el municipio de Pacho había negado la licencia de construcción por el riesgo que ello representaba.

^{117.} Según los TCC, la continuación del proceso de diseño de cada sede requería, en primer lugar, que el Fondo confirmara su viabilidad con base en la información presentada por el contratista. En el expediente no obra constancia de dicha confirmación. En ausencia de esta prueba, corresponde al contratista asumir los costos asociados a la elaboración de productos adicionales para las sedes El Molino y Balconcitos, ya que no se trató de una circunstancia sobrevenida e imprevisible, ni de una imposición de la entidad, sino de una decisión propia que no se alineaba con la secuencia prevista en el contrato para la Etapa de Diseño.

^{118.} Esta conclusión se refuerza porque sus propios análisis reflejaban la inviabilidad del proyecto y porque tal circunstancia también fue advertida por una de las entidades territoriales al negar la licencia de construcción. Conforme a lo previsto en los TCC, en esta hipótesis de inviabilidad solo procede la “*liquidación y pago del ítem referente al estudio detallado de riesgos -análisis general de riesgos y diseños de alternativas de mitigación del riesgo para cada sede*” . Como en el expediente obra constancia del pago anticipado del 100% de esta actividad por parte del Fondo⁷⁶, la entidad no tiene la obligación de pagar ningún saldo adicional.

^{119.} La conclusión de que Constructora Douquem únicamente tenía derecho a recibir el valor de los análisis detallados de riesgos de las dos sedes excluidas también se

⁷⁴ Cuad. 7, p. 169.

⁷⁵ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, OTROSI 2 CTO 123 DE 2013.

⁷⁶ Cuad. 15 dictamen, p. 224.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
 Actor: Fondo Adaptación
 3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
 Referencia: Controversias contractuales

fundamenta en el acuerdo plasmado en el otrosí 2. Este documento se suscribió el 22 de septiembre de 2014, con posterioridad a los hechos relativos a la entrega de los estudios que sustentan la reclamación del contratista. En él, las partes formalizaron la exclusión de El Molino y Balconcitos del alcance del proyecto y acordaron adicionar el valor del contrato en \$517'115.894 para remunerar obras de mitigación en otras sedes educativas identificadas durante la Etapa de Diseños.

¹²⁰. Al fijar el nuevo valor del contrato, las partes no solo incorporaron la adición destinada a remunerar actividades adicionales de la Etapa de Construcción, sino que también definieron de forma expresa el monto a reconocer por los diseños. En particular, estipularon que, respecto de las sedes El Molino y Balconcitos, únicamente se pagaría el precio ofertado en el anexo 6 para el ítem de estudio detallado de riesgos:

"2. En relación con el valor del contrato se hace necesario adicionar teniendo en cuenta las justificaciones técnicas y contractuales señaladas en las comunicaciones relacionadas a continuación: 7.2.1. ING-GDP-CC01-372 del 29 de julio de 2014 con radicado en la entidad No. 20148100150292. (...) / 2.2. Posteriormente, mediante comunicación No. ING-GDP-CC01-377 del 1 de agosto del 2014, con radicado en el Fondo Adaptación No. 20148100153902, la interventoría realizó aclaraciones respecto de los valores y porcentajes reportados en la comunicación No. ING-GDP-CC01-372 del 29 de julio de 2014, así:

Ítem	Descripción	Valor contractual (costo directo + AIU + IVA)	Valor presupuesto (costo directo + AIU + IVA)	% (valor presupuesto / valor contractual)
1	Valor de la construcción de las 21 sedes viables (costo directo + AIU + IVA)	\$5.680.164.114,01	\$5.665.561.210,00	99,74 %
2	Valor de las obras de mitigación de las 21 sedes viables (costo directo + AIU + IVA)	— (ver Nota 1)	\$1.007.407.780,00	22,86 %
3	Valor de estudios y diseños de las 23 sedes	\$552.120.749,71	\$512.278.427,55 (ver Nota 2)	92,78 %
4	Valor total del contrato	\$6.668.131.523,00	\$7.185.247.417,55	—
5	Diferencia	—	—	\$517.115.894,55

Nota 1: Obras de mitigación: 15 % del costo directo según numeral 5.5 de los Términos y Condiciones Contractuales. Se aclara que no están incluidas en el valor del contrato No. 123 de 2013. / Nota 2: El valor del diseño de las sedes Escuela Rural El Molino del municipio de Ubaque y Concentración Rural Balconcitos del municipio de Pacho, sedes no viables, corresponde al valor ofertado por la Constructora Douquem en el Anexo No. 6, denotado: Análisis General de Riesgos y Diseños de Alternativas de Mitigación del Riesgo para cada sede (...)

ACUERDAN

(...) CLÁUSULA TERCERA: Modificar la cláusula sexta del contrato N.º 123 de 2013 – Valor del contrato, en el sentido de adicionarlo en la suma de quinientos diecisiete millones ciento quince mil ochocientos noventa y cuatro pesos con cincuenta y cinco centavos (\$517.115.894,55), así como para incluir los párrafos cuarto, quinto y sexto. Las justificaciones técnicas que soportan la decisión del FONDO de adicionar el contrato, se encuentran contenidas en los oficios emitidos por la Interventoría de Diseño que se relacionan en las consideraciones del presente otrosí modificatorio.

(...) El valor final del presupuesto para cada sede educativa se señala en el cuadro que se observa a continuación:

Municipio	Nombre sede	Valor Final Diseño	Valor construcción (CD + AIU + IVA)



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

Quiple	Sede Escuela Rural La Joya	\$11.198.988,56	142.790.908,
	(...)		
Ubaque	Sede Escuela Rural El Molino	\$747.600 [1]	
Pacho	Sede Concentración Rural Balconcitos	\$747.600 [2]	

[1] El valor de \$747.600 a reconocer por el estudio detallado de riesgos de la sede El Molino corresponde a la suma del valor base consignado en la primera fila del Anexo 6 (\$644.483), más el monto correspondiente al IVA vigente para la época del 16%⁷⁷.

[2] El valor de \$747.600 a reconocer por el estudio detallado de riesgos de la sede Balconcitos corresponde a la suma del valor base consignado en la primera fila del Anexo 6 (\$644.483), más el monto correspondiente al IVA vigente para la época del 16%⁷⁸.

¹²¹. Así, en el contexto del otrosí 2, el contratista no tiene derecho a exigir el pago de sumas adicionales al valor ofertado en el anexo 6 por los análisis detallados de riesgos de las dos sedes excluidas. La conclusión no se sustenta en la ausencia de salvedades al momento de suscribir el acuerdo, sino en que dicho negocio jurídico definió expresamente el alcance de su derecho crediticio por estas actividades, lo cual constituye una ley para las partes.

¹²². En conclusión, la Sala confirmará la decisión de negar el pago de los productos elaborados por Constructora Douquem en la Etapa de Diseños —distintos del estudio detallado de riesgos— de las sedes educativas El Molino y Balconcitos.

(v) El pago tardío de los diseños contratados

¹²³. En este punto, corresponde a la Sala determinar si debe revocarse la decisión que negó el reconocimiento de intereses por la mora en el pago de los diseños debido a una indebida valoración probatoria. Según el demandante, los documentos aportados acreditarían que el contratista (i) presentó los documentos de cobro en debida forma, de modo que el Fondo incurrió en mora al no efectuar oportunamente el pago de las sumas correspondientes, y (ii) cumplió sus obligaciones en la Etapa de Diseño⁷⁹.

¹²⁴. La Sala confirmará la decisión del Tribunal, por lo que no hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios ni de los perjuicios materiales reclamados⁸⁰.

⁷⁷ Cuad. 14, p. 121.

⁷⁸ Cuad. 14, p. 120.

⁷⁹ Frente a la decisión de negar las pretensiones relacionadas con el cumplimiento tardío de la obligación de pagar los diseños contratados, el contratista controvirtió que el Tribunal hubiese afirmado que no acreditó el cumplimiento de sus propias obligaciones, ya que este se probó con la suscripción de las actas de entrega de estudios y diseños, en las que el Interventor de Diseños registró su recibo a satisfacción. Sostuvo, además, que la valoración probatoria fue incorrecta, pues los documentos aportados demostraban la presentación oportuna de las facturas, su radicación y el tiempo que tardó el Fondo en efectuar el pago.

⁸⁰ Las pretensiones fueron las siguientes: “3. PRETENSIÓN PRINCIPAL (OBJETO DE REFORMA). Que se declare la responsabilidad contractual toda vez que el FONDO ADAPTACIÓN incumplió el contrato Nro. 123 de 2013, que suscribió, en calidad de entidad estatal contratante con la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por no haberle pagado a este de manera oportuna los diseños contratados. / 3.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA (OBJETO DE REFORMA). Que como consecuencia de la declaratoria anterior, se condene al FONDO ADAPTACIÓN a pagarle a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por no haberle pagado oportunamente a este los diseños contratados, perjuicios materiales que estimo en la suma de NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTIOCHO PESOS CON 09 CENTAVOS (\$9.658.428,09) M/CTE. / 3.1.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA A LA PRETENSIÓN 3.1. (OBJETO DE REFORMA). La suma señalada en el numeral anterior deberá ser indexada, de conformidad con las normas legales vigentes. / 3.2. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL 3 Y



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

^{125.} Según el artículo 1608.1 del Código Civil, el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se reconvenga al deudor para constituirlo en mora. La forma de pago del valor de los productos elaborados en la Etapa de Diseños se definió en la cláusula séptima, en los siguientes términos:

"ETAPA 1: Un pago anticipado, por el valor ofertado por el CONTRATISTA por concepto de ANÁLISIS DE RIESGO, el cual asciende a la suma de hasta DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL CIENTO NOVENTA Y SEIS PESOS (\$ 19.977.196) INCLUIDO IVA. / El valor restante de esta etapa, sin incluir el valor ofertado por el CONTRATISTA para los estudios de VULNERABILIDAD ESTRUCTURAL, asciende hasta la suma de QUINIENTOS VEINTICINCO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$525.749.828) INCLUIDO IVA, el cual se pagará previa entrega y aprobación de los productos de esta misma, de la siguiente manera:

2.1. *Hasta el 20% a la entrega total de los siguientes productos establecidos en el Anexo 3: Levantamiento topográfico / Estudios de suelos definitivos / Planos generales de diseño / Radicación de la solicitud de licencia de construcción y demás solicitudes de licencias y permisos requeridos completas y en debida forma.*

2.2. *Hasta el 60% a la entrega completa y aprobada de los productos detallados en el Anexo N°3, diferentes a los enunciados en el numeral 2.1. anterior.*

2.3. *Hasta el 10% a la entrega de las licencias de construcción y de las demás licencias y permisos para cada intervención.*

2.4. *Hasta el 10% final se pagará durante la ejecución de la etapa 2, de acuerdo con las gestiones de supervisión arquitectónica, según avance de las obras y certificación de visitas; en cuatro pagos iguales, así: / 2.4.1 Hasta el valor correspondiente al primer 2,50% una vez sea certificada la ejecución consolidada del grupo en el 25% de avance de obra. / 2.4.2 Hasta el valor correspondiente al segundo 2,50% una vez sea certificada la ejecución consolidada del grupo en el 50% de avance de obra. / 2.4.3 Hasta el valor correspondiente al tercer 2,50% una vez sea certificada la ejecución consolidada del grupo en el 75% de avance de obra. / 2.4.4 Hasta el valor correspondiente al cuarto y último 2,50% una vez sea certificada la ejecución consolidada del grupo en el 100% de avance de obra*⁸¹.

^{126.} Los términos para efectuar el pago de cada una de estas cuotas, así como la tasa de interés aplicable en caso de mora, se establecieron en el parágrafo cuarto de esta misma cláusula, en los siguientes términos:

"PARÁGRAFO CUARTO: Los pagos se efectuarán dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la radicación de la respectiva factura, la cual debe acompañarse de: 1. La certificación del pago de los aportes correspondientes a los sistemas de salud y pensiones y, si a ello hubiere lugar, a las cajas de compensación familiar, ICBF y SENA. 2. La facturación de los trabajos de diseño debe ir acompañada de la certificación, expedida por el interventor, sobre el cumplimiento de las condiciones establecidas para el pago (...) / Cuando la factura no se presente con el lleno de los correspondientes requisitos o no se acompañe de los documentos necesarios para el pago, el término para este empezará a contarse desde la fecha en que una u otros se presenten en debida forma o se aporte el último de los documentos requeridos. Las demoras que se presenten por esta causa serán

LAS PRETENSIONES SECUNDARIAS 3.1. (OBJETO DE REFORMA). *En el caso de no prosperar la pretensión principal 3 y sus secundarias 3.1 y 3.1.1., solicito que se ordene al FONDO ADAPTACIÓN pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por concepto de intereses por el no pago oportuno de los diseños una suma que estimo en NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTIOCHO PESOS CON 09 CENTAVOS (\$9.658.428,09) M/CTE. / 3.2.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL 3 Y LAS PRETENSIONES SECUNDARIAS 3.1. La suma señalada en el numeral anterior deberá ser indexada, de conformidad con las normas legales vigentes".*

⁸¹ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, CTO 123 DE 2013. La Sala precisa que en la cláusula quinta del otrosí 2 se modificó la forma de pago, pero únicamente en lo relativo al anticipo que debía entregarse al inicio de la Etapa de Construcción.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

responsabilidad del contratista; por lo tanto, no causarán intereses, ni compensación de ninguna naturaleza. En caso de mora imputable al FONDO, este reconocerá al CONTRATISTA intereses moratorios a la tasa del interés legal civil vigente en esa fecha, la cual se liquidará sobre el valor histórico actualizado, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 8.1.1., del Decreto 734 de 2012 o en la norma que lo modifique o reemplace⁸² (Énfasis añadido).

^{127.} Así las cosas, para acreditar la mora del Fondo en el pago de los productos de esta primera etapa, el contratista tenía la carga de probar (CGP, art. 167) dos hechos: (i) que radicó ante la entidad estatal la factura acompañada de los documentos indicados en el contrato —esto es, el certificado de aportes parafiscales y la certificación del Interventor de Diseños sobre el cumplimiento de las condiciones para el pago, la cual incluía la aprobación de los productos— y (ii) que el Fondo efectuó el pago una vez vencido el término de diez días calendario siguientes a la radicación de estos documentos.

^{128.} En la demanda de reconvenCIÓN, el contratista afirmó que la aprobación de los diseños no se produjo conforme al cronograma presentado y aprobado por la Interventoría de Diseños, debido a tardanzas en su revisión y a la formulación de observaciones que consideró injustificadas, lo que provocó el desplazamiento de las fechas previstas para los pagos. En esta línea, en el expediente obran comunicaciones del 2 de octubre de 2013 y del 10 de noviembre de 2014, en las que Constructora Douquem expuso dicha demora como justificación frente a los requerimientos formulados por el retraso en la entrega de los productos⁸³. Sin embargo, no hay prueba en el expediente de la aprobación del cronograma detallado de esta etapa que debía ser entregado por Constructora Douquem⁸⁴.

^{129.} En todo caso, más allá del dicho de la parte, no se probó que las observaciones efectuadas por el Interventor de Diseños carecieran de sustento técnico, es decir, que se hubiesen formulado sin atenerse a los parámetros para la elaboración de los productos, especialmente los previstos en el Anexo 3 de los TCC. La ocurrencia y valoración de este hecho —que requiere conocimientos técnicos especializados— no fue abordada en el dictamen pericial técnico aportado con la demanda de reconvenCIÓN reformada ni se deduce de los documentos del expediente. En este orden de ideas, no se acreditó que tales observaciones hubiesen tenido por objeto impedir ilícitamente el cumplimiento de la condición de la que dependía la exigibilidad del pago, hipótesis en la que se tendría por cumplida (Código Civil, art. 1538).

^{130.} Finalmente, no se probó que Constructora Douquem hubiera presentado las facturas con anterioridad a las fechas de los documentos anexos al dictamen pericial aportado con su demanda de reconvenCIÓN, los cuales se invocaron como sustento para la reclamación de intereses moratorios. En consecuencia, la configuración de la mora se analizará con base en dichos documentos.

⁸² Ídem.

⁸³ Cuad. 10, pp. 147-149; Cuad. 11, pp. 17-56.

⁸⁴ De acuerdo con el numeral 1º del capítulo 1.3 del Anexo 3 de los TCC, el contratista debía “presentar para el inicio de la etapa 1 de diseño [sic] cronograma general de estudios y diseños, donde se especifiquen todas las actividades y fechas de entrega para aprobación” (Cuad. 13, p. 149). Mediante comunicación del 22 de agosto de 2013, Constructora Douquem envió al Interventor de Diseños la programación ajustada para las veintitrés sedes. Sin embargo, no hay constancia de su aprobación por el interventor (Cuad. 10 pp. 119-143).



COMPARTIDO POR:

Beltrán Pardo.

Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

131. El dictamen aportado por Constructora Douquem incluyó una tabla con el cálculo de los intereses moratorios que, según el perito, se generaron por el pago tardío de los productos de la Etapa de Diseños⁸⁵.

CALCULO DE INTERESES MORATORIOS POR NO PAGO OPORTUNO DE ESTUDIOS Y DISEÑOS													
FACTURACION EMITIDA POR CONSTRUCTORA DOUQUEM						PAGOS FONDO ADAPTACION A TRAVES DE FIUOCIDENTE			TASACION INTERESES				
No FACTURA	FECHA EXPEDICION FACTURA	VALOR	CONCEPTO	COMUNICACION DE RADICACION	OBSERVACIONES	No ORDEN DE PAGO	FECHA PAGO	VALOR PAGADO	FECHA DE VENCIMIENTO FACTURA	DIAS DE MORA	TASA MAX ANUAL SUPERINTENDENCIA	TASA DE INTERES MAX PERMITIDO SUPER-	INTERES DE MORA PAGO DE ESTUDIOS Y DISEÑOS
249	14-agosto-13	\$ 19.977.196,00	PAGO ANTICIPADO	CD-123-13-045-13 DEL 16 AGOSTO 2013	PAGADA	462	30-agosto-13	\$ 19.977.196,00	24-agosto-13	6,00	30,51% EA	0,083589041	\$ 100.192,48
253	12-agosto-14	\$ 97.265.991,00	20% ETAPA 1 DISEÑOS	CD-123-13-281-14 DEL 12 AGOSTO 2014	PAGADA	1768	11-sep-14	\$ 97.265.991,00	22-agosto-14	19,00	29 % EA	0,079452055	\$ 1.468.316,74
257	09-sep-14	\$ 291.797.972,00	60% ENTREGA COMPLETA DISEÑOS	CD-123-13-309-14 DEL 9 SEPTIEMBRE DE 2014	PAGADA	2090	08-oct-14	\$ 291.797.972,00	19-sep-14	19,00	28.76% EA	0,078794521	\$ 4.368.495,45
258	09-sep-14	\$ 48.632.995,00	10% DISEÑOS ETAPA 1	CD-123-13-310-14 DEL 9 SEPTIEMBRE DEL 2014	PAGADA	2085	09-oct-14	\$ 48.632.995,00	19-sep-14	19,00	29%EA	0,079452055	\$ 734.158,36
308	19-Oct-17	\$ 48.632.995,00	10% DISEÑOS ETAPA 2	CD-123-13-08-097-1	PAGADA	520	13-feb-15	\$ 48.632.995,00	29-oct-14	76,00	29.5%EA	0,080821918	\$ 2.987.265,06
TOTAL INTERES MORATORIO													\$ 9.658.428,09

132. En relación con el primero de los desembolsos —correspondiente al pago anticipado de los estudios detallados de riesgos—, la Sala observa que, según el dictamen pericial, para liquidar los intereses se tomó como referencia el 14 de agosto de 2013, registrado en la columna “fecha expedición factura”. En consecuencia, se indicó que el plazo de pago vencía el 24 de agosto del mismo año, al décimo día calendario siguiente, y que el pago se efectuó el 30 de agosto, lo que implicó seis días de mora.

133. En el expediente obra copia de la factura de venta 249, fechada el 14 de agosto de 2013, en la que se consignó como concepto el “pago anticipado por concepto de análisis de riesgos” por la suma de \$19'977.196, IVA incluido⁸⁶. No obstante, la constancia de su radicación corresponde al 16 de agosto de 2013 y se representó en un sello de recepción de Gutiérrez y Díaz y Cía. S.A., una de las compañías integrantes del consorcio Interventor de Diseños, a quien se dirigió la comunicación⁸⁷.

⁸⁵ Cuad. 12, p. 39.

⁸⁶ Cuad. 21, p. 43.

