

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

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 25000-23-26-000-2013-06661-01 (56020)

Demandantes: Mauros Food S.A. y Coespro Ltda.

Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano - IDU

Naturaleza: Controversias contractuales

Tema: Multas y caducidad en la ejecución del contrato de obra. Se confirma la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda. La competencia para hacer efectiva la multa no se pierde por la expiración del plazo si ella se causó durante la vigencia del contrato. La demandante no acreditó que el incumplimiento de las obligaciones que posteriormente determinaron la declaratoria de caducidad fuera consecuencia de los incumplimientos de la entidad o de hechos no imputables a ninguna de las partes.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandantes contra la sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de septiembre de 2015, que negó las pretensiones de la demanda.

Esta Subsección es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA. A su vez, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca era competente para conocer el proceso en primera instancia en razón la cuantía, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 152 del mismo código.

El recurso de apelación fue admitido mediante providencia del 12 de enero de 2015. En el auto del 11 de febrero de 2016 se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión. Las partes presentaron alegatos en término. El Ministerio Público guardó silencio.

I. ANTECEDENTES

A.- Posición de la parte demandante

1.- El 27 de mayo de 2013 la sociedad Mauros Food S.A. y Construcciones Estructuras y Proyectos Ltda., - Coespro Ltda. (en adelante, <<los demandantes>> o el <<Contratista>> o el <<Constructor>>) presentaron demanda de controversias contractuales contra el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU (en adelante, <<IDU>> o la <<demandada>> o la <<Contratante>>), en la que solicitaron que se declarara la nulidad de las resoluciones que impusieron multa y declararon la caducidad del contrato de obra No. 047 de 2009. En la demanda se formularon las siguientes pretensiones:

<< A. Pretensiones Declarativas

Primer grupo de pretensiones declarativas principales:

Primer grupo de pretensiones declarativas principales:

Primera.- Solicito se declare la nulidad del siguiente acto administrativo:

*Resolución No 051 del 11 de enero de 2011, por medio de la cual, la directora técnica de Construcciones (E) del Instituto de Desarrollo Urbano declara el incumplimiento del contrato de Obra Pública No. 047 de 2009 suscrito con el Consorcio Calle 153 e **impone multa** correspondiente a CUATROSCIENTOS OCHENTA MILLONES NOVECIENTOS DIECIOCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$480.918.351).*

Segunda. Solicito se declare la nulidad del siguiente acto administrativo:

Resolución No. 1863 del 25 de abril de 2011, por medio de la cual la directora técnica de Construcciones (E) del Instituto de Desarrollo Urbano confirma en todas sus partes la Resolución 051 del 2011, a que se refiere el numeral (i) anterior.

Segundo grupo de pretensiones declarativas principal

Primera.- Solicito se declare la nulidad del siguiente acto administrativo:

*Resolución No 1047 del 7 de marzo de 2011, por medio de la cual, la Subdirectora General de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano declara que el Consorcio Calle 153 incumplió el contrato de obra pública No. 047 de 2009, y en consecuencia **declara la caducidad** del contrato y se decreta su terminación; así mismo, declara la ocurrencia del siniestro afectando la garantía única de cumplimiento a título de cláusula penal pecuniaria, y declara la ocurrencia del siniestro en el amparo de buen manejo y correcto inversión del anticipo.*

Segunda.- Solicito se declare la nulidad del siguiente acto administrativo:

Resolución No. 2548 de mayo de 2011, por medio de la cual, el Instituto de Desarrollo Urbano confirma en todas sus partes la Resolución No. 1047 del 7 de marzo de 2011 a que se refiere el numeral ii anterior.

Tercer grupo de pretensiones declarativas principales

Primera.- Se declare que el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU– incumplió el

contrato No. 047 de 2009, al haber garantizado con la suscripción del mismo que la obra contaba con los estudios, diseños, disponibilidad predial y licencias necesarias para adelantar el proceso constructivo, sin que verdaderamente se contara con estos insumos, desconociendo así los principios de planeación, responsabilidad, economía y buena fe, que fueron sus presupuestos en la licitación Pública No. IDU-LP-DG-010-2009 cuyo objeto consistía en la “Construcción de la calzada sur de la avenida la sirena (calle 153), desde la avenida paseo de los libertadores (autopista norte) hasta la avenida Boyacá, en Bogotá D.C.”, tal como se expresa en los hechos y fundamentos de derecho de esta demanda.

Segunda.- Se declare que el (...) IDU incumplió el contrato No. 047 de 2009 al no acceder, aprobar y/o conceder los prórrogas y/o suspensiones que con justa causa requería el contratista y que éste solicitó con ocasión de la falta de definiciones, falta disponibilidad de las zonas de trabajo, falencias en los estudios y diseños, falta de entrega de las licencias y disponibilidad predial, obligando al contratista a asumir los efectos negativos de todos los retrasos en los cronogramas de obra iniciales, así como los generados en la falta de oportunidad en las aclaraciones técnicas solicitadas.

Tercera.- Se declare que el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU– incumplió sus obligaciones legales y contractuales al haber eliminado unilateralmente del objeto del contrato, sin que mediara otro sí o acto administrativo, la construcción del puente sobre el Canal Córdoba cuyo valor correspondía a la suma de Mil Doscientos Ochenta y Tres Millones Trescientos Trece Mil Seiscientos Cincuentay Siete (\$1.283.313.657) Pesos M/ Cte. (sin incluir Al.U), afectando la ecuación económica original del contrato.

