



232

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "B"

Impedido el Dr. Pazos

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Proceso número: 25000-23-15-000-2004-00525-01 (33383)
Naturaleza: Acción contractual
Actor: J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda
Demandado: Distrito Capital-Secretaría de Educación

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la firma J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda contra la sentencia de 23 de agosto de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera-Subsección "B", mediante la cual se denegaron las pretensiones.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Se señala en la demanda que (i) la firma J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda, atendiendo los términos de la Licitación Pública LP-SED-007-2001, ofertó un total de 170 turnos de 8 horas diarias de lunes a sábado para un total de 48 horas semanales y un valor unitario por jornada laboral completa de \$24.130; (ii) el 24 de agosto de 2001, la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá y la firma demandante suscribieron el contrato 091, en el que pactaron que la adjudicataria suministraría personal de apoyo en las

instituciones educativas, durante los días hábiles de los años 2001 y 2002, en mínimo 170 turnos de 48 horas a la semana y asumiría la carga salarial y prestacional del recurso humano vinculado; (iii) para aclarar los términos de manejo del contrato, las partes determinaron que el personal de apoyo trabajaría "hasta 48 horas a la semana de lunes a sábado o hasta 9 horas diarias de lunes a viernes". Decisión que fue comunicada a la inventora y a los rectores de las instituciones educativas, junto con la precisión de que cada personal en misión labora al mes 24 turnos y no 20 como se ha venido reportando y (iv) el 11 de octubre de 2002, se liquidó de mutuo acuerdo el contrato. Oportunidad que fue utilizada por la sociedad contratista para, vislumbrar una vez más, su inconformidad con lo pagado, por cuanto no cubre los turnos ejecutados de nueve horas diarias de lunes a viernes, que buscaron compensar los días sábados no laborados por causas imputables a la administración.

ANTECEDENTES

1. Lo que se demanda

Mediante escrito presentado el 5 de marzo de 2004, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 2-22 c. ppl.), la sociedad J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda presentó demanda con fundamento en las siguientes pretensiones:

PRIMERA. Declárase que Bogotá D.C.-Secretaría de Educación Distrital incumplió el contrato de suministro de personal No. 091 de 24 de agosto de 2001 y su adicional No. 001 de 7 de febrero de 2002, celebrados con J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda.

SEGUNDA. Que como consecuencia de la declaración anterior, CONDÉNESE a Bogotá D.C.-Secretaría de Educación a pagar a J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda la suma de CIENTO OCHENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$189.525.819) MCTE o la superior que se demuestre en el proceso, por concepto del valor real del contrato ejecutado y no pagado

233

por la Secretaría de Educación del Distrito Capital de Bogotá. La anterior suma deberá actualizarse al momento de su pago efectivo.

TERCERA. De igual forma, como consecuencia de la primera pretensión, CONDÉNESE a Bogotá D.C.-Secretaría de Educación Distrital a pagar a J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda el valor de los intereses de mora causados desde el momento en que se incumplió el pago del suministro de personal, de conformidad con las fechas de presentación de las facturas de cobro hasta la fecha del pago efectivo del valor real ejecutado por la sociedad contratista. Estos intereses deberán liquidarse en la forma establecida en la Ley 80/93 y su Decreto Reglamentario 679/94 (f. 3-4 c. ppl.).

La firma J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda manifestó que la aclaración de los términos del contrato permitió evidenciar que "lo reportado por los rectores de los colegios como veinte jornadas diarias de trabajo o turnos mensuales por persona en misión, correspondía realmente a veinticuatro turnos o días laborados promedio mensual, máxime, cuando la Dra. Carmen Elisa Castaño Valencia, Coordinadora del Grupo de Selección y Desarrollo de la Secretaría, en oficio de 8 de octubre de 2001, manifestó que se encontraba a entera satisfacción con el contenido del oficio de 3 de octubre de 2001" (f. 7 c. ppl.).

Precisó que cumplió "todas y cada una de las obligaciones a su cargo, como lo acreditan los informes de ejecución que fueron elaborados por la Subdirectora de Personal Administrativo de la Secretaría de Educación Distrital, funcionaria que realizó la interventoría del contrato" (f. 7 c. ppl.).

Señaló que en la ejecución y en la liquidación se "desconoció lo dispuesto en los pliegos de condiciones, la propuesta y en el contrato No. 091/01; ya que la sociedad contratista se obligó en todos estos documentos a suministrar un personal en 170 turnos de 48 horas semanales, es decir, que para cumplir este compromiso las personas en misión debían laborar de lunes a sábado 8 horas días. En estos términos fue que la sociedad contratista elaboró la propuesta económica presentada por la SED (Formatos 4 y 5 de la propuesta económica) e, igualmente, con base en estas condiciones fue que contrató al personal destinado a ejecutar el objeto del contrato, es decir, en cumplimiento de la jornada máxima laboral

permitida legalmente. Esta propuesta fue aceptada por la administración al adjudicar el contrato" (f. 8 c. ppl.).

Explicó que "si partimos de la base que los colegios del Distrito Capital de Bogotá no funcionan los sábados, como se demuestra con los reportes de los rectores, se entiende porqué se planteó por parte de la administración que las jornadas fueran de hasta 9 horas de lunes a sábado. El personal en misión laboró de lunes a viernes 9 horas, compensando con esta hora adicional el turno o jornada correspondiente al día sábado, que se repite, la administración sabía de antemano que nunca utilizaría porque los colegios no realizan ninguna actividad en estos días" (f. 9 c. ppl.).

Añadió que como "la Secretaría exigió desde un comienzo en los pliegos y, posteriormente, en el contrato que las jornadas de trabajo o turnos deberían ser de 48 horas en la semana de lunes a sábado, a esta condición se comprometió la sociedad contratista. Pero debió tener en cuenta que los colegios no laboran los días sábados y, adicionalmente, respetar la jornada máxima laboral diaria (artículo 161 del C.S.T.). En estas condiciones, la empresa contratista suplió los turnos correspondientes a los días sábados con el aumento de una hora adicional de lunes a viernes como lo permite el régimen laboral (artículo 164 del C.S.T.). Por esta razón facturó 6 jornadas o turnos semanales, tal y como lo ofertó en la propuesta aceptada por la administración" (f. 9 c. ppl.).

Adujo que "puso a disposición de la Secretaría el personal tal y como se exigió en los pliegos y propuso en la oferta, es decir, de lunes a sábado a razón de 8 horas diarias. Cosa distinta es que los colegios no funcionaran los días sábados. Lo cierto es que el personal estuvo disponible tal y como se pactó y si por causa no imputable a la sociedad contratista no se utilizó el personal, esto no quiere decir que no se deba pagar el servicio, máxime si en aras de un correcto entendimiento de lo exigido en los pliegos, lo ofrecido en la propuesta y lo estipulado en el contrato; la firma contratista

23A.

compensó la jornada o turno correspondiente al día sábado, tal y como lo permiten las disposiciones laborales” (f. 9 c. ppl.).

Concluyó que la Secretaría de Educación Distrital le adeuda *“un turno o jornada laboral semanal por cada persona que prestó el servicio o un mayor valor por cada turno superior a 8 horas, desde la fecha en que se inició la ejecución del contrato y hasta su culminación” (f. 9 c. ppl.).*

Especificó que *“si un turno de 8 horas, de acuerdo a la propuesta aceptada por la administración, tenía un valor de \$24.130 pesos, un turno de nueve horas equivaldría a \$27.146 pesos. Como los colegios en los cuales se prestó el servicio no laboraron los días sábados a causa de la organización interna de la Secretaría y al personal de apoyo se le debió cancelar las 48 horas semanales pactadas, la administración debió pagar el servicio prestado de manera completa. Como no lo hizo desequilibró injustificadamente la ecuación financiera del contrato en contra de su colaborador contratista” (f. 10 c. ppl.).*

Afirmó que la entidad contratante obvió que en el objeto contractual estaban inmersos derechos laborales que no se podían desconocer y que se imponen a lo pactado por las partes. Sostuvo que si *“la Secretaría exigió en los pliegos el suministro de un personal durante 48 horas a la semana de lunes a sábado y en esos términos presentó su oferta la firma ganadora de la licitación, no puede la administración negar el pago, luego que se ha compensado la jornada o turno correspondiente al sábado” (f. 11 c. ppl.).*

2. Intervención pasiva

El Distrito Capital de Bogotá explicó que *“el contrato establece un suministro mínimo de 170 turnos de 48 horas a la semana, en los días hábiles de los años 2001 y 2002, también se pactó que se prestaría en turnos de hasta 9 horas diurnas de lunes a sábado, pero a pesar de esto el plazo de ejecución del mismo quedó supeditado al término de seis meses o*

hasta el agotamiento del presupuesto, el cual está determinado por el número real y efectivo de turnos cumplidos por el personal en misión, debidamente certificados por el interventor designado por la entidad" (f. 30 c. ppl.).

Puntualizó que la cláusula tercera del contrato fija que *"para el suministro de personal los sábados se requiere previa distribución y autorización del interventor" (f. 30 c. ppl.).*

Explicó que la Secretaría de Educación no podía cancelar el turno del sábado, sin previa autorización del interventor del contrato.

Señaló que la firma demandante aumentó *"la jornada diaria de lunes a viernes para suplir o reemplazar EL TURNO DEL SÁBADO, sin querer ello decir que por el aumento de las horas diarias en el turno debe tener el mismo valor al hacer el ajuste correspondiente entre los turnos no laborados y el valor del turno diario que excede de las ocho horas, no puede establecerse un aumento del valor del turno, por cuanto no es una hora adicional la que se está laborando, sino una hora que se está compensando entre los turnos no laborados y los laborados" (f. 30-31 c. ppl.).*

Concluyó que la Secretaría de Educación *"no debe suma alguna al hoy actor, por cuanto lo único que sucedió fue una compensación entre los turnos no laborados, los días sábados y la hora adicional laborada de lunes a viernes" (f. 31 c. ppl.).*

3. Alegatos de conclusión

- El Distrito Capital de Bogotá insistió en que en el *sub judice* está *"probado que el personal en misión si laboró de lunes a viernes hasta 9 horas diarias y que en aquellos casos en los cuales el rector reportó horarios superiores a las 9 horas no fueron autorizados previamente por la SED –Secretaría de Educación-" (f. 68 c. ppl.).*

235

- La sociedad demandante adujo que "acorde con el pliego de condiciones, la oferta y el contrato, que siempre hablaron de 48 horas semanales, procedió a celebrar los respectivos contratos de trabajo por la jornada ordinaria laboral establecida en la ley, la cual no puede ser remunerada por debajo del mínimo legal mensual vigente. Contratos que una vez celebrados eran ley para las partes y el contratista como tal no estaba habilitado para disminuir la remuneración pactada, bajo el argumento de que habían trabajado solo 45 horas, es decir tres horas menos de las 48 laborales semanales pactadas, como si se tratara de un contrato no regulado por normas de orden público. Cosa distinta y a manera de ejemplo lo es que el contrato de obra a precios unitarios, evento en el cual lógicamente sólo se paga lo realmente ejecutado" (f. 70 c. ppl.).