⁸⁷ Cuad. 21, p. 42.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
 Actor: Fondo Adaptación
 3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
 Referencia: Controversias contractuales

Factura	Comunicación remisoria de la factura																																
<p>INGENIEROS & ARQUITECTOS NIT. 800.002.362-1 IVA REGIMEN COMUN ACTIVIDADES ECONOMICAS CLA 302 Calle 93 Bis No. 19-50 Of. 104 - Tel.: 635 19 59 - 610 52 47 - 610 9554 - Fax: 635 9578 Bogotá, D.C. - Colombia</p> <p>Ciudad: BOGOTÁ Empresa: FONDO ADAPTACIÓN Dirección: Calle 75 AÑS-BB Piso 3 Teléfono: 308 2054</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>CÓDIGO</th> <th>CANT.</th> <th>DESCRIPCIÓN</th> <th>VALOR TOTAL</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td colspan="3">CONTRATO 123 DE 2013, Diseño y Construcción de las sedes educativas del Grupo No 16</td> <td></td> </tr> <tr> <td colspan="3">PAGO ANTICIPADO Por Concepto de Análisis de Riesgos</td> <td>19.937.196</td> </tr> <tr> <td colspan="3">FACTURA COBRAR EN LA CUENTA CORRIENTE N° 3036000004731 DEL BANCO AGUSTIN DE CALDAS A NOMBRE DE CONSTRAXTOZA DOQUEM S.A.S.</td> <td></td> </tr> <tr> <td colspan="3">RESOLUCIÓN DIAN Nº 3200000002580 Fecha: 2012-07-26 Facturas Habilitadas: dct. N° 234 al 20000</td> <td></td> </tr> <tr> <td colspan="3">BON DIFERENCIA MILLODEL ANEXO A SEÑAL Y SIEZ AN CREDITO VENCIENTE SEIS DIAS M/CIE</td> <td>SUB- TOTAL DESCUENTO</td> </tr> <tr> <td colspan="3">LA PRESENTE FACTURA DE VENTA SE ASUMA EN TODOS SUS EJERCICIOS A LA LETRA</td> <td>T.IVA. TOTAL</td> </tr> <tr> <td colspan="3">DE CAMBIO ARTICULO 774 DEL CODIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA.</td> <td>19.937.196</td> </tr> </tbody> </table> <p>Rebib:</p> <p>Chu. J. Chaves Peña FIRMA Y SELLITO</p>	CÓDIGO	CANT.	DESCRIPCIÓN	VALOR TOTAL	CONTRATO 123 DE 2013, Diseño y Construcción de las sedes educativas del Grupo No 16				PAGO ANTICIPADO Por Concepto de Análisis de Riesgos			19.937.196	FACTURA COBRAR EN LA CUENTA CORRIENTE N° 3036000004731 DEL BANCO AGUSTIN DE CALDAS A NOMBRE DE CONSTRAXTOZA DOQUEM S.A.S.				RESOLUCIÓN DIAN Nº 3200000002580 Fecha: 2012-07-26 Facturas Habilitadas: dct. N° 234 al 20000				BON DIFERENCIA MILLODEL ANEXO A SEÑAL Y SIEZ AN CREDITO VENCIENTE SEIS DIAS M/CIE			SUB- TOTAL DESCUENTO	LA PRESENTE FACTURA DE VENTA SE ASUMA EN TODOS SUS EJERCICIOS A LA LETRA			T.IVA. TOTAL	DE CAMBIO ARTICULO 774 DEL CODIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA.			19.937.196	<p>INGENIEROS & ARQUITECTOS NIT. 830.002.362-1 Calle 93 Bis 19-50 Of. 104 Tels.: 636 19 59 - 610 52 47 Fax: 635 96 78</p> <p>Bogotá, 16 de Agosto de 2013</p> <p>CD-123 13-045-13</p> <p>Señores: CONSORCIO ING-GD. Attn: Arq. Marta Julia Directora Proyecto Ciudad</p> <p>Ref.: Contrato FDA- 123-2013 Grupo 16 Cundinamarca. Asunto: Entrega de Original Factura</p> <p>Apreciada arquitecta:</p> <p>Adjunto me permito enviar la factura original No 0249 correspondiente al pago del anticipo del análisis de riesgos del contrato de la referencia.</p> <p>Agradeciendo la atención a la presente.</p> <p>Cordialmente,</p> <p>Chu. J. Chaves Peña CARLOS JULIO CHAVES PEÑA Representante Legal</p> <p>GUTIERREZ DIAZ Y CIA S.A. ARQUITECTOS CORRESPONDENCIA 1 E. AGO. 2013 AVULCIDA HORA 12:30R RECIBIDO EL PRESENTE SELLO NO INDICA FECHA NI HORA EL COMPROMISO ESTA EN EL CONTENIDO</p>
CÓDIGO	CANT.	DESCRIPCIÓN	VALOR TOTAL																														
CONTRATO 123 DE 2013, Diseño y Construcción de las sedes educativas del Grupo No 16																																	
PAGO ANTICIPADO Por Concepto de Análisis de Riesgos			19.937.196																														
FACTURA COBRAR EN LA CUENTA CORRIENTE N° 3036000004731 DEL BANCO AGUSTIN DE CALDAS A NOMBRE DE CONSTRAXTOZA DOQUEM S.A.S.																																	
RESOLUCIÓN DIAN Nº 3200000002580 Fecha: 2012-07-26 Facturas Habilitadas: dct. N° 234 al 20000																																	
BON DIFERENCIA MILLODEL ANEXO A SEÑAL Y SIEZ AN CREDITO VENCIENTE SEIS DIAS M/CIE			SUB- TOTAL DESCUENTO																														
LA PRESENTE FACTURA DE VENTA SE ASUMA EN TODOS SUS EJERCICIOS A LA LETRA			T.IVA. TOTAL																														
DE CAMBIO ARTICULO 774 DEL CODIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA.			19.937.196																														

134. Los documentos aportados al expediente y anexos al dictamen pericial no acreditan la fecha de radicación de la factura ante el Fondo, que es la que debía considerarse para computar el plazo de pago. Tampoco obran constancias de la certificación del Interventor de Diseños sobre el cumplimiento de las condiciones contractuales para el desembolso, sin la cual no se iniciaba el término, conforme a lo pactado: “Cuando la factura no se presente con el lleno de los correspondientes requisitos o no se acompañe de los documentos necesarios para el pago, el término para este empezará a contarse desde la fecha en que una u otros se presenten en debida forma o se aporte el último de los documentos requeridos”. En estas condiciones, no es procedente tomar como fecha inicial el 14 de agosto de 2013 ni sostener que existieron seis días de mora.

135. La misma conclusión se predica de la factura 253, registrada en la segunda fila del cuadro con el cálculo de intereses, mediante la cual Constructora Douquem cobró el “20% de la Etapa 1 de Diseños: levantamiento topográfico, estudios de suelos, planos generales de diseños y redacción de solicitud de licencia de construcción”⁸⁸. En el dictamen se indicó como fecha inicial para el cómputo del plazo el 12 de agosto de 2014 y como vencimiento el 22 del mismo mes. Aunque la comunicación con que se remitió esta factura tiene constancia de radicado ante el Interventor de Diseños en la primera de dichas fechas, no se probó cuándo fue radicada ante el Fondo, dato indispensable para determinar el inicio del plazo de pago.

136. Idéntica conclusión se predica de las facturas 257, 258 y 308, mediante las cuales se cobró, respectivamente, (i) “el 60% de la etapa 1 de diseños por la entrega completa y aprobada”, (ii) “el 10% de la etapa 1 de diseños por la entrega de las licencias de construcción” y (iii) “el 10% final de la Etapa 1 diseños por avance de obras del 100%”⁸⁹. Los documentos que obran en el expediente no acreditan la fecha de

⁸⁸ Cuad. 21, p. 47.

⁸⁹ Cuad. 21, pp. 51, 54 y 57.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

radicación de estas facturas ante el Fondo, pues los sellos de recibo corresponden al Interventor de Diseños⁹⁰. En consecuencia, no se probó la mora en su pago.

^{137.} Respecto de la factura 308, si bien cuenta con constancia de recibo en la entidad estatal del 20 de octubre de 2017⁹¹, no se acreditó que estuviera acompañada de la certificación del Interventor de Diseños sobre el cumplimiento de las condiciones para el pago, requisito contractual sin el cual no se iniciaba el plazo para efectuarlo. De hecho, en la comunicación remisoria de la factura no se incluyó referencia alguna a dicha certificación⁹².

^{138.} En conclusión, la Sala confirmará la decisión del Tribunal, pues no se acreditó que el Fondo hubiera incurrido en mora en el pago de los productos elaborados en la Etapa de Diseño a los que se refiere la segunda fila del cuadro de cálculo de intereses.

(vi) El desembolso extemporáneo del anticipo pactado para la Etapa de Construcción

^{139.} Considerando los reparos formulados por Constructora Doquem⁹³, corresponde a la Sala determinar si debe revocarse la decisión de negar el reconocimiento de perjuicios materiales por la mora en la entrega del anticipo de la Etapa de Construcción, dado que el Tribunal habría omitido valorar documentos —incluidos los otrosías 3 y 4— que acreditarían que (i) el Fondo debía entregar el anticipo el 23 de octubre de 2014, pero lo hizo el 4 de diciembre de ese año, y (ii) el contratista cumplió sus obligaciones en dicha etapa⁹⁴.

^{140.} La Sala confirmará la decisión del Tribunal, porque no se probó que el Fondo hubiera incurrido en mora en la obligación de entregar el anticipo pactado para la Etapa de Construcción.

⁹⁰ Cuad. 21, pp. 49 y 53.

⁹¹ Cuad. 21, p. 56.

⁹² Ídem.

⁹³ En cuanto a la negativa a reconocer la mora en la entrega del anticipo de la Etapa de Construcción, el contratista afirmó que acreditó el cumplimiento de sus obligaciones con las actas y certificados de recibo a satisfacción de las sedes educativas. Señaló que hubo una indebida valoración probatoria, porque los considerandos de los otrosías 3 y 4 evidenciaban el retraso del Fondo y los documentos aportados con la demanda de reconvenCIÓN demostraban que el desembolso del anticipo debía efectuarse el 23 de octubre de 2014, pero solo se realizó el 4 de diciembre del mismo año.

⁹⁴ Las pretensiones formuladas sobre este asunto fueron las siguientes: “4. PRETENSIÓN PRINCIPAL (OBJETO DE REFORMA). Que se declare la responsabilidad contractual toda vez que el FONDO ADAPTACIÓN incumplió el contrato Nro. 123 de 2013, que suscribió, en calidad de entidad estatal contratante con la CONSTRUCTORA DOQUEM S.A.S., por no haberle pagado a este de manera oportuna el anticipo del contrato. / 4.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA (OBJETO DE REFORMA). Que como consecuencia de la declaratoria anterior, se condene al FONDO ADAPTACIÓN a pagarle a la CONSTRUCTORA DOQUEM S.A.S., por no haberle pagado oportunamente el anticipo del contrato, perjuicios materiales que estimo en la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL PESOS CON 94 CENTAVOS (\$44.166.644,94) M/cte. / 4.2. PRETENSIÓN SECUNDARIA A LA PRETENSIÓN 4.1. (OBJETO DE REFORMA). La suma señalada en el numeral anterior deberá ser indexada, de conformidad con las normas legales vigentes. / 4.3. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL 4 Y LAS PRETENSIONES SECUNDARIAS 4.1. (OBJETO DE REFORMA) En el caso de no prosperar la pretensión principal 4 y la secundaria 4.1., solicito que se ordene al FONDO ADAPTACIÓN pagar a la CONSTRUCTORA DOQUEM S.A.S., por concepto de intereses por el no pago oportuno del anticipo una suma que estimo en CUARENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL PESOS CON 94 CENTAVOS (\$44.166.644,94) M/cte. / 4.3.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA. La suma señalada en el numeral anterior deberá ser indexada, de conformidad con las normas legales vigentes”.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

^{141.} En la cláusula séptima del contrato, las partes acordaron lo siguiente respecto de la entrega del anticipo en la Etapa de Construcción:

"Dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la firma del acta de iniciación de la Etapa 2 para cada proyecto, el FONDO concederá al CONTRATISTA, a título de préstamo para la ejecución de las obras objeto del contrato, un anticipo amortizable, por el valor equivalente al veinte por ciento (20%) del valor inicialmente estimado para la Etapa 2 o construcción de cada proyecto, el cual solo podrá invertirse en los gastos propios de este mismo, pagadero a la fiducia o patrimonio autónomo que aquél constituya para el manejo de dichos recursos. El CONTRATISTA deberá solicitar a la Fiducia cuenta cuentas contables separadas para cada uno de los proyectos, de modo que el anticipo de cada uno de éstos tenga un control independiente / Para el manejo de los recursos que reciba por concepto de anticipo y con el fin de garantizar que este se empleará exclusivamente en la ejecución del contrato, el CONTRATISTA debe constituir, en los términos de la Ley 1474 de 2011, en una entidad fiduciaria con calificación AAA, aprobada previamente por el FONDO, una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable, designando al FONDO como beneficiario. La fiducia que se constituya para efectos del manejo del anticipo debe establecer, expresamente, que los desembolsos, cheques, órdenes o autorizaciones de pago que se giren con cargo a aquella necesitan la firma del CONTRATISTA o su designado y la de la Interventoría.

(...) En todo caso, antes de constituir la fiducia, el CONTRATISTA someterá a revisión del FONDO la minuta del respectivo contrato, razón por la cual el CONTRATISTA se obliga a tramitar, con la suficiente antelación, desde la fase de diseño, la aprobación del FONDO. El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el CONTRATISTA"⁹⁵ (Énfasis añadido).

^{142.} El 22 de septiembre de 2014, el Fondo y Constructora Douquem suscribieron el otrosí 2, por el cual se adicionó al contrato la suma de \$517'115.894 y se fijó su valor final en \$7.185'247.417, tras la aprobación del presupuesto para la Etapa de Construcción por parte del Fondo. En la cláusula quinta de dicho acuerdo se precisó que el anticipo del 20% se calcularía sobre el valor del presupuesto aprobado (VPA) para la Etapa de Construcción de cada proyecto, y no sobre el valor inicialmente estimado en el contrato 123 de 2013: *"Modificar la cláusula séptima del contrato N° 123 de 2013 – Forma de pago, en el sentido de aclarar en el título Etapa 2, que el anticipo del 20% se realiza sobre el valor del presupuesto aprobado (VPA) para la Etapa 2 o construcción de cada proyecto y no sobre el valor inicialmente estimado como señala el contrato no. 123 de 2013"*⁹⁶.

^{143.} Así las cosas, el Fondo estaba obligado a entregar al contratista un anticipo equivalente al 20% del valor aprobado como presupuesto de las obras, dentro de los treinta días calendario siguientes a la firma del acta de inicio de esta etapa. Sin embargo, el cómputo de este plazo estaba condicionado a la previa celebración del contrato de fiducia mercantil para la administración de los recursos entregados a título de anticipo, con los cuales se conformaría un patrimonio autónomo destinado exclusivamente a esa finalidad. En este marco, el contrato dispuso que el anticipo sería *"pagadero a la fiducia o patrimonio autónomo que aquél constituya para el manejo de dichos recursos"* y que el contratista debía *"someter a revisión del FONDO la minuta*

⁹⁵ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, CTO 123 DE 2013.

⁹⁶ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, otrosí 2 contrato 123 de 2013. Mediante el otrosí 5, suscrito el 28 de julio de 2015 para superar los problemas de iliquidez que presentaba el contratista, las partes acordaron que el Fondo otorgaría un anticipo adicional del 10 %. Sin embargo, la oportunidad en la entrega de estos recursos no constituye objeto de la causa petendi, la cual se refiere exclusivamente al anticipo pactado para el inicio de la Etapa de Construcción (párr. 24).



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

del respectivo contrato, razón por la cual el CONTRATISTA se obliga a tramitar, con la suficiente antelación, desde la fase de diseño, la aprobación del FONDO”.

¹⁴⁴. El dictamen pericial aportado por Constructora Douquem, dirigido a acreditar los perjuicios que habría ocasionado la supuesta mora en la entrega del anticipo de la Etapa de Construcción, incluyó el siguiente cómputo como sustento de su conclusión sobre el retraso:

“Para el pago de Anticipo de la segunda etapa el FONDO ADAPTACIÓN incurrió en mora en tanto que el plazo estipulado en la Cláusula Séptima del contrato establecía 30 días para el pago del anticipo a partir de la firma del Acta de inicio:

VALOR DEL ANTICIPO: \$1.334.593.798.

FIRMA DEL ACTA DE INICIO ETAPA 2: 23 DE SEPTIEMBRE DE 2014.

FECHA DE REGISTRO DE INGRESO DEL ANTICIPO: 4 DE DICIEMBRE DE 2014.

TÉRMINO CONTRACTUAL PARA EL PAGO 30 DÍAS CALENDARIO.

FECHA DE LA OBLIGACIÓN: 23 DE OCTUBRE DE 2014.

TIEMPO EN MORA DEL PAGO DEL ANTICIPO: 42 DÍAS”⁹⁷.

¹⁴⁵. El 23 de septiembre de 2014 se suscribió el acta de inicio de la Etapa de Construcción de las veintiún sedes educativas —ya excluidas las de El Molino y Balconcitos—⁹⁸. No obstante, para esa fecha no se había perfeccionado el contrato de fiducia mercantil ni se había constituido el patrimonio autónomo destinado a la administración del anticipo.

¹⁴⁶. En el expediente obra la comunicación CD-121-13-OB-013-14, radicada el 17 de octubre de 2014 ante el Interventor de Obra, mediante la cual Constructora Douquem remitió para su revisión la minuta del “*contrato de fiducia Douquem - BBVA Sociedad Fiduciaria*”. En el documento se indicó que la minuta contemplaba la creación de veintiún subcuentas contables —una por cada proyecto, conforme lo exigía el contrato— y se aclaró lo siguiente: “*De otra parte, anotamos que con Fiduciaria Bancoldex no fue posible hacer las precisiones requeridas contractualmente [manejo independiente de cada subcuenta] y, por lo tanto, se hizo el cambio a la Fiduciaria BBVA*”⁹⁹.

¹⁴⁷. La nota incluida por Constructora Douquem no indica que la demora en el trámite y aprobación del contrato de fiducia para la administración de los recursos del anticipo fuera atribuible al Fondo, sino que la atribuye a dificultades en la negociación de su clausulado con una sociedad fiduciaria. En el expediente no obra ningún otro medio de prueba que acredite lo contrario¹⁰⁰. En consecuencia, las conclusiones del dictamen no son atendibles, pues la fecha de suscripción del acta de inicio de la Etapa de Construcción —utilizada como referencia en el peritaje— no puede tomarse como punto de partida para computar el plazo de entrega del anticipo, ya que dicho desembolso estaba condicionado a la conformación del patrimonio autónomo para la administración de tales recursos.

⁹⁷ Cuad. 12, pp. 36 – 37.

⁹⁸ Cuad. 17, pp. 3 – 4.

⁹⁹ Cuad. 21, pp. 15 – 37.

¹⁰⁰ Los documentos allegados con la contestación de la demanda, entre ellos la remisión inicial de la minuta del contrato proyectado con Fiducoldex, no evidencian que el Fondo hubiese formulado objeciones carentes de fundamento contractual, ni que la suscripción del contrato de fiducia mercantil entre la contratista y la sociedad fiduciaria se hubiese frustrado por causas atribuibles a dicha entidad. Cuad. 3, pp. 4 – 41



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

^{148.} Ahora bien, en su recurso de apelación, el contratista también cuestionó que no se hubiera tenido en cuenta el otrosí 3 del 12 de diciembre de 2014 para determinar si el Fondo incurrió en mora respecto de su obligación de entregar el anticipo. En dicho acuerdo, las partes modificaron el plazo del contrato, prorrogándolo por dos meses y diez días calendario, y precisaron que la prórroga “*no genera adición al valor del contrato, ni genera reconocimiento de suma de dinero alguna a favor del contratista*”¹⁰¹. Los considerandos de este otrosí, en los que se exponen las razones que justificaron la prórroga, no hacen referencia a la entrega del anticipo. Por el contrario, se destacó que la entrega de la totalidad de los diseños “*se dio hasta el 19 de agosto (...) porque el Contratista no entregó los productos con las especificaciones requeridas contractualmente, en las fechas establecidas en el cronograma*” y, en coherencia con ello, que el acta de inicio de la Etapa de Construcción se suscribió apenas el 23 de septiembre de 2014.