Cuarto grupo de pretensiones declarativas principales

Primera.- Se declare que las interferencias en obra causadas por la acción u omisión de la entidad demandada, impactaron negativamente la ejecución del objeto contractual, generando desfases en el cronograma de trabajo e inversiones de la obra y afectando de manera sensible el plazo del contrato.

Segunda.- Se declaren los efectos jurídicos de la ineficacia, en relación con los incisos penúltimo y antepenúltimo de la cláusula 4.5 “Condiciones Especiales”, Capítulo 4, Anexo Técnico de los pliegos de condiciones, que de conformidad con la cláusula 28 del Contrato 047 de 2009 son parte integrante del contrato, en la medida que las estipulaciones que contienen desbordan el límite de responsabilidad del contratista, y, de forma ilegal pretenden obligar al contratista a renunciar a sus derechos frente al incumplimiento de la entidad en la entrega de los predios y autorizaciones de las autoridades ambientales.

Tercera.- Se declare que el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU– abusó de su posición dominante bajo el contrato 047 de 2009, al conminar al contratista al cumplimiento del contrato, desconociendo su propio y previo incumplimiento como causa de los atrasos que le correspondía asumir en la obra.

Cuarta.- Que se declare que el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU– transgredió las normas de contratación pública al haber contratado directamente con el segundo mejor calificado de la licitación pública IDU-LP-DG-010-2009, no obstante al declarar el incumplimiento al Consorcio Calle 153 estableció que la obra ejecutada no llegaba al 50%.

Quinta.- Que se declare que el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU– violó el derecho fundamental a la igualdad de las demandantes, al dar continuidad a la obra a través de un segundo contratista (Contrato 032 de 2011) a quien ha reconocido prórrogas, ajustes y suspensiones frente a las mismas interferencias y a otras situaciones que guardan identidad sustancial frente a las que impidieron la normal ejecución del contrato 047 de 2009.

b. Pretensiones de condena

Primer grupo de pretensiones de condena.

Primera. Como consecuencia de la declaratoria impetrada bajo el primer grupo de pretensiones declarativas principales, solicito que a título de restablecimiento del derecho se ordene al IDU reembolsar el valor de la multa impuesta, retirar de sus registros y reportes tal multa, y abstenerse de certificar cualquier hecho que se vincule a la imposición de la misma, en caso de que para el momento de la sentencia tal multa ya hubiera sido pagada.

Segundo grupo de pretensiones

Primera.- Como consecuencia de la declaratoria de las pretensiones impetrada bajo el segundo grupo de pretensiones declarativas principales, solicito que a título de restablecimiento del derecho, se declare que las sociedades Mauros Food S.A. y Construcciones Estructuras y Proyectos Ltda.,– miembros del Consorcio Calle 153 – por cuanto ninguno se encuentra obligado a pagar el valor de la garantía en el amparo de cumplimiento a título de cláusula penal pecuniaria, como tampoco el porcentaje de anticipo por el que fue declarado el siniestro en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, valor que corresponde a la suma de Siete Mil Ochocientos Cincuenta y Ocho Millones Cuatrocientos Treinta y Ocho Mil Ciento Sesenta Pesos (\$7.858.438.160) M/Cte. En el caso que el IDU hubiese recaudado esta suma, debe devolverla a su titular junto con la indexación correspondiente, desde la fecha de su recaudo forzado, hasta cuando la devolución se realice.

Segunda.- Como consecuencia de la declaratoria de las pretensiones impetradas bajo el segundo grupo de pretensiones declarativas solicito que a título de restablecimiento del derecho se condene al Instituto de Desarrollo Urbano a restablecer el derecho de las sociedad Mauros Food S.A. pagándole los perjuicios que los actos administrativos que se demandan le causaron, consistentes en la pérdida de oportunidad para celebrar contratos estatales por un periodo de cinco (5) años, según estimación pericial, los cuales ascienden, aproximadamente, a la suma de Cuatro Mil Trescientos Treinta y Tres Millones Quinientos Setenta y Nueve Mil Trescientos Veinte Pesos (\$4.333.579.320) o la suma que resulte acreditada en el proceso; monto que ha de ser actualizado en su valor de conformidad con las previsiones del C.P.A.C.A.

Tercera.- Como consecuencia de la declaratoria de las pretensiones impetradas bajo el segundo grupo de pretensiones declarativas se condene al Instituto de Desarrollo Urbano a restablecer el derecho de la sociedad Construcciones Estructuras y Proyectos Ltda. pagándole los perjuicios que los actos administrativos que se demandan le causaron, consistentes en la pérdida de oportunidad para celebrar contratos estatales por un periodo de cinco (5) años, según estimación pericial, los cuales ascienden, aproximadamente, a la suma de

Mil Doscientos Millones de Pesos (\$1.200.000.000), o lo que resulte probado en el proceso; monto que ha de ser actualizado en su valor de conformidad con las previsiones del C.P.A.C.A.

Cuarta.- Como consecuencia de la declaratoria de las pretensiones impetradas bajo el segundo grupo de pretensiones declarativas principales solicito que a título de restablecimiento del derecho se condene al Instituto de Desarrollo Urbano a restablecer el derecho de la sociedad Mauros Food S.A. pagándole los perjuicios generados por la pérdida de valor de la sociedad como unidad de explotación económica y comercial, valor que será determinado mediante dictamen pericial, los cuales ascienden a la suma aproximada de Ocho Mil Millones de Pesos (\$8.000.000.00) M/Cte o lo que resulte acreditado en el proceso, en tanto las acciones de esta sociedad, como su posición en el mercado, se afectó de manera grave después de la declaratoria de caducidad, desvalorizando esta empresa.