Afirmó que la "Secretaría de Educación Distrital incumplió el contrato de suministro de personal No. 091 de 2001 y su adicional No. 001 de 2002, al no pagar la totalidad del precio pactado a su colaborador contratista (...). En efecto, si se revisa el concepto técnico emitido por el perito contador, se puede evidenciar que la Secretaría de Educación del Distrito Capital pagó a J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda NOVECIENTOS TREINTA Y UN MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS DIEZ PESOS (\$931.586.910), mientras que esta última pagó a los trabajadores que enganchó para prestar el servicio de suministro de personal MIL CIENTO DIECINUEVE MILLONES TRESCIENTOS QUINCE MIL TRESCIENTOS OCHENTA PESOS (\$1.119.315.380)" (f. 71 c. ppl.).

Enfatizó que la diferencia evidenciada "constituye una alteración del equilibrio financiero del contrato, derivada del incumplimiento de la entidad contratante, el cual debe ser restablecido de conformidad con lo dispuesto en la Ley 80/94" (f. 71 c. ppl.).

Sostuvo que el desequilibrio económico debe ser resuelto a su favor "con el pago de la suma de dinero resultado de la diferencia antes descrita, más la

cancelación de los intereses de mora legales sobre el valor histórico actualizado, para indemnizar los perjuicios derivados de dicho incumplimiento” (f. 71 c. ppl.).

4. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 23 de agosto de 2006, denegó las pretensiones. En primer término, consideró que en el *sub judice* “no se configura ninguna de las condiciones para predicar ruptura de la ecuación financiera del contrato, por el contrario se evidencia del mismo tenor del contrato, en la cláusula correspondiente a las obligaciones del contratista se indicó que el ‘servicio se prestará en turnos hasta de 9 horas diarias de lunes a sábado, es decir, que tanto contratista como contratante previamente a la ejecución y desarrollo del contrato conocían las condiciones del mismo y no obstante el contratista haber realizado salvedad en el acta de liquidación, reservándose el derecho a reclamar judicialmente, legitimándolo para acudir a esta jurisdicción, este hecho no permite que en vía judicial se debatan asuntos sobre la legalidad o no de las horas de trabajo, sobre las cuales previamente tenía conocimiento el demandante” (f. 98 c. ppl.).

En segundo término, enfatizó que la “administración estableció que el servicio se prestaría en turnos de hasta nueve horas de lunes a sábado, disposición que si bien debería interpretarse en armonía con las normas sustantivas del trabajo, dicha circunstancia no puede servir de sustento a un desequilibrio contractual, por cuanto la misma no surgió como un hecho externo, anormal o imprevisible a la celebración del contrato o durante su ejecución” (f. 99 c. ppl.).

Señaló que no se puede soslayar que “las pretensiones del libelo van encaminadas a la declaratoria de incumplimiento del contrato de suministro No. 091 de agosto 24 de 2001 suscrito entre las partes, situación que corresponde a un hecho interno de la relación contractual, hecho frente al

cual no puede pasarse por alto que el contrato en comento se liquidó por terminación de la obra y del presupuesto, quedando así suscrito por las partes en el acta de liquidación de octubre 11 de 2002" (f. 99 c. ppl.).

Concluyó que "en el caso bajo examen no se evidencia la ruptura del equilibrio contractual aducido en la demanda, por cuanto si la sociedad demandante asumió de sus propios recursos el pago de los compromisos adquiridos con los trabajadores contratados, en desarrollo y ejecución del objeto contractual, esta situación debió haber sido prevista por el contratista al momento de presentar la propuesta, teniendo en cuenta que desde los pliegos de condiciones se pactaban las referidas horas de trabajo o bien pudo haber solicitado las aclaraciones que a lugar hubieran, es decir, que no puede ahora alegar el contratista imprevisión a cargo de la administración cuando está claramente demostrado que contrario a lo afirmado en la demanda, dicha estipulación de las horas de trabajo estaba consagrada desde la realización del mismo pliego de condiciones que contempla la prestación del servicio, se reitera, en 9 horas" (f. 100 c. ppl.).

Precisó que "J & E TEMPORALES NUEVO MILENIO tenía pleno conocimiento de las condiciones a contratar, aceptándolo así y cumpliendo con la correspondiente ejecución y desarrollo del objeto contractual, razón por la cual la acción aquí pretendida resulta improcedente para el pago de unos presuntos perjuicios sufridos como consecuencia de un desequilibrio económico, que como se reitera no se presentó, razones suficientes para negar las pretensiones" (f. 100 c. ppl.).

5. Recurso de apelación

La firma J & E Temporales Nuevo Milenio sostuvo que "el incumplimiento de la Secretaría se presentó cuando, a pesar de haber suscrito el contrato en los términos descritos, solamente canceló a su contratista el equivalente a 20 turnos mensuales por trabajador enganchando, dejando de pagar 4 turnos mensuales por trabajador//. Debido a que J & E Temporales Ltda

canceló a los 170 trabajadores en misión los 24 turnos mensuales y la Secretaría solamente canceló 20 turnos mensuales, se originó el desequilibrio financiero del contrato por incumplimiento de lo pactado por parte de la Secretaría" (f. 113 c. ppl.).

Explicó que "en los reportes diarios que los trabajadores entregaban a los directores de los planteles educativos para que fueran firmados por ellos, luego de cumplir el respectivo turno, se reportaron 20 turnos mensuales a cada trabajador, lo cual no tuvo en cuenta que estos trabajadores realmente trabajaron 9 horas diarias de lunes a viernes, es decir, una hora más diaria para compensar con una hora adicional laborada diariamente las horas correspondientes al día sábado; que no se laboraron, entre otras cosas, porque la Secretaría no previó en los pliegos que en los días sábados los planteles educativos del sector público normalmente no trabajan" (f. 114 c.ppl.).

Adujo que "al laborar esta hora adicional, los trabajadores en misión cumplieron con el turno correspondiente al día sábado como lo permite el artículo 164 del estatuto laboral. Sin embargo, la Secretaría de Educación no aceptó que esta hora adicional diaria fuera asimilada a un turno adicional mensual, debido a que los rectores firmaron las planillas correspondientes de lunes a viernes, sin que se tuviera en cuenta la hora adicional diaria que en realidad compensó la jornada correspondiente a los sábados. Aquí se presentó el desfase, ya que como consta en el acta de liquidación J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda cumplió a cabalidad sus prestaciones frente a la Secretaría de Educación, debiendo cancelar a los trabajadores enganchados para cumplir la misión todos sus derechos laborales más los costos de administración; costos que estaban reflejados en la propuesta económica que fue presentada a la administración y fue aceptada al suscribir el contrato de suministro de personal No. 091 de agosto de 2001" (f. 115 c. ppl.).

Aseveró que así las partes no hubieran estipulado prestaciones sociales, *"las mismas se entienden incorporadas al contrato en cuestión, por ser normas de orden público"* (f. 115 c.ppl.).

6. Alegaciones finales

La sociedad J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda insistió en que *"las horas correspondientes al día sábado no se laboraron, porque la Secretaría de Educación a pesar de haberlo previsto en los pliegos y el contrato mismo; durante la ejecución del contrato, valga aclarar cuando ya había sido contratado el personal, decidió que no se requería dicho personal en dicho día, hecho que no puede menoscabar la utilidad legítimamente esperada por el contratista, ya que este último se comprometió de buena fe a cumplir sus obligaciones como en efecto lo hizo"* (f. 123 c. ppl.).

Señaló que *"el turno correspondiente al día sábado no se realizó por causa imputable a la administración, la cual no enerva su obligación de pagar la totalidad del precio pactado. Al contrario, no puede aceptarse que la consecuencia negativa de una falta de previsión recaiga en la parte que cumplió sus compromisos"* (f. 123 c. ppl.).

Adujo que *"como el suministro de personal por empresas de servicios temporales, es una actividad regida por la Ley 50/90 y por las demás disposiciones laborales, en el presente caso se debe entender incorporadas estas normas al contrato que nos ocupa, en virtud de las cuales se incrementó la jornada laboral a una hora diaria para compensar el turno correspondiente al sábado"* (f. 123-124 c. ppl.).

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la firma J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda en contra de la sentencia proferida en primera instancia que denegó las pretensiones.

Efectivamente, para la fecha de presentación de la demanda¹ la cuantía exigida para que las acciones de controversias contractuales tuvieran vocación de doble instancia ante esta Corporación era la suma de \$51.730.000 (artículo 131 del C.CA. subrogado Decreto 597/88) y la pretensión mayor asciende a \$189.525.819, por concepto de *"diferencia entre el valor del servicio realmente prestado por J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda y el pagado por la Secretaría de Educación del Distrito Capital, durante la ejecución del contrato de suministro de personal No. 091/01"* (f. 22 c. ppl.).

2. Hechos probados

De conformidad con las pruebas aportadas al plenario, se tienen probados los siguientes hechos relevantes para resolver la controversia²:

- El Distrito Capital de Bogotá, mediante Licitación Pública LP-SED-007-2001, convocó a las empresas temporales de servicios para el suministro de personal de apoyo en las instituciones educativas durante los días hábiles de los años 2001 y 2002, en mínimo 170 turnos de 48 horas a la semana. Indicó que (i) el servicio se prestaría *"en turnos de hasta 9 horas diurnas de lunes a sábado"*; (ii) el presupuesto oficial estimado para la ejecución ascendería a \$622.000.000; (iii) el plazo sería de 6 meses o hasta

¹ 5 de marzo de 2004

² La prueba documental que soporta los hechos probados fue anexada por la sociedad J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda o solicitada por ésta, decretada y allegada por la Dirección de Contratación de la Secretaría de Educación del Distrito Capital del Bogotá.

que se agote el presupuesto. En todo caso, el plazo estaría determinado por el número real y efectivo de turnos cumplidos por el personal en misión, debidamente certificados por el interventor; (iv) el proponente debía indicar en "el formato No. 4, propuesta económica, el número de turnos diarios ofrecidos adicionales a los indicados anteriormente, que durante el término de ejecución del contrato deberá suministrar en las mismas condiciones de los 170 mínimos solicitados, los cuales serían distribuidos en cualquiera de las Localidades a discreción" y (v) sería obligación de la firma contratista, "como empleador que es, cumplir con la totalidad de las obligaciones establecidas en el régimen laboral colombiano" (f. 61-109 c. 2).