^{149.} El otrosí 4 al contrato del 31 de marzo de 2015 —también citado por el apelante— sí incluyó referencias a la tardanza en la entrega del anticipo. Mediante este acuerdo, las partes prorrogaron el plazo contractual por 117 días calendario. En el considerando séptimo se reprodujo un memorando del subgerente de proyectos del Fondo, en el que se exponían las razones que justificaban la solicitud de prórroga. En lo relativo al anticipo se transcribió una comunicación del contratista y las manifestaciones del Interventor, orientadas a calcular el impacto programático derivado del retraso en la constitución del patrimonio autónomo. Sin embargo, en ese considerando no se atribuyó al Fondo responsabilidad por el tiempo:

“Impactos económicos por el desembolso tardío del anticipo del contrato / Mediante comunicación CD-123-13-0B-013-15 recibida el 16 de marzo de 2015, el Contratista indica que ‘revisada la trazabilidad de los trámites de presentación y aprobación de la fiducia para el manejo del 20% del anticipo encontramos que en efecto se presentó un retraso de 17 días en el pago del mismo. Por cuanto la minuta del contrato de fiducia se presentó el 17 de octubre de 2014 en comunicación CD 123-13-0B-013-14. A continuación se hicieron algunos ajustes y el trámite de firmas definitivas / Esta situación quedó registrada en las siguientes comunicaciones: CD-123-13-0B-025-14 del 9 de noviembre de 2014 / CD-123-13-0B-026-14 del 12 de noviembre de 2014 / CD-123-13-0B-027-14 del 16 de noviembre de 2014 / CD-123-13-0B-031-14 del 20 de noviembre de 2014 / Finalmente se produjo el desembolso el día 5 de diciembre de 2014’.

La Interventoría manifiesta debido a las demoras en el proceso de aprobación del Patrimonio Autónomo de la Fiducia, solamente se realizó el desembolso a la cuenta de esta fiducia el 5 de diciembre de 2014, que para la evaluación de los días de retraso en el pago del anticipo, se tomó como base las actas de recibo de predios las cuales presentan fechas variadas, por lo que establece como fecha promedio de actas de recibo de predios el día 20 de octubre de 2014, con lo cual al realizarse el desembolso el 5 de diciembre de 2014, da una diferencia de 47 días / De acuerdo con lo indicado en el contrato en su Cláusula Séptima: Forma de Pago, que dice: «Dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la firma del acta de iniciación del Contrato, el fondo concederá al Contratista, a título de préstamo para la ejecución de las obras objeto del contrato, un anticipo amortizable, por el valor equivalente al 20% del valor de la etapa inicialmente estimado para la etapa 2», razón por la que la Interventoría considera que la afectación en el cronograma de obra, sería de diecisiete (17) días”¹⁰².

¹⁰¹ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, otrosí 3 contrato 123-14.

¹⁰² Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, otrosí 4 cto. 123.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

150. Nótese que en dicho considerando se indicó que la minuta del contrato de fiducia se presentó el 17 de octubre de 2014, esto es, con posterioridad a la suscripción del acta de inicio de la Etapa de Construcción, sin que se atribuyera al Fondo la responsabilidad por tal circunstancia. También se precisó que el texto de la minuta requirió ajustes antes de su firma definitiva, según consta en comunicaciones remitidas hasta el 20 de noviembre de 2014, sin que dichas modificaciones se vincularan a exigencias injustificadas del Interventor o de la entidad contratante. Por lo tanto, los considerandos del otorgamiento no constituyen respaldo probatorio de que el Fondo hubiera incurrido en mora, pues —como se ha explicado— el cómputo del término para desembolsar el anticipo estaba supeditado a la celebración previa del contrato de fiducia mercantil, cuyo texto debía presentarse “*con la suficiente antelación, desde la fase de diseño, [para] la aprobación del FONDO*”.

151. Además de que hasta el 20 de noviembre de 2014 se habrían cursado comunicaciones referentes a los ajustes para concertar el texto definitivo del contrato de fiducia y proceder a su suscripción, la Sala también observa que, conforme al comprobante de Fiduciaria de Occidente aportado con la contestación de la demanda del Fondo, el documento de cobro del anticipo se presentó recién el 28 de noviembre de 2014 y el desembolso tuvo lugar antes de que se cumplieran diez días, esto es, el 4 de diciembre siguiente:

40

NO SE ENCONTRO PARAMETRO: 91
NIT: 830054076

NO SE ENCONTRO PARAMETRO: 233
312723 - FONDO ADAPTACION
COMPROBANTE CAUSACIÓN

Página: 1 de 1

VIGENCIA ACTUAL	RESERVA PRESUPUESTAL	Estado : PAGADA	NRO ORDEN PAGO :	2791								
Fec.Compromiso Pptal	Fecha de Registro de la Orden: 28/11/2014	Fecha Causación: 28/11/2014	OFICINA :	6009								
Proveedor: 830002362 - 1	CONSTRUCTORA DOUQUEM LTDA.	Teléfono: 6361959										
Tipo de Retención: Regimen Común		Actividad Económica:										
Pago No.: 1	Tipo de Movimiento: 12.	CAUSACIONES NEGOCIOS SIN PPTO										
Concepto: ANTICIPO CONTRATO 123-2013												
Facturas Relacionadas												
<table border="1"><thead><tr><th>Prefijo</th><th>Número</th><th>Fecha</th><th>Valor</th></tr></thead><tbody><tr><td>FA 123-13-</td><td>14</td><td>28/11/2014</td><td>1,334,593,798.00</td></tr></tbody></table>					Prefijo	Número	Fecha	Valor	FA 123-13-	14	28/11/2014	1,334,593,798.00
Prefijo	Número	Fecha	Valor									
FA 123-13-	14	28/11/2014	1,334,593,798.00									
Valores Liquidados												
<table border="1"><thead><tr><th>Valor Bruto</th><th>Descuentos</th><th>Reintegro</th><th>Valor Neto</th></tr></thead><tbody><tr><td>1,334,593,798.00</td><td>66,729,690.00</td><td>0.00</td><td>1,267,864,108.00</td></tr></tbody></table>					Valor Bruto	Descuentos	Reintegro	Valor Neto	1,334,593,798.00	66,729,690.00	0.00	1,267,864,108.00
Valor Bruto	Descuentos	Reintegro	Valor Neto									
1,334,593,798.00	66,729,690.00	0.00	1,267,864,108.00									
Inceptiones de Liquidación												

152. En conclusión, la Sala confirmará la decisión de negar el reconocimiento de perjuicios materiales e intereses, al no haberse probado un incumplimiento en la entrega del anticipo durante la Etapa de Construcción.

(vii) El pago tardío de las actas de obra

153. Considerando los reparos formulados por Constructora Douquem, la Sala debe establecer si el Tribunal incurrió en una indebida valoración probatoria¹⁰³. Para ello, se verificará si los documentos obrantes en el expediente acreditan que (i) el contratista cumplió sus obligaciones durante la Etapa de Construcción y (ii) radicó en debida forma

¹⁰³ Sobre el pago de las actas de obra, el apelante indicó que el cuaderno de pruebas nueve contenía evidencias de la presentación oportuna de los documentos de cobro y del tiempo que tardó la entidad en efectuar los pagos.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

los documentos exigidos para el cobro de las sumas derivadas de las actas de obra, sin que el Fondo hubiera efectuado su pago oportunamente.

^{154.} La Sala confirmará la decisión de negar este grupo de pretensiones¹⁰⁴, pues únicamente se acreditó la mora en el pago de las actas de obra 1 a 3, cuyos efectos fueron regulados expresamente por las partes en el otrosí 5, mediante el cual se otorgó al contratista un anticipo adicional para cubrir el impacto de dicha mora.

^{155.} La forma de pago de las obras ejecutadas durante la Etapa de Construcción se reguló en la cláusula séptima del contrato, en los siguientes términos:

"ETAPA 2: / 1. Hasta el 90% del valor de la construcción de cada proyecto, de acuerdo con el presupuesto aprobado, se cancelará contra actas mensuales de ejecución de obra, de cuyo valor se deducirá, mensualmente, la cuota de amortización del anticipo y, a título de retención en garantía, el valor equivalente al 10% de cada una de las actas. / 2. El saldo, es decir, la suma equivalente al 10% del valor de la construcción de cada institución, se pagará contra la entrega de las obras, previa suscripción del acta de recibo final de la Etapa 2, acompañada de, por lo menos, los planos record, los manuales de operación y mantenimiento, paz y salvos de personal y subcontratistas, legalización de servicios públicos, pólizas debidamente aprobadas y suscritas por el interventor de obra, el CONTRATISTA y la Consultoría de Gerencia Integral; de este pago se descontará el valor no amortizado del anticipo entregado. / 3. El valor correspondiente a la retención en garantía, practicada en cada acta mensual será pagada al CONTRATISTA, previa Liquidación del Contrato"¹⁰⁵.

^{156.} El término para efectuar el pago de las actas de ejecución de obra, así como la tasa de interés aplicable en caso de mora, se establecieron en el parágrafo cuarto de esta misma cláusula, en los siguientes términos:

"PARÁGRAFO CUARTO: Los pagos se efectuarán dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la radicación de la respectiva factura, la cual debe acompañarse de: 1. La certificación del pago de los aportes correspondientes a los sistemas de salud y pensiones y, si a ello hubiere lugar, a las cajas de compensación familiar, ICBF y SENA. 2. (...) La facturación por concepto de los trabajos de construcción debe acompañarse de una pre-acta de medición de cantidades ejecutadas y un acta, elaborada por el CONTRATISTA con el acompañamiento y aprobación de la Interventoría de obra para cada sede, que valore dicha medición, la cual debe incluir una columna con valor acumulado de los ítems pagados / Cuando la factura no se presente con el lleno de los correspondientes requisitos o no se acompañe de los documentos necesarios para el pago, el término para este empezará a

¹⁰⁴ "5. PRETENSIÓN PRINCIPAL (OBJETO DE REFORMA). Que se declare la responsabilidad contractual toda vez que el FONDO ADAPTACIÓN incumplió el contrato Nro. 123 de 2013, que suscribió, en calidad de entidad estatal contratante con la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por no haberle pagado a este de manera oportuna las actas parciales de obra (cortes). / 5.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA (OBJETO DE REFORMA). Que como consecuencia de la declaratoria anterior, se condene al FONDO ADAPTACIÓN a pagarle a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por no haberle pagado oportunamente las actas parciales de cortes, que estimo en la suma de CUARENTA MILLONES CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS NUEVE PESOS CON 09 CENTAVOS (\$40.149.709,09) M/cte. / 5.2. PRETENSIÓN SECUNDARIA A LA PRETENSIÓN 3.1. (OBJETO DE REFORMA) La suma señalada en el numeral anterior deberá ser indexada, de conformidad con las normas legales vigentes. / 5.3. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL 5 Y LAS PRETENSIONES SECUNDARIAS 5.1. Y 5.2. (OBJETO DE REFORMA). En el caso de no prosperar la pretensión principal 5 y su secundaria 5.1., solicito que se ordene al FONDO ADAPTACIÓN pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por concepto de intereses por el no pago oportuno de las actas parciales de obra (cortes) una suma que estimo en CUARENTA MILLONES CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS NUEVE PESOS CON 09 CENTAVOS (\$40.149.709,09) M/cte. / 5.3.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA. La suma señalada en el numeral anterior deberá ser indexada, de conformidad con las normas legales vigentes".

¹⁰⁵ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, CTO 123 DE 2013. La Sala precisa que en la cláusula quinta del otrosí 2 se modificó la forma de pago, pero únicamente en lo relativo al anticipo que debía entregarse al inicio de la Etapa de Construcción.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

contarse desde la fecha en que una u otros se presenten en debida forma o se aporte el último de los documentos requeridos. Las demoras que se presenten por esta causa serán responsabilidad del contratista; por lo tanto, no causarán intereses, ni compensación de ninguna naturaleza (...)¹⁰⁶ (Énfasis añadido).

157. Conforme a estas previsiones, para acreditar la mora del Fondo en el pago de las sumas derivadas de las actas de obra, el contratista tenía la carga de probar (CGP, art. 167) (i) que radicó ante la entidad estatal la factura con todos los documentos exigidos en el contrato, incluidos el acta aprobada por el Interventor de Obra para cada sede con la medición de cantidades ejecutadas y el valor acumulado por ítem, y (ii) que el Fondo efectuó el pago transcurridos diez días calendario desde la presentación de dichos documentos.

158. El dictamen pericial presentado por Constructora Douquem incorporó una tabla en la que se liquidaron los intereses moratorios que se habrían generado por el pago extemporáneo de las sumas facturadas en las dieciocho actas parciales de obra. En dicho cuadro se consignaron, para cada acta, la fecha de expedición de la factura, el valor facturado, el concepto, el número y fecha de la orden de pago, la fecha de pago efectiva, los días de mora, la tasa de interés aplicada y el monto correspondiente de intereses¹⁰⁷.

FACTURACION EMITIDA POR CONSTRUCTORA DOUQUEM					SOPORTE DE PAGOS DEL FONDO ADAPTACION A TRAVES DE FIDUOCIDENTE			TASACION INTERESES				
No FACTURA	FECHA EXPEDICION FACTURA	VALOR	CONCEPTO	OBSERVACIONES	No ORDEN DE PAGO	FECHA PAGO	VALOR PAGADO	VENCIMIENTO DE OBLIGACION	DIAS DE MORA DESDE LA ENTREGA DE LA FACTURA	TASA ANUAL DE INTERES MAX PERMITIDO SUPER-INTEND.	TASA DIARIA%	INTERES DE MORA PAGO DE ESTUDIOS Y DISEÑOS
261	05-dic-14	\$ 310.327.146,05	ACTA PARCIAL DE OBRA No 1 (PERIODO:DEL 23 SEPTIEMBRE AL 30 DE NOVIEMBRE DE 2014)	PAGADA	2944	23-dic-14	\$ 310.327.146,05	15-dic-14	8,00	29%EA	0,07945205	\$ 1.972.490,35
271	03-mar-15	\$ 292.212.584,41	ACTA PARCIAL DE OBRA No 2 (PERIODO:DEL 1 AL 30 DIC 2014)	PAGADA	332	20-mar-15	\$ 292.212.584,41	13-mar-15	7,00	28,82% EA	0,0789589	\$ 1.615.094,98
270	02-mar-15	\$ 526.594.450,45	ACTA PARCIAL DE OBRA No 3 (PERIODO:DEL 1 AL 31 ENERO 2015)	PAGADA	331	20-mar-15	\$ 526.594.450,45	12-mar-15	8,00	28,82% EA	0,0789589	\$ 3.326.345,66
276	16-abr-15	\$ 342.691.121,18	ACTA PARCIAL DE OBRA No 4 (PERIODO:DEL 1 AL 20 FEB 2015)	PAGADA	996	14-may-15	\$ 342.691.121,18	26-abr-15	18,00	29,06% EA	0,07961644	\$ 4.911.092,37
277	27-jul-15	\$ 129.863.204,73	ACTA PARCIAL DE OBRA No 5 (PERIODO:DEL 1 AL 207 DE JULIO 2015)	PAGADA	2171	31-jul-15	\$ 129.863.204,73	06-agosto-15	0,00	28,89%EA	0,07915068	\$ -
285	08-sep-15	\$ 159.465.299,74	ACTA PARCIAL DE OBRA No 5 (PERIODO:DEL 1 AL 207 DE JULIO 2015)	PAGADA	3136	24-sep-15	\$ 159.465.299,74	18-sept-15	6,00	28,89%EA	0,07915068	\$ 757.307,26
291	14-oct-15	\$ 157.114.669,71	ACTA PARCIAL DE OBRA No 5 (PERIODO:DEL 1 AL 207 DE JULIO 2015)	PAGADA	3727	28-oct-15	\$ 157.114.669,71	24-oct-15	4,00	29% EA	0,07945205	\$ 499.323,33
292	06-nov-15	\$ 322.147.358,00	ACTA PARCIAL DE OBRA No 8 (PERIODO:DEL 1 AL 207 DE JULIO 2015)	PAGADA	4167	25-nov-15	\$ 322.147.358,00	16-nov-15	9,00	29%EA	0,07945205	\$ 2.303.574,26
294	01-dic-15	\$ 82.892.473,10	ACTA PARCIAL DE OBRA No 9 (PERIODO:DEL 1 AL 207 DE JULIO 2015)	PAGADA	4618	16-dic-15	\$ 82.892.473,10	11-dic-15	5,00	29%EA	0,07945205	\$ 329.298,87
295	20-ene-16	\$ 66.692.019,78	ACTA PARCIAL DE OBRA No 10(PERIODO:DEL 1 AL 207 DE JULIO 2015)	PAGADA	368	18-feb-16	\$ 66.692.019,78	30-ene-16	19,00	29,52%EA	0,08087671	\$ 1.024.827,95
296	01-mar-16	\$ 191.119.788,08	ACTA PARCIAL DE OBRA No 11(PERIODO:DEL 1 AL 207 DE JULIO 2015)	PAGADA	830	16-mar-16	\$ 191.119.788,08	11-mar-16	5,00	29,52%EA	0,08087671	\$ 772.857,01
298	18-mar-16	\$ 97.711.065,94	ACTA PARCIAL DE OBRA No 12 (PERIODO:DEL 1 AL 207 DE JULIO 2015)	PAGADA	1387	21-abr-16	\$ 97.711.065,94	28-mar-16	24,00	30,81% EA	0,08441096	\$ 1.979.492,35
299	15-abr-16	\$ 138.233.610,00	ACTA PARCIAL DE OBRA No 13(PERIODO:DEL 1 AL 207 DE JULIO 2015)	PAGADA	2138	31-may-16	\$ 138.233.610,00	25-abr-16	36,00	30,81% EA	0,08441096	\$ 4.200.635,37
300	31-may-16	\$ 286.155.032,27	ACTA PARCIAL DE OBRA No 14 (PERIODO:DEL 1 AL 207 DE JULIO 2015)	PAGADA	2415	21-jun-16	\$ 286.155.032,27	11-jun-16	10,00	30,81% EA	0,08441096	\$ 2.415.462,07
303	22-jul-16	\$ 70.551.491,70	ACTA PARCIAL DE OBRA No 15 (PERIODO:DEL 1 AL 207 DE JULIO 2015)	PAGADA	3218	11-agosto-16	\$ 70.551.491,70	01-agosto-16	10,00	32,01%EA	0,08769863	\$ 618.726,92
304	08-sep-16	\$ 63.443.549,91	ACTA PARCIAL DE OBRA No 16(PERIODO:DEL 1 AL 207 DE JULIO 2015)	PAGADA	4103	31-sep-16	\$ 63.443.549,91	18-sept-16	13,00	32,01%EA	0,08769863	\$ 723.308,61
306	03-ene-17	\$ 47.060.467,41	ACTA PARCIAL DE OBRA No 17(PERIODO:DEL 1 AL 207 DE JULIO 2015)	PAGADA	6009	24-abr-17	\$ 47.060.467,41	13-ene-17	101,00	33,51% EA	0,09180822	\$ 4.363.743,08
313	10-enr-18	\$ 306.327.214,85	ACTA PARCIAL DE OBRA No 18(PERIODO:DEL 1 AL 207 DE JULIO 2015)	PAGADA	681	21-feb-18	\$ 306.327.214,85	20-ene-18	32,00	31,04% EA	0,0850411	\$ 8.336.128,66
TOTAL INTERES MORATORIO												\$ 40.149.709,09

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ Cuad. 12, p. 40.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

^{159.} Del examen de los documentos incorporados al expediente, la Sala concluye que el Fondo incurrió en mora en el pago de ciertas actas parciales de obra, aunque por un lapso menor al determinado en el dictamen pericial. La tabla que se inserta a continuación recoge, para cada acta, la fecha de expedición de la factura, los días de mora establecidos por la Sala y la justificación de dicho cómputo con base en las fechas de radicación de los documentos exigidos contractualmente, los plazos de pago pactados y la fecha efectiva de desembolso:

Acta	Factura	Días de mora	Justificación
1	261	2	La factura se emitió el 5 de diciembre de 2014, como indica el dictamen ¹⁰⁸ . Sin embargo, el término —establecido en días calendario— no comenzaba a contarse desde dicha fecha, pues el contrato preveía que este se computara desde el día siguiente a la presentación de los documentos ante el Fondo. Según las pruebas aportadas, tales documentos se radicaron el 11 de diciembre de 2014 ante la entidad estatal (sello de recibo) ¹⁰⁹ . A partir del día siguiente, 12 de diciembre de 2014, inició el cómputo del plazo, que vencía el 21 de diciembre. El pago se efectuó el 23 de diciembre, esto es, con dos días de retraso ¹¹⁰ . Aunque no se allegó el acta aprobada con el registro de cantidades de obra, el informe final del Interventor de Obra indica que el 9 de diciembre de 2014 emitió el certificado de cumplimiento para autorizar el pago de esta misma factura por cumplir los requisitos contractuales ¹¹¹ .
2	271	6	La factura se emitió el 3 de marzo de 2015, como indica el dictamen ¹¹² . Con todo, el término para el pago no comenzaba a contarse desde dicha fecha. De acuerdo con las pruebas aportadas, los documentos para el cobro, que fueron objeto de complementación, se radicaron el 4 de marzo de 2015 a la entidad estatal ¹¹³ . A partir del día siguiente, 5 de marzo de 2015, inició el cómputo del plazo, que vencía el 14 de marzo. El pago se efectuó el 20 de marzo, esto es, con seis días de retraso ¹¹⁴ . Aunque no se allegó el acta aprobada con el registro de cantidades de obra, el informe final del Interventor de Obra indica que el 3 de marzo de 2015 emitió el certificado de cumplimiento para autorizar el pago de esta misma factura por cumplir los requisitos contractuales ¹¹⁵ .
3	270	7	La factura se emitió el 2 de marzo de 2015, como indica el dictamen ¹¹⁶ . Ahora bien, de acuerdo con las pruebas aportadas, los documentos para el cobro, que debieron ser complementados, se radicaron el 3 de marzo de 2015 a la entidad estatal ¹¹⁷ . A partir del día siguiente, 4 de marzo de 2015, inició el cómputo del plazo, que vencía el 13 de marzo. El pago se efectuó el 20 de marzo, esto es, con siete días de

¹⁰⁸ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Inf. Final Interventoría - Contrato 123 de 2013, p. 253.