Quinta.- Como consecuencia de la declaratoria de las pretensiones impetradas bajo el segundo grupo de pretensiones declarativas principales solicito que a título de restablecimiento, se condene al Instituto de Desarrollo Urbano a restablecer el derecho de la sociedad Construcciones Estructuras y Proyectos Ltda., pagándole los perjuicios generados por la pérdida de valor de la sociedad como unidad de explotación económica y comercial, valor que será determinado mediante dictamen pericial, los cuales ascienden a la suma aproximada de Mil Quinientos Millones de Pesos (\$1.500.000.000), en tanto las acciones de esta sociedad, como su posición en el mercado, se afectó de manera grave después de la declaratoria de caducidad, desvalorizando esta empresa.

C.- Pretensiones de condena comunes a todas las anteriores pretensiones declarativas

Primera.- Se condene al Instituto de Desarrollo Urbano IDU, pagar a las demandantes los demás perjuicios (daño emergente y lucro cesante) que se acrediten en el proceso.

Segunda.- Se condene a la demandada a efectuar los pagos por condenas a su cargo, debidamente actualizados, conjuntamente con los intereses remuneratorios y moratorios calculados a la máxima tasa legal permitida contados desde su causación y hasta la fecha en que sean efectivamente pagados.

Tercera.- De conformidad con lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

D. QUINTO GRUPO DE PRETENSIONES DECLARATIVAS

Primera.- Se proceda a la liquidación del contrato de obra pública 047 de 2009, de confirmada con las verdaderas circunstancias registradas en obra y según se acredite en el proceso.

Segundo.- Se declare que la sentencia que ponga fin a este proceso, se cumpla por parte de la entidad demandada en los términos y condiciones establecidos en los artículos 192 y 195 de la ley 1437 de 2011>>.

2.- Las demandantes basaron sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

2.1.- El IDU adelantó licitación pública No. IDU-LP-DG-010-2009, cuyo objeto era seleccionar al contratista para realizar la <<construcción de la calzada sur de la avenida la sirena (calle 153), desde la avenida paseo de los libertadores (autopista norte) hasta la avenida Boyacá, en Bogotá D.C.>>

2.2.- Como resultado del proceso de selección, el 4 de noviembre de 2009 se suscribió el contrato No. 047 de 2009 entre el IDU y el Consorcio Calle 153, conformado por la Cooperativa Nacional para el Fomento y Desarrollo Municipal - Coopmunicipal, con una participación del cincuenta por ciento (50%), Mauros Food S.A. con una participación del veinte por ciento (20%) y Construcciones Estructuras y Proyectos Ltda. - Coespro con una participación del treinta por ciento (30%). El plazo del contrato se pactó en 15 meses desde la suscripción del acta de inicio.

2.3.- De conformidad con el pliego de condiciones, los diseños para la ejecución de la obra eran los entregados por el IDU, que habían sido realizados en 2004. El Contratista contaba con un mes del plazo del contrato para efectuar revisiones de los diseños, y, con base en ellas, formular las observaciones, ajustes o recomendaciones.

2.4.- El acta de inicio del contrato se suscribió el 10 de diciembre de 2009, por lo cual el plazo contractual se extendió hasta el 10 de marzo de 2011.

2.5.- Durante la ejecución del contrato se presentaron las siguientes situaciones que interfirieron con el correcto desarrollo de las obras:

a.- Problemas con los diseños de la tubería del sistema matriz de acueducto.

b.- El cambio de especificación de sello para pavimentos.

c.- La no instalación de tubería en el predio de la urbanizadora CUSEZAR.

d.- La falta de traslado de ocho postes de concreto de Codensa.

e.- La ubicación del vallado natural en el sector K0+860 al K0+910, que no permitió las excavaciones en la zona norte.

f.- La existencia de sectores con predios no negociados antes del inicio de la obra.

g.- No se definió el plan de manejo de tráfico -PMT-, que se requería para la intervención de varios de los frentes de obra, especialmente el de la Avenida Boyacá.

2.6.- La entidad no entregó los diseños completos de la obra ni resolvió a tiempo las interferencias que no permitían el avance en su ejecución; estos incumplimientos no permitieron al Contratista cumplir sus obligaciones.

2.7.- Si bien el pliego de condiciones establecía que la ejecución de la obra no estaba supeditada a la entrega de los predios, dicha disposición era ineficaz, pues no era posible cargar al Contratista con las responsabilidades de la debida planeación del contrato, la cual correspondía a la entidad.

2.8.- En virtud de las distintas interferencias en la ejecución del contrato, el Contratista solicitó, tanto su suspensión como su prórroga, desde el mes de octubre de 2010. Sin embargo, pese a que las solicitudes del Contratista se encontraban claramente sustentadas, el IDU no accedió a ellas.

2.9.- El IDU, de manera unilateral, modificó el contrato eliminando la realización de la obra del puente sobre el Canal Córdoba, situación que afectó la ecuación económica.

2.10.- La entidad inició un procedimiento para imposición de multa, el cual culminó con la expedición de la Resolución No. 051 de 11 de enero de 2011, en la que se sancionó al Contratista por la suma de cuatrocientos ochenta millones novecientos dieciocho mil trescientos cincuenta y un pesos (\$480.918.351).