- La sociedad J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda en el formato 4, propuesta económica, discriminó que el valor del turno diario del personal en misión sería de \$24.130, si éste labora 24 jornadas al mes de lunes a sábado o 48 horas semanales, "para devengar un sueldo básico mes de \$320.000"

TURNOS REQUERIDOS	VALOR UNITARIO TURNO	CANTIDAD DE TURNOS ADIIONALES DIARIOS OFRECIDOS	VALOR TOTAL
170 turnos diarios	Mes \$579.132 Día \$24.130	9	\$621.988.321

El valor turno diario \$24.130, laborando 24 días promedio mes (lunes a sábado o 48 semanales), para devengar un sueldo básico mes de \$320.000 (f. 49 c. 2).

- La sociedad J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda en el formato 5, explicó que el valor mensual de la oferta -\$579.132-, atiende el salario básico -\$320.000-, las prestaciones sociales -\$75.380-, los aportes patronales -\$90.332-, el subsidio de transporte -\$31.370- y los gastos administrativos, dentro de los que se encuentra la utilidad, -\$62.050- (f. 60 c. 2).

- La propuesta de la firma Eventuales Ltda Servicios Temporales fue rechazada jurídica y técnicamente, porque *"LA INFORMACIÓN INICIALMENTE REPORTADA SOBRE EL VALOR UNITARIO DEL TURNO RELACIONADA EN LOS FORMATOS 4 Y 5, ADICIONAL A LO ANTERIOR –No atender imperativos legales-, NO CUMPLE CON EL REQUISITO MÍNIMO DEFINIDO EN EL ALCANCE DE LOS PLIEGOS, AL ESTIMAR COMO DÍAS HÁBILES DE LABOR 21 DÍAS DEL MES, SIN TENER EN CUENTA LA NECESIDAD DE LABORAR 6 DÍAS POR SEMANA, ES DECIR UN MÍNIMO DE 24 DÍAS POR MES"* (f. 12 c. 27 pbas.).

- Por resolución 5428 de 21 de agosto de 2001, la Secretaría de Educación del Distrito Capital de Bogotá adjudicó la Licitación Pública LP-SED-007-2001 a la firma J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda (f. 144-145 c. 26 de pbas; 328-329 c.6 pbas.).

- El 24 de agosto de 2001, la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá y la firma J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda suscribieron el contrato 091, en el que pactaron, que (i) la firma contratista suministraría personal de apoyo en las instituciones educativas, durante los días hábiles de los años 2001 y 2002, en mínimo 170 turnos de 48 horas a la semana, con recurso humano bajo su mando y responsabilidad; (ii) el plazo de ejecución sería de seis meses o el tiempo en el que se agote el presupuesto. No obstante, el plazo estaría determinado por el número real y efectivo de turnos cumplidos por el personal en misión, debidamente certificados por el interventor; (iii) el servicio se podría prestar en turnos de hasta 9 horas diurnas de lunes a sábado, salvo los festivos; (iv) para el suministro de personal los sábados, se requeriría previa distribución y autorización del interventor; (v) el valor del negocio sería de \$621.988.321.00; (vi) las partes buscarían solucionar de forma ágil, rápida y directa las discrepancias que surjan en la ejecución y (vii) la normativa aplicable sería la Ley 80 de 1993 y la pertinente del régimen especial para el Distrito Capital.

239

PRIMERA. OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con el DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN a suministrar personal de apoyo en las instituciones educativas de la Secretaría de Educación del Distrito Capital, de acuerdo con los alcances y especificaciones de los pliegos de condiciones de la L.P.-SED-007-2001 y de la propuesta presentada, los cuales son parte integrante de este contrato. **SEGUNDA. PLAZO DEL CONTRATO:** El plazo de ejecución del contrato será de seis (6) meses o hasta agotar el presupuesto. Dicho plazo será contado a partir del día en que se imparta la orden de iniciación por parte del interventor designado por la Secretaría de Educación o quien haga sus veces. No obstante, el plazo estará determinado por el número real y efectivo de turnos cumplidos por el personal en misión, debidamente certificados por el interventor designado por la entidad (....). **TERCERA. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:** EL CONTRATISTA se obliga: 1. Suministrar el personal de apoyo en las instituciones educativas, durante los días hábiles del año 2001 y 2002, en mínimo 170 turnos de 48 horas a la semana en las localidades 1,2,3,4,5,6,7,8,9,10,11,12,14,15,16,17,18 y 19 de Bogotá D.C.. No habrá suministro de personal durante el periodo comprendido entre el 17 de diciembre de 2001 y el 12 de enero de 2002. Se reiniciará el suministro de personal a partir del 14 de enero de 2002. No obstante, el plazo estará determinado por el número real y efectivo de turnos cumplidos por el personal en misión, debidamente certificados por el interventor designado por la entidad. 2. Suministrar el personal de apoyo en las instituciones educativas del Distrito Capital que sean asignadas por el interventor, ajustándose a las necesidades del servicio de cada uno de los establecimientos educativos en donde cumplirá actividades de personal en misión (....). 4. Garantizar la cobertura de los turnos diarios, durante el término de ejecución del contrato o hasta agotar el presupuesto. 5. El servicio se prestará en turnos de hasta 9 horas diurnas de lunes a sábado, salvo los festivos de ley. Para el suministro de personal los sábados, requiere previa distribución y autorización del interventor (....). 7. Deberá presentar para el trámite de las cuentas mensuales, las certificaciones de pago de aportes parafiscales a ARP, a pensión y salud de la totalidad del personal vinculado (....). **CUARTA. OBLIGACIONES DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN:** 1. Velar por el cumplimiento de todas las cláusulas contractuales. 2. Cancelar el valor del contrato, acorde con la cláusula de fórmula de pago, previo recibo a satisfacción, por parte del interventor del contrato (....). **QUINTA. VALOR:** Para todos los efectos, el valor del presente contrato es la suma de SEISCIENTOS VEINTIUN MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS VEINTIUN PESOS CN 00/100 (\$621.988.321.00) M/CTE. **SEXTA. FORMA DE PAGO:** EL DISTRITO-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN pagará al CONTRATISTA el valor del contrato de la siguiente forma: a) Un desembolso a título de anticipo, en cuantía equivalente al treinta por ciento (30%) (....). b) primer pago en cuantía equivalente al treinta (30%) del valor total del contrato, cuando ya se haya cumplido el 50% de los turnos contratados, previa presentación de la respectiva factura con informe de ejecución aprobado por el interventor. c) Segundo pago en cuantía equivalente al treinta (30%) del valor total del contrato, cuando se hayan cumplido el 80% de los turnos contratados, previa presentación de la respectiva factura con informe de ejecución, aprobado por el interventor. d) Tercer pago por el saldo pendiente cuando se haya cumplido la totalidad de los turnos contratados previo visto bueno en cada caso del interventor o

quien haga sus veces y radicación de facturas (.....). **OCTAVA. OBLIGACIONES LABORALES:** Será obligación del CONTRATISTA como empleador que es, cumplir estrictamente todas las obligaciones laborales establecidas en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios y demás normas aplicables de carácter laboral, incluidas las que regulan lo correspondiente a personal vinculado a través de empresas de Servicios Temporales. Así mismo, el CONTRATISTA deberá tomar las precauciones necesarias para la seguridad del personal a su cargo o servicio de acuerdo con las reglamentaciones vigentes en el país (.....). **NOVENA. PERSONAL DEL CONTRATISTA:** El personal que requiera el CONTRATISTA para el cumplimiento del presente contrato será de su exclusiva responsabilidad y el DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN declara que no asume responsabilidad laboral alguna con ellos (.....). **DÉCIMAQUINTA. DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES:** Las partes buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la ley y a la conciliación, amigable composición y transacción. Así mismo, acudirán al arbitramento cuando las diferencias y discrepancias surgidas sean de carácter insalvable (.....). **DÉCIMASEPTIMA. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO:** De conformidad con lo establecido en el Artículo 60 de la Ley 80 de 1993, el contrato resultante de este proceso puede ser objeto de liquidación por común acuerdo de las partes contratantes dentro del término máximo de cuatro meses, contados desde la fecha de terminación del plazo de ejecución del mismo o de la fecha del acuerdo que la disponga. **PARÁGRAFO PRIMERO.** Dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de terminación, el CONTRATISTA y el interventor suscribirán un acta de liquidación en donde se incluya el estado contable del contrato, el valor final del mismo y los datos de la garantía única con sus respectivos amparos y vigencias, así como la certificación del interventor respecto del cumplimiento por parte del contratista de las obligaciones adquiridas por él. **PARÁGRAFO SEGUNDO.** Si el CONTRATISTA no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la Secretaría y se adoptará por acto administrativo motivado (.....). **VIGÉSIMA TERCERA. DISPOSICIONES LEGALES:** Le serán aplicables a este contrato, las disposiciones legales establecidas en el Decreto Ley 1421 de 1993 y la Ley 80 de 1992 que regulan la contratación estatal y las demás normas que las adicionen o complementen (.....) (f. 3-10 c. 2-negrita con subrayas fuera del texto).

- El 7 de febrero de 2002, las partes adicionaron el contrato para ampliar en 3 meses la ejecución y aumentar en \$310.000.000 el precio pactado.

PRIMERA. El plazo de ejecución del contrato, estipulado en la cláusula segunda, se prorroga en tres (3) meses más o sea hasta el 31 de mayo de 2002 o hasta agotar el presupuesto, de conformidad con el acta de iniciación suscrita. **SEGUNDA.** El valor inicial del contrato pactado en la cláusula quita, se incrementa en la suma de TRESCIENTOS DIEZ

2A0

MILLONES DE PESOS CON 00/100 MCTE (\$310.000.000.00), quedando el valor total del mismo, en la suma de NOVECIENTOS TREINTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS VEINTIUN PESOS CON 00/100 MCTE (\$931.988.321.00) (f. 11-12 c. 2; 23-24 c. 3).