¹⁰⁹ Cuad. 21, pp. 60 – 61.

¹¹⁰ Cuad. 21, p. 62.

¹¹¹ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Inf. Final Interventoría - Contrato 123 de 2013, p. 253.

¹¹² Cuad. 21, p. 65.

¹¹³ Cuad. 21, p. 64.

¹¹⁴ Cuad. 21, p. 66.

¹¹⁵ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Inf. Final Interventoría - Contrato 123 de 2013, p. 253

¹¹⁶ Cuad. 21, p. 69

¹¹⁷ Cuad. 21, p. 67



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

			retraso ¹¹⁸ . Aunque no se allegó el acta aprobada con el registro de cantidades de obra, el informe final del Interventor de Obra indica que el 3 de marzo de 2015 emitió el certificado de cumplimiento para autorizar el pago de esta misma factura por cumplir los requisitos contractuales ¹¹⁹ .
--	--	--	---

^{160.} En contraste con lo anterior, respecto de las facturas asociadas a las actas de obra 4 a 18, no se probó la constitución en mora del Fondo. Si bien las fechas de emisión de estas quince facturas coinciden con las registradas en el dictamen pericial, no obra constancia de su radicación ante la entidad estatal junto con los documentos exigidos contractualmente. En el plenario solo reposan las comunicaciones remisorias de tales facturas al Interventor de Obra —no al Fondo—, con sello de recibido para su revisión y aprobación¹²⁰. No obstante, el término para el pago no se computaba desde esa fecha, sino a partir de su presentación al Fondo con la aprobación previa del acta de avance y medición de cantidades. Por consiguiente, respecto de este grupo de actas, no se acreditó la mora en el pago por parte del Fondo.

^{161.} Ahora bien, para determinar la procedencia de ordenar el pago de intereses, es pertinente examinar las fechas en que se consolidó la mora. Conforme a lo expuesto previamente, en relación con las actas de obra pagadas tardíamente, la fecha más próxima de constitución en mora corresponde al acta 3 (factura 270), cuyo pago se efectuó el 20 de marzo de 2015.

^{162.} Con posterioridad a esta última fecha, el 28 de julio de 2015, las partes suscribieron el otrosí 5 al contrato, mediante el cual prorrogaron el plazo contractual por cinco meses y dos días, y regularon la obligación del contratista de asumir el pago de los honorarios del Interventor de Obra por su mayor permanencia. Además, en la cláusula segunda se dispuso que el Fondo entregaría, a título de anticipo, una suma adicional del 10% sobre el valor inicialmente estimado para la Etapa de Construcción, financiación que se sumó al anticipo del 20% sobre el VPA de las 21 sedes estipulado en el otrosí 2 previamente examinado.

^{163.} Las causas que llevaron al Fondo a contraer esta obligación se consignaron en los considerandos del otrosí 5, en los siguientes términos:

“2. Justificación de las modificaciones solicitadas: / Mediante la comunicación CD-123-13-OB-065-15 del 28 de abril de 2015, el Contratista Constructora Douquem Ltda. manifiesta que el proyecto enfrenta gravísimas dificultades, derivadas de la falta oportuna de pago del anticipo y los retrasos en los pagos de las Actas parciales de obra y ante la imposibilidad del Contratista de financiar las obras, lo cual no es su responsabilidad, se vieron obligados a suspender los trabajos a partir del 30 de abril de 2015. / Mediante comunicación IPE-103-036/2015 del 6 de 2015 la Interventoría da respuesta a la comunicación CD-123-13-OB-065-15, manifestando que el Contratista por sus problemas internos requiere un anticipo adicional del 10%, y que el FONDO está en el estudio de buscar la posibilidad de concederlo, no significó una nueva obligación contractual para el FONDO y una excusa del Contratista para argumentar razón suficiente para suspender la construcción de las sedes que hacen parte del contrato. El Contratista ha debido buscar todas las vías posibles para conseguir los recursos necesarios suficientes para balancear el flujo de caja del proyecto, y cumplir su obligación contractual de adelantar las obras sin interrupciones y no por decisiones unilaterales del Contratista. Además del esfuerzo técnico adelantado con

¹¹⁸ Cuad. 21, p. 70.

¹¹⁹ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Inf. Final Interventoría - Contrato 123 de 2013, p. 253

¹²⁰ Cuad. 21, pp. 73 – 115.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

diligencia la preparación de las mensualidades de avance de obra, condición fundamental para sostener los flujos de caja necesarios que requiere el Contrato.

(...) La Interventoría presentó la comunicación IPE-101-162/2015 del 20 de mayo de 2015 en la que se relaciona el desarrollo del proyecto, avance de las obras, control financiero y se incluye el sustento jurídico y fáctico del concepto sobre la posible apertura de un proceso sancionatorio de caducidad (...) / El 23 de julio de 2015 se llevó a cabo la Sexta Audiencia de caducidad al contrato 123 de 2013 con asistencia del Fondo Adaptación, el Contratista - Constructora Douquem Ltda., la Aseguradora - Seguros Bolívar S.A. Consorcio ING - GD y la Interventoría – Ingetec S.A., en la que el Contratista presentó una nueva propuesta con comunicación CD-123-13-OB-092-15 fechada el 21 de julio de 2015 dirigida al FONDO, con la que se planteaba la continuidad de las obras objeto del contrato 123 de 2013 teniendo en cuenta los siguientes aspectos: / 1. ASPECTOS ECONÓMICOS. De acuerdo con el denominado "flujo de caja del contrato 123" entregado a la Interventoría el 1 de julio de 2015 con nuestra comunicación CD-123-13-OB-087-15, la cual se anexa en nueve (9) folios, necesidades de capital para la ejecución de las obras son las siguientes:

1.1. Recursos provenientes Fondo Adaptación. a) Trámite y pago del Acta parcial No. 5, por parte del FA, por valor aproximado de trescientos ochenta millones de pesos (\$380.000.000,00). Esta acta corresponde a las obras ejecutadas durante el mes de abril de 2015. / b) Aprobación de un 10% adicional de anticipo por parte del FA, el cual corresponde a un valor de seiscientos sesenta y siete millones doscientos noventa y seis mil novecientos cuatro (\$667.296.904,00). El destino de este rubro es para la compra de insumos y mano de obra tal como se explica y soporta en la comunicación CD-123-13-OB-089-15 radicada el 13 de julio de 2015 a la Interventoría (...)”¹²¹.

¹⁶⁴. Como se desprende de los considerandos del otrosí 5, las partes reconocieron expresamente los impactos económicos asociados a las demoras en el pago de actas de obra anteriores, dentro de las cuales se encontraban las actas 1 a 3 —únicas respecto de las cuales se acreditó la constitución en mora—. En ese mismo texto se dejó constancia de que la prórroga del plazo contractual respondía a causas imputables al contratista, razón por la cual este asumió el pago de los honorarios del interventor por su mayor permanencia. No obstante, y pese a que ya se había iniciado un procedimiento administrativo de caducidad, el Fondo acordó entregar un anticipo adicional equivalente al 10% del valor inicialmente estimado para la Etapa de Construcción. Según lo pactado, esta financiación tenía por objeto aliviar el flujo de caja del contratista y neutralizar los efectos de las demoras que este alegó por la entrega del anticipo inicial —no atribuibles a incumplimiento del Fondo— y por el pago de las actas de obra.

¹⁶⁵. En este contexto, resulta improcedente ordenar el pago de intereses por la mora —o de otros perjuicios materiales, cuya existencia no fue probada— en el abono de las sumas facturadas por las actas de obra 1 a 3. Esto no obedece a una renuncia expresa al cobro ni a la ausencia de salvedades en los doce otrosíes firmados después del 20 de marzo de 2015, sino a que el acuerdo de voluntades contenido en el otrosí 5 reguló expresamente los efectos de esos retrasos. Desconocer lo allí pactado vulneraría el principio de normatividad de los negocios jurídicos (Código Civil, art. 1602) y el carácter obligatorio del acuerdo logrado por las partes¹²². En conclusión, la Sala confirmará la decisión de negar este grupo de pretensiones.

¹²¹ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, OTROSI 5 CTO 123 DE 2013, pp. 5-7.

¹²² Esta es la postura unificada de la Corporación: C.E., Sec. Tercera, Sala Plena, Sent. 39.121 (párrs. 22 a 24), jul. 27/2023. M.P. Guillermo Sánchez Luque.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

(viii) La mayor permanencia en obra generada por el otrosí 4

^{166.} Frente a los reparos formulados por el apelante sobre este punto¹²³, la Sala debe establecer si corresponde revocar la decisión de primera instancia y reconocer los costos en que habría incurrido por la mayor permanencia originada en la prórroga pactada en el otrosí 4, en la medida que las causas que la motivaron habrían sido incumplimientos imputables al Fondo y, por tanto, no estaba obligado a incluir salvedades en dicho otrosí para conservar su derecho a reclamar tales sobrecostos.

^{167.} La Sala confirmará la decisión de negar este grupo de pretensiones¹²⁴, pues de las cinco razones que motivaron la prórroga pactada en el otrosí 4 solo una corresponde a un incumplimiento contractual imputable al Fondo: el retraso de algunos días en el pago de las actas de avance de obra 1 a 3. No obstante, como se indicó anteriormente, mediante el acuerdo de otorgar a Constructora Douquem un anticipo adicional del 10%, las partes regularon de forma definitiva los efectos de esa situación, por lo que no procede efectuar reconocimientos adicionales.

^{168.} Como ha señalado la Subsección, en determinados contratos, la ampliación del plazo de ejecución puede generar costos adicionales. Aunque el alcance de la obra o de los servicios inmateriales no se modifiquen, la extensión del tiempo para completar las actividades implica que el contratista deba mantener activos recursos como personal, campamentos u otros, lo que incrementa los costos asociados al cumplimiento del objeto contractual, pese a que los ingresos, representados en el precio pactado, permanezcan constantes. Esta situación, si bien no cuenta con una definición legal, se designa comúnmente como mayor permanencia¹²⁵.

^{169.} Para determinar quién debe soportar los costos derivados de la mayor permanencia, se deben valorar sus causas. En principio¹²⁶, si la causa determinante

¹²³ Respecto de la negativa a ordenar el pago de los costos por mayor permanencia en obra generados por la prórroga pactada en el otrosí 4, el apelante afirmó que su pretensión se refería exclusivamente a esa modificación contractual y no incluía la ampliación del plazo acordada en otrosíes distintos, como el otrosí 3, mencionado por el Tribunal en la motivación de su fallo. Sostuvo que el contratista intentó dejar salvedades en el otrosí 4, pero la entidad lo impidió, exigiéndole suscribir una versión sin anotaciones. Explicó que, cuando la causa de la prórroga es atribuible a incumplimientos de la entidad contratante, no resulta exigible la formulación de salvedades, por lo que la ausencia de estas no impedía la prosperidad de sus pretensiones, dado que la mayoría de las causas que originaron la prórroga correspondían a incumplimientos del Fondo.

¹²⁴ “10. PRETENSIÓN PRINCIPAL (OBJETO DE REFORMA). Que se declare que EL FONDO ADAPTACIÓN incumplió el contrato 123 de 2013, por lo que debe reconocer y pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por concepto de mayores costos por mayor permanencia por el OTROSÍ Nro. 4, la suma de SESENTA Y TRES MILLONES CIENTO OCHEENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS MCTE (\$63.182.952), o la suma que se pruebe en el proceso. / 10.1. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA. Que como consecuencia de la declaratoria anterior, el FONDO ADAPTACIÓN debe pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., intereses moratorios sobre la suma atrás señalada, desde el 18 de noviembre de 2016, fecha de terminación del contrato Nro. 123 de 2013 hasta cuando se produzca el pago. / 10.2. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL 10 Y LA SECUNDARIA 10.1. (OBJETO DE REFORMA). / En el evento que no prosperen la pretensión principal 10 y la pretensión secundaria 10.1., solicito que se declare que EL FONDO ADAPTACION debe reconocer y pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por concepto de mayores costos por mayor permanencia por el OTROSÍ Nro. 4, la suma de SESENTA Y TRES MILLONES CIENTO OCHEENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS MCTE (\$63.182.952), o la suma que se pruebe en el proceso. / 10.3. PRETENSIÓN SECUNDARIA. Que como consecuencia de la declaratoria anterior, el FONDO ADAPTACIÓN debe pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., intereses moratorios sobre la suma atrás señalada, desde el 18 de noviembre de 2016, fecha de terminación del contrato Nro. 123 de 2013 hasta cuando se produzca el pago”.

¹²⁵ C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 70.250 (párr. 33), feb. 7/2025. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.

¹²⁶ En cada caso, deberá analizarse si los efectos económicos de la extensión del plazo fueron regulados por las partes, si no hubo una renuncia voluntaria a su reclamación, si no se pactaron cláusulas de limitación de



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

de la extensión del plazo consiste en un incumplimiento imputable al dueño de la obra, este debe asumir dichos costos mediante el pago de una indemnización de perjuicios al contratista que los soportó (Código Civil, art. 1613). Por otra parte, si la prórroga no se origina en el comportamiento antijurídico de las partes, sino en eventos externos y sobrevenidos que afectan la economía del contrato y la programación de obra, el análisis se traslada al esquema de distribución de riesgos contractuales. En este caso, si un riesgo previsto es el causante de la mayor permanencia y fue asumido por la entidad contratante, esta debe asumir sus consecuencias patrimoniales conforme al mecanismo pactado en el contrato¹²⁷.

¹⁷⁰. A la inversa, si la causa determinante de la mayor permanencia es un incumplimiento imputable al contratista, este debe soportar los costos asociados, sin que sea procedente trasladárselos al contratante, pues nadie puede beneficiarse de su propia culpa. Del mismo modo, le corresponde asumir dichos costos cuando la causa obedece a la materialización de un riesgo que, conforme al contrato, fue asumido por él.

¹⁷¹. En el recurso de apelación, Constructora Douquem afirmó lo siguiente: “cuando el acuerdo, en este caso de prorrogar el contrato, surge por situaciones imputables a incumplimientos de la entidad estatal, no se debe exigir que el contratista haya dejado salvedades”¹²⁸. En esta línea, sostuvo que “la mayoría de los retrasos se causaron por incumplimientos de la entidad estatal contratante”.

¹⁷². La Subsección ha señalado que no puede suponerse que los acuerdos derivados del incumplimiento de una obligación contractual tengan, por sí solos, la virtud de purgar ese incumplimiento y exonerar de responsabilidad a la parte incumplida, ni que la falta de salvedades genere necesariamente dicho efecto. Por ello, ha precisado que “es menester que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, así se manifieste de manera expresa, a través de renuncias a las futuras reclamaciones”¹²⁹. Ahora bien, esta exigencia no impide que las partes regulen, por sí mismas, los efectos derivados del incumplimiento. En tales casos, debe respetarse lo que haya sido convenido en virtud de lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil.

responsabilidad; en fin, habrán de valorarse las circunstancias del caso concreto para determinar a cuál parte corresponde asumir los sobrecostos.

¹²⁷ En este sentido, la Subsección ha sostenido lo siguiente: “Así, para determinar si es procedente ordenar el pago de la indemnización o compensación, se debe analizar cuál fue el motivo que indujo la suscripción del acuerdo modificatorio –como, por ejemplo, el incumplimiento de las obligaciones, la materialización de riesgos asumidos por una parte o la ocurrencia circunstancias imprevisibles– y el contenido de los arreglos que las partes alcanzaron, contrastándolo con los hechos que sirven de causa a las pretensiones y con el objeto de estas. Con base en estos elementos y de cara a las estipulaciones de los contratantes, habrá de definirse si las pretensiones resultan improcedentes, ya porque desconocen el contenido de un negocio jurídico obligatorio en el que se regularon los asuntos objeto de la reclamación, ya porque la parte que formula la reclamación tenía el deber de hablar–expresar reservas o salvedades– pues la ley, el contrato o el principio de buena fe se lo imponían, o ya porque debe soportar los efectos de la ocurrencia de los hechos que motivaron la suscripción de las prórrogas y suspensiones –por tratarse, por ejemplo, de un riesgo asumido por ella–”. C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 54.004, sept. 24/2021. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.

¹²⁸ En el recurso se indicó lo siguiente: “Al respecto, es preciso anotar que la mayor permanencia que se pide es por el OTROSÍ Nro. 4, no hay reclamación para las otras, porque conocemos la línea jurisprudencial referida a las salvedades en los otrosíes, que fue objeto de reciente sentencia de unificación por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Para el OTROSÍ Nro. 4 se presentan otras situaciones que hacen viable dicho reconocimiento. Por una parte, se probó que el contratista había dejado las salvedades, pero por exigencia del FONDO se suscribió otro documento sin dichas salvedades y, además, porque la mayoría de los retrasos se causaron por incumplimientos de la entidad estatal contratante”. Samai Tribunal, Índice 085, p. 227.

¹²⁹ C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 57.185 (párr. 42), nov. 4/2022. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

^{173.} En el otrosí 4 no se incluyó una renuncia expresa del contratista a reclamar los costos derivados de la mayor permanencia. El precio del contrato tampoco fue modificado, por lo que no puede afirmarse que Constructora Douquem estuviera obligada a evaluar su suficiencia económica para cubrir los costos asociados a la mayor permanencia. En este contexto, y teniendo en cuenta que la competencia de la Sala frente a esta cuestión versa “únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante” (CGP, art. 320), procede estudiar si las causas de la prórroga pactada en el otrosí 4 corresponden a incumplimientos contractuales imputables al Fondo.

^{174.} Las razones que justificaron la prórroga del contrato por 117 días calendario — hasta el 28 de julio de 2015— se consignaron en los considerandos del otrosí, los cuales reflejaron tanto las solicitudes del contratista como las evaluaciones del Interventor de Obra. El contenido de las solicitudes y su evaluación coinciden con lo expuesto en el formato titulado “Solicitud Modificación No. 2 Prórroga Etapa 2”, suscrito por el director del Interventor de Obra y un funcionario de la Dirección Sectorial de Educación del Fondo¹³⁰. Conforme a las consideraciones expresadas en los mencionados considerandos, en la cláusula primera del otrosí las partes incorporaron una tabla con los nuevos plazos de ejecución para cada una de las veintiún sedes educativas. En esta se precisó el total de “días afectados” por sede y se clasificaron las causas de dicha afectación en cinco columnas: (i) “Acta de recibo predio”, (ii) “Solicitudes de Comunidades”, (iii) “Vías de Acceso”, (iv) “Obras de Mitigación por Ejecutar” y (v) “Afectaciones Económicas”.

^{175.} En cuanto a los días de retraso registrados en la columna “Acta de recibo predio”, los considerandos del otrosí 4 señalaron lo siguiente: “En relación con la entrega de los predios, algunas Alcaldías debían entregar los predios con las construcciones existentes demolidas (...) / Igualmente, las Secretarías de Educación de los Municipios debían efectuar los traslados o reubicaciones de los estudiantes en las instituciones educativas donde las actividades de construcción interfieren con el período académico de clases en las sedes. El Contratista aporta la documentación de solicitud ante las Alcaldías desde el mes de julio de 2014, donde demuestra la acción oportuna de solicitud de activación de los Planes de Contingencia”¹³¹.