2.11.- El Contratista presentó recurso de reposición contra la decisión de imposición de multa, el cual fue resuelto mediante la Resolución 1863 del 25 de abril de 2011. Esta resolución fue expedida de forma extemporánea, ya que el plazo del contrato había vencido el 10 de marzo de 2011 y el IDU había declarado la caducidad del mismo el 7 de marzo de 2011.

2.12.- De manera simultánea al procedimiento de imposición de multa, el IDU inició el trámite de declaratoria de caducidad del contrato No. 047 de 2009.

2.13.- En los descargos del procedimiento de declaratoria de caducidad, el Contratista señaló los motivos por los cuales ella no era procedente; especialmente indicó que la entidad había causado el atraso en la obra por las deficiencias en los diseños y la ausencia de resolución respecto de las distintas interferencias que se presentaron a lo largo de la ejecución.

2.14.- Mediante Resolución No. 1047 del 7 de marzo de 2011 el IDU declaró la caducidad del contrato No. 047 de 2009, dispuso su terminación e hizo efectiva la póliza de cumplimiento por los siguientes conceptos:

a.- Por el monto de la Cláusula Penal Pecuniaria, la suma de cuatro mil ochocientos nueve millones ciento ochenta y tres mil quinientos ocho pesos (\$4.809.183.508).

b.- Por concepto de buen manejo y correcta inversión del anticipo, tres mil cuarenta y nueve millones doscientos cincuenta y cuatro mil seiscientos cincuenta y dos pesos (\$3.049.254.652).

2.15.- El Contratista interpuso recurso de reposición contra la anterior determinación, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 2548 del 27 de mayo de 2011, en la que se confirmó la declaratoria de caducidad del contrato.

2.16.- Los actos que impusieron multa y declararon la caducidad del contrato no tuvieron en cuenta que los retrasos de la obra se debían principalmente a hechos imputables a la entidad, concretamente a las indefiniciones sobre las interferencias presentadas en la ejecución de las obras y a que los diseños entregados no cumplían con los requerimientos técnicos.

2.17.- La entidad caducó el contrato por considerar que existía un incumplimiento grave del Contratista, el cual consideró superior al cincuenta por ciento (50%) del contrato. Sin embargo, tal como se demuestra en el dictamen pericial aportado con la demanda, el Contratista ejecutó el cincuenta y dos por ciento (52%) de las obras contratadas.

2.18.- Además de lo anterior, la determinación adoptada no tuvo en cuenta que el veintiocho por ciento (28%) de la obra se encontraba en una situación de inejecutabilidad por cuenta de los incumplimientos y falta de definición por parte del IDU.

2.19.- Como consecuencia de la declaratoria de caducidad, el IDU suscribió el contrato No. 032 de 2011 con el segundo proponente calificado en el proceso de selección, el cual tenía por objeto la culminación de las obras del contrato No. 047 de 2009.

2.20.- La ejecución del contrato No. 032 de 2011 fue objeto de múltiples suspensiones y adiciones, las cuales tuvieron como fundamento las mismas causas que afectaron el contrato No. 047 de 2009 y que no fueron tenidas en cuenta por el IDU al momento de declarar la caducidad.

B.- Posición de la parte demandada

3.- El IDU contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones con base en los siguientes argumentos:

3.1.- Los actos administrativos que declararon la caducidad del contrato No. 047 de 2009 se motivaron debidamente en los graves incumplimientos por parte del Contratista, los cuales consistieron, no sólo en la falta de avance en las metas físicas del cronograma de obra, sino además en que no contaba con los medios económicos, de personal y maquinaria requeridos para la ejecución del contrato.

3.2.- La entidad solicitó al Contratista que adoptara un plan de contingencia que

le permitiera ponerse al día en la ejecución contractual; sin embargo, el consorcio integrado por los demandantes nunca cumplió con la presentación y aplicación del mismo.

3.3.- Para la fecha en que se decretó la caducidad del contrato existía un atraso del cincuenta y dos punto ochenta y cinco por ciento (52,85%) del contrato, pues debiéndose encontrar en un avance del noventa y cuatro punto cuarenta y cinco por ciento (94,45%), sólo iba en un cuarenta y siete punto quince por ciento (47,15%).

3.4.- No es cierto que se presentaran interferencias que hicieran inejecutable el contrato, y mucho menos que permitieran al Contratista incumplir sus obligaciones. En dicho sentido señaló:

a.- De conformidad con las obligaciones estipuladas en el contrato, en el primer mes de ejecución el Contratista debía efectuar la revisión, ajuste y complementación de los diseños, por lo cual las falencias que se pudieran presentar en los mismos debían ser resueltas en dicha etapa.

b.- En relación con interferencias por temas de redes de servicios públicos, los mismos fueron superados durante la ejecución, sin que el Contratista presentara un plan de contingencia para poder recuperar cualquier tiempo que se hubiese llegado a perder. El único caso que no se había resuelto a la fecha de terminación del contrato era el del predio de CUSEZAR; sin embargo, los pliegos de condiciones preveían que cuando se presentaran inconvenientes por afectaciones prediales, el Contratista no podía parar la ejecución sino que debía priorizar otros frentes de obra, obligación que fue desconocida por el consorcio integrado por las demandantes.

c.- Los ajustes que se efectuaron a los diseños de pavimento no afectaron el cronograma de la obra, pues el Contratista tenía el deber de adelantar otros frentes de obra mientras se definían los inconvenientes que afectaban la ejecución. La anterior circunstancia era igualmente predicable respecto del traslado de postes de energía propiedad de Codensa.

