

Bogotá, D.C. 10 de enero de 2019

Honorables Árbitros

**CARMENZA MEJIA MARTINEZ**

**FERNANDO ALVAREZ ROJAS**

**ALVARO MENDOZA RAMIREZ**

Centro de Conciliación y Arbitramento

Cámara de Comercio de Bogotá

Expediente No. 5499

Convocante: Consorcio CIC

Convocado: Secretaría de Educación de Bogotá S.E.D.

Asunto: Diferencias surgidas con ocasión de la ejecución del contrato de Consultoría y Obra 196 de 2003.

De manera atenta obrando en calidad de agente del Ministerio Público, de conformidad con el artículo 49 de la Ley 1563 de 2012 me permito presentar el concepto correspondiente al proceso referenciado, respecto a la determinación del auto 19 del 10 de diciembre de 2018, en aplicación del artículo 278 del Código General del Proceso sobre sentencia anticipada, en los siguientes términos:

**I. ANTECEDENTES:**

El Consorcio CIC presentó demanda de convocatoria de Tribunal de Arbitramento contra la Secretaría de Educación de Bogotá S.E.D., con la finalidad de poner fin a las diferencias surgidas con ocasión de la ejecución del contrato de Consultoría y Obra 196 de 2003, con fundamento en la cláusula 18 del contrato. En su demanda fija las siguientes:

**PRETENSIONES**

**Declarativas**

Declarar que la Secretaría de Educación de Bogotá S.E.D. incumplió sus obligaciones pactadas en el contrato de Consultoría y de Obra 196 de 2003.

Liquidar el contrato 196 de 2003, en el cual se establezca el balance real económico y financiero del mismo, así como reconocer aquellas sumas que por concepto de perjuicios materiales reclama el contratista.

Declarar patrimonialmente responsable a la entidad pública de los perjuicios causados a la parte convocante y ordenar a la SED el reconocimiento y pago relativo al mayor valor de obra por mayor área construida de las obras contempladas en el diseño, mayor permanencia en obra y demás items contractuales.

Declarar que la convocada incumplió el principio de buena fe objetiva al no adoptar las medidas necesarias para mantener las condiciones técnicas económicas y financieras durante la ejecución del contrato 196 de 2003, ante los inadecuados e imprevisibles cambios al proceso constructivo, así como haber actuado en forma omisiva en la corrección de ajustes, lo cual llevó a que el mencionado contrato fuera ejecutado en condiciones desfavorables al contratista y en detrimento de su propio patrimonio.

Ordenar a la SED la indeminización integral de perjuicios ocasionados por la conducta omisiva de los funcionarios de la entidad contratante al ignorar reclamación del 5 de diciembre de 2005, ante el Secretario de Educación, protocolizada en Notaría el 11 de marzo de 2016, por silencio administrativo positivo.

Declarar que la SED es responsable del reconocimiento y pago del saldo insoluto del valor del contrato y pago de la ejecución de obras adicionales no canceladas.

**CONDENATORIAS**

Condenar a la SED al pago de $2.241.307.687.28 o en su defecto a las cifras que se logren demostrar pericialmente dentro del proceso respecto a mayor área construida.

Ordenar la actualización de la suma anteriormente solicitada, con base en las fórmulas económicas aceptadas.

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La Secretaría de Educación de Bogotá S.E.D. señala que de acuerdo a la cláusula 1 del contrato de Consultoría y de Obra 196 de 2003 se determinó contratar a precio global fijo el diseño arquitectónico y posterior construcción de la institución educativa yen la segunda del mismo indica que el contratista se obliga a coordinar con la Dirección Arquitectónica y Técnica del Proyecto durante el desarrollo del contrato por cuenta y riesgo propio, sin que por tal motivo se genere reclamación o reconocimiento económico adicional contra la SED.