^{176.} Como se desprende de la descripción transcrita, esta causa corresponde a una conducta ajena al Fondo. No puede calificarse como incumplimiento imputable a la entidad, pues el contrato no preveía una obligación específica del comitente de entregar los predios en una fecha determinada. Por el contrario, el numeral 2.2.1 del Anexo 3 de los TCC —que fijó las obligaciones de Constructora Douquem previas al acta de inicio de la Etapa de Construcción— estableció que el contratista debía definir con las instituciones el cronograma de liberación predial. En coherencia con ello, se dispuso que Constructora Douquem debía elaborar y presentar un plan de trabajo concertado con la institución educativa respectiva, que incluyera, entre otros aspectos, la siguiente información:

¹³⁰ Cuad. 8, pp. 26-33.

¹³¹ Cuad. 22, p. 9.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

“Definición por etapas de intervención de las áreas definidas en el orden establecido por la Institución educativa (IE) y de la Sede con el fin de minimizar las afectaciones al desarrollo normal de las actividades y servicios prestados por la Institución, para lo cual la institución educativa deberá adoptar las medidas necesarias y adelantar los planes de contingencia que considere necesarios con la debida antelación para liberar y entregar oportunamente a EL CONTRATISTA, las zonas libres de equipos, personal y mobiliario, por sectores cuando sea requerido, con el fin de no causar tropiezos a la ejecución del proyecto. Este proceso deberá ser consensuado entre la Institución Educativa y el contratista, validado y aprobado por la Consultoría para la Gerencia Integral y el FONDO ADAPTACIÓN. / Establecer fechas, procedimientos y requisitos de obligatorio cumplimiento para la liberación y entrega de áreas de trabajo de la Institución educativa a EL CONTRATISTA y de este último a la institución educativa”¹³².

^{177.} En la última fila de la matriz de riesgos incluida en los TCC, este evento se tipificó en los siguientes términos: “Riesgo por demora en la disponibilidad del lote para iniciar la etapa de construcción 50% para cada parte”. Por ello, en la columna de “asignación”, que indicaba “la parte contractual que debe afrontar, superar y financiar los efectos de la ocurrencia del riesgo”, se precisó que se trataba de un riesgo compartido: “Fondo - Contratista”¹³³.

^{178.} Ahora bien, los reparos de la apelación y los fundamentos de la demanda no consisten en afirmar que la entidad estatal hubiera incumplido el contrato por no pagar una suma de dinero derivada de la materialización de un riesgo compartido que, de haberse configurado, habría hecho exigible una obligación del Fondo sujeta a esa condición¹³⁴. La causa *petendi* y los reparos del apelante apuntan en un sentido diferente: determinar si la entidad debe asumir los costos de mayor permanencia porque las causas del otrosí 4 corresponden a un incumplimiento del Fondo, y no establecer si dichas causas, una vez materializadas, constituyan una condición suspensiva que tornaba exigible una obligación dineraria del Fondo que permaneció insatisfecha. A partir de esta distinción, la Sala concluye que el conjunto de eventos clasificados en la columna “Acta de recibo de predio” no puede calificarse como un incumplimiento de la entidad.

^{179.} En relación con los días de retraso consignados en la columna “Solicitudes de Comunidades” de la tabla incluida en el otrosí 4, los considerandos de dicho acuerdo consignaron lo siguiente: “En reuniones de socialización de los proyectos de la Etapa de construcción, algunas comunidades solicitaron conservar las construcciones existentes, las cuales afectaban las implantaciones ya aprobadas por el Fondo y previamente socializadas con las autoridades municipales y las comunidades. Se requirió un proceso adicional de concertación para lograr mantener los diseños ya

¹³² Cuad. 13, pp. 153-154.

¹³³ Cuad. 13, p. 93.

¹³⁴ “La distribución de los riesgos contractuales previsibles va aparejada de medidas de mitigación, que van desde la simple asunción de sus efectos hasta la adopción de medidas positivas o negativas encaminadas a atenuar las consecuencias de su ocurrencia. Asimismo, puede determinar el nacimiento de obligaciones positivas, como dar una suma de dinero a la parte que no asumió determinado riesgo. Por ejemplo, esto ocurre cuando se acuerda que en caso de reducirse las tarifas reguladas de un servicio público otorgado mediante concesión —fuente de ingresos del concesionario—, la entidad concedente debe compensar al contratista por la disminución de ingresos causada por la decisión de la autoridad tarifaria. En estos casos, la asignación del riesgo conlleva una obligación condicional (CC, art. 1530)”. C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 70.250 (párr. 36), feb. 07/2025. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

realizados y proceder a realizar las demoliciones de las construcciones existentes que afectaban el inicio de las obras”¹³⁵.

^{180.} La Sala considera que esta causa no corresponde a un incumplimiento contractual imputable al Fondo, pues, además de no tratarse de una conducta atribuible a la entidad, esta no asumió obligaciones en materia de socialización. Por el contrario, el numeral 10 del apartado 2.2.4 del Anexo 3 de los TCC asignó al contratista la obligación de “realizar la socialización de los proyectos de frente a la comunidad beneficiada y en los casos que se requiera ante las autoridades municipales, veedurías ciudadanas legalmente establecidas y la institución educativa”¹³⁶. Además, en la matriz de riesgos no se tipificó un evento con este nivel de especificidad que hubiera sido asumido por el Fondo, ya fuera de manera total o parcial.

^{181.} Respecto del tercer evento consignado en la columna “Vías de Acceso” se indicó lo siguiente: “Debido a que algunas de las sedes educativas se encuentran en zonas rurales y sus vías de acceso presentan deficientes condiciones para el tránsito y unido esto a condiciones de lluvias en el período noviembre – diciembre de 2014, se produjo el cierre de algunas de estas vías de acceso por contratos del INVIAST en la construcción de huellas – placas”¹³⁷.

^{182.} Este evento es ajeno a la actuación del Fondo y no se enmarca en las obligaciones que asumió, por lo que no puede calificarse como un incumplimiento imputable. Además, las desviaciones en los costos derivadas de las condiciones de transporte de equipos, materiales y personal fueron asignadas como riesgo del contratista, en los siguientes términos: “Riesgo de transporte: el 100% del costo total de los riesgos de transporte, suministro y almacenamiento de materiales para la ejecución de las actividades hasta la entrega de las obras”. Igualmente, se tipificó como “riesgo contractual” el siguiente, asignándose también a Constructora Douquem:

“RIESGO POR DESCONOCIMIENTO GEOGRÁFICO Y DE LOCALIZACIÓN DE LA OBRA. En la visita los posibles oferentes deben inspeccionar detenidamente los terrenos donde se ejecutará la obra para obtener la información suficiente sobre las variables endógenas y exógenas que tienen que ver con la ejecución de las obras, entre otras, las líneas de abastecimiento; la logística; las condiciones locales de trabajo, del mercado de materiales, mano de obra y las posibles dificultades que se puedan presentar. EL FONDO ADAPTACIÓN no aceptará reclamaciones posteriores al respecto, ya que se entenderá que todos los proponentes, para efectos de la presentación de su propuesta, conocen plenamente el sitio, sus características, accesos, entorno socio económico, condiciones climatológicas, geológicas y geotécnicas, y que han tenido en cuenta este conocimiento para la elaboración de la propuesta”¹³⁸.

^{183.} En cuanto a las “Obras de Mitigación por ejecutar”, los considerandos del otrosí consignaron lo siguiente:

“En misma comunicación CD-123-13-OB-023-15 recibida el 6 de febrero de 2015, el Contratista manifiesta que el valor original del contrato fue adicionado en el Otrosí N.º 2 en Quinientos diecisiete millones ciento quince mil ochocientos noventa y cuatro pesos con cincuenta y cinco centavos (\$517.115.894,55) representado en obras adicionales que

¹³⁵ Cuad. 22, p. 10.

¹³⁶ Cuad. 13, p.157.

¹³⁷ Cuad. 22, p. 14.

¹³⁸ Cuad. 13, p.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

corresponden al capítulo de Obras de Mitigación de Riesgo, por lo que requieren mayor tiempo de ejecución / A lo anterior, la Interventoría manifestó que '(...) el Contratista con la firma de este Otrosí N.º 2, aceptó la adición en valor y prórroga del plazo para la ejecución total del contrato y con comunicación CD-123-13-OB-008-14 del 7 de octubre de 2014, presentó la programación de obra y el flujo de caja de la ejecución de las 21 sedes educativas, documentos que contienen la información correspondiente de la ejecución de las Obras de Mitigación del Riesgo, que son objeto de la modificación indicada en el Otrosí N.º 2, razón por la cual la Interventoría no encuentra justificable la solicitud de mayor tiempo de ejecución'.

Posterior a la mesa de trabajo realizadas los días 9, 11, 12 y 13 del mes de marzo de 2015 y en cumplimiento del compromiso obtenido en las mesas de trabajo, en cuanto a que la Interventoría y el Contratista debían revisar el tema de tiempo de ejecución de las obras de mitigación, el Contratista mediante comunicación CD-123-OB-042-15 recibida el 16 de marzo de 2015 envió la Tabla N.º 4 correspondiente al avance en las obras de mitigación, de drenaje y ambientales de las sedes educativas y en las cuales se evaluó los días requeridos para la terminación de estas obras (...) Por lo anterior y confirmando lo indicado por en las mesas de trabajos referenciadas, la Interventoría considera que las obras se pueden recibir con pendientes de obras exteriores como son las obras de mitigación, para lo cual el Contratista, se comprometería a terminarlas en el tiempo que está solicitando"¹³⁹.

¹⁸⁴. A partir de la descripción anterior, la Sala concluye que este factor, considerado para el cálculo del término de la prórroga, no constituye un incumplimiento contractual imputable al Fondo, pues no se acreditó que derivara de una conducta contraria al programa de obligaciones a su cargo. Por el contrario, se trató de la concesión de un plazo adicional al contratista para ejecutar obras de mitigación cuya necesidad fue identificada durante la Etapa de Diseños y que ya había motivado la adición y la prórroga pactadas en el otrosí 2¹⁴⁰. El nuevo término concedido para su ejecución se otorgó pese a que, en ese mismo otrosí, ya se había ampliado el plazo en un mes y veinte días, circunstancia que generó las discrepancias señaladas por el Interventor de Obra.

¹⁸⁵. Finalmente, en relación con los días de retraso registrados en la columna "Afectaciones Económicas", los considerandos del otrosí 4 identificaron dos circunstancias: (i) el lapso transcurrido entre el inicio de la Etapa de Construcción y la entrega del anticipo, y (ii) el término que tomó el Fondo para efectuar el pago de las actas mensuales de obra. Respecto de la primera, conforme a lo expuesto en un apartado anterior, no se configuró mora imputable al Fondo, pues el retraso respondió al trámite exigido para la suscripción del contrato de fiducia mercantil a cargo de Constructora Doquem.

¹⁸⁶. En lo atinente a las actas mensuales de avance de obra, los considerandos del otrosí señalaron: "mediante comunicación CD-121-13-OB-013-15 recibida el 16 de marzo de 2015, el Contratista manifiesta las afectaciones económicas al Contrato por los retrasos en los pagos de la obra ejecutada e indica que a la fecha se encuentran en trámite dos facturas (...) La Interventoría manifiesta que de acuerdo con la cláusula séptima forma de pago, se indica: 'Los pagos se efectuarán dentro de los 10 días calendario siguientes a la radicación de la respectiva factura', con lo cual al realizar la verificación del cuadro indicado se observa que la afectación por el retraso serían cuatro días".

¹³⁹ Cuad. 22, p. 14.

¹⁴⁰ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, OTROSI 2 CTO 123 DE 2013.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

^{187.} Previamente se concluyó que, respecto de las actas de obra 1 a 3, presentadas para pago entre el 5 de diciembre de 2014 y el 2 de marzo de 2015 —esto es, antes de la suscripción del otrosí 4 del 31 de marzo de 2015—, el Fondo incurrió en algunos días de mora. La Sala no identifica la justificación técnica específica que llevó al Interventor de Obra a sostener que ese retraso en el pago de obligaciones dinerarias tenía un impacto idéntico en el cronograma, es decir, que el tiempo adicional para abonar una factura —aunque pudiera generar faltantes de caja y necesidades de liquidez— implicara necesariamente un plazo igual para completar las obras. Con todo, las partes acordaron que los días de mora en el pago de facturas se computarían como días de retraso para efectos de ampliar el plazo contractual.

^{188.} En conclusión, de las causas que motivaron la prórroga del contrato por 117 días calendario —hasta el 28 de julio de 2015—, únicamente una puede calificarse, conforme a los reparos del recurso de apelación, como un incumplimiento contractual imputable al Fondo: el pago tardío de las actas de obra 1 a 3, que, según el otrosí, produjo una “afectación” de cuatro días en el cronograma. En este escenario, correspondería examinar si se demostraron los costos de mayor permanencia atribuibles exclusivamente a ese evento. Sin embargo, la Sala considera que no procede su reconocimiento, por las razones que se expondrán enseguida.

^{189.} Como se expuso en el apartado anterior, las implicaciones económicas del retraso en el pago de las actas de obra 1 a 3 fueron previstas y reguladas expresamente por las partes en el otrosí 5 del 28 de julio de 2015. En esta modificación contractual, el Fondo concedió un anticipo adicional para mejorar la situación de caja del contratista y conjurar los efectos de las demoras en dichos pagos. Así, al haberse definido en ese acuerdo los efectos económicos de la situación, no procede ordenar sumas adicionales distintas de las que las partes, en ejercicio de su autonomía negocial, estipularon que el Fondo debía entregar al contratista.

^{190.} El hecho de que los efectos económicos del retraso en el pago de las actas de obra 1 a 3 —considerado para la prórroga del plazo en el otrosí 4— pudieran compensarse con el anticipo adicional pactado posteriormente en el otrosí 5 se evidencia en las manifestaciones que Constructora Douquem incorporó en la versión del otrosí 4 que contenía sus salvedades y que no fue suscrita por el Fondo. En dicho documento, el contratista dejó la siguiente nota: “*el contratista declara: (...) 2. Que el no otorgamiento del 10% del anticipo adicional solicitado por el contratista con comunicación CD-123-13-OB-032-15 (...) no permite la ejecución del contrato comoquiera que, tal y como quedó definido en la mas de trabajo, la posibilidad de ejecutar el contrato bajo las condiciones contractuales indicadas depende indivisiblemente no solo de la ampliación del plazo, sino también del desembolso que compense las asimetrías presentadas en el desarrollo del contrato las cuales fueron (...) las afectaciones económicas al contrato: giro del anticipo y retraso en los pagos de la obra ejecutada*”¹⁴¹.

^{191.} En la comunicación CD-123-13-OB-065-15 del 28 de abril de 2015, posterior a la suscripción del otrosí 4, Constructora Douquem advirtió que suspendería los trabajos

¹⁴¹ Cuad. 8, p. 46.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

a partir del 30 de abril hasta que se atendiera la “necesidad de recurso adicional del 10% del anticipo como condición necesaria para la ejecución del proyecto”¹⁴². Este anticipo se otorgó en el otrosí 5 del 28 de julio de 2015, cuya finalidad fue garantizar que el flujo de caja cubriera los gastos derivados del impacto de las demoras en el pago de las actas 1 a 3 y, adicionalmente, los generados por la prórroga de cinco meses y dos días acordada en esa misma convención. En consecuencia, la Sala concluye que dicho anticipo adicional cubrió de forma integral las afectaciones económicas asociadas a este único incumplimiento y, conforme a la voluntad expresa de las partes declarada en el otrosí 5, resultaba suficiente para atender los costos directos e indirectos correspondientes al nuevo plazo contractual.

¹⁴². En conclusión, de las cinco razones que motivaron la prórroga pactada en el otrosí 4 solo una corresponde a un incumplimiento contractual imputable al Fondo: el retraso de algunos días en el pago de las actas de avance de obra 1 a 3. Sin embargo, en virtud del acuerdo de las partes de otorgar a Constructora Douquem un anticipo adicional del 10%, ellas regularon y zanjaron de manera definitiva los efectos de esa situación, de modo que no procede efectuar reconocimientos adicionales. Por ello, la Sala confirmará la decisión de negar este grupo de pretensiones.

(ix) El reajuste de los precios unitarios pactados

¹⁴³. Con base en los reparos expuestos por Constructora Douquem¹⁴³, la Sala debe determinar si procede revocar la decisión que negó el reconocimiento de las sumas derivadas del reajuste de los precios unitarios pactados por indebida valoración probatoria, en cuanto el Tribunal habría desconocido que el dictamen pericial allegado justificó técnicamente la procedencia del reajuste y cuantificó el valor resultante.

¹⁴⁴. La Sala confirmará la decisión de negar el reconocimiento de las sumas solicitadas por concepto de reajuste de los precios unitarios pactados¹⁴⁴. Este pago no procede

¹⁴² Cuad. 8, p. 36.

¹⁴³ Frente a la negativa del Tribunal de reconocer el valor resultante del reajuste de los precios unitarios pactados, el apelante indicó que no se valoraron adecuadamente las pruebas. Señaló que el dictamen pericial expuso los fundamentos técnicos que justificaban su aplicación y cuantificó con suficiencia la suma debida por este concepto.

¹⁴⁴ Las pretensiones que se formularon sobre este asunto fueron las siguientes: “11. PRETENSIÓN PRINCIPAL. Que se declare la responsabilidad contractual toda vez que el FONDO ADAPTACIÓN incumplió el contrato Nro. 123 de 2013, que suscribió, en calidad de entidad estatal contratante con la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por el no reconocimiento ni pago al contratista del reajuste de precios sobre facturación de obra. / 11.1. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA. Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene al FONDO ADAPTACIÓN a reconocer y pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por reajuste de precios IPC sobre facturación de obra, una suma que estimo en DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS VEINTICUATRO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON 54 CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$297.224.996,54) M/cte, o la que resulte probada en el proceso. / 11.2. PRETENSIÓN SECUNDARIA. Que como consecuencia de la declaratoria anterior, el FONDO ADAPTACIÓN debe pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., intereses moratorios sobre la suma atrás señalada, desde el 18 de noviembre de 2016, fecha de terminación del contrato Nro. 123 de 2013 hasta cuando se produzca el pago. / 11.3. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL 11 Y LA SECUNDARIA 11.1. (OBJETO DE REFORMA). En el evento que no prosperen la pretensión principal 11 y la pretensión secundaria 11.1., solicito que se declare que EL FONDO ADAPTACIÓN debe reconocer y pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por concepto de reajuste de precios sobre facturación de obra una suma que estimo en DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS VEINTICUATRO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON 54 CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$297.224.996,54) M/cte, o la que resulte probada en el proceso. / 11.4. PRETENSIÓN SECUNDARIA. Que como consecuencia de la declaratoria anterior, el FONDO ADAPTACIÓN debe pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., intereses moratorios sobre la suma atrás señalada, desde el 18 de noviembre de 2016, fecha de terminación del contrato Nro. 123 de 2013 hasta cuando se produzca el pago”.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

porque en el contrato celebrado entre las partes no se previó dicho reajuste, no se configuró una excesiva onerosidad sobrevenida y la suma reclamada no se debe a título de indemnización por perjuicios derivados de un incumplimiento imputable al Fondo.

¹⁹⁵. El numeral 5.5 de los TCC estableció que el valor estimado del contrato se integraba por tres componentes: (i) el valor propuesto para el diseño por metro cuadrado, (ii) el AIU propuesto para la construcción y (iii) el “*valor de la construcción de los colegios del grupo*”. Sobre este último, se indicó que “*se calculará una vez que el Fondo apruebe en cada caso particular el presupuesto VPA (Valor Presupuestado Aprobado en etapa de diseño para construcción por sede)*”¹⁴⁵. Conforme a lo previsto en el numeral 3.2 de los TCC, al presentar su propuesta los oferentes no incluían un precio unitario por ítem de obra, sino un porcentaje de AIU aplicado sobre los costos directos estimados por el Fondo. Esto se justificaba porque las cantidades de obra y los presupuestos podían modificarse durante la Etapa de Diseños, una vez efectuados los análisis de riesgos y definida con mayor certeza la naturaleza de las soluciones constructivas requeridas para cada institución, incluidas las obras de mitigación.

¹⁹⁶. Sin perjuicio de la adopción del sistema de precios unitarios para la remuneración de las obras, las partes fijaron un límite al monto final que el Fondo debía pagar, con independencia de las cantidades realmente ejecutadas. Así se previó expresamente en el anexo 3 de los TCC: “*Los presupuestos serán responsabilidad del contratista integral de diseño y construcción no de quien realice el diseño y el valor final de la obra ejecutada no podrá exceder en un diez por ciento (10%) el valor del presupuesto aprobado VPA VALOR DEL PRESUPUESTO APROBADO a menos que el FONDO apruebe un porcentaje mayor*”¹⁴⁶.