d.- El pliego de condiciones establecía que en caso de que algún frente de obra se viera afectado por inconvenientes con la adquisición o disposición de predios, el Contratista debía avanzar en otros sectores de la obra mientras se resolvía la situación. Por ello, no era posible parar la ejecución cuando se presentaran discusiones sobre la necesidad de entrega de determinados predios.

e.- El Contratista no realizó obras en la zona del Canal Córdoba, por lo cual no se vio afectado por la modificación del puente a construir, ni tampoco vio afectada la remuneración respecto de las obras que alcanzó a realizar, pues el plan de pagos ejecutado hasta el momento no incluía el reconocimiento de valores por la construcción del referido puente.

f.- El Contratista no realizó obras en la Avenida Boyacá, razón por la cual no se presentaron afectaciones por cuenta del plan de manejo de tráfico y de semaforización de la zona.

3.5.- Las suspensiones que el Contratista solicitó no fueron concedidas porque se referían a situaciones que se presentaban en alguna zona particular de la obra, sin que afectaran la totalidad de los frentes de la misma. Por ello, el Contratista tenía el deber de avanzar en otras zonas de la obra entretanto se resolvían los inconvenientes puntuales.

3.6.- En relación con lo anterior, a lo largo de la ejecución la entidad constató que el Contratista no contaba con los recursos económicos, humanos y de maquinaria para afrontar distintos frentes de obra, y esa era una obligación que se encontraba establecida desde el pliego de condiciones.

3.7.- El incumplimiento en que incurrió el Contratista era grave, pues la obra se encontraba prácticamente paralizada. En consecuencia, se requería decretar la caducidad para permitir la toma de posesión y continuidad del proyecto.

3.8.- El avance de la ejecución del contrato era inferior al cincuenta por ciento, y por ello la entidad tenía la facultad de suscribir otro contrato con el segundo en orden de elegibilidad dentro del proceso de selección. Con fundamento en lo anterior, se suscribió el contrato No. 032 de 2011 para culminar la obra.

3.9.- Las suspensiones y prórrogas que se concedieron en la ejecución del contrato No. 032 de 2011 correspondieron a situaciones distintas de las que, según las demandantes, afectaron el contrato No. 047 de 2009. Lo anterior se evidencia, especialmente, porque el nuevo contratista adelantó obras en lugares en los que el consorcio integrado por las demandantes no ejecutó labores.

C.- Sentencia recurrida

4.- En sentencia del 3 de septiembre de 2015, la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda con base en las siguientes consideraciones:

4.1.- No existía ineficacia del apartado del pliego de condiciones que establecía que, en caso de que se presentaran inconvenientes en la ejecución de una zona de la obra, el Contratista debía adelantar labores en otros frentes. Ello, por cuanto dicha disposición tenía por finalidad permitir la ejecución del contrato y evitar su paralización.

4.2.- Respecto del alcance de la estipulación del pliego, durante la etapa precontractual el Contratista tenía la posibilidad de presentar sus reparos, pero no lo hizo. Por esta razón, ahora no puede pretender desconocer su contenido, pues ello sería equivalente a ir en contra de sus propios actos.

4.3.- En cuanto a las falencias de los diseños de la obra, el contrato contemplaba una etapa previa en la cual el Contratista tenía el deber de revisarlos, complementarlos y ajustarlos, por lo cual no puede sustentar su incumplimiento en que existieran defectos en los mismos. Además, tampoco se demostró que las falencias en dichos diseños impidieran la ejecución del contrato.

4.4.- No se demostró que los incumplimientos en que incurrió el Contratista fueran causados por incumplimientos de la entidad o por hechos externos, por lo que no podía aplicarse la excepción de contrato no cumplido.

4.5.- Si bien en el proceso se demostró que se presentaron algunas situaciones que interferían con la ejecución de la obra, también se acreditó que el Contratista podía continuarla en otras zonas no afectadas.

4.6.- Igualmente, en el proceso se demostró -mediante prueba pericial- que la mayor causa del incumplimiento era la falta de capacidad financiera del Contratista para afrontar la obra, situación que derivó en los retrasos que sustentaron tanto la imposición de la multa, como la caducidad del contrato.

4.7.- Aunque en el expediente obran pruebas de que la entidad se demoró en resolver algunos asuntos y en contar con algunos predios requeridos para la obra, las demandantes no acreditaron que dichos incumplimientos fueran graves y que impidieran la ejecución de la totalidad de la obra.

4.8.- El acto administrativo de imposición de multa fue expedido el 11 de enero de 2011 y el contrato culminó con la declaratoria de caducidad el 7 de marzo de 2011. Así las cosas, la multa se impuso dentro del plazo contractual.

D. Recurso de apelación

5.- Las demandantes plantean los siguientes argumentos en su escrito de apelación:

5.1.- La sentencia de primera instancia desconoció que las multas tienen un fin conminatorio, por lo que la decisión que las imponga <<y la que defina sobre los recursos que se interpongan por el Contratista>> deben resolverse antes del vencimiento del plazo del contrato.

5.2.- En el caso concreto, el Contratista presentó recurso de reposición contra la resolución de imposición de multa, que fue decidido mediante resolución expedida el 25 de abril de 2011, fecha para la cual el contrato había terminado por vencimiento del plazo; ello, teniendo en cuenta que el término de 15 meses para su ejecución terminó el 10 de marzo de 2011.