- El 17 de julio de 2001, la sociedad contratista adquirió la póliza 7446984 expedida por la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A. para garantizar *"LA SERIEDAD DE LA OFERTA REFERENTE AL SUMINISTRO DE PERSONAL DE APOYO EN LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL, SEGÚN LICITACIÓN PÚBLICA No. 007-01"* (f. 19 c. 2).
- El 31 de agosto de 2001, se reunieron la Secretaria de Educación, la Subdirectora de Personal Administrativo –interventora- y la firma J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda *"para formalizar la iniciación de actividades correspondientes a la ejecución del contrato de suministro No. 091 de 24 de agosto de 2001, de acuerdo con los términos especificados en el mismo"* (f. 12 c. 3).
- El 3 de octubre de 2001, la firma J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda precisó a la interventora que si bien el contrato de suministro hace referencia a turnos real y efectivamente cumplidos, no se pueden soslayar (i) los derechos e imperativos laborales que están inmersos dentro del objeto contractual; (ii) el valor unitario del turno señalado en el formato 4, propuesta económica -\$24.130-, corresponde a 24 jornadas al mes de lunes a sábado o a 48 horas semanales; (iii) que las horas laborables del día sábado no prestadas, por causas imputables a la administración, se han buscado cubrir con turnos de 9 horas de lunes a viernes y (iv) los rectores de las instituciones educativas, pese a lo anterior, han reportado jornadas de 8 horas. Situación que, de forma mancomunada, se ha buscado revertir con comunicaciones dirigidas a los directivos docentes donde se les aclara que el personal en misión trabaja *"hasta 48 horas a la semana de lunes a sábado o hasta 9 horas diarias reales laboradas de lunes a viernes"*.

De acuerdo a la propuesta de la referencia me permito confirmar a usted que el valor unitario por turno de VEINTICUATRO MIL CIENTO TREINTA PESOS (\$24.130.00), corresponde a turnos reales laborales de lunes a sábado. Lo anterior se justifica en que si bien es cierto que los términos del contrato hacen referencia a turnos reales trabajados, la contratación debe ajustarse a los términos de la Ley. En esta medida, la Ley otorga la posibilidad de compensar con el número de horas diarias trabajadas lo correspondiente a la jornada del día sábado. De manera coherente con lo expresado, en la reunión citada por la Secretaría de Educación a la cual asistieron la Dra. Carmen Elisa Castaño, el Dr. Abel Suarez, la Dra. Ana Rita Díaz y Julio Osorio, José Mitrani y Gladys Jiménez y cuyo fin era aclarar los términos de manejo del contrato, el Dr. Abel Suárez solicitó a Temporales Nuevo Milenio dirigir a cada uno de los rectores una comunicación donde se aclarara que el personal de apoyo laboraría "hasta 48 horas a la semana de lunes a sábado o hasta 9 horas diarias reales laboradas de lunes a viernes". Lo que lleva a concluir que lo reportado por los rectores de los planteles como veinte turnos, corresponde a veinticuatro turnos promedio mes tal y como aparece en la nota aclaratoria de la propuesta económica presentada en la licitación (f. 120 c. 2; 31-32, 129-130 c. 3).

- La firma J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda expidió circulares en las que les indica a los rectores de instituciones educativas que para la ejecución de las labores de apoyo "*usted dispone de un horario de hasta 48 horas a la semana que puede distribuir así: de lunes a sábado 8 horas diarias o hasta 9 horas diarias reales laboradas de lunes a viernes*" (c. pbas).
- Los rectores de los planteles educativos en los formatos de turnos laborados al mes registraron 20, sin determinar las horas trabajadas en cada jornada o hacer alusión a la compensación de los días sábados (c. pbas).
- Los directivos docentes certificaron turnos de 9 horas o más de lunes a viernes (c. pbas).
- El 9 de octubre de 2001, J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda puso de presente (i) las diferencias de interpretación surgen porque no se diferencia el costo de un turno de 8 horas, de uno de 9 horas; (ii) que si se siguen facturando turnos de 8 horas, como se viene haciendo, se desconoce, además de la realidad –turnos de 9 horas de lunes a viernes-, la oferta, los pliegos de condiciones y los derechos y prerrogativas laborales

2A

inmersos en el objeto contractual; (iii) ha cumplido con sus obligaciones a satisfacción y que el no pago completo de las jornadas trabajadas conlleva un desequilibrio económico y (iv) la administración debe reconocer turnos de 8 horas de lunes a sábado o jornadas de 9 horas de lunes a viernes.

En la ejecución del contrato han surgido diferencias en la interpretación por parte de la interventora, específicamente en lo atinente al pago de los TURNOS REAL y EFECTIVAMENTE CUMPLIDOS por el personal en misión en cuanto a no considerar para efectos del pago diferencia de valor entre turno de 8 horas y un turno de 9 horas.

(...) Así las cosas, la Secretaría de Educación adeuda a J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda un turno semanal por cada trabajador o un mayor valor por cada turno superior a 8 horas desde la fecha de inicio del contrato, por lo tanto ruego a usted proceder a la cancelación, teniendo en cuenta que como CONTRATISTA hemos cumplido a satisfacción con nuestras obligaciones y que el no pago de esta suma lleva al desequilibrio económico del contrato y que la misma Ley 80 de 1993, en su artículo 3º, protege al contratista para que se obtengan utilidades y cuya protección debe garantizar el Estado.

*(...) Si 1 turno de 8 horas fue puesto en \$24.130.00.
6 turnos de 8 horas = a 48 horas equivalen a \$144.788.00.
Las 8 horas del sábado que no se cumplen por disposición de la SED, se distribuyen en 5 turnos de lunes a viernes.
Luego 1 turno de 8 horas = \$24.130
El turno del sábado que equivale a \$24.130 lo dividimos en los 5 turnos de lunes a viernes en que se laboraban las 48 horas semanales lo que es igual a \$4.826.*

Estos \$4.826 pesos se suman a cada uno de los cinco turnos de 8 horas de \$24.130 y da como resultado \$28.956 que es el valor de los turnos que se están cumpliendo de lunes a viernes, es decir, que $\$28.956 \times 5 = \144.780 equivale a los mismos \$144.780 que valen las 48 horas semanales propuesta en nuestra oferta y aceptada por la SED.

(...) La interventora, mediante escrito de fecha 14 de febrero de 2002, recibido el 26 del mismo mes y año, manifiesta expresamente "con relación al reporte de horas en que el personal de apoyo presta servicio en cada institución y que corresponde al informe de cada rector, hemos realizado verificación de la información y hemos encontrado que el personal efectivamente se encuentra laborando de lunes a viernes hasta 9 horas diarias y aquellos casos en los cuales el rector reporte horarios superiores a las 9 horas no fue autorizado previamente por la SED. Lo anterior, confirma nuestra afirmación y la forma como viene ejecutándose el contrato, esto es, que el personal de apoyo viene laborando de lunes a viernes en un horario de 9 horas diarias y que, en ocasiones, de más de 9 horas, pero que por instrucciones internas de la SED los rectores no reportan más de 9 horas diarias.

(...) Así las cosas, la SED sin lugar a equívocos tiene dos alternativas de solución:

Una primera, tomar las horas adicionales laboradas de lunes a viernes (adicionales a la jornada máxima laboral de 8 horas establecidas en el C.S.T.) como turnos de los sábados, en razón de que si el personal en misión no labora 8 horas los sábados como se exigió en el pliego de condiciones y como se propuso en nuestra oferta no es por hecho o circunstancia atribuible al CONTRATISTA sino que obedece a la organización de la SED.

Una segunda alternativa es la de tomar el valor de cada turno según el número de horas laboradas. Es decir, que el valor de un turno de 8 horas debe ser diferente al valor de un turno de 4 horas, de 12 horas o de 9 horas, etc.

(...) En la propuesta presentada por J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda y aceptada por la SED, en el formato No. 4 PROPUESTA ECONÓMICA, es absolutamente claro que el valor del turno diario es de \$24.130, laborando 24 días promedio mes (lunes a sábado o 48 horas semanales) para devengar un sueldo básico mes de \$320.000. Señora Secretaria fijese como aquí están dados todos los elementos para determinar y llegar con precisión a la conclusión que se deben tener en cuenta 48 horas semanales, teniendo en cuenta la distribución permitida por el Código Laboral, en cuanto a las horas del turno del sábado.

Pasando ya al contrato producto de la aceptación de nuestra propuesta, esto es, el contrato 091 de 24 de agosto de 2001, se observa que en el numeral 5º de la cláusula tercera, obligaciones del contratista, estableció "el servicio se prestará en turnos de hasta 9 horas diurnas de lunes a sábado, salvo los festivos de ley". J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda no ha hecho otra cosa que ejecutar el contrato de acuerdo al texto, en razón de que viene ejecutándolo de lunes a viernes en una jornada de 9 horas diarias. Lo anterior, como ya se dijo porque fue lo que quedó consignado en el contrato y además porque hay que tener en cuenta que en los colegios se labora sólo de lunes a viernes, no se labora los sábados (.....).

Nuestra empresa teniendo en cuenta todos estos factores, la jornada máxima legal, las normas laborales, el pliego en sus demás alcances, diseñó la propuesta para turnos o jornadas diarias de ocho horas de lunes a sábado con la posibilidad como lo permite el código laboral de suplir el sábado en las jornadas de lunes a viernes como efectivamente se hizo y se está haciendo. Si nuestra empresa para cumplir con los requerimientos del SED de sólo facturar cinco turnos de 8 horas, no sólo estaría incumpliendo los términos de nuestra oferta, los pliegos de condiciones, sino además violando normas que contemplan derechos irrenunciables de los trabajadores, viéndonos avocados a demandas de índole laboral e incumplimientos frente a la contratación estatal.

(...) Señora Secretaria, Temporales Nuevo Milenio, no ha hecho otra cosa que cumplir con esta exigencia, habiendo sido necesario adecuar los turnos diarios de 8 horas de lunes a sábado para un total de 48 horas semanales exigidas, a jornadas de lunes a viernes, pero incrementando el horario para

2A2

suplir los sábados y aumentándolo hasta lo autorizado por la SED, esto es, hasta 9 horas, certificadas por los rectores, aunque en realidad han sido más. Luego la SED debe reconocer los seis turnos de ocho horas cada uno o los cinco pero teniendo en cuenta que el valor es diferente no por aumento de tarifa sino ajustándolo al número de horas diarias (f. 123-131 c. 2).

- El 14 de febrero de 2002, la Subdirectora de Personal Administrativo de la Secretaría de Educación Distrital, en su calidad de interventora del contrato de suministro, contestó a la firma contratista que de las certificaciones de los rectores de las instituciones educativas estableció que
- (i) no incluyen turnos laborados en día sábado, salvo expresa autorización;
 - (ii) el personal en misión labora de lunes a viertes hasta 9 horas diarias y
 - (iii) lo real y efectivamente ejecutado a 11 de febrero de esa anualidad, asciende a 23.235 turnos.