¹⁹⁷. En el parágrafo tercero de la cláusula sexta del contrato se reiteró que “*el valor final de cada contrato corresponderá a la sumatoria del valor de los ítems ofertados y aceptados por el Fondo para la Etapa 1, referente al diseño, más el precio de los trabajos de la Etapa 2, que corresponderá a la liquidación de los metros cuadrados (m²) realmente construidos con su respectivo AIU, que, a su vez, serán el resultado de las cantidades finales multiplicadas por sus respectivos precios unitarios conforme VPA aprobado*”¹⁴⁷.

¹⁹⁸. A la luz de estas estipulaciones, la Sala concluye que ni en los TCC ni en el contrato suscrito por las partes se pactó una fórmula de reajuste de los precios unitarios para la liquidación y pago de las cantidades de obra realmente ejecutadas. Por el contrario, en el anexo 3 de los TCC, al precisarse el contenido del presupuesto detallado que debía presentar el contratista como parte de los estudios técnicos en la Etapa de Diseños, se estableció de forma expresa la improcedencia del reajuste:

“Presupuesto de Obra detallado por ítems que se desarrollará tomando el área construida cubierta, que incluye además todas las obras exteriores descubiertas y complementarias. No obstante no constituir un documento de vinculación contractual, el contratista deberá entregar a las Consultorías de Gerencia Integral la memoria de cálculo del análisis de precios unitarios (APU's) únicamente para efectos de comparación de los precios de

¹⁴⁵ Cuad. 9, p. 77.

¹⁴⁶ Cuad. 9, p. 78.

¹⁴⁷ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, CTO 123 DE 2013.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

*mercado debidamente ajustados a la ubicación geográfica de cada proyecto y las condiciones locales propias de la zona (...). Cualquier falencia, error u omisión en el listado o conformación de APU's es responsabilidad exclusiva del Contratista, toda vez que la aprobación del presupuesto se hará con base en el presupuesto por ítem, teniendo claro que no se aplicará ninguna fórmula de reajuste, y que el hecho de no haber incluido actividades que afecten la determinación del APU correspondiente al ítem, no posibilita el hecho de reclamaciones posteriores*¹⁴⁸ (Énfasis agregado).

¹⁹⁹. El 22 de septiembre de 2014, una vez suscrita el acta de recibo a satisfacción de los estudios y diseños¹⁴⁹ —que incluían los presupuestos detallados para cada una de las veintiún sedes cuya construcción fue viabilizada—, las partes celebraron el otrosí 2 al contrato. Dado que ya se contaba con el VPA individual de cada sede, se modificó la cláusula sexta con el fin de precisar que “se ajusta el valor final del contrato, tal como se detalla en la siguiente tabla, el cual incluye: a. Valor final de la Etapa 1 (Diseño), b. Valor Presupuestos Aprobado Etapa II construcción, c. AIU ofertado e IVA sobre utilidad”¹⁵⁰. En dicha tabla, discriminada por sede, se registraron los siguientes valores totales: (i) valor final de la etapa de diseño: \$512'276.427; (ii) valor correspondiente a construcción y mitigación: \$6.672'968.990; y (iii) “valor final del contrato (suma de diseño, construcción, AIU, IVA y mitigación)”: \$7.185'247.417.

²⁰⁰. Las partes no solo se abstuvieron de incorporar en el otrosí 2 una fórmula de reajuste aplicable a los precios unitarios incluidos en los presupuestos aprobados —la cual, además, no había sido pactada en el contrato original—, sino que también declararon, de forma expresa, que, salvo eventos imprevisibles, el valor final del contrato no sería objeto de modificación¹⁵¹.

²⁰¹. En definitiva, al no haberse pactado una fórmula de reajuste de los precios unitarios, no resulta atendible el reparo del apelante y no procede declarar la responsabilidad contractual de la entidad por este hecho. Ahora bien, en el recurso de apelación, Constructora Douquem sostuvo que el dictamen pericial presentaba las razones que justificaban técnicamente el reajuste de los precios. La Sala observa que en dicho dictamen se ofreció una justificación coincidente con la expuesta en los fundamentos de derecho de la demanda, según la cual, para preservar el equilibrio de las prestaciones ante los cambios de vigencia contractual ocurridos durante la ejecución, debía ajustarse el saldo resultante de cada acta de obra por las variaciones de la inflación, concretamente, del índice de precios al consumidor.

“A partir de la aprobación del presupuesto de la obra que se dio el día 22 de septiembre de 2014 se tenía establecido que el plazo para la ejecución de las obras era de 5 meses, que terminaba el día 22 de febrero de 2015. La oferta del contratista por tanto estaba vigente para esta fecha, a partir de la cual los mayores precios de los materiales y mano de obra del ítem ejecutados no pueden ser asumidos por el contratista. Un aspecto que incidió notoriamente en estos mayores precios de materiales fue la localización distante y dispersa de las sedes, el mal estado de las vías de acceso y la compra local que encarece el insumo en tanto que por ser sedes pequeñas no era posible congelar los precios por volumen de las compras (...)”

¹⁴⁸ Cuad. 13, p. 171.

¹⁴⁹ Esta acta se firmó el 19 de agosto de 2014. Cuad. 16, pp. 7 a 13.

¹⁵⁰ Parágrafo cuarto del otrosí 2. Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, OTROSI 2 CTO 123 DE 2013.

¹⁵¹ Idem.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
 Actor: Fondo Adaptación
 3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
 Referencia: Controversias contractuales

Ha sido usual para diferentes entidades públicas distritales y nacionales, establecer la metodología de estimación del valor de los reajustes de precios a los contratos, transcribimos como ejemplo la metodología utilizada para este cálculo de ajuste o revisión de precios del Instituto de Desarrollo Urbano IDU (BOGOTÁ D.C), para realizar el ajuste o revisión de precios contenido en el manual de Gestión Contractual: “8.8.3 AJUSTE O REVISIÓN DE PRECIOS Según el Artículo 4º de la Ley 80 de 1993, para la consecución de los fines del Estado, las Entidades estatales deberán adoptar 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 el Caso del contrato 123 de 2013, se adoptó el cálculo de reajustes utilizando las series y tablas de índices del DANE para el periodo de ejecución de obras a partir del Acta No. 4, fecha a partir de la cual se perdió la vigencia de la oferta del Contratista, lo cual arroja los siguientes resultados

CUADRO DE CALCULO AJUSTE DE PRECIOS							
No. De ACTA	FECHA DEL ACTA	TOTAL ACTA A AJUSTAR	INDICE INICIAL IPC DANE A MAYO DE 2013	INDICE IPC A LA FECHA DE EJECUCION OBRA	I/I°	VALOR AJUSTADO	AJUSTE ACTA
ACTA No. 4	28 DE FEBRERO/2015	\$ 342.691.121,18	11.347.973	12.027.993	1,059924358	\$ 363.226.666,71	\$ 20.535.545,53
ACTA No. 5	30 DE ABRIL DE /2015	\$ 129.863.204,73	11.347.973	12.163.437	1,071859882	\$ 139.195.159,29	\$ 9.331.954,56
ACTA No. 6	01 DE SEPTIEMBRE /2015	\$ 159.465.299,74	11.347.973	12.289.561	1,082974114	\$ 172.696.791,62	\$ 13.231.491,88
ACTA No. 7	30 DE SEPTIEMBRE /2015	\$ 157.114.669,71	11.347.973	12.377.501	1,090723515	\$ 171.368.664,82	\$ 14.253.995,11
ACTA No. 8	31 DE OCTUBRE/2015	\$ 322.147.358,00	11.347.973	12.461.929	1,098163434	\$ 353.770.448,95	\$ 31.623.090,95
ACTA No. 9	30 DE NOVIEMBRE/2015	\$ 82.892.473,10	11.347.973	12.537.075	1,10478541	\$ 91.578.394,85	\$ 8.685.921,75
ACTA No. 10	15 DE ENERO/2016	\$ 66.692.019,78	11.347.973	12.777.754	1,125994396	\$ 75.094.840,51	\$ 8.402.820,73
ACTA No. 11	29 DE FEBRERO/2016	\$ 191.119.788,08	11.347.973	12.941.281	1,140402872	\$ 217.953.555,21	\$ 26.833.767,13
ACTA No. 12	15 DE MARZO/2016	\$ 97.711.065,94	11.347.973	13.063.385	1,151164618	\$ 112.481.521,87	\$ 14.770.455,93
ACTA No. 13	15 DE ABRIL/2016	\$ 138.233.610,00	11.347.973	13.128.192	1,156875505	\$ 159.919.077,44	\$ 21.685.467,44
ACTA No. 14	15 DE MAYO/2016	\$ 286.155.032,27	11.347.973	13.128.192	1,156875505	\$ 331.045.747,59	\$ 44.890.715,32
ACTA No. 15	15 DE JULIO /2016	\$ 70.551.491,70	11.347.973	13.327.352	1,174425776	\$ 82.857.490,41	\$ 12.305.998,71
ACTA No. 16	30 DE AGOSTO/2016	\$ 63.443.549,91	11.347.973	13.284.716	1,17066863	\$ 74.271.373,63	\$ 10.827.823,72
ACTA No. 17	28 DE OCTUBRE/2016	\$ 47.060.467,41	11.347.973	13.269.744	1,169349275	\$ 55.030.123,45	\$ 7.969.656,04
ACTA No. 18	21 DE FEBRERO/2018	\$ 306.327.214,85	11.347.973	13.269.744	1,169349275	\$ 358.203.506,59	\$ 51.876.291,74
TOTAL		\$ 2.108.080.684,14					\$ 297.224.996,54

”152

202. La premisa conceptual sobre la que se fundó el cálculo del perito no resulta atendible para la Sala. Como se explicó previamente, el régimen aplicable al contrato no se integra por las disposiciones de la Ley 80 de 1993 que sirven de sustento positivo al principio de preservación del equilibrio entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar. Tampoco es aplicable el artículo 4.8, que exige mantener las condiciones técnicas y económicas del contrato y que dispone que “*las partes 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*”.

203. Sin perjuicio de lo anterior, no se probó la ocurrencia de un evento imprevisto, imprevisible y extraordinario que hubiera tenido lugar con posterioridad al 22 de septiembre de 2014, fecha en la que se firmó el otrosí 2, se aprobó el VPA final para remunerar las obras de construcción y se convino que, salvo eventos con tales características, no habría lugar a reconocimientos económicos adicionales. Las circunstancias mencionadas escuetamente en el dictamen pericial —relativas a la localización distante y dispersa de las sedes, el mal estado de las vías de acceso y las condiciones para la provisión local de insumos— no cumplen estos requisitos. Por el

¹⁵² Cuad. 12, pp. 49 – 52.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

contrario, se trata de situaciones que debieron ser conocidas por la Constructora Douquem durante la Etapa de Diseños, desarrollada entre el 14 de agosto de 2013 y el 19 de agosto de 2014, periodo en el cual visitó el lugar de las obras para la elaboración de estudios técnicos y se prepararon los presupuestos detallados aprobados en el otrosí 2 del 22 de septiembre de 2014.

²⁰⁴. Finalmente, el Fondo no debe pagar sumas adicionales por las sucesivas prórrogas del contrato —distintas a las convenidas en los otrosíes 4 y 5 ya examinadas—, que extendieron su plazo más allá del 28 de febrero de 2014, fecha tomada por el perito para justificar el reajuste de precios. Las causas de esas prórrogas son jurídicamente atribuibles al contratista conforme a los considerandos que las sustentan, o bien, según su clausulado, no daban lugar a reconocimientos económicos adicionales por no ser imputables a la entidad estatal.

Otrosí(es)	Nuevo plazo	Considerando sobre atribución jurídica de la causa de la prórroga o cláusula sobre improcedencia de reconocimientos
3	23/02/2015	<i>"Cláusula primera: (...) PARÁGRAFO. La presente prórroga no genera adición al valor del contrato, ni genera el reconocimiento de suma de dinero alguna a favor del CONTRATISTA"¹⁵³.</i>
6	21/02/2016	<i>"La interventoría de obra radicó la comunicación IPE-101-441/2015 con radicado Fondo R2015-005140 del 22 de diciembre de 2015, dejando en el Fondo Adaptación la procedencia o no de la prórroga de cuatro meses solicitada por el contratista a ésta, el día 14 de diciembre de 2015 (...) En reunión previa a la radicación de la carta mencionada, la posición de la interventoría fue no darle al contratista la prórroga y conminarlo al cumplimiento del objeto vencido el plazo de ejecución y antes de finalizar el período de liquidación del mismo el cual está pactado en seis (6) meses (...) Es obligación del Fondo Adaptación adoptar las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del contrato aunque cuente con un proceso por posible incumplimiento con fines de caducidad"¹⁵⁴.</i>
7	31/03/2016	<i>"Aunque la interventoría desde el mes de mayo de 2015 ha radicado múltiples informes de incumplimiento y de incumplimiento con fines de caducidad, en el arreglo directo formalizado mediante otrosí n.º 5 firmado con el contratista, éste se comprometió como sanción a pagar los honorarios de la interventoría de obra durante los meses de julio a diciembre de 2015, aparte de 2016 el Fondo considera viable otorgar prórroga motivado en la necesidad de la comunidad educativa, en especial la de los niños para que puedan ocupar la nueva infraestructura educativa, sin perjuicio de las acciones legales a que haya lugar por dicho incumplimiento. (...) CLÁUSULA TERCERA. Las partes acuerdan que la presente prórroga no genera el reconocimiento de suma de dinero alguna a favor del CONTRATISTA"¹⁵⁵.</i>
8 – 15	18/11/2016	<i>"Las partes acuerdan que la presente prórroga no genera el reconocimiento de suma de dinero alguna a favor del CONTRATISTA"¹⁵⁶. Adicionalmente, a partir del otrosí 11 se incluyó como declaración adicional: "la prórroga acordada en el</i>

¹⁵³ Cuad. 9, p. 148.

¹⁵⁴ Cuad. 9, pp. 186-187.

¹⁵⁵ Cuad. 9, pp. 191-193

¹⁵⁶ Esta cláusula se incluyó exactamente en los mismos términos en los otrosíes 8 a 15. Cuad. 9, pp. 198, 204, 210, 213, 218, 221, 227 y 230.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

		<p><i>presente otrosí no exonera al CONTRATISTA de la responsabilidad imputable a por los atrasos y demoras en la ejecución del contrato 123 de 2013”.</i></p>
--	--	--

205. En conclusión, la Sala confirmará la decisión de negar el reconocimiento de las sumas resultantes del reajuste de los precios unitarios.

(x) Las mayores cantidades de obra ejecutadas

206. Según el apelante, el Tribunal omitió justificar la negativa a las pretensiones de pago por las mayores cantidades de obra ejecutadas en la Etapa de Construcción¹⁵⁷. La Sala advierte que este asunto no fue analizado en la parte considerativa de la providencia recurrida y, en consecuencia, lo examinará a partir de los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos en la demanda de reconvención.

207. La Sala negará este grupo de pretensiones porque no se cumplieron las condiciones previstas en la cláusula tercera del otrosí 2 del contrato, necesarias para que procediera el reconocimiento de las mayores cantidades de obra que el demandante afirma haber ejecutado. Como se explicará, dicha cláusula no tiene carácter abusivo ni, conforme al artículo 1742 del Código Civil, aparece en ella una causa de nulidad absoluta. Tampoco se probó la ejecución de las mayores cantidades de obra reclamadas por el contratista.

208. Como se expuso, bajo las condiciones iniciales del contrato, previstas en el parágrafo tercero de la cláusula sexta, el valor a pagar en la Etapa de Construcción correspondía al “*resultado de las cantidades finales ejecutadas multiplicadas por sus respectivos precios unitarios conforme VPA aprobado, siendo claro que no se pagarán sobrecostos por imprecisiones o faltantes en los diseños, ya que ellos son absoluta responsabilidad del CONTRATISTA*”¹⁵⁸. Este esquema de retribución se complementaba con lo previsto en el Anexo 3 de los TCC, que estableció: “*Los presupuestos serán responsabilidad del contratista integral de diseño y construcción no de quien realice el diseño y el valor final de la obra ejecutada no podrá exceder en un diez por ciento (10%) el valor del presupuesto aprobado VPA VALOR DEL*

¹⁵⁷ “13. PRETENSIÓN PRINCIPAL. Que se declare la responsabilidad contractual toda vez que FONDO ADAPTACIÓN incumplió el contrato 123 de 2013, que suscribió en calidad estatal contratante con Constructora DOUQUEM S.A.S., por el no pago de mayores cantidades de obra ejecutadas por el contratista. / 13.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA (OBJETO DE REFORMA). Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al FONDO ADAPTACIÓN a pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por concepto de mayores cantidades de obra ejecutadas como contratista, una suma que estimo en MIL CIENTO TREINTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.131.272.807,00), o la que resulte probada en el proceso. / 13.2. PRETENSIÓN SECUNDARIA. / Que como consecuencia de la declaratoria anterior, el FONDO ADAPTACIÓN debe pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., intereses moratorios sobre la suma atrás señalada, desde el 18 de noviembre de 2016, fecha de terminación del contrato Nro. 123 de 2013 hasta cuando se produzca el pago. / 14. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA (OBJETO DE REFORMA). En el evento de que no se reconozca la pretensión principal 13 y la secundaria 13.1., solicito que se ordene al FONDO ADAPTACIÓN pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por concepto de mayores cantidades de obra ejecutadas como contratista, una suma que estimo en MIL CIENTO TREINTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.131.272.807,00), o la que resulte probada en el proceso. / 14.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA. Que como consecuencia de la declaratoria anterior, el FONDO ADAPTACIÓN debe pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., intereses moratorios sobre la suma atrás señalada, desde el 18 de noviembre de 2016, fecha de terminación del contrato Nro. 123 de 2013 hasta cuando se produzca el pago”.

¹⁵⁸ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, CTO 123 DE 2013.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

PRESUPUESTO APROBADO a menos que el FONDO apruebe un porcentaje mayor¹⁵⁹.

209. Así, inicialmente, las partes adoptaron como fórmula de remuneración de las intervenciones constructivas, el sistema de precios unitarios, en virtud del cual se pacta un valor por unidad de obra y el precio total resulta de multiplicar las cantidades realmente ejecutadas por el precio de cada ítem. Sin embargo, limitaron la asunción de costos por mayores cantidades de obra por parte del Fondo al disponer que, salvo aprobación expresa de la entidad, el valor final de la obra ejecutada no podría exceder en más de un diez por ciento el presupuesto aprobado (VPA).

210. El esquema de retribución anterior fue modificado mediante el otrosí 2. Para el 22 de septiembre de 2014 —fecha en que se suscribió dicho documento— ya se encontraban aprobados los diseños y el presupuesto resultante del análisis detallado de cantidades de obra realizado por Constructora Douquem. Por ello, las partes acordaron modificar las reglas aplicables a la remuneración de las intervenciones constructivas. En la cláusula tercera del otrosí 2 incorporaron dos párrafos adicionales a la cláusula sexta del contrato, cuyo texto es el siguiente:

“PARÁGRAFO CUARTO: De conformidad con el procedimiento establecido en los párrafos primero, segundo y tercero que anteceden, se ajusta el valor final del contrato, tal como se detalla en la siguiente tabla el cual incluye:

- a. *Valor final de la Etapa I (Diseño)*
- b. *Valor Presupuesto Aprobado VPA Etapa II (Construcción)*
- c. *AIU ofertado*
- d. *IVA sobre utilidad*

El valor final del presupuesto para cada sede educativa se señala en el cuadro que se observa a continuación: (...)

Comoquiera que los diseños entregados, incluido el presupuesto, son responsabilidad del CONTRATISTA y los mismos tienen conformidad por parte de la interventoría de la Etapa 1 (Diseño) y del FONDO, lo establecido en el capítulo V numeral 5.5., de los Términos y Condiciones Contractuales de la convocatoria abierta FA-CA-007-13, relacionado con ‘Los presupuestos serán responsabilidad del contratista integral de diseño y construcción no de quien realice el diseño y el valor final de la obra ejecutada no podrá exceder en un diez por ciento (10%) el valor del presupuesto aprobado VPA VALOR DEL PRESUPUESTO APROBADO a menos que el FONDO apruebe un porcentaje mayor’, se aclara con la firma del presente documento, que el CONTRATISTA acepta que el valor final del contrato (VPA) no será objeto de más adiciones presupuestales.