5.3.- En el proceso se demostró que existió incumplimiento grave del IDU, el cual, de conformidad con lo determinado por el perito afectó por lo menos en un veintiocho por ciento (28%) la ejecución del contrato, por lo cual la caducidad no

era procedente.

5.4.- Si bien el contrato establecía que el Contratista tenía obligaciones relativas a revisar y ajustar los diseños, ello no implicaba que tuviera que rediseñar, ni que debiera soportar las indefiniciones de la entidad sobre aspectos relativos a los permisos de las empresas de servicios públicos, el uso de determinados materiales, los planes de manejo de tráfico, entre otras.

5.5.- El Contratista no tenía que presentar observaciones en el proceso de selección respecto de las obligaciones relativas a la revisión de los diseños y a adelantar la obra en diversos frentes, ya que las mismas resultaban razonables. Lo que se demostró en el proceso es que la manera como la entidad entregó unos diseños que no cumplían los requerimientos, así como el hecho de suspender indefinidamente la solución sobre las interferencias que se presentaron en el contrato, derivó en que las obligaciones fueran inejecutables.

5.6.- El tribunal no tuvo en cuenta que el perito técnico y el representante legal del IDU coinciden en que el contrato No.032 de 2011 celebrado para culminar las obras a cargo del Contratista sufrió las mismas interferencias que el contrato No. 047 de 2009.

a.- El IDU le dio un tratamiento diferenciado al Contratista del contrato No. 032 de 2011, al cual sí le otorgó suspensiones y prórrogas por las mismas interferencias que se dieron en la ejecución del contrato No. 047 de 2009.

b.- Si el consorcio conformado por las demandantes hubiera recibido las mismas suspensiones y prórrogas que se otorgaron en el contrato No. 032 de 2011, hubiera podido culminar las obras en debida forma.

5.7.- El IDU eliminó unilateralmente la construcción del puente sobre el Canal Córdoba, lo que implicó una disminución del ocho por ciento (8%) del valor del contrato, afectando el equilibrio económico.

5.8.- El tribunal reconoce que interferencias, como la del predio de CUZESAR, nunca fueron superadas, lo que afectó gravemente la ejecución del contrato; sin embargo, avala que la entidad pudiera darlo por terminado mediante la declaratoria de caducidad.

5.9.- El tribunal no se pronunció sobre la violación del derecho a la igualdad de las demandantes ni sobre la pretensión de liquidación del contrato.

II. CONSIDERACIONES

E.- Oportunidad de la acción

6.- La Sala se pronunciará de fondo porque la demanda se presentó dentro del

término de caducidad. Esta Subsección ha señalado que la demanda contra los actos que se profieran después de expirado el plazo del contrato se puede presentar dentro de los 2 años siguientes a su expedición <<según la regla general prevista en el artículo 136 (numeral 10) del CCA pues, a partir de su existencia tiene interés para demandarlo sin que pueda verificarse la oportunidad para hacerlo desde antes de su expedición>>¹.

7.- El acto que resolvió el recurso de reposición contra la decisión de imposición de multa fue proferido el 25 de abril de 2011, por lo que el término de caducidad de dos años vencía el 26 de abril de 2013. Entretanto, el acto que resolvió la reposición contra la decisión de caducidad se expidió el 27 de mayo de 2011, por lo que el plazo máximo de presentación de la demanda era el 28 de mayo de 2013. La demanda fue presentada el 13 de marzo de 2013, esto es, en tiempo.

F. - Decisión a adoptar y plan de exposición

8.- La Sala confirmará la sentencia de primera instancia porque: (i) la multa fue impuesta conforme con los términos previstos en el contrato y cumplió la función conminatoria contemplada en el mismo; (ii) el demandante no demostró que el incumplimiento de sus obligaciones fueran consecuencia de incumplimientos de

¹ Sentencia 2 de marzo de 2022, interno (53.804), Consejero Ponente Fredy Ibarra Martínez

la entidad o de hechos externos y (iii) no se allegaron elementos que permitan realizar la liquidación judicial del contrato.

G. El IDU no desconoció el factor de competencia temporal para imponer multas

9.- El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, establece que las multas tienen como objetivo <<conminar al Contratista a cumplir con sus obligaciones>>. En relación con el fin conminatorio de la multa, la doctrina, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1594² del Código Civil, ha señalado que la misma se pacta con la finalidad de servir de <<presión que amenaza la pena y ejercer sobre la voluntad del deudor, induciéndole a cumplir la obligación principal>>, razón por la cual, su estipulación permite el <<cobro de la pena conjuntamente con el de la obligación principal cuando del acto aparezca que aquella se ha pactado sin que esta última se extinga>>³.

9.1.- En virtud de lo anterior, al imponer la multa el acreedor puede continuar exigiendo la obligación principal, sin que el cumplimiento del contratista, generado como consecuencia de la conminación, implique que ella no pueda ser cobrada.

9.2.- En relación con el efecto del vencimiento del plazo respecto de la multa impuesta que no ha cobrado ejecutoria, la jurisprudencia de esta Sección ha

señalado: <<Tal circunstancia por sí sola no le resta el carácter conminatorio, si se tiene en consideración que mientras se resolvía el recurso de reposición, el cual, según se ha reflexionado por la jurisprudencia de esta Corporación, puede exceder el plazo contractual -no así la decisión primigenia contentiva de la sanción-, aun en sede de la impugnación la parte seguía en condiciones de apremio, al punto de que, mientras se decidía el recurso bien podía allanarse al cumplimiento de los compromisos insatisfechos, tal cual ocurrió, pues, gracias a ese proceder surgió la base fáctica para disminuir el monto de la multa impuesta en el acto originario>>⁴.