En respuesta a las inquietudes por ustedes presentadas el pasado 7 de febrero en reunión realizada en mi oficina y al oficio del 13 de febrero de 2002, me permito como interventora del contrato 091/01, efectuar las siguientes precisiones:

1. Las certificaciones de prestación de servicio expedidas por los directivos docentes de los CED's en los cuales se encuentra asignado personal de la Empresa "Temporales Nuevo Milenio" no incluyen certificación por los días sábados, a excepción de las correspondientes a los CED's Los Alpes y Minuto de María. Lo anterior, es consecuente y coherente con lo estipulado en el contrato No. 091/01, en el cual se establece que esta asignación sólo procede previa autorización de la interventoría. El contrato, en la cláusula de OBLIGACIONES, establece "Para el suministro de personal los sábados, requiere previa distribución y autorización del interventor" (el subrayado es nuestro), igualmente establece que se cancelará contra turnos efectivamente laborados. En consecuencia, la SED sólo cancelará por concepto de turnos los efectivamente laborados según certificación expedida por el rector, previamente autorizados por el interventor.

2. Con relación a la modalidad de turnos contratados por la SED, el contrato de suministro No. 091 de 24 de agosto de 2001, en su cláusula tercera, expresa "OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. 5. El servicio se prestará en turnos de hasta 9 horas diarias de lunes a sábado, salvo los festivos de ley. Para el suministro de personal los sábados requiere previa distribución y autorización del interventor"

Lo anterior aclara y precisa que el total de horas laboradas en cada turno no podrá ser superior a 9 horas.

De igual forma en el pliego se aclara: No obstante el plazo estará determinado por el número real y efectivo de turnos cumplidos por el

personal en misión, debidamente certificados por el interventor designado por la entidad.

3. Con relación al reporte de horas en que el personal de apoyo presta servicio en cada institución y que corresponde al informe de cada rector, hemos realizado verificación de la información y hemos encontrado que el personal efectivamente se encuentra laborando de lunes a viernes hasta 9 horas diarias y que en aquellos casos en los que el rector reporte horarios superiores a las 9 horas no fueron autorizados previamente por la SED.

Por lo anterior, no es posible acceder a lo solicitado por ustedes y lo realmente ejecutado a 11 de febrero del año en curso inclusive, es un total de 13.235 turnos, contados desde la fecha de iniciación del contrato (f. 39-40, 47-48, 64-65 c. 3).

- El 4 de marzo de 2002, J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda insistió en que la Secretaría de Educación Distrital le adeuda "un turno semanal por cada trabajador desde la fecha de inicio del contrato, por lo tanto ruego a usted proceder a la cancelación teniendo en cuenta que como contratistas hemos venido cumpliendo a satisfacción con nuestras obligaciones y que el no pago de esta suma lleva al desequilibrio económico del contrato y que la misma Ley 80 de 1993, en su artículo 3º, protege al contratista para que obtenga utilidades y cuya protección debe garantizar el Estado" (f. 132-134 c. 2; 33-35, 124-126 c. 3).

- El 9 de marzo de 2002, la Directora de Contratación Distrital con relación al contrato de suministro precisó que la Secretaría de Educación (i) no debe cancelar turnos no laborados o no autorizados los días sábados; (ii) debe limitarse a pagar \$24.130 por turno diario, por cuanto fue lo pactado y lo demandado, en oportunidad, por la firma contratista y (iii) debe atender que toda erogación debe estar sujeta "al número real y efectivo de turnos cumplidos por el personal en misión, debidamente certificados por el interventor".

AL PUNTO 1. El Alcance del contrato habla de un suministro mínimo de 170 turnos de 48 horas a la semana, en días hábiles del año 2001 y 2002. De otra parte, se pactó que el servicio se prestaría en turnos de **HASTA 9** horas diurnas de lunes a sábado; pero a pesar de esto, el plazo de ejecución del contrato quedó supeditado o bien a seis meses o hasta el agotamiento del presupuesto, el cual estaba determinado por el **número real y efectivo de turnos cumplidos por el personal en misión,**

2A3

debidamente certificados por el interventor designado por la entidad. De otra parte, el numeral 5º de la Cláusula Tercera del contrato estipula que para el suministro del personal los sábados, requiere previa distribución y autorización del interventor.

Así las cosas, no debe ni puede la Secretaría de Educación cancelar un turno correspondiente al día sábado, si éste no fue cumplido por el personal en misión, por cuanto el plazo y el presupuesto del contrato en comento y, por consiguiente, el pago del mismo, están sujetos a que el turno se realice real y efectivamente y que el mismo esté autorizado y determinado el sitio donde deba realizarse, por el interventor del contrato.

AL PUNTO 2. NO. La Secretaría de Educación debe dar cumplimiento a lo estipulado en el contrato, en el pliego de condiciones y a lo ofrecido por el Contratista de \$24.130.00 turno día, por cuanto los mismos son ley para las partes.

AL PUNTO 3. NO. El alcance del pliego habla de un mínimo de 170 turnos de 48 horas a la semana, durante los días hábiles del año 2001 y 2002 y turnos hasta de 9 horas diurnas de lunes a sábado.

AL PUNTO 4. Los pagos que realice la Secretaría de Educación derivados del contrato No. 091 de 24 de agosto de 2001, deberán estar sujetos al **número real y efectivo de turnos cumplidos por el personal en misión, debidamente certificados por el interventor designado por la entidad** (f. 43-46 c. 3).

- El 9 de abril de 2002, la firma J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda solicitó a la Secretaría de Educación Distrital que "se adopten medidas que conlleven a darle estricto cumplimiento a las condiciones contractuales" (f. 70-78, 115-123, 53-61 c. 3).

- El 12 de abril de 2002, la Interventora del contrato señaló a la Secretaría de Educación que, no obstante que la Directora de Contratación Distrital esclareció los puntos de discrepancia interpretativa, pidió nuevamente su intervención para atender el requerimiento de la sociedad contratista.

Es de aclarar que se ofició a la Oficina Asesora Jurídica y a la Dirección de Contratación para que se aclarara el alcance de los pliegos y el contrato, recibiendo esta Subdirección respuesta a las inquietudes planteadas mediante oficios 2002-I-005626 y 2002-I005202, respectivamente y en los cuales nos confirma que la interpretación dada por esta interventoría es la correcta.

El día 9 de abril de 2002, nuevamente la firma J & E TEMPORALES NUEVO MILENIO oficia directamente al Despacho de la Secretaría de

Educación, solicitando un pronunciamiento en el menor tiempo posible a fin de solucionar las diferencias entre las partes, tal como lo establece la Cláusula Décima Quinta del contrato. He oficiado, por lo tanto, nuevamente a la Dirección de Contratación y a la Oficina Jurídica para una intervención directa de parte de estas (f. 62-63 c. 3).

- La interventora del contrato expidió los siguientes recibidos a satisfacción:

<p>RECIBIDO A SATISFACCIÓN No. 1 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2001</p> <p>QUE DE CONFORMIDAD CON LOS PAGOS PACTADOS, SE CONSIDERA PERTINENTE REALIZAR EL PAGO SEGÚN FACTURA 2074 DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 2001, POR ELLOS PRESENTADA.</p> <p>QUE POR EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 03/09/01 Y EL 08/11/01, INCLUSIVE, SE HAN EJECUTADO 12.345 TURNOS, CORRESPONDIENTE AL 50.4% DEL TOTAL DEL CONTRATO, QUEDANDO PENDIENTES 12.135 TURNOS POR CUMPLIR (f. 95 c. 3).</p>
<p>RECIBIDO A SATISFACCIÓN No. 1 DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2001</p> <p>SE HACE NECESARIO ACLARAR EL RECIBIDO A SATISFACCIÓN A LA FACTURA 2074 DE 15 DE NOVIEMBRE DEL AÑO EN CURSO (...), POR CUANTO EL VALOR FACTURADO NO DESCUENTA EL 30% DE AMORTIZACIÓN DEL VALOR ANTERIORMENTE PAGADO (...).</p> <p>QUE POR LO ANTERIOR, SE SOLICITÓ A LA FIRMA TEMPORAL LA ELABORACIÓN DE OTRA FACTURA, PRESENTANDO LA No. 2086 POR VALOR DE \$186.596.496.30 MENOS EL 30% DE AMORTIZACIÓN \$55.978.948.89, PARA UN VALOR A PAGAR DE CIENTO TREINTA MILLONES SEISCIENTOS DIECISIETE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS CON 41/100 M/CTE (\$130.617.547.41) (f. 94 c. 3).</p>
<p>RECIBIDO A SATISFACCIÓN No. 2 DE 18 DE DICIEMBRE DE 2001</p> <p>QUE REVISADO EL INFORME ANEXO A LA FACTURA 2164 DEL 13 DE DICIEMBRE DEL AÑO EN CURSO, PRESENTADA POR LA FIRMA J& E TEMPORALES NUEVO MILENIO, CORRESPONDIENTE AL CONTRATO DE SUMINISTRO No. 091 DEL 24 DE AGOSTO DE 2001 SE ENCUENTRA QUE SE HA CUMPLIDO CON EL 80% DE LOS TURNOS CONTRATADOS A SATISFACCIÓN CON LA ORDEN EN MENCIÓN.</p> <p>QUE DE CONFORMIDAD CON LOS PAGOS PACTADOS, SE CONSIDERA PERTINENTE REALIZAR EL PAGO SEGÚN FACTURA 2164 DEL 13 DE DICIEMBRE DE 2001, POR ELLOS PRESENTADA.</p> <p>QUE POR EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 09/11/01 Y EL 15/01/02, INCLUSIVE, SE EJECUTAN 7.318 TURNOS, MÁS 12.345 TURNOS CUMPLIDOS ENTRE EL 03/09/01 Y EL 08/11/01 PARA UN TOTAL DE 19.663 TURNOS REALMENTE EJECUTADOS ENTRE EL 03/09/01 Y EL 15/01/02, CUMPLIENDO DE ESTA FORMA EL 80% DE LOS TURNOS CONTRATADOS, QUEDANDO PENDIENTES POR CUMPLIR 4.817 TURNOS (f. 93 c. 3).</p>
<p>RECIBIDO A SATISFACCIÓN No. 3 DE 4 DE ABRIL DE 2002</p>

2AA

QUE VERIFICADA LA INFORMACIÓN LOS TURNOS EJECUTADOS CONTRATADOS SE DESARROLLARON, ASÍ:

Turnos ejecutados entre el 03/09/01 y el 15/01/02	19.484
Turnos ejecutados entre el 16/01/02 y el 28/02/02	6.255
Total turnos ejecutados entre el 03/09/01 y el 28/02/02	25.739
Diferencia turnos a favor de la SED	38

QUE A LA FECHA 1º DE MARZO DE 2002 SE HAN EJECUTADO LA TOTALIDAD DE LOS 25.777 TURNOS CONTRATADOS (f. 91-92 c. 3).