PARÁGRAFO QUINTO: Las variaciones en las cantidades contempladas en el VPA aprobado relacionadas con aspectos netamente IMPREVISIBLES, deberán ser aprobadas previamente por el interventor de obra, balanceando el contrato para no superar el valor del VPA. La solicitud respectiva del CONTRATISTA se deberá realizar con al menos cinco (5) días hábiles de antelación a los requerimientos de obra, el interventor tendrá tres (3) días hábiles para emitir concepto. El CONTRATISTA bajo ninguna circunstancia podrá ejecutarlas sin la debida aprobación, so pena de no ser reconocidas / Se entiende por IMPREVISIBLE cualquier hecho o circunstancia que de ninguna manera se hubiera podido prever por parte del CONTRATISTA en la etapa de diseño. No serán considerados los faltantes ni las imprecisiones en las cantidades de obra o en los estudios técnicos y diseños realizados por el CONTRATISTA¹⁶⁰ (Énfasis añadido).

¹⁵⁹ Cuad. 9, p. 78.

¹⁶⁰ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, OTROSI 2 CTO 123 DE 2013.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

^{211.} La Sala no pasa por alto que, mediante esta misma cláusula, se agregó un sexto parágrafo con el siguiente contenido: “*El parágrafo cuarto introducido a la presente cláusula, no implica modificación de la modalidad de pago del contrato*”. En los considerandos del otrosí se indicó que su inclusión obedeció a una petición de Constructora Doquem: “3. *Se ha incluido a petición del contratista una nota en que se aclare que los cambios introducidos a la forma de pago no implican cambio a la modalidad de pago del contrato, es decir se mantiene como precio unitario*”¹⁶¹.

^{212.} Al margen de la interpretación que el contratista hizo sobre la modalidad de pago resultante del otrosí 2, lo cierto es que el contenido obligacional se modificó de forma sustancial. Inicialmente, el valor a pagar por las obras ejecutadas en la Etapa de Construcción correspondía al “*resultado de las cantidades finales ejecutadas multiplicadas por sus respectivos precios unitarios conforme VPA aprobado*”. Tras la modificación, el valor final del contrato para esa etapa quedó fijado en el “*Valor Presupuesto Aprobado VPA Etapa II (Construcción)*”, equivalente a \$6.672'968.990, suma fija que incluía las obras de mitigación, el AIU y el IVA sobre la utilidad.

^{213.} Inicialmente, se había estipulado que “*el valor final de la obra ejecutada no podrá exceder en un diez por ciento (10 %) el valor del presupuesto aprobado VPA – VALOR DEL PRESUPUESTO APROBADO*”. Tras la modificación concertada por las partes, se incluyó la siguiente aclaración: “*se aclara con la firma del presente documento, que el CONTRATISTA acepta que el valor final del contrato (VPA) no será objeto de más adiciones presupuestales*”.

^{214.} En conclusión, la manifestación incluida en el parágrafo sexto a solicitud del contratista no tiene aptitud jurídica para modificar lo que resulta claro del texto contractual. La intención común de las partes (Código Civil, art. 1618), expresada sin ambigüedad en el parágrafo cuarto, consistió en establecer como derecho del contratista el pago del valor fijado para cada sede conforme al VPA, en lugar de calcularlo como el producto de multiplicar precios unitarios por cantidades de obra. Además, en el expediente no obra prueba alguna que permita concluir que esa intención común difirió de la que fue claramente declarada en el texto contractual.

^{215.} Este acuerdo encuentra una justificación explícita en el propio otrosí 2. El VPA resultaba de la aprobación del presupuesto presentado por el contratista, sustentado en estudios técnicos detallados que reducían la incertidumbre sobre las cantidades de obra a ejecutar. En esas condiciones, el contratista podía asumir por su cuenta el riesgo asociado a su variación, dado que la ingeniería de detalle utilizada para su cálculo fue elaborada por él mismo.

^{216.} Interpretar que la manifestación incluida en el parágrafo sexto habilitaba al contratista para recibir el pago como resultado de multiplicar los precios unitarios aprobados por las cantidades de obra realmente ejecutadas supondría privar de eficacia jurídica al parágrafo cuarto. En cambio, el parágrafo sexto —al prever que determinadas obras podían ser remuneradas mediante precios unitarios— admite una lectura que preserva su efecto útil sin desvirtuar el contenido de las demás cláusulas del otrosí.

¹⁶¹ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Carpeta contrato 123, OTROSI 2 CTO 123 DE 2013, p. 6.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

^{217.} Las partes previeron que podrían reconocerse mayores cantidades de obra si estas se originaban en circunstancias que no podían preverse en la Etapa de Diseños. En tales casos, Constructora Douquem estaba facultada para seguir presentando el registro acumulado de cantidades de obra. Si dichas cantidades superaban las estimaciones del presupuesto aprobado por hechos imprevisibles, podía exigir su pago con fundamento en el precio unitario pactado para el ítem correspondiente. Esta interpretación se ajusta a una lectura sistemática del contrato (Código Civil, art. 1622) y al principio de conservación del efecto útil de las cláusulas contractuales, conforme al cual debe preferirse el sentido que produzca efectos jurídicos sobre aquel que los prive de eficacia (Código Civil, art. 1620).

^{218.} Establecido el alcance de la cláusula tercera del otrosí 2, la Sala precisa que no tiene carácter abusivo, como afirmó Constructora Douquem. Son características arquetípicas de este tipo de estipulaciones: (i) que su negociación no haya sido individual; (ii) que lesionen los requerimientos derivados de la buena fe negocial, entendida objetivamente como probidad o lealtad; y (iii) que generen un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones asumidos por las partes¹⁶². En el presente caso, no se probó que las cláusulas del otrosí 2, relativas a la modificación del esquema de remuneración en la Etapa de Construcción, hubiesen sido impuestas de forma unilateral por el Fondo ni que el contratista estuviera excluido de su configuración. Por el contrario, los considerandos y el parágrafo sexto de dicho documento evidencian la intervención directa del contratista en su redacción.

^{219.} Tampoco se acreditó que el contenido obligacional previsto en el parágrafo cuarto se hubiera pactado en contravía de las exigencias de la buena fe ni se demostró que generara un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones asumidos por las partes. La modificación de las reglas de pago aplicables a la construcción de las veintiún sedes se sustentó en razones jurídicas y económicas que justificaban la fijación de una suma fija por sede con base en el VPA. Ello obedecía a que el contratista elaboró la ingeniería de detalle y definió las cantidades de obra respectivas, lo que lo situaba en mejor posición para asumir el riesgo derivado de sus variaciones. De este modo, se reducía la exposición del Fondo al riesgo constructivo y se evitaba que eventuales sobrecostos comprometieran la ejecución oportuna del proyecto.

^{220.} Por otra parte, conforme al artículo 1742 del Código Civil, la Sala no advierte una causa de nulidad absoluta que justifique privar oficiosamente al contrato de sus efectos. Las pruebas obrantes en el expediente no permiten inferir, ni siquiera de manera indiciaria, la existencia de vicios que afecten sus elementos de validez, como la capacidad, el consentimiento, el objeto o la causa.

¹⁶² C.S.J., Sala de Casación Civil, Sent. 5670, feb. 2/2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. En una línea más o menos similar, el artículo 3º de la Directiva 93/13 del Consejo de la Comunidad Europea, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece lo siguiente: “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Con todo, el artículo 4.2 también precisa que “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

221. En síntesis, conforme a lo pactado en el otrosí 2, Constructora Douquem solo podía obtener el reconocimiento y pago de las mayores cantidades de obra ejecutadas en la construcción de las veintiún sedes educativas, si acreditaba: (i) que se originaron en hechos imprevisibles durante la Etapa de Diseño; (ii) que contaban con aprobación previa del Interventor de Obra, procurando no exceder el VPA; y (iii) que no derivaban de faltantes o imprecisiones en los estudios técnicos y diseños realizados.

222. En el dictamen pericial aportado por Constructora Douquem, el perito señaló lo siguiente:

"Con el fin de desarrollar la respuesta a la pregunta es preciso indicar que revisada la correspondencia enviada por la Interventoría INGETEC S.A al contratista se encontró que reiterativamente se dio la orden de ejecutar en obra la totalidad de las actividades incluidas en los diseños técnicos y planos de cada una de las especialidades, esto sin que se tuviera de presente que el resultado final de la medición de las cantidades de obra final resultantes de los diseños pudieren afectar las cantidades de obra presupuestadas inicialmente."

Mediante los Oficios IPE-103-067/2015 del 4 de septiembre de 2015 y Oficio IPE-103-065/2015 del 3 de septiembre de 2015, se imparten instrucciones para la ejecución de elementos estructurales y alcance de obras de pañetes impermeabilizados interiores, filtros perimetrales y cajas de descarga para filtros perimetrales pozos sépticos, vanos de puertas, alfajías y otros ítems los cuales se debían ejecutar de acuerdo a los planos de cada especialidad, estas órdenes de la Interventoría fueron replicadas mediante notas de Bitácoras de obra de cada sede (Se anexan soportes), además de lo anterior en las Actas de terminación de las obras, la Interventoría impartió las órdenes de realizar actividades tales como el aseo de obra para la totalidad de los predios, instalación de tuberías adicionales, la ejecución de cárcamos y placas de concreto para cruces en canales y llenos en recebo que no fueron medidos ni pagados. El contratista procedió a atender la ejecución de estas actividades de conformidad con estos comunicados y órdenes impartidas por parte de la Interventoría con el fin de garantizar el recibo de las actividades de obra y el recibo final de las obras por parte de INGETEC S.A Y EL FONDO ADAPTACION, incluyendo aquellas actividades que se ordenaron, lo que representó mayores cantidades de obra con respecto a las cantidades incluidas en el presupuesto inicial"¹⁶³.

223. El contenido del dictamen coincide con la comunicación presentada por el contratista el 1.^º de noviembre de 2017, una vez finalizada la Etapa de Construcción, en la que solicitó el reconocimiento de mayores cantidades de obra. En esa comunicación indicó que, en actividades como elementos estructurales, pañetes impermeabilizados interiores, filtros perimetrales, cajas de descarga para filtros perimetrales, pozos sépticos, vanos de puertas y alfajías, se ejecutaron cantidades superiores a las previstas en el presupuesto aprobado¹⁶⁴.

224. Sin embargo, las comunicaciones emitidas por el Interventor de Obra que obran en el expediente —y que fueron citadas por el perito— no acreditan que se hubieran ordenado mayores cantidades de obra en las veintiún sedes, como sostuvo el dictamen pericial, pues se refieren únicamente a dos sedes específicas: la Escuela Rural Alto del Frisol, en La Mesa, y la Escuela Rural Santa Ana, en Anapoima. Tampoco demuestran que dichas obras tuvieran origen en hechos que no pudieran preverse en la Etapa de Diseños ni que fueran consecuencia de exigencias del Interventor que excedieran las obligaciones asumidas por Constructora Douquem. Por el contrario, evidencian que correspondían a actividades previstas en los planos

¹⁶³ Cuad. 12, pp. 53 – 54.

¹⁶⁴ Cuad. 8, pp. 218-232.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

aprobados en la Etapa de Diseños, lo que excluye su carácter imprevisible y descarta pagos adicionales frente al VPA aprobado para cada sede.

225. Así, en la comunicación IPE-103-065-2015 del 3 de septiembre de 2015, referida a la Escuela Santa Ana, se registraron los siguientes requerimientos del Interventor de Obra:

“1. Componente Técnico

Vigas de amarre: La intervención evidenció la omisión de la construcción de la viga de amarre V1 en la zona de circulación de los baños, estructura que se puede detallar en el plano EST-16-SANTA ANA-ANAPOIMA JULIO-14-2014.DWG Plano N° 3 de 4 (Ver Ilustración N° 1), por lo que se solicita la construcción de la misma.

*(...) Pañete impermeabilizado interior: Se aclara que la zona de baños y cocina debe ser pañetada, con mezcla impermeabilizada tal como lo indican el plano FA-C123-G16-16-AR plano N° 4 de 5. / Filtro perimetral: Aunque a la fecha el filtro perimetral para el control de niveles freáticos está construido, está pendiente de construir la caja de descarga para la expulsión del flujo que pudiese provenir del filtro, por lo tanto solicitamos al Contratista construir dicha estructura para evitar la saturación excesiva del lecho filtrante, actividad que debe ejecutarse como lo indica el plano FA-C123-G16 plano N° 2 de 5. / Vanos Puertas: La Interventoría evidencia que la modulación y construcción de los vanos de puertas no corresponde a las dimensiones indicadas en los planos, situación que obliga a la modificación de la carpintería metálica o de la construcción de una obra para llenar los espacios vacíos, debido a que se observa que los vanos son más grandes que las puertas metálicas de las aulas. Por lo anterior, el Contratista deberá realizar a su costo, la construcción de una columna en concreto de 0.09 * 0.18 m, elemento que será reforzado por varillas de Ø = 3/8 " y el cual se anclará de forma vertical (Placa Contrapiso y Placa Nicho) y horizontal (Dovelha Mampostería), anclajes que tendrán un tratamiento con resina epóxica respectivamente; el detalle del elemento será el siguiente¹⁶⁵ (Énfasis añadido).*

226. De la misma forma, en la comunicación IPE-103067/2015 del 4 de septiembre de 2015, referida a la Escuela Rural Alto del Frisol, en La Mesa, se registraron los siguientes requerimientos:

“1. Componente Técnico

Elementos Estructurales: La Interventoría evidenció que el Contratista ha omitido la construcción de las vigas de amarre de la cimentación VC-104, VC-106 y VC-116, elementos estructurales que enmarcan el área de circulación del Módulo A y los cuales se detallan en el plano EST-23-ALTO DE FRISOL-LA MESA-JULIO-14-2014.DWG Plano N° 1 de 4 (Ver Ilustración N° 1). Adicionalmente se observa la omisión de la construcción de la viga de amarre V1 en la zona de circulación de los baños, estructura que se detalla en el plano EST-23-ALTO DE FRISOL-LA MESA-JULIO-14-2014.DWG Plano N° 2 de 4 (Ver Ilustración N° 2), por lo que se solicita su construcción para cumplir con el buen funcionamiento estructural de la sede. (...) / Pañete impermeabilizado interior: Se aclara que la zona de baños y cocina debe ser pañetada, con mezcla impermeabilizada tal como lo indican el plano FA-C123-G16-16-AR plano N° 4 de 5. / Alfajías en concreto: La Interventoría reitera que la totalidad de las ventanas tienen por diseño la construcción de alfajías en concreto (Incluye Corta Gotero), tal como lo indican los planos de detalles CF-01, CF-06, CF-07, CF-10 y CF-11; también se resalta que en las ventanas de fachada frontal, cocina y baños está concebida la instalación de flanches metálicos como lo indican los planos de detalles CF-01, CF-05 y CF-06 (Ver Ilustración N° 3) (...) / Filtro perimetral: Aunque a la fecha el filtro perimetral para el control de niveles freáticos está construido, está pendiente de construir la caja de descarga e instalación de tubería de Ø = 4" para la expulsión del flujo que pudiese provenir del filtro, por lo que solicitamos al Contratista construir dicha estructura para evitar la saturación excesiva del lecho filtrante, actividad que

¹⁶⁵ Cuad, 8, pp. 201-206.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

debe ejecutarse como lo indica el plano FA-C123-G16 plano N° 2 de 5”¹⁶⁶ (Énfasis añadido).

227. En conclusión, Constructora Douquem no probó que las cantidades de obra que afirmó haber ejecutado en las veintiún sedes educativas se originaran en hechos imprevisibles o en órdenes del Interventor de Obra que excedieran las obligaciones asumidas en la Etapa de Construcción, las cuales incluían la ejecución conforme a los estudios y diseños aprobados.

228. Sin perjuicio de la conclusión anterior sobre el alcance de los requerimientos del Interventor, la Sala advierte que tampoco se probó la ejecución de mayores cantidades de obra en las veintiún sedes educativas. En consecuencia, aun si, en gracia de discusión, se aceptara la tesis del demandante según la cual el otrosí 2 no modificó las reglas de remuneración, las pretensiones deben ser desestimadas. El concepto de mayores cantidades de obra es relacional, pues se define en comparación con otras cantidades: en este caso, las previstas en los diseños y presupuestos aprobados en la Etapa de Diseños. Por ello, desde el punto de vista probatorio, Constructora Douquem debía acreditar, por un lado, las cantidades aprobadas en dicha etapa y, por otro, las realmente ejecutadas en cada sede.

229. La Sala considera que los fundamentos del dictamen, en lo relativo a las cantidades de obra supuestamente ejecutadas, carecen de solidez y exhaustividad suficientes. Para empezar, las cantidades registradas como ejecutadas en el dictamen pericial no están respaldadas en documentos técnicos —como actas de medición— que hubieran sido suscritos o validados por el Interventor de Obra o el Fondo, conforme al numeral 27 del apartado 2.2.5 del Anexo 3 de los TCC. Este numeral establecía la obligación del contratista de “*Elaborar y presentar al interventor para su revisión y firma las preactas de medición de cantidades de obra, las actas de corte mensual valoradas y de entrega final*”¹⁶⁷.

230. Tal como se indicó en el dictamen, el levantamiento de dichas cantidades fue efectuado por un topógrafo en visitas de campo realizadas *ex post facto*. Los resultados se consignaron en documentos denominados “memorias técnicas”:

“b. Para la medición de las obras realmente construidas y con el fin de poder contar con información fidedigna sobre la obra real ejecutada se procedió a realizar visitas a todas y cada una de las sedes verificando en sitio las obras y realizando las mediciones de las actividades que pudieran verificarse visualmente y medirse en sitio. / c. En este ítem y debido a la complejidad en términos de tiempo y distancia que implica esta labor, se delegó la labor de campo en el técnico especializado JULIAN GUERRERO, graduado como Ingeniero Topográfico y con matrícula profesional 25335-3452072 CND. / d. Los trabajos de campo se realizaron en el periodo marzo 27 de 2019 hasta el 12 de abril de 2019 por parte del Ingeniero Julián Guerrero, y su cuadrilla de campo. (Anexo registro fotográfico de actividad de medición) / e. A partir de la toma de información de campo se procedió a realizar una memoria técnica por cada una de las actividades que presentaron mayores cantidades de obra ejecutadas y se realizó la tabulación correspondiente. (Anexo las memorias técnicas por actividad y por sede producto del trabajo de campo)”¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Cuad, 8, pp. 207-212.

¹⁶⁷ Cuad. 13, p. 160.

¹⁶⁸ Cuad. 12, pp. 55-56.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

231. Junto con el dictamen elaborado por la ingeniera Mercedes Alzate Marín no se aportaron documentos que acreditaran la formación profesional y académica del señor Julián Guerrero como topógrafo ni su experiencia específica en la medición de cantidades de obra en edificaciones ya concluidas. Esta omisión compromete la fiabilidad de sus conclusiones, pues no se probó su idoneidad técnica para realizar esa labor.

232. Además de lo referente a las calidades de la persona que realizó las visitas de campo y las mediciones de las cantidades de obra ejecutadas en las sedes educativas, los fundamentos del dictamen, objetivamente considerados, carecen de solidez y exhaustividad. En el anexo 6, titulado “*mayores cantidades de obra ejecutadas consolidado por ítem*”, se incluyó un cuadro que comparó las “*cantidades del contrato*” con las “*cantidades ejecutadas*”, indicando la diferencia absoluta y su variación porcentual. A modo de ejemplo, en los ítems “*demolición de cimentaciones enterradas*” (1.3.5), “*excavaciones a máquina a nivelación de terreno*” (2.1.1) y “*excavaciones manuales en material común*” (2.1.1), se reportaron presuntas mayores cantidades de obra.

233. Siguiendo esta metodología, el dictamen indica que, en la Escuela Rural Barro Blanco, ubicada en jurisdicción de Caparrapí (Cundinamarca), se ejecutaron mayores cantidades de obra en el ítem de “*demolición de cimentaciones enterradas*” (1.3.5). No obstante, la memoria técnica correspondiente a este ítem se limitó a presentar un plano de la estructura con indicación de sus dimensiones y medidas, sin incluir información adicional que permitiera verificar o cuantificar las presuntas demoliciones ejecutadas¹⁶⁹:

PERITAJE TECNICO									
PERITO:	ING. CIVIL MERCEDES ALZATE MAT. PROFESIONAL 63202-30515 QUINDIO	TRABAJO DE CAMPO:	ING. TOPOGRAFICO JULIAN GUERRERO MAT PROFESIONAL 25335-3452072 CND						
CONTRATO:	FA-123-13	SEDE VISITADA:	ESCUELA RURAL BARRO BLANCO	FECHA VISITA: 10/04/2019	OBRA No. 12				
CONTRATANTE:	FONDO ADAPTACION	MUNICIPIO:	CAPARRAPI						
CONTRATISTA:	CONSTRUCTORA DOQUEM	DEPARTAMENTO:	CUNDINAMARCA						
Capítulo: 1	ACTIVIDADES PRELIMINARES	Item: 1.3.5 DEMOLICION DE CIMENTACIONES ENTERRADAS	Un: M3	Hoja ____ de ____					
			Localización	Nº	Dimensiones	Nº de elementos	Medida Total		
			AULAS		50,30	0,30	0,40	1	6,04

234. El dictamen no precisó los procedimientos técnicos empleados para el levantamiento de cantidades de obra, pese a que esta labor se realizó después de finalizadas las actividades constructivas y pudo requerir intervenciones sobre estructuras subterráneas, como cimentaciones enterradas. Ante la ausencia de información primaria —proveniente de documentos contemporáneos a la ejecución y avalados por el Interventor de Obra o, al menos, conocidos por este— el peritaje

¹⁶⁹ C. 24, p. 211.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

tampoco explicó la metodología utilizada para calcular cantidades ya ejecutadas o aquellas que exigían perforaciones o excavaciones bajo nivel.