10.- La cláusula 18 del contrato 047 de 2009, estipulo la imposición de multa de la siguiente manera:

<<En caso de incumplimiento parcial de cualquiera de las obligaciones a cargo del contratista de conformidad con el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, el IDU tendrá la facultad de declarar el incumplimiento y aplicar la

² **ARTICULO 1594. <TRATAMIENTO DE LA OBLIGACION PRINCIPAL Y DE LA PENA POR MORA>**. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.

³ Ospina Fernández Guillermo, El régimen general de las obligaciones, Editorial Temis 2014 página 146.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, expediente 53.206, sentencia del 23 de octubre de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

cláusula penal a título sancionatorio o imponerle multas para apremiarlo a cumplir como se indica a continuación:

1) *Por incumplimiento en los términos de legalización del contrato: (...)*

2) **Por no cumplir con cualquiera de las obligaciones contenidas en el contrato o en los documentos que lo integran o cumplirlas deficientemente o por fuera del tiempo estipulado, se causará una multa equivalente al cero punto cinco por mil (0.5X1000) del valor del contrato, por cada día calendario que transcurra desde la fecha prevista para el cumplimiento de dichas obligaciones y hasta cuando estas se cumplan, o se aplicará la cláusula penal en la misma proporción.**

(...)>>

10.1.- La multa impuesta al contratista tuvo por finalidad conminarlo por el incumplimiento en el que se encontraba en relación con el avance de obra para el 10 de junio de 2010, en relación con el cual, según las resoluciones de multa, se superó el 10 de agosto de 2010; así, se cumplió el fin conminatorio de la multa y quedó causada la sanción, de conformidad con la cláusula del contrato.

10.2.- La caducidad, por su parte se motivó en los incumplimientos en que incurrió el contratista después del 10 de agosto de 2010.

H.- No está acreditado que el incumplimiento grave de las obligaciones del Contratista, que sustentó la resolución de caducidad, fuera consecuencia de incumplimientos de la entidad o de hechos externos

11.- La declaratoria de caducidad del contrato se sustentó en el incumplimiento de la siguientes obligaciones por parte del Contratista:

a.- No presentar en tiempo de los planes de manejo de tráfico.

b.- No ejecutar las obras de conformidad con la metodología presentada por el mismo Contratista.

c.- Presentar un atraso en el avance de la obra, superior al cincuenta por ciento (50%).

d.- No contar con los elementos, equipos, materiales y personal necesarios para la ejecución.

e.- No contar con los recursos financieros que garantizaran la ejecución del contrato.

12.- En relación con tales incumplimientos que sustentaron la decisión de caducidad, el Contratista señala que los mismos se dieron por causas que no le eran imputables, y principalmente por falencias en los diseños entregados por las obras, la falta de definición sobre interferencias en la zona de desarrollo de la obra, y la no entrega de la totalidad de los predios.

13.- En el expediente, obran medios de prueba que acreditan que en efecto, existieron algunos hechos que interfirieron en la ejecución de la obra; sin embargo, para que pueda declararse que dichas interferencias dieron lugar al incumplimiento del Contratista, éste debía demostrar que se trataba de situaciones que impedían el cumplimiento de su sus obligaciones, lo cual, como pasa a explicarse, no fue probado.

13.1.- En primer lugar, las alegaciones del Contratista se dirigen exclusivamente al atraso en el avance de la obra, y no a los demás incumplimientos imputados.

13.2.- En segundo lugar, el contrato preveía que en los casos en que se presentaran interferencias que afectaran la ejecución, el Contratista tenía la obligación de avanzar en otros frentes de obra, y esto, en el caso concreto no se dio. Por el contrario, ante las situaciones derivadas de interferencias, el consorcio integrado por las demandantes dejó de ejecutar sus obligaciones, desconociendo las estipulaciones contenidas en el pliego.

13.3.- En cuanto a las interferencias que se presentaron por servicios públicos y entrega de predios, en los descargos presentados en el procedimiento de

caducidad, así como en los hechos del presente proceso, el Contratista acepta que para el momento en que se decretó la caducidad sólo subsistía la correspondiente al predio de CUSEZAR y que, respecto de las demás, la entidad solicitó al Contratista un plan de contingencia que nunca fue presentado.

14.- El apelante sostiene que con el dictamen pericial se demostró que al menos el veintiocho por ciento (28%) del atraso de la obra se debía a la falta de definición por parte del IDU respecto de las interferencias presentadas en la obra. Revisada la experticia, se aprecia que el perito cuantificó el impacto que estas situaciones tenían en la totalidad del contrato, sin tener en cuenta el deber del Contratista de afrontar otros frentes de obra entretanto se resolvían dichas interferencias.

En ese sentido se lee en el dictamen pericial:

<<El análisis que sigue demuestra que el atraso contractual sí era del 48%, pero solamente el 20% era por causa atribuible al contratista. En este ejercicio se utilizan solamente cifras redondeadas aproximadas, expresadas en millones de pesos, para simplificar el análisis:

El valor total de los trabajos a ser ejecutados en el contrato 047 de 2009 era de \$16300 millones (no hubo adiciones del valor contractual inicial).