También, indica que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado en los contratos celebrados bajo la modalidad correspondiente a precio global fijo, el contratista recibe como remuneración una suma fija que incluye todos los costos directos e indirectos que no originan reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas. Además, la jurisprudencia enseña que las reclamaciones sobre imprevistos en la selección o en la ejecución del contrato deben hacerse en forma oportuna, lo cual no se presentó en este caso, en razón a que el contratista nunca manifestó ningún tipo de inconformidad con las obligaciones contenidas en el contrato y respecto de las cuales brindó su consentimiento al momento de suscribir el contrato, así como en las 7 modificaciones efectuadas al contrato. Además, en cada una de las modificaciones se dejó expresamente que salvo el contenido de la modificación respectiva, el contenido de las demás partes del contrato 196 de 2003 permanecerían incólumes.

**HECHOS**

La SED abrió la Convocatoria Pública SED-PMC-SPF-269-2003, el 1 de diciembre de 2003, con el objeto de contratar el diseño y construcción del I.E.D. El Bosque, para un área total de 4.677 metros cuadrados.

La SED mediante Resolución 4220 del 30 de diciembre de 2003, la SED adjudicó la citada convocatoria al Consorcio CIC.

El 31 de diciembre se procedió a la suscripción del contrato entre las partes del contrato 196 de 2003 con el objeto de contratar a precio global el diseño arquitectónico y posterior construcción de la institución Educativa Distrital I.E.D. El Bosque proyecto Sur de la Localidad 5 de USME.

El demandante señala que hubo demoras en los pagos por la SED y modificaciones en el diseño de la obra, por lo que se produjeron demoras en la ejecución contractual. Igualmente, indica que señala que entregó la totalidad de las obras y recibidas a satisfacción por la interventoría y la SED. ubo 7 modificaciones al contrato.

Por Resolución 911 del 16 de marzo de 2016, la SED declaró la caducidad del contrato y mediante Resolución 4849 del 31 de octubre de 2006 revocó la cita Resolución 911, reconociendo que no existía incumplimiento del contrato.

Las partes acordaron celebrar contrato de transacción por trabajos pendientes por valor total de $ 210.034.204.oo.

El contratista efectuó reclamaciones ante la Secretaría de Educación el 7 de diciembre de 2005, con el fin de restablecer el equilibrio por haberse superado en un 15.85% el área construida cubierta y 100% de las áreas construidas en zonas exteriores. Así mismo, solicitó el pago de $1.372.558.675,75 M/Cte, correspondiente a al valor de áreas adicionales tales como estacionamientos, ágora exterior, patio de banderas, cancha múltiple, áreas construidas y cubiertas ya ejecutadas. Pero la entidad no se pronunció respecto a las solicitudes, configurándose silencio administrativo positivo, protocolizado en la Notaría 33 del Círculo de Bogotá, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

**II. ASPECTOS GENERALES:**

La Constitución Política de Colombia consagra que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y la prevalencia del interés general.

El artículo 116 de la Carta señala que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en condición de árbitros habilitados por las partes para para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

La Ley 1563 de 2012 expidió el Estatuto de Arbitraje y el proceso arbitral en Colombia, cuyos vacíos se llenan con el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012.

El artículo 278 de la Ley 1564 de 20121 señala que el juez deberá dictar sentencia anticipada en el proceso, total o parcial, cuando se encuentre probada la transacción, entre otras causales. Su trámite se encuentra regulado en los artículos 312 y 313 del mismo estatuto.

El artículo 2469 del C.C. define la transacción como un contrato en que una de las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho en disputa. Así mismo el artículo 2843 C.C. señala que produce efecto de cosa juzgada en última instancia.

**III. CASO EN ESTUDIO:**

**Problema jurídico:**

Determinar si procede la aplicación del artículo 278 del Código General del Proceso sobre sentencia anticipada en el presente proceso por superarse las diferencias surgidas con ocasión del Contrato 196 de 2003, ante transacción suscrita entre las partes.

**Hechos probados:**

Consta la Convocatoria Pública SED-PMC-SPF-269-2003, del 1 de diciembre de 2003, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá SED, con el objeto de contratar el diseño y construcción del I.E.D. El Bosque, para un área total de 4.677 metros cuadrados.

Aparecen la Resolución 4220, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá SED, por la cual adjudicó la citada convocatoria al Consorcio CIC.