RECIBIDO A SATISFACCIÓN No. 1 DE 19 DE JUNIO DE 2002

QUE VERIFICADA LA INFORMACIÓN ENTRE EL 01 DE MARZO Y EL 23 DE ABRIL DE 2002 SE CUMPLIERON 6498 TURNOS.

QUE A LA FECHA 23 DE ABRIL DE 2002 SE HAN EJECUTADO EL 50% DE LOS TURNOS REQUERIDOS EN EL ADICIONAL No. 1 AL CONTRATO 091 DEL 24 DE AGOSTO DE 2001 (f. 90 c. 3).

RECIBIDO A SATISFACCIÓN No. 2 DE 19 DE JUNIO DE 2002

QUE VERIFICADA LA INFORMACIÓN ENTRE EL 24 DE ABRIL Y EL 23 DE MAYO DE 2002 SE CUMPLIERON 3921 TURNOS.

QUE A LA FECHA 24 DE MAYO DE 2002 SE HA EJECUTADO EL 80% DE LOS TURNOS REQUERIDOS EN LA ADICIONAL No. 1 AL CONTRATO 091 DEL 24 DE AGOSTO DE 2001 (f. 89 c. 3).

RECIBIDO A SATISFACCIÓN No. 3 DE 19 DE JULIO DE 2002

QUE VERIFICADA LA INFORMACIÓN ENTRE EL 24 DE MAYO Y EL 12 DE JUNIO DE 2002, FECHA FINAL DEL CONTRATO, SE CUMPLIERON 2346 TURNOS.

QUE ENTRE EL 3 DE SEPTIEMBRE DE 2001, FECHA DE INICIACIÓN DE CONTRATO Y EL 12 DE JUNIO DE 2002, FECHA DE FINALIZACIÓN, SE CUMPLIERON 38.607 TURNOS, QUEDANDO PENDIENTES POR CUMPLIR 16.6 TURNOS DEL TOTAL CONTRATADO (f. 97 c. 3).

- En el último informe de ejecución presentado por la Firma J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda en el mes de julio de 2002, se indicó que se prestaron un total de 38.607 turnos, quedando a favor de la Secretaría de Educación Distrital 17 jornadas por laborar.

Terminada la ejecución del contrato de suministro No. 091 de agosto 24 de 2001, se han ejecutado entre el 24 de mayo de 2002 y el 12 de junio del mismo año, dos mil trescientos cuarenta y seis turnos (2.346).

Lo anteriormente descrito queda demostrado en los listados anexos al presente informe (resumen turnos ejecutados y de facturas).

De esta forma se ejecutaron un total de treinta y ocho mil seiscientos siete (38.607) turnos, de los treinta y ocho mil seiscientos veinticuatro (38.624) a ejecutar. Quedando 17 turnos a favor de la Secretaría de Educación del Distrito (f. 19 c. 4 pbas.).

- Mediante escrito de 19 de julio de 2002, la firma Temporales Nuevo Milenio Ltda le manifestó a la interventora que "nuevamente presentamos factura en los términos por usted exigido, es decir, cada turno correspondiente a ocho horas (8), debido a la necesidad de obtener flujo de caja y poder cumplir con las obligaciones de nuestra empresa, quedando pendiente hacer el ajuste correspondiente a los sábados, cuando se haga la liquidación final del contrato" (f. 112 c. 3).
- El 11 de octubre de 2002 se liquidó de mutuo acuerdo el contrato de suministro. La firma contratista, en esta oportunidad, manifestó que no está de acuerdo con las cifras consignadas, por cuanto no reflejan la diferencia existente entre los turnos real y efectivamente prestados y el valor pagado, la cual le genera un detrimento de \$189.525.819.

3. VALORES

DESCRIPCIÓN	VALOR
Valor inicial del contrato	\$621.988.321.00
Valor de las adiciones	\$310.000.000.00
Valor total contrato incluido reajustes	\$931.988.321.00
Valor final de obra, bien o servicio ejecutado	VALOR TOTAL FINAL EJECUTADO \$931.586.910.00

4. ESTADO FINANCIERO

VALOR FINAL EJECUTADO	\$931.586.910.00
VALOR FINAL INLUIDO ADICIONES Y REAJUSTES	\$931.988.321.00
DIFERENCIA VR. CONTRATO- VALOR EJECUTADO	\$401.411

5. ACTAS DE COBRO

ACTAS PRESENTADAS	FECHA	VALOR TOTAL	AMORTIZACIÓN ANTICIPO	VALOR PAGADO
Anticipo	03/09/01	\$186.596.496.30	0	\$186.596.496.30
Fact 2086	15/11/01	\$186.596.496.30	\$55.978.948.89	\$130.617.547.41
Fact 2164	12/12/01	\$186.596.496.30	\$55.978.948.89	\$130.617.547.41
Fact 2651	26/03/02	\$248.795328.40	\$74.638.598.52	\$174.156.729.88
Anticipo	08/03/02	\$93.000.000.00	0	\$93.000.000.00

245

10. CAUSAS DE TERMINACIÓN

CAUSA	OBSERVACIONES
Terminación de la ejecución de la obra	Terminación del presupuesto

Dejo constancia que la presente no se firma a satisfacción debido a que no estoy de acuerdo con las cifras en ella consignadas por la Secretaría de Educación del Distrito Capital. Existiendo una diferencia entre el valor real del contrato ejecutado y el valor real pagado por la SED a J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda. La diferencia asciende a \$189.525.819 a favor de J&E Temporales Nuevo Milenio Ltda más intereses de mora. Por lo tanto, no quedan extinguidas para J&E Temporales Nuevo Milenio Ltda todas las obligaciones surgidas con el Distrito Capital-Secretaría de Educación por concepto del contrato de suministro No. 091 del 2001. Anexo cuadro explicativo de los valores adeudados.

(...) 2. ESTADO FINANCIERO

VALOR FINAL EJECUTADO	\$1.121.514.140.00
VALOR FINAL PAGADO	\$931.988.321.00
DIFERENCIA VR. CONTRATO-VR. EJECUTADO	\$189.525.819.00
INTERESES DE MORA	\$13.108.869.15
TOTAL PENDIENTE POR PAGAR A TEMPORALES NUEVO MILENIO	\$202.634.688.15

(f. 115-119 c. 2; 103-108 c. 3-negrita con subrayas fuera del texto).

- La firma J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda, mediante escrito de 20 de febrero de 2003 dirigido a la Secretaria de Educación Distrital, insistió en que existe una diferencia a su favor -\$189.525.819-, originada en la compensación que se hizo de las horas laborables del día sábado, en turnos de 9 horas de lunes a viernes, la cual no contrarió la normativa laboral aplicable ni los términos del contrato. Por lo tanto, cada empleado en misión realizó 24 turnos al mes y no 20 como se liquidó y pagó.

La diferencia surge de la compensación hecha por nuestro personal en misión con el número de horas diarias trabajadas (9) de lunes a viernes a lo correspondiente a la jornada del día sábado; esto de manera coherente con el hecho de que las instituciones educativas no laboran los sábados y que la ley permite hacer dicha compensación.

Adicionalmente se tiene que tal hecho se debió a una solicitud del doctor Abel Suárez, funcionario de la Secretaría, realizada en la reunión citada por

la Entidad con el fin de aclarar los términos de manejo del contrato. Por lo tanto, los turnos reales trabajados por cada uno de los empleados no ascendía a veinte (20) mensuales, como lo canceló la Secretaría, sino a veinticuatro (24) en promedio mes.

(...) En consecuencia, lo pendiente por cancelar asciende a ciento ochenta y nueve millones quinientos veinticinco mil ochocientos diecinueve pesos (\$819.525.819), más los intereses de mora a favor de nuestra empresa. Sin embargo y pese a esta diferencia nuestra empresa siempre canceló de manera oportuna y adecuada las obligaciones surgidas de la relación laboral con los empleados que prestaron los servicios a la institución que usted representa.

Frente a lo anterior, es pertinente dejar en claro desde ya, que la actitud de la Secretaría conllevó a que nuestra empresa tuviera que asumir costos adicionales a los que esa entidad reconoció en su momento, con lo cual desconoció lo pactado en el contrato suscrito y vigente para las partes; haciendo con ello incurrir a nuestra compañía en el pago de mayores valores a nuestros trabajadores acorde con lo laborado por ellos en los colegios asignados. Sobra decir, que adicionalmente el servicio sí se prestó de acuerdo con lo que inicialmente se facturaba por nuestra empresa y de ello hay constancias por parte de los rectores y del interventor de turno. La secretaria nos obligó a presentar cuentas por menor valor, hecho ante el cual y con el fin de no ir a la bancarrota, nos tocó aceptar, pero al cual en ningún momento renunciado.

(...) Para el caso en comento, el servicio se prestó, tal como consta en las actas y constancias emitidas por el interventor y por los destinatarios del servicio, no en la cantidad señalada por la Secretaría, sino en el volumen que siempre hemos mencionado, es decir, 48 horas.

(...) Solicitamos a usted la revisión objetiva de la situación planteada, en búsqueda de una solución justa para las partes, no sin antes advertir los perjuicios a los que hemos sido sometidos al prestar un servicio de manera oportuna y no cancelar la totalidad del valor del mismo por parte de la Secretaría de Educación" (f. 147-151, 137-141, 131-135 c. 3).

- La Secretaría de Educación del Distrito Capital, mediante comunicación de 7 de marzo de 2003, evidenció que como el contrato de suministro fue liquidado de común acuerdo, se encuentran extinguidas todas las obligaciones.

El contrato al que Usted hace mención (...) fue liquidado de común acuerdo entre las partes el día 11 de octubre del año 2002, de acuerdo a lo contemplado en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, poniendo fin de esta manera a la relación contractual existente entre las partes, declarándose extinguidas todas las obligaciones surgidas por concepto del contrato de suministro No. 091 del 24 de agosto de 2001, tal como consta en el Acta de Liquidación debidamente suscrita y aceptada por su parte.

246

(....) Con relación a su solicitud formulada en la comunicación citada en la referencia, nos permitimos informarle que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL no se pronunciará respecto de la misma, por cuanto el contrato se encuentra debidamente liquidado y extinguidas las obligaciones derivadas del mismo" (f. 145 c. 3).