El valor de la obra ejecutada hasta la declaratoria de caducidad (2 días antes de vencerse el plazo contractual), era aproximadamente de 8300

millones, o sea del 52% del valor contractual (ver respuesta a pregunta No. 12 sobre el valor ejecutado).

Puesto que se está calculando el atraso para dos días antes del final del contrato, el avance programado de la obra para el final del contrato era del 100% (para ese momento estaba programado que se debía haber efectuado la totalidad de la obra). (No hubo ampliaciones en plazo, ni suspensiones).

Por lo anterior, el parámetro de medición de atraso resulta en 100% presupuestado menos 52% ejecutado igual a 48% de atraso y el valor contractual no ejecutado es de \$7300 millones.

*Sin embargo, hay algunas obras que el contratista no pudo ejecutado puesto que se presentaban impedimentos ajenos a la gestión del contratista. **Para efectos de simplificación del análisis solamente se van a mencionar aquellas obras en que se presentaron impedimentos de tal naturaleza que la imposibilidad de ser siquiera iniciadas se prolongó durante la totalidad del plazo del contrato 047 de 2009>>.***

15.- Del aparte transcrito del dictamen aportado por la demandante, se deduce que perito acepta que al momento de la terminación del contrato existía un incumplimiento significativo, lo que acredita que este presupuesto fáctico de la resolución de caducidad es real. En cuanto a la *justificación* del retraso por hechos atribuibles a la Contratante, la conclusión del perito es equivocada porque

no tiene en cuenta la obligación a cargo del contratista de ejecutar diversos frentes de obra.

16- En efecto, el perito realizó una revisión de la ejecución del contrato sin considerar la obligación de ejecutar diversos frentes de obra: hizo un análisis de ejecución lineal de la obra, como si el Contratista sólo pudiera ejecutar las obligaciones de la manera propuesta en el cronograma, lo que desconoce que el contrato establecía la obligación de efectuar el cambio de frentes de obra cuando se presentaran interferencias. Esto implicaba que el perito también verificara si el Contratista acudió o no a esta alternativa y por qué razón; que indicara si pudo hacer tales cambios y que explicara si, a pesar de ello, se siguieron presentando los atrasos.

I.- El tratamiento distinto al contratista que terminó la obra

17.- El apelante señala que si el IDU le hubiera concedido las mismas suspensiones y prórrogas que se otorgaron en el contrato No. 032 de 2011, no se habría presentado incumplimiento de su parte, Respecto de esta alegación, la Sala estima que esta circunstancia no es un indicio suficiente que permita deducir hechos pertinentes para resolver el proceso. No solo porque se trata de dos contratos distintos, sino porque en cada uno de ellos las circunstancias relativas al cumplimiento de las obligaciones por las partes son diferentes.

18.- Además de lo anterior, en el informe rendido en el proceso el representante legal del IDU señaló que si bien existieron interferencias que se presentaron en los dos contratos, las que dieron lugar a la suspensión y prórrogas del contrato No. 032 de 2011 no se presentaron en el contrato No. 047 de 2009, pues el Contratista del caso bajo estudio no adelantó obras en los frentes que llevaron a las referidas suspensiones y prórrogas.

J.- La eliminación de las obras del puente sobre el Canal Córdoba no afectaron el cumplimiento de las obligaciones del Contratista

19.- El apelante alega que la Contratante eliminó unilateralmente la construcción del puente previsto como parte de la obra y por tal razón reclama el pago de la utilidad que esperaba obtener si hubiese podido ejecutar dicha obra. Esta pretensión no es procedente porque no se acreditó la existencia de un acto administrativo que unilateralmente hubiese adoptado la decisión de eliminar la referida obra.

20.- Por el contrario, lo que está demostrado en el proceso es que el Contratista no realizó obras en el frente en que se encontraba ubicado el puente, por lo cual, al momento de la terminación del contrato, su ejecución no había iniciado y no puede considerarse que la no facturación de los valores por la eventual realización del mismo le causara un perjuicio.

K.- No es posible realizar la liquidación del contrato

21.- Para la realización de la liquidación judicial del contrato es necesario que la parte que la pretende allegue al expediente los elementos probatorios que permitan al juez efectuar las operaciones necesarias para definir quién le debe a quién y cuánto, o para determinar si las partes se encuentran a paz y salvo.

22.- Al presente proceso no se allegaron elementos probatorios que permitan efectuar el cruce de cuentas contractuales en sede judicial, razón por la cual no es posible realizar la liquidación judicial.

L.- Condena en costas

23.- Como el recurso de apelación no prosperó, la parte demandante debe ser condenada en costas, en la medida de su comprobación, de conformidad con lo ordenado en los artículos 188 del CPACA, 365 y 366 del CGP, y en el artículo 2 del Acuerdo No. PSSAA16-10554 de 2016 del C.S. de la J. <<Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho>>.

24.- Teniendo en cuenta que la entidad demandada intervino en el curso de la segunda instancia, la Sala condenará a los demandantes vencidos, por concepto de agencias en derecho, a la suma equivalente a tres salarios (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia a favor del Instituto de Desarrollo Urbano, de conformidad con los criterios y tarifas establecidos por el numeral 1 del artículo 5 del

Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura⁵.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de septiembre de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la parte demandante. Por Secretaría, líquídense e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia a favor del Instituto de Desarrollo Urbano.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTINEZ
Magistrado

⁵ <<(…) Las tarifas de agencias en derecho son: (...)
9. Recursos extraordinarios: Entre 1 y 20 S.M.M.L.V. (...)>>