Obra el contrato de Consultoría y de Obra 196 del 31 de diciembre de 2003, suscrito entre la SED y el Consorcio CIC, con el objeto de contratar a precio global el diseño arquitectónico y posterior construcción de la institución Educativa Distrital I.E.D. El Bosque proyecto Sur de la Localidad 5 de USME.

Son visibles en el expediente las resoluciones sobre modificaciones al contrato 196 de 2003.

Aparecen la Resolución 911 del 16 de marzo de 2016, la SED declaró la caducidad del contrato, así como la Resolución 4849 del 31 de octubre de 2006 revocó la cita Resolución 911, reconociendo que no existía incumplimiento del contrato.

Consta el contrato de transacción del 31 de octubre de 2005, celebrado entre la SED y el consorcio CIC, por trabajos pendientes por valor total de $ 210.034.204.oo.

Obra un acta de liquidación del contrato del 15 de octubre de 2008, suscrita entre el Consorcio CIC, la Constructora FOSTER, Subdirector de Plantas Físicas de la SED y Coordinador de la SED.

**Consideraciones y conclusiones:**

Para este Despacho es procedente proferir sentencia anticipada parcial, con fundamento en el artículo 278 del Código General del Proceso, al acordarse transacción suscrita entre las partes convocante y convocada, Consorcio CIC y la SED, respectivamente, en el sentido de dar por concluido el conflicto suscitado por efecto de la ejecución de las obras faltantes para dar por terminado del contrato de Consultoría y Obra 196 de 2003.

Lo anterior, por cuanto en el referido contrato de transacción se expresa que el contratista consorcio CIC se obligó para con la SED a ejecutar las obras faltantes para la terminación total del colegio de acuerdo con el anexo de obras faltantes por ejecutar. Tales obras se realizaron dentro del término de 30 días pactados. Aspecto que aparece en el acta de liquidación del contrato del 15 de octubre de 2008, con la aceptación del contratista, en la que no obran reclamaciones o constancias, dada la naturaleza del contrato de obra por precio global, como lo señala la jurisprudencia vigente de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Además, debe entenderse que las obras fueron fijadas en el diseño de la obra y si las modificaciones fueron aceptadas por el contratista se atiene a sus efectos, sin desconocer que las obras adicionales fueron reconocidas por la SED.

También, señala el acuerdo de transacción que el valor del saldo del contrato objeto de la transacción es cancelado a la finalización de las obras previo el procedimiento presupuestal requerido.

Igualmente, la Secretaría de Educación y el consorcio CIC transan las diferencias y la relación jurídica dudosa que se presente con relación a la ejecución y cumplimiento de las obligaciones del contrato y por tanto renuncian de manera definitiva a cualquier acción extrajudicial o judicial que se hubiere iniciado y/o se inicie en contra de cada una de ellas y/o de sus funcionarios en todo aquello que tenga que ver con el contrato de transacción.

En este sentido, para esta agencia las diferencias se finiquitaron en el acta de liquidación del contrato, del 15 de octubre de 2008, suscrita entre la SED y el consorcio CIC, con la aceptación del contratista.

Así mismo, en el testimonio rendido ante el panel arbitral el señor OSCAR CASTAÑO BARRETO, ingeniero Civil, representante del consorcio CIC y quien dirigió las obras en la parte del contratista se establece las siguientes manifestaciones: “(...) hicimos muchas solicitudes tanto a la interventoría como a la secretaría de la situación… de esas modificaciones, de lo que estaba sucediendo, lo que pasa es que las obras no se pueden parar a esperar a que el señor diga si o no porque pues digamos las características de las obras es que sean dinámicas y funcionen… me parece extrañísimo si esto es un contrato a precio global fijo, la forma que está tasada en el contrato,... es a global fijo le permite a usted hacer análisis de precios unitarios para obras adicionales… el contrato no tenía prevista la construcción de estas áreas libres y se construyeron porque lo solicitó la SED,...no lo impuso, lo solicitó...la única adición en valor que sufrió el contrato fué un listado para hacer los comedores escolares y ese listado se tasó por precios unitarios; es una adición por 161 millones, que eso nos lo pagaron, pero no tenía que ver con las mayores áreas construidas… hay un error porque realmente de lo acordado no es el 5% sino es menor, si lo firmé por ese valor,... por qué lo firmé? porque digamos que por el interés de todos de que esto no terminara fracasado, pues pudiéramos hacer la terminación de las obras que si usted lo revisa con detenimiento, es un porcentaje muy mínimo de la construcción de la obra...somos contratistas y nos gusta ir de la mano con el cliente, le hacemos caso y eso no me puse a construir áreas por gusto mío sino por solicitud de la entidad (...)”.