- En el informe pericial rendido en el plenario se evidenció que (i) la firma J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda, a través de circulares, informó a los rectores de los centros educativos que el personal de apoyo estaría disponible 8 horas diurnas de lunes a sábado o 9 horas diurnas de lunes a viernes; (ii) los directivos docentes en los formatos de turnos laborados al mes registraron sólo 20 jornadas y (iii) el acta de liquidación del contrato no atendió la diferencia existente entre los turnos efectivamente prestados para compensar los sábados y el pago realizado por la contratante, la cual generó un detrimento para la firma demandante de \$187.728.470.

Con relación a la jornada ordinaria observo que se desarrolla de lunes a viernes cuarenta y ocho horas semanales (48), previa comunicación de J & E TEMPORALES NUEVO MILENIO LTDA, por medio de circulares donde se comunica al Director de la Institución Educativa la jornada laboral de trabajo previo convenio con la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL. La circular se envía solicitando las funciones y confirmación del horario, a esta circular da respuesta por escrito y firmada por el señor Rector.

Como medio de información se envía por cada uno de los trabajadores en forma mensual de lunes a viernes el tiempo reportado por medio de un Formato de turnos laborados que debe ser firmado por los señores rectores de cada plantel educativo como beneficiarios del convenio, en la respuesta se observa que reportaban 20 turnos mensuales laborados, pero J & E TEMPORALES NUEVO MILENIO LTDA pagaba a cada trabajador el mes completo, o sea, 30 días al mes, ya que los trabajadores laboraban 48 horas semanales y se les pagaba la seguridad social y prestacional completamente, de acuerdo al régimen laboral colombiano.

(.....) DINEROS PAGADOS POR J & E TEMPORALES NUEVO MILENIO LTDA DEL PERSONAL SUMINISTRADO A LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL

CONCEPTO	AÑO 2001	AÑO 2002	TOTAL
SUELDO BÁSICO	\$295.813.333	\$325.292.533	\$621.105.867
CESANTÍAS	\$26.946.492	\$29.958.706	\$56.905.198
INT. S/BRE CESANTÍAS	\$900.038	\$927.952	\$1.827.990
PRIMA	\$26.946.500.	\$29.958.706	\$56.905.206
VACACIONES	\$12.325.616	\$13.553.856	\$25.879.471
PARAFISCALES	\$83.351.387	\$91.657.677	\$175.009.064

SUBSIDIO DE	\$27.544.000	\$34.211.933	\$61.755.933
TRANSPORTE			
TOTAL PAGADO	\$473.827.367	\$525.561.362	\$999.388.729
ADMINISTRACIÓN	\$56.859.288	\$63.067.363	\$119.926.651
GRAN TOTAL	\$530.686.651	\$588.628.725	\$1.119.315.380

(...) En la fecha octubre 11 del año 2002, elaboraron ACTA DE LIQUIDACIÓN FINAL, donde establecen el valor ejecutado según el contrato de suministro No. 091 del 24 de agosto de 2001, por valor de \$931.988.321, pagado por el suministro de personal de apoyo en las instituciones educativas de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO a J & E TEMPORALES NUEVO MILENIO LTDA, esta última dejando constancia en el acta final de liquidación que por el mismo concepto del contrato No. 091 y su adicional 001 del 2002, canceló una suma superior que está determinada en los Anexos No. 4 y 7 anteriores, por valor de mil ciento diecinueve millones trescientos quince mil trescientos ochenta (\$1.119.315.380) pesos mcte.

(...) en la presente acta deja constancia J & E TEMPORALES NUEVO MILENIO LTDA que no firma a satisfacción debido a que no está de acuerdo con las cifras en ella consignadas por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL (...), la diferencia asciende al gran total pagado por la relación del personal contratado por la relación del personal contratado por J & E TEMPORALES NUEVO MILENIO LTDA \$1.119.315.380.

Valor final pagado por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO \$931.586.910

Diferencia del valor del contrato \$187.728.470

(...) Con relación al cálculo de los intereses de mora, se solicitó constancia certificada de los factores a la Superintendencia Bancaria para aplicarlos por los periodos teniendo como partida las fechas de las respectivas facturas hasta diciembre 31 del año 2004.

Valor cuentas por cobrar a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL \$187.728.470.00

Valor intereses moratorios cuadro siguiente \$160.005.934.14

Valor total \$347.734.404.14 (f. 1-10 c. 33 pbas.).

3 Problema jurídico

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en dilucidar el incumplimiento contractual alegado por la firma J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda y, por ende, la procedencia del reconocimiento y pago de la

2A7

indemnización que se reclama, para lo cual se tendrá en cuenta las obligaciones convenidas y ejecutadas por cada una de las partes.

4 Análisis de la Sala

4.1 Régimen jurídico del contrato

La Ley 80 de 1993 relacionó al Distrito Capital de Bogotá como entidad sujeta a los efectos de ese estatuto.

Artículo 2º.- De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos. Para los solos efectos de esta Ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, **el Distrito Capital** y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles (negrita con subrayas fuera del texto).

Por su parte, el artículo 144 del Decreto 1421 de 21 de julio de 1993³, señaló que las normas del estatuto general de contratación le son aplicables al Distrito Capital.

ARTÍCULO.- 144. Normas generales. Las normas del estatuto general de contratación pública se aplicarán en el Distrito y sus entidades descentralizadas en todo aquello que no regule el presente decreto.

4.2 Incumplimiento de la entidad pública

La sociedad J & E Temporales Nuevo Milenio alega que la Secretaría de Educación del Distrito Capital de Bogotá incumplió el contrato de suministro 091 de 24 de agosto de 2001, por cuanto (i) no garantizó que el personal de

³ Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital.

apoyo prestara sus servicios 48 horas a la semana, tal como fue licitado, ofertado y pactado y (ii) liquidó los 38.607 turnos prestados con el valor unitario fijado -\$24.130- para la jornada ordinaria laboral completa -24 turnos al mes-, sin atender que la ejecución respondió a lo efectivamente permitido por la administración -20 turnos al mes- y que los días sábados se compensaron de lunes a viernes con una hora adicional de trabajo -turnos de 9 horas-.

La Secretaría de Educación Distrital, por su parte, señaló que canceló los 38.607 turnos real y efectivamente ejecutados atendiendo (i) el valor unitario ofertado por la firma J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda y, posteriormente, pactado en el contrato de suministro 091 -\$24.130- y (ii) que los planteles educativos no requerían personal de apoyo los días sábados.

Conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato se constituye en ley para las partes y, por virtud del artículo 1494 ibídem, en fuente de obligaciones, las que, tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte hasta tanto la otra no cumpla o se allane a cumplir lo que le corresponde (art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala resulta claro que para invocar la declaratoria de incumplimiento parcial o total, cada parte debe acreditar que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, en la forma y tiempo debidos. Sobre el particular, la Sala ha señalado⁴:

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

19. Quiere decir lo anterior que el éxito de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del C.C.A. cuando se pretende obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y la condena en

⁴ Sentencia del 30 de octubre de 2013, expediente 27195, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

248

perjuicios presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones; o lo que es igual, para abrir paso a pretensiones en ese sentido la parte que las invoca debe probar que satisfizo las obligaciones que le incumben o se allanó a hacerlo, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que éstas son exigibles y que, por tanto, se encuentra en mora para su pago⁵.

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

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

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

En el sub exámine la Secretaría de Educación Distrital en la Licitación Pública LP-SED-007-2001 (i) **convocó a las empresas temporales de servicios para el suministro de personal de apoyo en las instituciones educativas durante los días hábiles de los años 2001 y 2002, en mínimo 170 turnos de 48 horas a la semana**; (ii) precisó que las relaciones que surjan entre el adjudicatario y el recurso humano que vincule estarán reguladas por la normativa laboral y prestacional imperante e (iii) instó a los proponentes a atender la *“la totalidad de las obligaciones establecidas en el régimen laboral colombiano”*.

La firma J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda, atendiendo los términos de la Licitación Pública LP-SED-007-2001 y la normativa que regula la jornada

⁵ Sentencia de 22 de julio de 2009, expediente 17552.

⁶ [7] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 17552”.

de trabajo máxima⁷, ofertó el valor del turno diario del personal de apoyo en \$24.130, por 24 jornadas al mes de lunes a sábado o 48 horas semanales y explicó que el monto cubría el salario básico, las prestaciones sociales, los aportes patronales, el subsidio de transporte, los gastos administrativos y la utilidad.

En este punto, es pertinente evidenciar que la Secretaría de Educación Distrital rechazó la oferta de la firma Eventuales Ltda Servicios Temporales, porque *"NO CUMPLE CON EL REQUISITO MÍNIMO DEFINIDO EN EL ALCANCE DE LOS PLIEGOS, AL ESTIMAR COMO DÍAS HÁBILES DE LABOR 21 DÍAS DEL MES, SIN TENER EN CUENTA LA NECESIDAD DE LABORAR 6 DÍAS POR SEMANA, ES DECIR UN MÍNIMO DE 24 DÍAS POR MES"*.

No obstante y ya en la ejecución del contrato de suministro 091 de 24 de agosto de 2001, la firma J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda encontró que la contratante no advirtió que los centros educativos no requerían personal de apoyo los días sábados, lo que impedía garantizar turnos de 48 horas a la semana.

Por tal razón, la contratista propició una reunión en la Secretaría de Educación para aclarar los términos de manejo del contrato, en la que se acordó que se dirigirían circulares a los rectores de los planteles educativos para informarles que el personal de apoyo laboraría *"hasta 48 horas a la semana de lunes a sábado o hasta 9 horas diarias reales laboradas de lunes a viernes"*. Lo último, para compensar la jornada de los sábados.

La firma contratante envió las circulares a los directivos de los planteles educativos e informó, mediante comunicación de 3 de octubre de 2001, al interventor de lo decidido.

⁷ ARTICULO 161 DEL C.ST. DURACION. -Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 50 de 1990- La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana (...).

249

A pesar de lo anterior, los rectores y el interventor no diferenciaron en los formatos de turnos laborados por mes que las jornadas efectivamente ejecutadas eran de nueve horas y no de ocho, para compensar los sábados. Situación que avocó a la contratista a solicitar la intervención de la Secretaría de Educación Distrital, porque la no prestación completa de la jornada laboral, tal como se garantizó y el no pago de la misma, desequilibraba desde su perspectiva económica la relación.

De las certificaciones de los directivos docentes y de la respuesta de la interventora a la firma contratista el 14 de febrero de 2002, se evidencia que el personal en misión laboraba de lunes a viernes hasta nueve horas diurnas, tal como lo permitía la cláusula tercera del contrato de suministro.