²³⁵. Esta deficiencia se acentúa si se tiene en cuenta que, según el propio dictamen, el trabajo de campo consistió en “realizar las mediciones de las actividades que pudieran verificarse visualmente y medirse en sitio”. El perito no explicó cómo una inspección ocular podría respaldar con precisión cantidades de obra expresadas en distintas unidades de medida, como metros cúbicos de “demolición de estructuras subterráneas” (1.3.5) y “recebo común”, o kilogramos de suministro e instalación de “acero de refuerzo” (4.4.1).

²³⁶. La Sala no desconoce que, en los anexos del dictamen relativos a algunas sedes educativas, se incluyeron declaraciones juramentadas con cuadros de cantidades de obra que detallaban los ítems, sus cantidades iniciales y las supuestas mayores cantidades ejecutadas, coincidentes con los resultados del dictamen¹⁷⁰. Aunque el Fondo no solicitó la ratificación de dichas declaraciones —practicadas sin su citación ni intervención (CGP, art. 222)—, la Sala advierte que en ellas no se indicó la fuente de información empleada para declarar bajo juramento, y con semejante grado de precisión, la cantidad exacta de cada ítem.

²³⁷. En el testimonio rendido dentro del proceso por José Antonio Vinchira Morato, arquitecto autor de tales declaraciones, solo se hizo una mención genérica al hecho de que se habrían ejecutado cantidades superiores a las contempladas en el presupuesto aprobado, sin precisar cómo obtuvo conocimiento preciso de las unidades métricas involucradas —metros cúbicos, kilogramos o metros lineales de cada ítem de obra—¹⁷¹. Tampoco se indicó si tales cantidades fueron consignadas en documentos puestos en conocimiento del Interventor de Obra, circunstancia sobre la cual no hay evidencia en el expediente. Así, los criterios de racionalidad que orientan la valoración de la prueba —cantidad (entre más elementos de juicio respalden una hipótesis, mayor será su grado de confirmación) y variedad (mientras más diversos sean, mayor será su fuerza corroborativa)— impiden tener por probada la ejecución de mayores cantidades de obra con base en las declaraciones extraprocesales.

²³⁸. En conclusión, la Sala negará este grupo de pretensiones por dos razones concurrentes: no se cumplieron las condiciones previstas en la cláusula tercera del otrosí 2 del contrato, requisito indispensable para el reconocimiento de mayores cantidades de obra, y no se probó la ejecución de dichas cantidades.

(xi) La devolución tardía de las sumas retenidas en garantía

²³⁹. En relación con los reproches formulados por el apelante contra este punto de la decisión, corresponde a la Sala determinar si debe revocar la decisión porque el Tribunal omitió considerar que, aunque el otrosí 5 autorizó a la entidad a descontar de esas sumas los honorarios adeudados al Interventor de Obra por su mayor permanencia, el Fondo se negó injustificadamente a prestar su consentimiento para

¹⁷⁰ Cuad. 23, pp.47-56

¹⁷¹ SAMAI CE, Índice 15_RECIBEMEMORIAL_RESPUESTAT_25000233600020180111_20240429144621, Archivo de Audio, Minutos: 1:30:01 a 1:31:15.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

liquidar el contrato, lo que lo obligaría a reintegrar las sumas actualizadas y a pagar intereses de mora¹⁷².

^{240.} La Sala confirmará la negativa a este grupo de pretensiones porque la obligación de entregar a Constructora Douquem las sumas retenidas en garantía solo surgió con la liquidación del contrato; antes de la emisión de la sentencia —que define el balance de cuentas entre las partes— no existía obligación exigible y, por ende, no podía configurarse mora, que presupone un retardo culpable en el cumplimiento de una obligación de esa naturaleza¹⁷³.

^{241.} En la cláusula séptima del contrato, las partes convinieron que el 90% del valor de cada proyecto se pagaría contra las actas mensuales de obra, de cuyo monto se deduciría la cuota de amortización del anticipo y “*a título de retención en garantía, el valor equivalente al 10% de cada una de las actas*”. Asimismo, estipularon que “*el valor correspondiente a la retención en garantía, practicada en cada acta mensual, será pagada al CONTRATISTA, previa liquidación del contrato*”. En concordancia, en la cláusula decimocuarta acordaron que “*la liquidación del contrato se realizará dentro de los seis (6) meses siguientes a la terminación del plazo de ejecución, plazo que podrá ser prorrogado por mutuo acuerdo entre las partes*”.

^{242.} A partir de las estipulaciones transcritas se desprenden tres conclusiones relevantes. En primer lugar, no es cierto que, como afirmó el demandante, el porcentaje de la retención en garantía fuera del 10% conforme a los TCC y del 20% según el contrato. En realidad, el valor total retenido, que ascendió a \$665.620.444 según el informe final del Interventor de Obra¹⁷⁴ y el dictamen pericial presentado por el contratista¹⁷⁵, corresponde al 10.01% del valor total de las obras ejecutadas en la Etapa de Construcción (sin incluir el IVA sobre la utilidad), cuyo costo ascendió a \$6.647'921.827¹⁷⁶.

¹⁷² En cuanto a la negativa del Tribunal a reconocer la mora en la devolución de la retención en garantía, el apelante sostuvo, por una parte, que remitió oportunamente los documentos requeridos para la liquidación del contrato —de la cual dependía la entrega de las sumas retenidas— y, por otra, que presentó un derecho de petición acompañado de un acuerdo para culminar dicha etapa. Indicó que, aunque en el otrosí 5 se pactó que los costos por la mayor permanencia del Interventor de Obra se descontaría de la retención en garantía hasta por \$474'000.000, la entidad se negó injustificadamente a prestar su consentimiento para la liquidación dentro del plazo previsto. Añadió que esa negativa no podía dar lugar a un enriquecimiento sin causa ni justificar la devolución extemporánea del capital retenido sin reconocer su actualización ni los intereses causados.

¹⁷³ “12. PRETENSIÓN PRINCIPAL (OBJETO DE REFORMA). Que se declare la responsabilidad contractual toda vez que el FONDO ADAPTACIÓN incumplió el contrato Nro. 123 de 2013, que suscribió, en calidad de entidad estatal contratante con la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por haberle retenido el 10% del contrato más allá del plazo convencional de liquidación / 12.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA (OBJETO DE REFORMA). Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al FONDO ADAPTACIÓN pagarle a mi procurado, por concepto de intereses de mora por retenido del 10%, una suma que estimo en CUATROCIENTOS UN MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y UN MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$401.561.934,45), o la que resulte probada en el proceso. / 12.2. PRETENSIÓN SECUNDARIA. Que se declare que el FONDO ADAPTACIÓN debe pagar a mi procurado la indexación sobre la suma señalada en el numeral anterior. / 12.3. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA (OBJETO DE REFORMA). En el evento de que no se reconozca la pretensión principal 11 y la secundaria 11.1., solicito que se ordene al FONDO ADAPTACIÓN pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., por concepto de intereses de mora por retenido del 10%, una suma que estimo en CUATROCIENTOS UN MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y UN MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$401.561.934,45), o la que resulte probada en el proceso. / 12.4. PRETENSIÓN SECUNDARIA. Que como consecuencia de la declaratoria anterior, el FONDO ADAPTACIÓN debe pagar a la CONSTRUCTORA DOUQUEM S.A.S., la indexación sobre la suma señalada en el numeral anterior”.

¹⁷⁴ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Inf. Final Interventoría - Contrato 123 de 2013, p. 257.

¹⁷⁵ Cuad. 12, p. 44.

¹⁷⁶ Ídem.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

^{243.} En segundo lugar, la liquidación del contrato no constituía, en estricto sentido, una obligación a cargo del Fondo. Se trataba de una actuación conjunta, prevista en una cláusula accidental, cuyo objeto era establecer el balance final del contrato, determinar quién le debía a quién y cuánto, y finiquitar la relación jurídico-patrimonial. En dicha cláusula tampoco se atribuyó una potestad unilateral a ninguna de las partes para que, ante la falta de acuerdo, pudiera fijar por sí sola la liquidación y alterar la situación jurídica de su contraparte en virtud de una atribución convencional. Como se explicó, el Fondo tampoco estaba investido de la facultad legal para liquidar el contrato mediante acto administrativo, dado que la disposición que confiere tal competencia (Ley 1150 de 2007, art. 11) no integraba el régimen jurídico aplicable al contrato.

^{244.} En tercer lugar, la exigibilidad de la obligación del Fondo de pagar al contratista las sumas facturadas contra el avance de obra, pero retenidas a título de garantía, estaba sujeta a una condición: la liquidación previa del contrato. Dicha liquidación debía realizarse, en principio, mediante acuerdo entre las partes. En su defecto, por vía judicial, dado que al haberse pactado una cláusula accidental de liquidación y existir un conflicto sobre los valores que debían reconocerse en el balance final, las partes podían acudir a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo para solicitar su liquidación (CPACA, art. 141).

^{245.} Adicionalmente, la Sala no advierte que el Fondo haya empleado medios ilícitos para impedir la liquidación del contrato, de modo que dicha condición se tuviera por cumplida en los términos del inciso final del artículo 1538 del Código Civil. Según la última prórroga convenida en el otrosí 15, el plazo del contrato venció el 18 de noviembre de 2016. En consecuencia, el término para efectuar la liquidación bilateral expiraba el 19 de mayo de 2017. En el expediente obra un acta suscrita el 17 de mayo de 2017, en la que se consignaron las actividades adelantadas en los meses anteriores para concertar los términos de la liquidación, entre ellas: la presentación de observaciones al proyecto de acta, la terminación de planos récord, la actualización de los amparos postcontractuales y la entrega de paz y salvos pendientes por parte de proveedores y subcontratistas¹⁷⁷.

^{246.} El plazo para lograr un acuerdo venció sin que las partes alcanzaran consenso sobre sus términos; no obstante, mantuvieron gestiones para intentar la liquidación. El 8 de agosto de 2017, suscribieron un documento denominado “*Acuerdo para culminar la etapa de liquidación del contrato*”, en el que se comprometieron a “*culminar las actividades pendientes necesarias para liquidar definitivamente el contrato 123 de 2013, en un plazo máximo de un mes*”, sin formular imputaciones recíprocas por la ausencia de acuerdo previo¹⁷⁸.

^{247.} La liquidación tampoco se concretó dentro de este plazo adicional. No obstante, la Sala no advierte que la imposibilidad de alcanzar el acuerdo obedeciera a una actuación de mala fe por parte del Fondo. En la comunicación E-2018-0002663 del 20 de marzo de 2018, la entidad informó a la Constructora que “*a la fecha se cuenta con el acta de liquidación revisada y aprobada por las partes*”, pero aclaró que “*tal como lo manifestaron en la reunión del 19 de enero de 2019, la Constructora Doquem no*

¹⁷⁷ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, carpeta oficios, archivo “E-2017-016379”.

¹⁷⁸ Cuad. 28, p. 145.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

*firma el acta de liquidación hasta que se reevalúe el descuento por mayor permanencia de la intervención, según Otrosí 5*¹⁷⁹.

248. En línea con lo anterior, el 16 de abril de 2018, el contratista presentó una petición al Secretario General del Fondo solicitando que revisara las denuncias por un supuesto “*detrimento patrimonial*” derivado de los pagos realizados al Interventor de Obra por su mayor permanencia. Allí precisó que esa situación “*afecta de manera directa la liquidación de nuestro contrato, toda vez que nuestra empresa no está dispuesta a asumir costos de intervención inexistentes*”¹⁸⁰. En este contexto, la Sala concluye que la falta de suscripción del acta de liquidación no obedeció a una actuación de mala fe del Fondo, sino a una divergencia sobre la cual —como se determinó previamente— le asistía la razón a la entidad estatal.

249. En conclusión, la Sala confirmará la decisión de negar este grupo de pretensiones de la demanda de reconvenCIÓN reformada.

(xii) La liquidación judicial del contrato

250. En el recurso de apelación, Constructora Douquem cuestionó la liquidación judicial del contrato efectuada en la sentencia de primera instancia, en la medida en que se incluyó como saldo a su cargo la suma de \$474'000.000, correspondiente a la mayor permanencia del Interventor de Obra prevista en el otrosí 5, y no se incorporaron como saldos a su favor las sumas reclamadas en la demanda de reconvenCIÓN. Conforme a las conclusiones expuestas, la Sala confirmará ambas determinaciones: acceder parcialmente a las pretensiones de la entidad estatal contra el contratista y negar las promovidas por este, en reconvenCIÓN, contra la entidad pública.

251. El apelante sostuvo, además, que el Tribunal incurrió en un error al reconocer en el balance financiero la suma de \$665'620.444 por concepto de retención en garantía, como saldo a favor del contratista, pero sin descontar dicha suma del valor reconocido al Fondo por \$474'000.000. Según su planteamiento, esta operación habría arrojado un saldo neto de \$197'573.247 a favor de Constructora Douquem¹⁸¹.

252. La Sala considera atendible este reparo. La retención en garantía constituye una cuenta por pagar del Fondo, es decir, una suma que la entidad estatal adeuda a Constructora Douquem, sin que ello implique que hubiera incurrido en mora respecto de su reintegro. En consecuencia, para establecer el saldo neto, esta suma —equivalente a \$665'620.444— debía descontarse de los valores reconocidos a favor de la entidad estatal, dado que no existe prueba de que hubiese sido entregada previamente al contratista.

¹⁷⁹ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, carpeta oficios, archivo “E-2018-002663”.

¹⁸⁰ Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, carpeta oficios, archivo “R-2018-008374”.

¹⁸¹ El apelante manifestó que, sin perjuicio de su solicitud de revocar la decisión que concedió parcialmente las pretensiones del Fondo y de acceder a las formuladas en la demanda de reconvenCIÓN, el Tribunal incurrió en un error en la parte resolutiva de la sentencia. Explicó que, aunque en el cuadro de balance financiero se reconoció un valor de \$665'620.444 por concepto de la retención en garantía —saldo a favor del contratista—, dicha suma no fue compensada con el valor reconocido a favor del Fondo por \$474'000.000, lo que habría conducido a establecer un saldo neto de \$197'573.247 a favor de Constructora Douquem.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
 Actor: Fondo Adaptación
 3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
 Referencia: Controversias contractuales

253. El contratista no manifestó inconformidad con el saldo reconocido a favor del Fondo por concepto de deducciones no practicadas —\$221.336,32—, que, según el proyecto de acta de liquidación aportado por la entidad estatal, corresponde a la diferencia entre las deducciones efectuadas por contribución especial de obra y estampilla pro universidad. A su vez, el Fondo —que no apeló la sentencia— no objetó el balance financiero que registra un saldo por liberar, derivado de la diferencia entre el valor total del contrato y el monto efectivamente pagado al contratista, cuantificado en \$6'174.139,55 en dicho proyecto de liquidación. En consecuencia, la Sala mantendrá la liquidación practicada en primera instancia, con la única modificación de descontar de los saldos a favor del Fondo el valor correspondiente a la retención en garantía que debe entregarse al contratista¹⁸².

254. Debido a la depreciación monetaria propia de una economía inflacionaria, el saldo final resultante será actualizado desde la fecha de vencimiento del plazo para la liquidación bilateral hasta la fecha de la sentencia, a fin de preservar su valor real. La deuda solo se entiende extinguida cuando el acreedor recibe una suma equivalente en términos reales, no meramente nominales¹⁸³. Sobre este saldo no procede el reconocimiento de intereses de mora, como solicitó el demandante¹⁸⁴, pues la obligación solo adquirió el carácter de cierta y líquida con la sentencia; antes de su expedición no se había configurado la mora debitoria (*in illiquidis non fit mora*).

255. Con estas precisiones, la liquidación final es la siguiente:

Concepto	Valor
(1) Valor del contrato	\$7.185'247.417,55
(2) Valor pagado al contratista	\$7.179'073.278
(3) Saldo a favor de Constructora Doquem por las sumas pendientes por pagar del contrato [(1) - (2)]	\$6'174.139,55
(4) Saldo a favor de Constructora Douquem por retención en garantía	\$665'620.444
(5) Saldo a favor del Fondo por mayor permanencia del Interventor de Obra (otrosí 5)	\$474'000.000
(6) Saldo a favor del Fondo por deducciones no practicadas	\$221'336,32
(7) Saldo final a cargo del Fondo [(3) + (4)] - [(5) + (6)]	\$197'573.247
IPC inicial	96,12 ¹⁸⁵
	\$309'782.190

¹⁸² Cuad. 1, DVD pruebas demanda, p. 83, Archivo Acta liquidación Contrato 123-13 - final 13-11-2018, pp. 15-22.

¹⁸³ CSJ, Cas. Civil, rad. SC11331, ago. 27/2015. Sobre la necesidad de efectuar la actualización o indexación monetaria, esta Subsección ha puntualizado: “es necesario actualizar el monto de la condena pecuniaria, dada la pérdida del valor adquisitivo del dinero en el tiempo, con el fin de que no se produzca una afectación patrimonial a la parte favorecida con esta y para ello se debe acudir a la indexación, que se define como un ‘sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc.’” C.E., Secc. Tercera, Sub. A, exp. 70.119, oct. 25/2024, C.P. Fernando A. Pardo Flórez.

¹⁸⁴ “15.1. PRETENSIÓN SECUNDARIA: Que sobre la suma anterior se reconozcan intereses moratorios, a partir del 16 de mayo de 2017, fecha que tenía la Entidad Estatal para liquidar el contrato de manera bilateral (6 meses después de la terminación del contrato), los cuales se deben liquidar como lo dispone el numeral 8 del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, es decir, por las sumas adeudadas en su valor histórico actualizado a la tasa del 12% anual / La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del CPACA, aplicando los ajustes de valor (tomando como base el IPC)”.

¹⁸⁵ Este es el IPC certificado por el DANE para mayo de 2017. El 18 de noviembre de 2016 terminó el contrato por vencimiento del plazo de ejecución. Así, el plazo convencional de seis meses para la liquidación bilateral venció el 19 de mayo de 2017.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

(8) Saldo final a cargo del Fondo y a favor del contratista actualizado	IPC Final	150,71	
	Factor de ajuste	1,56794	

Costas

256. De acuerdo con el artículo 188 del CPACA, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirá por las normas del CGP. Esta condena no exige valorar una conducta temeraria por parte de quien la soporta, pues, en el régimen actual, se impone con base en un criterio objetivo.

257. Conforme a los numerales 1.^º y 3.^º del artículo 365 del CGP, se condenará en costas a la parte a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, por lo que en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

258. El recurso de apelación prosperó parcialmente, de modo que la sentencia de primera instancia no se confirmó en todas sus partes, sino que se modificó el contenido de la liquidación judicial del contrato. En consecuencia, no procede la condena en costas en esta instancia.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2023 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, por lo cual su parte resolutiva quedará así:

“PRIMERO: ACCEDER parcialmente a las pretensiones de la demanda principal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, reconocer que a favor del FONDO ADAPTACIÓN se causó una mayor permanencia de intervención por valor de \$474'000.000, según lo acordado por las partes en el otrosí. 5 y de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: LIQUIDAR judicialmente el Contrato 123 de 2013, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, condenar al Fondo Adaptación a pagar a favor de Constructora Douquem S.A.S. la suma de trescientos nueve millones setecientos ochenta y dos mil ciento noventa pesos moneda corriente (\$309'782.190 m/cte.), correspondiente al saldo resultante de la liquidación judicial.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda principal.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda de reconvenCIÓN, principales y subsidiarias.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 25000233600020180111402 (71.063)
Actor: Fondo Adaptación
3Demandado: Constructora Douquem S.A.S.
Referencia: Controversias contractuales

SEXTO: Sin condena en costas ni agencias en derecho.

SÉPTIMO: Por Secretaría de la Sección Tercera NOTIFICAR esta decisión (...).

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por secretaría de la sección los gastos ordinarios del proceso y en caso de remanentes devuélvase al interesado, lo anterior de conformidad con lo establecido por los artículos 7 y 9 del Acuerdo N° 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura”.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ
Aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalificador>.

Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. **Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.**



VF