Ante la pregunta si yo llevo el 120% realizado, ejecutado, cómo puede faltarme el 5%?, el ingeniero Oscar Castaño manifestó: “(…)de acuerdo, creo que lo manifesté desde un principio y es que pues no sé en qué momento el interventor tasó unos valores digamos, supongo que con precios de comercio o alguna cosa y establece que falta un 5%, pero es contra el valor del contrato no contra la ejecución de la obra que es objeto de reclamación posterior… nunca hablamos de valores, hablamos de porcentajes, si usted mira las actas de cobro hablan de porcentajes, si usted mira el acta de entrega final habla de porcentajes, aquí nunca se habló de valores...tal vez el afan era de entregarlo...religiosamente cumplimos el plazo de la transacción y religiosamente entregamos la obra ese 30 de Diciembre...si existe un acta de liquidación que también obra en estos expedientes que tienen ustedes acá, en donde se firma por parte del interventor, el supervisor de la obra, por mi en calidad de contratista… el director de construcciones de la SED...no firmó el ordenador del gasto que era el secretario de educación, desconozco las razones por qué no lo haya hecho (...)”

Las manifestaciones del representante no dejan clara su convicción sobre las cifras y actas que avaló, pero jurídicamente establecen su aceptación en sede administrativa, máxime cuando suscribió y aceptó los términos del contrato de transacción que finaliza las controversias surgidas como efecto del multicitado contrato 196 de 2003, por lo que se torna improcedente continuar con el proceso arbitral.

Sin embargo, no puede desconocerse que en el aludido contrato de transacción se dejó expreso que todas las cláusulas y condiciones establecidas en la propuesta, términos de referencia y pliego de condiciones que dieron lugar a la suscripción del contrato 196 de 2003, así como las cláusulas y condiciones de este mismo, continúan vigentes en todo aquello no contemplado en el acuerdo de transacción.

Por lo anterior, considera esta agencia que las controversias sobre reclamaciones ante la Secretaría de Educación el 7 de diciembre de 2005, con el fin de restablecer el equilibrio por haberse superado en un 15.85% el área construida cubierta y 100% de las áreas construidas en zonas exteriores y pago por $1.372.558.675,75 M/Cte, correspondiente a al valor de áreas adicionales tales como estacionamientos, ágora exterior, patio de banderas, cancha múltiple, áreas construidas y cubiertas ya ejecutadas, no fueron objeto del contrato de transacción aludido.

Respecto al silencio administrativo fijado en la Ley 80 de 1993 la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 221867 de 2012, así como en la sentencias del 30 de agosto de 2018, expediente 147001-23-01-000-1998-01143-9 y del 12 de diciembre de 2001, expediente 52001-232-31-000-1999-1139, han expresado que procede ante la omisión de la entidad contratante en atender y resolver las peticiones que formulen los contratistas durante la ejecución del contrato en el término de tres meses y se atienen a los efectos legales del silencio positivo.

Por lo anterior, toda vez que la entidad no se pronunció respecto a las solicitudes precedentes, se configuró silencio administrativo positivo, protocolizado en la Notaría 33 del Círculo de Bogotá, de conformidad con el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y el procedimiento de que trataba el artículo 42 del C.C.A., vigente para la época de los hechos, debiendo la SED asumir las áreas y valores últimos reclamados por el contratista. Para la determinación de los valores y las áreas el panel arbitral deberá tener en cuenta el concepto del perito obrante en el proceso judicial.

En los anteriores términos rindo el concepto correspondiente, a efectos de ser tenido en cuenta en la decisión a tomar por parte de los señores árbitros.

Cordialmente,

**EFREN GONZALEZ RODRIGUEZ**

**Procurador Judicial II 138 Administrativo Bogotá**