Pese a lo anterior, (i) la firma contratista debió facturar en los términos exigidos por la administración, *"es decir, cada turno correspondiente a ocho horas (8), debido a la necesidad de obtener flujo de caja y poder cumplir con las obligaciones de la empresa, quedando pendiente hacer el ajuste correspondiente a los sábados, cuando se haga la liquidación final del contrato"* y (ii) la Directora de Contratación Distrital puntualizó que la Secretaría de Educación debía cancelar únicamente los turnos facturados por valor de \$24.130 diario. Al tiempo consideró que no debían cancelarse los turnos no laborados o autorizados los días sábados. Máxime cuando toda erogación debe estar sujeta *"al número real y efectivo de turnos cumplidos por el personal en misión, debidamente certificados por el interventor"*.

El anterior concepto llevó a que los 38.607 turnos real y, efectivamente, ejecutados -sin discusión-, fueran cancelados con el valor unitario fijado - \$24.130- para la jornada ordinaria laboral completa -24 turnos al mes-.

En efecto, en el acta de liquidación bilateral de 11 de octubre de 2002, se tomaron los 38.607 turnos efectivamente laborados y se multiplicaron por \$24.130, lo cual arrojó un valor final ejecutado de \$931.586.910.

Lo anterior, al margen de que (i) ese valor unitario -\$24.130- se ofertó, atendiendo los términos de la licitación pública LP-SED-007-2001, para una jornada ordinaria laboral completa -24 turnos al mes-, misma que no se produjo, en este caso -20 turnos al mes-, porque la administración no previó que centros educativos no requerían personal de apoyo los días sábados; (ii) se estaban pagando turnos de nueve horas como de ocho y (iii) las partes, previamente, habían aclarado e informado que las jornadas serían de *"hasta 48 horas a la semana de lunes a sábado o hasta 9 horas diarias reales laboradas de lunes a viernes"*. Lo último, para compensar los turnos de los días sábados, en la medida en que los términos del mismo contrato lo permitieron.

En efecto, la cláusula tercera del contrato de suministro indicó que el servicio también se podía prestar *"en turnos de hasta 9 horas diurnas de lunes a sábado"*.

En este punto, no sobra evidenciar que el artículo 164 del C.S.T. autoriza repartir *"las cuarenta y ocho (48) horas semanales de trabajo ampliando la jornada ordinaria hasta por dos (2) horas, por acuerdo entre las partes, pero con el fin exclusivo de permitir a los trabajadores el descanso durante todo el sábado. Esta ampliación no constituye trabajo suplementario o de horas extras"*.

Lo anterior, permite inferir que, pese a que la administración no garantizó el cubrimiento de los 24 turnos al mes o de las 48 horas a la semana, la firma contratista, atendiendo los términos del contrato y de la normativa laboral aplicable, buscó compensar, con la anuencia de la Secretaría de Educación Distrital, el turno del día sábado con una hora adicional de trabajo de lunes a viernes.

BO

Por lo tanto, la falta de previsión y coherencia de la entidad contratante en la licitación, ejecución y liquidación, no puede ir en desmedro de la firma contratista que siempre estuvo presta a cumplir con sus obligaciones y así lo hizo en la medida en que las circunstancias y los términos del contrato se lo permitieron.

Así las cosas, para la Sala no queda sino concluir que la firma J & E Temporales Nuevo Milenio cumplió con sus obligaciones y así mismo tenía que ser retribuida. Si se considera que prestó el servicio en turnos de nueve horas de lunes a viernes, para efecto de compensar la jornada del sábado, misma que fue incluida en el pliego, ofertada y adjudicada, sin perjuicio de que los directores de los planteles educativos diligenciaran los formatos de turnos sin especificar la hora adicional trabajada, en consideración de la jornada escolar. Misma que no determinó la prestación, en cuanto la contratista no ofertó ni contrató labores por jornada escolar, sino 24 turnos de lunes a sábado o 48 horas a la semana.

Siendo por ello, el aspecto de la jornada escolar ajeno al contrato e indiferente para liquidar la retribución por la prestación del servicio.

De ahí que resulte del caso revocar la sentencia para, en su lugar, acceder a las pretensiones encaminadas a declarar el incumplimiento contractual y condenar al pago de los perjuicios causados.

4.3 Perjuicios

La firma contratista estimó el valor de los perjuicios en la suma de \$189.525.819, en razón de la diferencia resultante entre el valor final pagado \$931.988.321.00 y el valor realmente ejecutado \$1.121.514.140.

El contrato es ley para las partes, generador de obligaciones, que no puede ser invalidado sino por su mutuo consentimiento o por causas legales y

debe ejecutarse de buena fe según lo pactado, la naturaleza de la obligación o lo que por ley le pertenezca (arts. 1602 y 1603 C.C.).

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

(...) si el pago del precio como remuneración a las prestaciones ejecutadas en un contrato celebrado por la Administración Pública es el principal derecho que tiene el contratista colaborador, es evidente que las entidades contratantes deben cumplir con esa obligación en los términos y plazos convenidos en el contrato o previstos en la ley, de manera que ante la mora de esta obligación dineraria debe reconocer y cancelar intereses en virtud de la ley al contratista, en su condición de acreedor, mientras no satisfaga el pago de la suma del capital adeudado⁸.

En el presente caso, se presentó el incumplimiento de la obligación de retribuir la prestación conforme a lo convenido y acorde con las condiciones que la contratante debía garantizar, de donde se accederá a las pretensiones. En cuanto la demandada tenía que tener presente que las prestaciones se ofertan, adjudican, contratan y ejecutan de buena fe. Lo que comporta asumir las falencias propias, de ahí que una vez advertido que la jornada diaria debía prestarse durante nueve horas, esto es, una hora adicional de la escolar, para completar los 24 turnos al mes pactados, el pago debía incluir lo efectivamente laborado.

Sorprende, en consecuencia, que el contratista se haya visto obligado a facturar ocho horas de lunes a viernes, conforme a la jornada escolar, para acceder al pago, pues lo acontecido muestra abuso de posición de la administración, proceder contrario al artículo 95 superior.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 17214, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

251

Ahora, en el *sub judice* se cancelaron los 38.607 turnos con el valor unitario fijado -\$24.130- para la jornada ordinaria laboral completa, 24 turnos al mes, sin atender que este monto no cubría las nueve horas, ni la compensación que de forma mancomunada se buscó hacer de los días sábados no laborados por causas imputables a la administración.

Así las cosas, tal como lo desarrolló la firma contratista, en el escrito de 9 de octubre de 2001, el valor unitario de la jornada del día sábado -\$24.130-, se debe dividir en cinco para obtener el monto de la hora diurna que se pudo compensar de lunes a viernes -\$4.826-. La suma obtenida se debe sumar al valor unitario de la jornada -\$24.130- para determinar la base con la cual se debieron cancelar los 38.607 turnos ejecutados -\$28.956-.

Con esta base se logra compensar el cubrimiento de los 24 turnos al mes o de las 48 horas a la semana que la administración debió garantizar y que la firma contratista siempre estuvo dispuesta a ejecutar y cumplió en la medida en que los términos del contrato se lo permitieron.

Por lo tanto, 38.607 turnos por \$28.956 arroja un valor \$1.117.904.292, al cual se le debe descontar la suma pagada por la administración -\$931.988.321-, para obtener la diferencia reclamada por la firma contratista -\$185.915.971-.

En este punto no se puede soslayar que la Sala ha establecido que "(...) los perjuicios causados a un contratista como consecuencia del incumplimiento de la Administración de la obligación de pago del valor del contrato, son indemnizados con la actualización del capital debido a título de daño emergente y con el reconocimiento de intereses desde el momento en que se incurre en mora de cumplir con aquella obligación y hasta que ella se satisfaga a título de lucro cesante.⁹, conceptos que no son incompatibles sino complementarios, en tanto el primero evita la desvalorización de la

⁹ [15] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 14112, Providencia del 21 de febrero de 2002".

*moneda, esto, la pérdida del poder adquisitivo del dinero por el transcurso del tiempo y ante el índice de inflación, mientras el segundo tiene por objetivo sancionar la mora del deudor y, por ende, reparar el daño ocasionado por ésta*¹⁰.

De acuerdo con lo anterior, en el presente caso resulta procedente el reconocimiento de la suma debida. Esto es, la suma de \$185.915.971, actualizada con el IPC, entre la fecha en que se debió realizar el pago – liquidación bilateral del contrato- y en el que se profiere la sentencia, así:

$$VA = Vh \frac{I \text{ final}}{I \text{ inicial}}$$

En donde:

VA = Valor actualizado

Vh = Valor histórico a actualizar: \$185.915.971

I final = Índice de precios al consumidor IPC vigente para la fecha de la presente sentencia: 131.28 (abril 2016)

I inicial = Índice de precios al consumidor IPC vigente para la fecha en la que se debió efectuar el pago de la suma debida: 70.66 (octubre 2002)

$$VA = \$185.915.971 \frac{131,28}{70,66}$$

$$VA = \$345.415.350,59$$

Intereses moratorios

[¹⁰] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 17214, C.P. Ruth Stella Correa Palacio". Cita en Sentencia de 30 de octubre de 2013, M.P. Danilo Rojas Betancourth, exp. 27195.

252

Sobre dicha suma, la entidad pública deberá reconocer el interés consagrado en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993¹¹, es decir, el 12% por cada año transcurrido desde octubre de 2002.

Aunado a lo anterior, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., pues la actualización monetaria representa un ajuste a valor presente, de conformidad con la devaluación del peso colombiano.

Sin condena en costas por no aparecer causadas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B"

FALLA

REVOCAR la sentencia de 23 de agosto de 2006, proferida por la Subsección "B" de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para, en su lugar:

PRIMERO.- DECLARAR que el Distrito Capital de Bogotá-Secretaría de Educación incumplió el contrato de suministro 091 de 24 de agosto de 2001, suscrito con la firma J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** al Distrito Capital de Bogotá-Secretaría de Educación a pagar a favor de la Sociedad J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda la suma de \$345.415.350,59, por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente.

¹¹ "Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado".

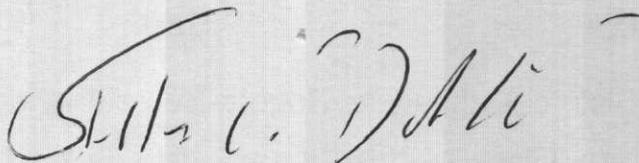
CUARTO.- CONDENAR al Distrito Capital de Bogotá-Secretaría de Educación a pagar a favor de la firma la Sociedad J & E Temporales Nuevo Milenio Ltda, el interés consagrado en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993¹², es decir, el 12% por cada año transcurrido desde octubre de 2002.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y 115 del C.P.C. Expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

En firme la decisión, **REMÍTASE** la actuación al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidente

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Impedido



DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado
ACLARACIÓN DE VOTO

¹² "Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado".