



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "B"
Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO



Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil catorce (2014)

Proceso número: 25000232600019961301901 (**27426**)
Actora: Instituto de Desarrollo Urbano –I.D.U.-
Demandado: Sociedad Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores
y otra
Acción: Controversias contractuales

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores y la compañía aseguradora Confianza S.A. en contra de la sentencia del 4 de marzo de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, mediante la cual resolvió:

PRIMERO: Declárese el incumplimiento del contrato n.º 071 de 1995 celebrado entre EL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU- Y LA FIRMA HIDROTEC LTDA., por parte de la firma contratista.

SEGUNDO: Condénase a la FIRMA HIDROTEC LIMITADA Y/O a LA COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZA S.A. CONFIANZA a pagar el equivalente al 10% del valor del contrato, fijado como cláusula penal pecuniaria por lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

SÍNTESIS DEL CASO

El Instituto de Desarrollo Urbano, I.D.U., en el marco del contrato 071 del 29 de diciembre de 1995, suscrito con la firma Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores, para la realización de los estudios y diseños de la intersección

Avenida Jorge Gaitán Cortés, Avenida General Santander y conexión Avenida Quiroga, demandó el incumplimiento de su contratista por la entrega tardía del objeto contractual. Como consecuencia de lo anterior solicitó que se reconociera el valor de la cláusula penal pecuniaria.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El 21 de octubre de 1996 (fl. 13 rev., c. ppal), el Instituto de Desarrollo Urbano, en adelante I.D.U., en ejercicio de la acción contractual, prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra de la sociedad Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores y la compañía aseguradora Confianza S.A. (fls. 9 a 13, c. ppal).

1.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 10 y 11, c. ppal):

1.1.1. El 29 de diciembre de 1995, el I.D.U. y la firma Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores celebraron el contrato 071 para la realización de los estudios y diseños de la intersección Avenida Jorge Gaitán Cortés, Avenida General Santander y conexión Avenida Quiroga. La anterior contratación fue el resultado del concurso de méritos IDU-CM-SPV-09-95; el valor del contrato 071 de 1995 fue de \$177.901.830.

1.1.2. En la cláusula novena se estableció la obligación del contratista de constituir la garantía única de cumplimiento. Por lo anterior, el 29 de diciembre de 1995, la compañía aseguradora de Fianza Confianza S.A. expidió la póliza GU010020259827 del 29 de diciembre de 1995.

1.1.3. En la cláusula décima segunda se pactó que la cláusula penal pecuniaria por el incumplimiento del contrato sería del 10% del valor del contrato.

1.1.4. El 31 de enero de 1996, mediante acta n.º 1, se inició la ejecución del contrato.

1.1.5. El 22 de abril de 1996, a través del contrato 042, se contrató al señor Guillermo González González para efectos de realizar la interventoría del contrato 071 de 1995.

1.1.6. El 7 de mayo siguiente, la contratista solicitó al interventor la ampliación del plazo contractual por 45 días. Una vez enterada la contratante de esa solicitud, el contrato fue adicionado hasta el 15 de julio de 1996.

1.1.7. El 8 de mayo de 1996, mediante acta n.º 2, las partes efectuaron el cambio de la interventoría.

1.1.8. En adelante la interventoría advirtió el incumplimiento del contrato, toda vez que los diseños no fueron presentados el 15 de julio de 1996.

1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, la actora deprecó las siguientes pretensiones (fl. 9, c. ppal):

PRIMERA: Que se declare que la firma Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores, incumplió el contrato 071 del 29 de diciembre de 1995 celebrado en el (sic) Instituto de Desarrollo Urbano IDU, cuyo objeto fue llevar a cargo los estudios y diseños para la intersección Avenida Jorge Gaitán Cortés por Avenida General Santander y conexión Avenida Quiroga, objeto del concurso de méritos IDU-CM-SPV-09-95 de conformidad con los términos de referencia.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene a la firma Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores y/o a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza a pagar el

Acción contractual – Expediente 27426

Actor: I.D.U.

Demandados: Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores y otra
Confirma fallo de primera instancia – accede a las pretensiones

equivalente al 10% por ciento del valor del contrato, fijado como cláusula penal pecuniaria en caso de incumplimiento del contrato.

TERCERA: Que se condene a la firma Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores y/o a la compañía aseguradora de Fianzas S.A. Confianza al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho en la cantidad que determine esa H. Corporación.

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. La aseguradora Confianza S.A. (fls. 32 a 35, c. ppal) propuso como excepciones: (i) la inexigibilidad de la garantía única, en tanto reprochó la conducta de la parte actora, que omitió imponer multas al contratista para apremiarlo al cumplimiento. Igualmente, advirtió que el contrato no se ha liquidado ni se le han cancelado los saldos adeudados. De la misma forma, echó de menos el acto administrativo constitutivo del siniestro; (ii) proporcionalidad de la pena, en tanto deberá atenderse la proporción del incumplimiento para la tasación de los perjuicios.

2.2. Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores (fls. 36 a 48, c. ppal) (i) advirtió que la entidad demandada incumplió el contrato, toda vez que la contratación de la interventoría sólo se produjo tres meses después de su iniciación; (ii) sostuvo que desde el inicio la interventoría la realizó el funcionario Lino Baena, en abierta contradicción de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993; (iii) señaló que asumió mayores costos durante el desarrollo contractual que constituyeron desequilibrio contractual; (iv) adujo que el hecho de que el 13 de septiembre de 1996 se le cancelara la cuenta n.º 2 demuestra el cumplimiento de su obligaciones, asimismo la ausencia de multas, e, igualmente, (v) afirmó que el interventor confirmó que los plazos no se pudieron cumplir por la aprobación de las empresas de servicios públicos y que ello no le resultaba imputable.

Propuso como excepciones (i) la de contrato no cumplido por la demandante, en tanto la supervisión del contrato se encargó a un funcionario

público, cuando la Ley 80 de 1993 imponía que fuera a un contratista, el que sólo fue contratado y ejerció sus obligaciones desde el 8 de mayo de 1996. En consecuencia, esa fecha fue la de iniciación, razón por la cual el plazo de los cuatro meses de ejecución venció el 8 de septiembre de 1996, más los cuarenta y cinco días de prórroga, el contrato terminó el 28 (sic) de octubre de 1996, razón por la cual para esa fecha no se configuró ningún atraso, en tanto la demanda se presentó el 21 de octubre de 1996.

(ii) Aceptación de la demandante del cumplimiento, en tanto canceló los valores del contrato; (iii) el cumplimiento de las obligaciones contractuales; (iv) fuerza mayor, toda vez que los atrasos se debieron a las demoras de terceros en la aprobación de los trabajos propios de los diseños, (v) y la ruptura del equilibrio contractual, en tanto en el desarrollo del contrato se generaron mayores costos, debido a las demoras imputables a terceros.

3. LOS ALEGATOS¹

La aseguradora Confianza S.A. y la parte actora reiteraron sus argumentos (fls. 96 a 106 c. ppal).

¹ Cabe advertir que aunque en la primera instancia no se cumplió con la citación a audiencia de conciliación después de vencido el período probatorio, como lo disponían los artículos 104 de la Ley 446 de 1998 y 75 de la Ley 80 de 1993, ello no constituye ninguna irregularidad, toda vez que en el *sub lite* no hubo intención de las partes en tal sentido. Frente a esa situación, esta Corporación ha precisado: “Los argumentos hasta ahora expuestos permiten arribar a las siguientes conclusiones: **(i)** la conciliación judicial tiene cabida en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en general y en los relativos a controversias contractuales, en particular; **(ii)** la convocatoria a la audiencia de conciliación tendrá lugar a solicitud de alguna de las partes o de común acuerdo, una vez haya expirado el período probatorio en la primera instancia y, en segunda instancia, en cualquier momento antes de que sea resuelto el recurso de apelación; **(iii)** la conciliación solicitada de común acuerdo procede en cualquier estado del proceso; **(iv)** la fijación de fecha, por parte del juez, para la celebración de audiencia de conciliación en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 104 de la Ley 446 de 1998, está supeditada a la solicitud que en tal sentido le formulen las partes de común acuerdo o le eleve alguna de ellas, razón por la cual no tiene el juez, de conformidad con lo previsto por la citada norma aplicable en esta materia a asuntos como el *sub judice*, la carga imperativa de disponer, oficiosa y/u obligatoriamente, la realización de audiencia de conciliación”. En: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, exp. 16.493, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 4 de marzo 2004 (fls. 110 a 119, c. ppal), el a quo accedió a las pretensiones de la demanda. Para el efecto, sostuvo:

De acuerdo a las pruebas existentes en el expediente y después de revisar el acta respectiva se establece que la entrega de los estudios y diseños para la intersección de las Avenidas se realizó el día 15 de noviembre de 1996; y como de acuerdo al contrato y sus modificaciones el plazo para la terminación de la obra, vencía el 15 de julio de 1996, resulta evidente que existe un incumplimiento de parte del contratista de casi cuatro meses por fuera del término de entrega para la obra contratada, por lo tanto dicho incumplimiento será declarado en la parte resolutive de esta sentencia.

En conclusión, cuando el contratista de la administración no cumple dentro del plazo establecido en el contrato, es precisamente el vencimiento del plazo el que pone en evidencia su incumplimiento y es este el momento en que se debe calificar la responsabilidad que le incumbe al contratista, de manera que si lo fue por motivos únicamente imputables a él que no se encuentran justificación, debe sancionar su incumplimiento.

Por esta razón, la Sala considera que por existir el incumplimiento del contrato n.º 71 de 1995, se debe imponer la sanción pecuniaria al contratista, estipulada por las partes de la siguiente manera dentro del contrato:

“CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA-PENAL PECUNIARIA. El CONTRATISTA o la COMPAÑÍA DE SEGUROS reconocerá al IDU a título de cláusula penal pecuniaria una suma equivalente al 10% del valor contratado.

Teniendo en cuenta que la cláusula penal busca asegurar el cumplimiento de una obligación; y que su finalidad es indemnizar los perjuicios ocasionados al contratista con este incumplimiento, la Sala ordenará hacer efectiva la póliza de incumplimiento y así se pronunciará en la parte resolutive de la presente sentencia.

Así mismo, y por las razones expuestas la Sala considera que se declarará el incumplimiento del contrato n.º 071 de 1995 suscrito entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU y la FIRMA HIDROTEC LIMITADA INGENIEROS CONSULTORES; y así se expresará en la parte resolutive de esta providencia (fl. 127, c. ppal).

III. SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la sociedad Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores y la aseguradora Confianza interpusieron recurso de apelación.

1.1. Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores (fls. 141 a 152, c. ppal 2) sostuvo (i) que nunca fue requerido por el supuesto incumplimiento, hasta el punto que tampoco se le impusieron multas; (ii) que el acta de liquidación bilateral declaró a paz y salvo a las partes; (iii) insistió que el interventor que suscribió el acta de iniciación tenía también la calidad de funcionario público, de lo que se sigue que estaba impedido para ejercer con la primera labor. En consecuencia, esa acta y los demás actos de ese interventor son absolutamente nulos por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y al numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que exige que los contratos que resulten de la licitación pública o concurso de méritos debe contratarse la interventoría.

(iv) Teniendo en cuenta lo expuesto en el anterior cargo, la sociedad demandada estimó que sólo hasta el 8 de mayo de 1996 inició sus labores el interventor contratado, fecha en la cual se inició legalmente la ejecución del contrato. Por lo tanto, el plazo contractual con su prórroga finalizó el 23 (sic) de octubre de 1996, mientras que la demanda se presentó días antes, esto es, sin que se hubiera configurado el incumplimiento.

(v) La apelante adujo que la entrega total de lo contratado se dilató por circunstancias ajenas al contratista, como lo fue la aprobación de las empresas de servicios públicos, al punto que en el acta 3 se aceptaron estas explicaciones y se otorgaron 30 días para el cumplimiento de lo pactado.

(vi) La recurrente sostuvo que según el acta de entrega del 15 de noviembre de 1996, el objeto contractual se recibió “*de acuerdo con lo previsto en el contrato*”, es decir, que el objeto contractual se recibió sin ninguna objeción, lo cual desdice el incumplimiento imputado por el *a quo*.

(vii) Por último, afirmó que la prórroga que solicitó y finalmente aprobada fue por 45 días, sin embargo, por desconocimiento, firmó una prórroga por un 1 mes y 15 días, lo cual violó su debido proceso al desconocer los acuerdos iniciales sobre la ampliación del plazo.

1.2. Confianza S.A. (fls. 180 a 189, c. ppal 2) sostuvo que (i) la interventoría que ejerció desde el 31 de enero de 1996 fue ilegal, toda vez que debió contratarse con persona independiente; (ii) con base en lo anterior, el contrato se inició a ejecutar el 8 de mayo de 1996 y como la entrega se efectuó el 15 de noviembre de ese mismo año, lo fue en tiempo; (iii) en el acta de recibo de la última fecha en mención no se dejó salvedad de incumplimiento; (iv) la interventoría en comunicación del 1 de agosto de 1996 confirmó que la demora en la entrega del objeto contractual no resultaba imputable a la demandada; (v) no se requirió al contratista para constituir la en mora; (vi) el acta de liquidación se suscribió sin salvedades, y (vii) no se probaron los perjuicios causados.

2. SOLICITUD DE NULIDAD PROCESAL

Junto con el recurso de apelación, la sociedad Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores propuso la nulidad de lo actuado, toda vez que, a su juicio, el nombramiento del interventor Lino Baena Calle fue ilegal, en tanto su condición de funcionario público le impedía el desarrollo de esa función; asimismo, pidió se anulara el acta 1 del 31 de enero de 1996, en la cual actuó ese funcionario como interventor, y, por último, solicitó que como consecuencia de lo anterior se declarara la nulidad de lo actuado en este proceso desde el auto admisorio.

Mediante auto del 19 de septiembre de 2014, esta Corporación negó la anterior solicitud, en tanto no se adecuaba a ninguna de las causales de nulidad del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil (fls. 359 y 360, c. ppal 2).

3. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, el I.D.U. y Confianza S.A. reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 196 a 209, c. ppal 2).

IV. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

2.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente

A esta jurisdicción le corresponde el conocimiento del presente asunto, en tanto uno de los extremos del mismo es una entidad pública y estatal, el I.D.U., establecimiento público del orden distrital². Ahora, esta Corporación es la competente, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, le asignaba el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos³.

² Según el artículo 1 del Acuerdo distrital de 13 de octubre de 1972, el I.D.U. se creó como un establecimiento público (fl. 1, c. 2 pruebas).

³ El numeral 8 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, imponía el conocimiento en primera instancia a los Tribunales Administrativos de los procesos de contratos administrativos, interadministrativos y de los de derecho privado de

De otro lado, como la controversia gira en torno al incumplimiento de un contrato estatal, la acción procedente es la contractual, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, con la reforma introducida por el Decreto 2304 de 1989, como lo hizo la parte actora.

1.2. La legitimación en la causa

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son extremos de la relación contractual cuestionada (fls. 5 a 14, c. 2 pruebas). Por su parte, Confianza S.A. expidió la póliza GU010020259827 del 18 de enero de 1996, con la que se amparó el contrato 071 de 1995 (fl. 30, c. 2 pruebas).

1.3. La caducidad

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 2304 de 1989), dispuso que las acciones de controversias relativas a contratos caducarían a los dos años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvieran de fundamento.

Ahora, para el cómputo de la caducidad de la acción contractual, la jurisprudencia de esta Corporación distinguió los contratos que requerían de liquidación de aquellos que no debían cumplirla⁴:

la administración con cláusula de caducidad (entiéndase contratos estatales, por cuanto para la fecha en que se presentó la demanda estaba vigente la Ley 80 de 1993), celebrados por la Nación y las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes. Además, al subsanar la demanda frente a la estimación razonada de la cuantía, se señaló que la única pretensión tenía un valor superior a \$17.000.000, toda vez que la cláusula penal pecuniaria se fijó en el 10% del valor del contrato, el que correspondía a \$177.901.830 (fl. 19, c. ppal). En consecuencia, es claro que para 1996 (fl. 13 rev., c. ppal), cuando se presentó la demanda, la controversia contractual tenía un valor superior a \$13.460.000 y, por consiguiente, tenía vocación de doble instancia.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 2000, exp. 12.513, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

*La Sala precisó, desde **antes** de la entrada en vigencia de la ley 446 de 1998 la cual recogió en su texto la jurisprudencia del Consejo de Estado, que para el inicio del conteo del término para el ejercicio de la acción contractual en materia de terminación del contrato debe distinguirse entre los negocios jurídicos que requieren de liquidación, de otros que no la requieren.*

Señaló que:

Respecto a los contratos que no requieren liquidación el término máximo para demandar, se cuenta a partir del día siguiente a la terminación del contrato, por cualquiera de las causas legales.

Frente a los contratos que requieren de la liquidación, el término para el ejercicio de la acción de contractuales se cuenta, según su caso, a partir:

***Del día siguiente a la fecha en que se liquide el contrato.** Esta liquidación puede ser bilateral o unilateral. La bilateral podrá hacerse dentro del plazo previsto para tal efecto en el contrato, y en su defecto dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación. La unilateral se realizará cuando el acuerdo de liquidación se frustre y/o dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo que tienen las partes para liquidarlo; pero en todo caso si la Administración no liquida el contrato dentro de ese término habrá que tener en cuenta dos aspectos:*

*Si el contratista **no acude al juez** a solicitar la liquidación judicial, la Administración podrá liquidar hasta el día anterior a que transcurran, según el caso, **veinte años** – para conductas ocurridas antes de entrar a regir el decreto ley 01 de 1984 – **y dos años** – para conductas ocurridas después de entrar a regir el decreto ley 01 de 1984 - contados a partir del incumplimiento de la obligación de liquidar; y*

*Si el contratista **acude al juez**, la Administración podrá liquidar unilateralmente hasta el día anterior al que le sea notificado el auto admisorio de la demanda, siempre y cuando no hayan transcurrido antes de la notificación, según el caso – antes o después de la entrada en vigencia del decreto ley 01 de 1984 -, los veinte o los dos años, contados a partir del incumplimiento administrativo de la obligación de liquidar unilateralmente.*

En ese orden, se observa que la relación contractual estaba sometida al trámite de liquidación (cláusula décima quinta, fl. 13, c. 2 pruebas); ahora, como el 25 de noviembre de 1997 las partes liquidaron de común acuerdo el contrato en estudio (fls. 165 a 170, c. ppal 2) y la demanda se presentó el 21 de octubre de 1996 (fl. 13 rev., c. ppal), es claro que la acción se presentó en tiempo.

2. EL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en dilucidar si en el marco del contrato 071 del 29 de diciembre de 1995, suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano y la sociedad Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores, se cumplió dentro del plazo contractual con la entrega de los estudios y diseños de la intersección Avenida Jorge Gaitán Cortés, Avenida General Santander y conexión Avenida Quiroga.

3. LA CUESTIÓN DE FONDO: EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

3.1. Del régimen jurídico del contrato 071 de 1995

Para el 29 de diciembre de 1995, cuando se suscribió el contrato 071, se encontraba vigente el Decreto 1421 de 1993, norma aplicable a los contratos del Distrito Capital y de sus entidades descentralizadas, particularmente, en lo regulado en sus artículos 144 a 152. En virtud, del primero de los artículos en mención, las normas del Estatuto General de Contratación Pública rigen la actividad contractual del Distrito y de sus entidades descentralizadas, salvo que la normatividad distrital lo excluya de forma expresa.

3.2. De los hechos probados

Es dable aclarar que las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. Igualmente, es preciso advertir que algunos documentos fueron allegados en copia simple, pero los mismos no fueron tachados por la demandada, razón por la cual se valorarán sin otra consideración, como la Sección lo tiene establecido⁵.

De las pruebas allegadas y legalmente aportadas y practicadas se tiene:

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero.

3.2.1. El 29 de diciembre de 1995, el I.D.U. y la firma Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores celebraron el contrato 071 para la realización de los estudios y diseños de la intersección Avenida Jorge Gaitán Cortés, Avenida General Santander y conexión Avenida Quiroga (fls. 5 a 14, c. 2 pruebas). En lo pertinente pactaron:

CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: El CONTRATISTA se compromete para con el IDU a llevar a cabo los estudios y diseños para la intersección Avenida Jorge Gaitán Cortés por Avenida General Santander y conexión Avenida Quiroga, objeto del concurso de méritos IDU-CM-SPV-09-95 de conformidad los términos de referencia que forman parte integrante del presente contrato y bajo las condiciones estipuladas en este documentos. PARÁGRAFO: OBJETIVO DE LOS ESTUDIOS.- La realización de los estudios y diseños son: a) estudios de tráfico, capacidad vial y nivel de servicio. b) Estudios para la elaboración del plan de manejo ambiental. c) Estudio de suelos. d) Diseño del espacio público y e) diseños viales (...). CLÁUSULA CUARTA: VALOR: Para efectos legales y fiscales el valor del presente contrato se ha estimado en la suma de CIENTO SETENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS UN MIL OCHOCIENTOS TREINTA PESOS (\$177.901.830) MONEDA CORRIENTE, incluido el IVA, valor acorde con su propuesta económica. CLÁUSULA QUINTA.- FORMA DE PAGO: El IDU pagará al CONTRATISTA el valor estipulado en la cláusula cuarta en la siguiente forma: a) Una suma anticipada equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato, una vez se hayan cumplido los requisitos de orden legal para iniciar su ejecución. b) una suma equivalente al treinta por ciento (30%) del valor del contrato en pagos mensuales durante el tiempo de ejecución de los estudios hasta la presentación de planos, informes y documentos finales, de acuerdo con el flujo de inversiones presentado en el cronograma de la propuesta, revisado y aprobado por el IDU. Los pagos diferidos sólo se tramitarán cuando el valor ejecutado del contrato supere el valor del anticipo, de acuerdo con el flujo de inversiones aprobado. c) Una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato, una vez corregidos por parte del CONTRATISTA los planos, informes y documentos resultantes del estudio y aprobados por parte de la interventoría. Estas actividades serán certificadas por el interventor designado por el IDU mediante actas parciales suscritas entre el interventor y el CONTRATISTA debidamente acompañada de la certificación donde conste el recibo a satisfacción por parte del interventor y darán lugar al pago de los porcentajes aquí establecidos (...). CLÁUSULA SÉPTIMA.- PLAZO: El término de duración del presente contrato es de cuatro (4) meses contados a partir del acta de iniciación de los estudios, la cual se suscribirá una vez se cumplan los requisitos exigidos para iniciar su ejecución (...). CLÁUSULA NOVENA GARANTÍAS. (...) b) Cumplimiento: su cuantía será del veinte por ciento (20%) del valor total del contrato y estará

vigente por el término del mismo y seis (6) meses más (...). CLÁUSULA DÉCIMA.- MULTAS: En caso de mora o deficiencia en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el CONTRATISTA, se hará acreedor a multas sucesivas equivalentes cada una hasta el dos por ciento (2%) del valor del contrato, sin que en su totalidad excedan del 19% del valor del mismo y sin perjuicios de la declaratoria de caducidad (...). CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- EL CONTRATISTA O LA COMPAÑÍA DE SEGUROS reconocerá al IDU a título cláusula penal pecuniaria una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, en caso de incumplimiento o de declaratoria de caducidad, la cual el IDU hará efectiva de acuerdo a lo previsto en la Ley 80 de 1993 (...). CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA.- LIQUIDACIÓN: El presente contrato será objeto de liquidación de conformidad con el artículo 60 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, procedimiento que deberá efectuarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su vencimiento o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación o a la fecha del acuerdo que la disponga (...). CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA.- PERFECCIONAMIENTO Y EJECUCIÓN: Este documento requiere para su perfeccionamiento la suscripción de las partes contratantes. Para la ejecución del contrato se requiere la aprobación de las respectivas garantías y la disponibilidad presupuestal. Requiere además el pago de los impuestos correspondientes y la publicación en el Registro Distrital. Lo anterior así como cualquier otro gasto adicional, corresponde sufragarlo al CONTRATISTA.

3.2.2. El 18 de enero de 1996, la compañía aseguradora de Fianza Confianza S.A. expidió la póliza GU010020259827 del 29 de diciembre de 1995, con el fin de amparar el contrato 071 de 1995 por cumplimiento, anticipo, prestaciones sociales y calidad técnica. La cobertura para el cumplimiento fue desde el 29 de diciembre de 1996 hasta el 29 de octubre de 1996 y por un valor de \$35.580.366 (fl. 30, c. 2 pruebas)⁶.

3.2.3. El 31 de enero de 1996, mediante acta n.º 1, las partes dieron por iniciada la ejecución del contrato (fls. 35 y 36, c. 2 pruebas). En ese documento se consignó:

En Santa Fe de Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días del mes de enero de mil novecientos noventa y seis (1996), se reunieron los profesionales: ÁLVARO PARDO SÁNCHEZ en su carácter de representante legal de la firma HIDROTEC LTDA. Ingenieros

⁶ Precisa advertir que los derechos de publicación e impuesto de timbre fueron cancelados el 11 de enero de 1996 (fls. 32 y 33, c. 2 pruebas)

Consultores y LINO BAENA CALLE, ingeniero de la División de Programas Viales y Transporte Masivo de la Subdirección de Programación del IDU (quien además suscribió el documento como interventor), con el fin de firmar el acta de iniciación para adelantar los estudios y diseños indicados en el contrato de la referencia.

3.2.4. El 22 de abril de 1996, el IDU y la sociedad Guillermo González G. y Cía Ltda. suscribieron el contrato n.º 042 para ejercer la interventoría técnica y administrativa del contrato 071 de 1995 (fls. 19 a 24, c. 2 pruebas).

3.2.5. El 7 de mayo de 1996, la contratista envió comunicación a la firma Guillermo González G. Cía. Ltda., en su calidad de interventora del contrato, para que se prorrogara el plazo contractual en 45 días, por las siguientes razones:

Dificultades grandes para el levantamiento topográfico por el flujo vehicular que es muy grande.

Dificultades por inseguridad en la zona; fue robado un equipo en el cual se guardaba información del levantamiento el cual fue necesario repetir.

Demora por parte de las diferentes empresas de servicios públicos, en el suministro de la información técnica.

La presente solicitud de ampliación en plazo de 45 días no causará ningún tipo de carga económica al contrato vigente firmado con el IDU (fl. 39, c. 2 pruebas).

3.2.6. El 8 de mayo de 1996, mediante acta n.º 2, las partes efectuaron el cambio de interventoría. En consecuencia, a partir de esa fecha fue reemplazado el señor Lino Baena Calle y asumió esas labores la firma Guillermo González G. y Cía. Ltda. (fls. 37 y 38, c. 2 pruebas).

3.2.7. El 14 de mayo siguiente, la interventoría recomendó al I.D.U. prorrogar el contrato por 45 días (fl. 40, c. 2 pruebas).

3.2.8. El 27 de mayo de 1996, las partes modificaron el contrato en estudio en el sentido de prorrogarlo por 1.5 meses o hasta el 15 de julio de 1996 (fl.

Acción contractual – Expediente 27426

Actor: I.D.U.

Demandados: Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores y otra
Confirma fallo de primera instancia – accede a las pretensiones

15, c. 2 ppal). De igual forma la garantía única de cumplimiento fue modificada (fls. 16 y 17, c. 2 pruebas).

3.2.9. El 27 de junio de 1996, la interventoría remitió al I.D.U. el informe de avance n.º 1 del contrato 071 de 1995 (fls. 41 a 48, c. 2 pruebas), en el cual advirtió:

I. ANTECEDENTES

La participación de GUILLERMO GONZÁLEZ G. Y CÍA. LTDA. en el proyecto en calidad de interventores, se inició cuando el contrato de consultoría llevaba tres meses de ejecución y faltando solamente un mes para terminación el plazo de ejecución.

El empalme con el proyecto se hizo extremadamente difícil por el nivel de atraso que presentaba en su ejecución. A un mes de terminarse el plazo para su entrega final, los consultores solamente habían entregado un estudio preliminar de tráfico y un diseño geométrico preliminar de la intersección.

Para facilitar la labor de empalme y ante la poca presencia de las directivas del proyecto por parte del consultor, se organizaron reuniones de coordinación conjuntas entre consultores e interventores con la presencia de funcionarios del Instituto, entre ellos el doctor Lino Baena, Subdirector del IDU. Estas reuniones fueron muy útiles para aclarar aspectos técnicos del proyecto e introducir algunas mejoras.

Ante la evidencia del atraso que presentaban los diseños y el previsible incumplimiento del contrato, la interventoría recomendó conceder la ampliación de cuarenta y cinco días al plazo solicitada por el consultor.

II. ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR EL CONSULTOR (se describen cada uno de las actividades y se advierten una serie de retrasos en la ejecución del contrato) (...).

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El crítico estado de atraso en que se encuentran los diseños y la forma extremadamente lenta como ha venido avanzando durante este período, tienen sus causas en los siguientes factores:

1. Falta de compromiso con el proyecto por parte del consultor.

Ha habido un incumplimiento total por parte del contratista de los compromisos adquiridos, tanto en las reuniones generales como en las reuniones de especialistas.

2. Ausencia total del director.

El director del proyecto no ha participado en ninguna de las reuniones de especialistas y no ha tenido ninguna comunicación con la interventoría. Consideramos que esta es una de las principales causas del atraso y por esta razón hemos solicitado su inmediato reemplazo.

3. Poca dedicación por parte de los especialistas.

La lentitud en la ejecución de los diseños y el incumplimiento en la entrega de los trabajos, obedece al poco tiempo que los profesionales especialistas le dedican al proyecto, dándole prioridad a otros que consideran más importantes.

Consideramos que en las actuales circunstancias, el contratista no está en condiciones de cumplir con los compromisos adquiridos y se deben tomar medidas drásticas para corregir esta situación.

3.2.10. El 16 de julio de 1996, a través del acta n.º 3, las partes suscribieron el acta de finalización, en la cual, además de relacionar el estado de los trabajos (fls. 50 y 51, c. 2 pruebas), se consignó que el “consultor acepta que la entrega es incompleta y ofrece entregar la totalidad de los estudios en plazo máximo de treinta (30) días” (fl. 51, c. 2 pruebas).

3.2.11. El 1 de agosto de 1996, la interventoría, en su informe de avance n.º 2, sostuvo (fl. 52 a 56, c. 2 pruebas):

I. ANTECEDENTES

El incumplimiento por parte del contratista en la entrega de los diseños de la conexión con la Avenida Quiroga y el crítico estado en que se encontraban los diseños de la intersección reportado en nuestro primer informe de avance, provocaron la convocatoria a la reunión del día 24 de junio en las oficinas de la subdirección del IDU, con la presente del Dr. Lino Baena.

En esta reunión, el contratista aceptó que las causas del incumplimiento radicaban totalmente en problemas internos, los cuales por fortuna ya habían sido superados. A partir de esa reunión y ante la inminente aplicación de las sanciones contractuales, el contratista intensificó notablemente su actividad en el proyecto.

El día 15 de julio, fecha límite para la entrega de los trabajos, el contratista sometió a consideración de la interventoría un volumen importante de información. Esta información quedó relacionada en el

Acción contractual – Expediente 27426

Actor: I.D.U.

Demandados: Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores y otra

Confirma fallo de primera instancia – accede a las pretensiones

acta de terminación del plazo contractual (acta n.º 3), entregada a ustedes el día 23 de julio, copia de la cual adjuntamos al presente informe.

Durante estas dos semanas, la interventoría ha revisado cuidadosamente la información suministrada por el contratista y ha solicitado las correcciones que ha considerado pertinentes.

Tal como quedó consignado en el acta de finalización del plazo contractual, el contratista aceptó que la información estaba incompleta y ofreció entregar la totalidad de los estudios en un plazo máximo adicional de treinta (30) días.

III. ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR LA INTERVENTORÍA (...)

Red de acueducto, alcantarillado y gas

Los planos correspondientes a la conexión con la Avenida Quiroga deben ser complementados y corregidos de acuerdo con indicaciones precisas, dadas en comunicación escrita al contratista.

Está pendiente la entrega de la memoria de cálculo, las cantidades de obra y el presupuesto.

Los planos de la intersección sometidos a consideración de la interventoría están incompletos y nos es posible hacer sobre ellos ningún tipo de revisión. En opinión de la interventoría, estos planos fueron entregados únicamente para cumplir con el requisito de entrega.

La Empresa de Acueducto de Bogotá no ha iniciado aún el proceso de aprobación de los planos creemos que se requiere un mayor seguimiento por parte del contratista.

Red de alumbrado público y teléfonos

Los planos recibidos fueron revisados por la interventoría y devueltos al contratista, para su corrección (...).

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Durante el último mes y ante la inminente aplicación de las sanciones contractuales, el contratista avanzó notoriamente en el desarrollo del proyecto. Sin embargo, dado el atraso acumulado no fue posible cumplir con el compromiso contractual de entrega total el día 15 de julio.

El proyecto entregado y revisado por la interventoría presenta un estado de avance global estimado en setenta por ciento (70%). Consideramos que aún el 15 de agosto, fecha ofrecida por el contratista para la entrega total de los trabajos, no será posible contar con el proyecto definitivo completo.

Acción contractual – Expediente 27426

Actor: I.D.U.

Demandados: Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores y otra
Confirma fallo de primera instancia – accede a las pretensiones

Creemos que con un esfuerzo grande por parte de la firma Hidrotec Ltda. y con el compromiso serio y decidido de sus directivos, se puede lograr la entrega definitiva del trabajo el próximo 15 de septiembre.

3.2.12. El 16 de septiembre de 1996, el contratista entregó al interventor unos documentos para complementar los estudios y diseños contratados a través del contrato 071 de 1995 (fls. 68 y 69, c. 2 pruebas).

3.2.13. El 1 de octubre de 1996, por intermedio del acta n.º 2 de pago del segundo contado, el interventor y el contratista dejaron constancia de que este último cumplió con las labores del contrato que le otorgaban el derecho del segundo pago por el 30% del valor del contrato, esto es, \$53.370.549 (fl. 60, c. 2 pruebas).

3.2.14. El 15 de noviembre de 1996, el contratista y el interventor firmaron el acta de entrega de los estudios y diseños contratados (fl. 62, c. 2 pruebas).

3.2.15. El 18 de julio de 1997, la contratista envió a la interventoría un cuadro donde relacionaba todas las entregas de documentos para la aprobación de las entidades de servicios públicos, las cuales, a su juicio, estaban dentro del plazo contractual (fls. 58 y 59, c. 2 pruebas). Sin embargo, se observa que hay documentos que se remitieron para su primera revisión el 16 y 24 de julio de 1996, particularmente, a la Empresa de Teléfonos de Bogotá y la Secretaría de Tránsito y Transporte (fl. 59, c. 2 pruebas).

3.2.16. El 20 de agosto de 1997, el interventor le respondió al contratista la comunicación arriba referida (fls. 66 y 67, c. 2 pruebas), así:

3. En nuestro informe de avance n.º 2 de fecha 1 agosto de 1996, el cual sirvió de base para fundamentar la resolución de incumplimiento, se establece que una parte importante del atraso corresponde a los diseños de redes de servicios públicos. Coincidimos con ustedes en que el contratista no tiene ninguna injerencia en este proceso de aprobación y que las observaciones hechas por las diferentes empresas fueron atendidas oportunamente.

Acción contractual – Expediente 27426

Actor: I.D.U.

Demandados: Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores y otra
Confirma fallo de primera instancia – accede a las pretensiones

Habiéndose cumplido con el objeto del contrato y terminado el proceso de aprobación por parte de las empresas de servicios públicos, consideramos razonable su petición de que el IDU desista de la demanda por incumplimiento.

El 22 de agosto de 1997, la anterior comunicación fue remitida por la interventoría al I.D.U. (fl. 96, c. 2 pruebas).

3.2.17. El 29 de agosto de 1997, el interventor y el contratista firmaron el acta de recibo final y aprobación de los diseños, en la cual se comprometió el primero a atender los requerimientos del interventor y a continuar el trámite con las empresas de servicios públicos (fl. 162, c. ppal 2).

3.2.18. El 25 de noviembre de 1997, el interventor y el contratista firmaron el acta n.º 5 de recibo final y aprobación de los estudios y diseños, con los mismos compromisos arriba advertidos (fl. 164, c. ppal 2).

3.2.19. El mismo 25 de noviembre de 1997, mediante acta n.º 6 de liquidación bilateral del contrato (fls. 165 a 169, c. 2 pruebas), las partes definieron el balance final del contrato y se declararon a paz y salvo, pero bajo la salvedad de “los derechos que se puedan generar a favor del IDU por concepto de la demanda instaurada ante el tribunal administrativo de Cundinamarca, bajo el número 13019” (fl. 167, c. 2 pruebas).

3.2.20. A folios 106 a 151 del cuaderno obran las gestiones realizadas por el contratista ante la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá para la aprobación de los diseños de redes de alcantarillado para la intersección Avenida Jorge Gaitán Cortés por Avenida General Santander y conexión Avenida Quiroga. Ellos dan cuenta que los trámites de aprobación se extendieron hasta el 19 de mayo de 1998 (fl. 150, c. 2 pruebas). Igualmente, las mismas gestiones de aprobación de planos con CODENSA S.A. E.S.P. se extendieron hasta el 19 de marzo de 1998 (fls. 165 y 166, c. 2 pruebas).

3.2.21. El señor Guillermo González González, representante legal de la firma interventora del contrato 071 de 1995, en declaración rendida ante el *a quo*, se limitó a señalar que en su criterio el contratista incumplió porque subestimó el alcance de los trabajos (fls. 100 a 102, c. 2 pruebas).

3.3. DEL ANÁLISIS DE LOS CARGOS DE LA ALZADA

Con base en el análisis conjunto de las pruebas, la Sala procederá a resolver los cargos de la apelación así:

3.3.1. Los cargos de la sociedad Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores

(i) El cómputo del plazo contractual: fuente del incumplimiento contractual imputado

En este cargo se analizarán los argumentos relacionados con la falta de requerimiento al contratista por el incumplimiento, lo que a su juicio se evidencia por la falta de imposición de multas; asimismo, se abordará la cuestión relacionada con el momento a partir del cual se inició el cómputo del plazo contractual.

De entrada resulta pertinente aclarar que aun cuando el contrato en estudio, en lo no regulado por el Decreto 1421 de 1993 y la Ley 80 de 1993, se rige por las normas del Código de Comercio, dada su naturaleza mercantil⁷, tal como lo disponía el artículo 8 de la Decreto 679 de 1994⁸, que reglamentó el

⁷ Norma aplicable atendiendo la condición de comerciante del señor Henry Neira Marín, toda vez que está inscrito en la Cámara de Comercio del Amazonas como tal (fl. 71, c. ppal) y de acuerdo con el numeral 1 del artículo 13 del Código de Comercio se presume que se ejerce el comercio, cuando se está inscrito en el registro mercantil. En esa misma línea, el artículo 21 *ejusdem*, señala que son mercantiles los actos de los comerciantes relacionados con su empresa de comercio, como ocurre en el *sub lite*.

⁸ Dicha norma prescribía: “De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos estatales se sujetarán a la Ley 80 de 1993 y en las materias no reguladas en

artículo 13 de la Ley 80 de 1993, lo cierto es que el artículo 822 de la codificación mercantil dispuso que las normas sobre obligaciones serían las del derecho civil⁹.

En ese orden, frente al requerimiento del deudor por el incumplimiento, el artículo 1608 del Código Civil dispuso:

MORA DEL DEUDOR. El deudor está en mora:

- 1) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.*
- 2) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.*
- 3) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.”*

Frente al alcance de la anterior norma, esta Corporación ha sostenido¹⁰:

El texto normativo transcrito consagra como regla general (numeral 3) para la constitución en mora la del requerimiento judicial que el acreedor debe promover en relación con el deudor, al tiempo que establece dos eventos especiales, excepcionales a esa regla general, en los cuales la constitución en mora opera de manera diferente, así:

El primero de ellos ocurre por el vencimiento del plazo que ha sido estipulado desde el momento de la celebración del contrato, diez interpellat pro homine, es decir, que el deudor y el acreedor conocen desde el nacimiento de la obligación la fecha límite de su cumplimiento, pero si vencido el plazo no ha sido satisfecha por el deudor, la mora opera automáticamente, a menos que por disposición legal se exija que

dicha Ley, a las disposiciones civiles y comerciales. // En las materias no reguladas por la Ley 80 de 1993 se aplicará la legislación comercial cuando el contrato tenga el carácter de mercantil de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 20, 21 y 22 del Código de Comercio. En caso contrario se aplicará la legislación civil”.

⁹ En su parte pertinente, la norma prescribe: “**APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL.** Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 14854, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Acción contractual – Expediente 27426

Actor: I.D.U.

Demandados: Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores y otra
Confirma fallo de primera instancia – accede a las pretensiones

además del vencimiento del plazo pactado, el deudor sea requerido para que quede constituido en mora.

El segundo se refiere a los casos en los cuales, por razón del contenido o naturaleza misma de la obligación se tiene que ella únicamente ha debido ser ejecutada dentro de un plazo que el deudor dejó pasar sin haberla cumplido, por lo tanto, no resulta viable hacerlo después, razón por la cual no habría lugar a requerimiento encaminado a que se cumpla tal obligación.

En el marco de este contexto normativo, resulta claro que únicamente en estos dos eventos excepcionales, previstos expresamente en la ley civil, la constitución en mora del deudor opera de manera automática por la ocurrencia del supuesto fáctico, a la vez que la exigibilidad de la obligación y la constitución en mora concurren de manera simultánea; en los demás, la exigibilidad de la obligación siempre precederá a la mora en cuanto que esta última solo se dará por reconvención del acreedor, adelantada ante el juez.

Como se observa, en el marco del artículo 1608 del Código Civil la exigibilidad de la obligación y la constitución en mora al deudor se concretan en un solo momento para los supuestos contemplados en los numerales 1 y 2 de la citada norma. En los demás casos, como la exigibilidad precede a la mora, esta deberá darse por reconvención del juez.

En el *sub lite*, se tiene que el numeral aplicable es el numeral primero, toda vez que las partes desde la iniciación de la ejecución conocían el plazo dentro del cual debía cumplirse el débito contractual, que no era otro que el de cuatro meses contados a partir de la suscripción del acta de inició (cláusula séptima), el cual se adicionó por las partes hasta el 15 de julio de 1996 (fl. 15, c. 2 ppal).

Ahora, la parte demandada sostiene que el cómputo del término de ejecución contractual debió iniciar desde el momento en que asumió la interventoría externa del contrato 071 de 1995, es decir, desde el 8 de mayo de 1996, razón por la cual estimó que el plazo original vencía el 8 de septiembre de esa misma anualidad. En esa dirección, sostuvo que como el contrato se prorrogó por un mes y medio, el plazo venció el 23 octubre de 1996 y como la demanda se presentó el 21 de este último mes y año,

concluyó que no se verificó la exigibilidad ni la constitución en mora del deudor.

Al respecto, la Sala considera conveniente recordar que el argumento para desconocer que el contrato inició el 31 de enero de 1996, cuando se suscribió el acta de iniciación (fls. 35 y 36, c. 2 pruebas), se contrajo al hecho de que la supervisión del contrato se desarrollaría por parte de un funcionario público de la entidad contratante, quien, a juicio de la demanda, estaba impedido para desarrollar esa labor, por cuanto su condición se lo impedía. Además, que el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 exigía que se contratara externamente la interventoría.

De entrada debe advertirse que la supervisión de los contratos es un deber de las entidades públicas (artículo 4 de la Ley 80 de 1993), que bien pueden realizarla a través de supervisores o interventores para que verifiquen la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades del contratista de la entidad pública. Esa labor es principalmente de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato y no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial¹¹.

El ordenamiento jurídico admite que este tipo de funciones puedan ser encargadas a los funcionarios públicos de la entidad demandada, sin que se enmarquen en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

¹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de febrero de 2013, exp. 25.191, M.P. Danilo Rojas Betancourth. Vale aclarar que estas precisiones fueran hechas para un contrato suscrito en vigencia de la Ley 80 de 1993.

Efectivamente, de vieja data, el artículo 120 del Decreto Ley 222 de 1983¹², al definir las calidades del interventor, señaló que las entidades públicas verificarían la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de sus contratistas por medio de un interventor. Este podía ser funcionario suyo o ser contratado externamente. Lo anterior significaba que en vigencia del mencionado decreto la denominación de interventor se utilizaba indistintamente de la vinculación que este tuviera con la entidad pública.

Actualmente, la cuestión se mantiene en similares condiciones, sólo que se considera supervisor al funcionario de la entidad pública que desarrolle la vigilancia de los contratos de esta última, sin perjuicio de que esa labor se pueda apoyar a través de contratos de prestación de servicios, pero no para asumir la supervisión, so pena de variar de una consultoría a otra tipología diferente y, por consiguiente, de eludir procesos de selección. Por su parte, se hablará de interventor cuando se trate de una vigilancia externa o contratada¹³.

¹² Dicha norma disponía: “La entidad contratante verificará la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas por medio de un interventor, que podrá ser funcionario suyo. // También se podrá contratar la interventoría con personas naturales o jurídicas especializadas que posean experiencia en la materia y que estén registradas, calificadas y clasificadas como tales. // En los contratos de obras el funcionario público que ejerza la interventoría o la persona que el contratista coloque al frente del obra, deberá ser ingeniero o arquitecto matriculado, con experiencia profesional no menor de 3 años”.

¹³ Efectivamente, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 prescribió: “Supervisión e interventoría contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda. // La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos. // La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría. // Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato

Acción contractual – Expediente 27426

Actor: I.D.U.

Demandados: Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores y otra
Confirma fallo de primera instancia – accede a las pretensiones

Excepcionalmente, la Ley impone la contratación de esta clase de labores.

Es así como, el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 prescribe:

DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

1o. Contrato de Obra.

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

En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto (se destaca).

Como se observa, la exigencia de contratar la interventoría está reservada a los contratos de obra que resulten de una licitación pública o de un concurso de méritos. Tipología de contratos que corresponde a la ejecución de cualquier trabajo material sobre bienes inmuebles, que dista del objeto contractual del contrato 071 de 1995 *sub judice*, que no es otro que la elaboración de unos estudios y diseños, es decir se trata de un contrato de consultoría, en los términos del numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que dispone:

DE LOS CONTRATOS ESTATALES. (...).

2o. Contrato de Consultoría.

principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor. // El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal”.

*Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a **los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión**, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.*

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato (se destaca).

De lo expuesto, puede concluirse que los contratos de consultoría, aunque pueden ser el resultado de un concurso de méritos, de ello no se sigue que su interventoría deba ser contratada, toda vez que es obligatorio en los contratos de obra, en los términos arriba expuestos. En consecuencia, la administración tendrá la posibilidad de escoger la mejor opción para adelantar la vigilancia del contrato. Es así como de acuerdo con las necesidades decidirá nombrar un funcionario público o contratarla. En ese marco, la entidad demandada bien podía actuar como lo hizo.

En esos términos, el cómputo del plazo para la ejecución del contrato de consultoría en estudio inició a computarse desde el día en que las partes, sin ninguna salvedad, suscribieron el acta de inicio, esto es, el 31 de enero de 1996. En consecuencia, el contrato vencía originalmente el 31 de mayo de esa anualidad; sin embargo, como el 27 de mayo de 1996 las partes prorrogaron el plazo hasta el 15 de julio de 1996 (fl. 15, c. 2 ppal), este fue el límite para la entrega del objeto contractual. Sin embargo, de acuerdo con el acta n.º 3 del 16 de julio de 1996, la entrega del objeto contractual fue incompleta (fls. 50 y 51, c. 2 pruebas) y sólo se constató el 15 de noviembre de 1996 (fl. 62, c. 2 pruebas).

Cabe advertir que resulta inaceptable el argumento de la apelación, según el cual la prórroga que solicitó y finalmente aprobada lo fue por 45 días y que

por desconocimiento del contratista firmó una prórroga por un 1 mes y 15 días, lo cual violó su debido proceso al desconocer los acuerdos iniciales sobre la ampliación del plazo. Al respecto, debe señalarse que la prórroga se firmó sin salvedades y tampoco hay pruebas que demuestren vicios del consentimiento que den lugar a respaldar lo afirmado por la apelante.

Ahora, las gestiones posteriores al plazo máximo para la entrega constituyen labores propias para establecer lo ejecutado, sin que ellas puedan entenderse como prórrogas o plazos de gracia para el contratista, toda vez que para el efecto se requiere que el plazo contractual se prorrogue antes de su vencimiento, tal como lo imponía el parágrafo 2º artículo 829 del Código de Comercio¹⁴, exigencia que no se cumplió en el *sub lite*.

Por último, el hecho de que no se impusieran multas, tampoco relevaba a la entidad para reclamar judicialmente los incumplimientos y los perjuicios causados; por el contrario, una actuación diferente sí comprometería el principio de responsabilidad que rige para los contratos estatales. Tampoco puede sostenerse que la ausencia de ese tipo de requerimientos de lugar a sanear el incumplimiento del contratista, toda vez que como quedó visto conocía desde el inicio el plazo máximo para ejecutar su compromiso, sin que en ningún momento hubiera advertido a la entidad contratante sobre su imposibilidad de cumplir. En todo caso, la entidad contratante, a través de su interventor, requirió y estuvo al tanto de la ejecución contractual, como da cuenta el informe de avance n.º 1 del 27 de junio de 1996 (fls. 41 a 48, c. 2 pruebas).

En esos términos, el cargo en estudio no está llamado a prosperar, toda vez que el plazo se venció sin que el contratista hubiera satisfecho su débito contractual.

¹⁴ Dicha norma disponía: “Plazos. (...) Parágrafo 2.- Los plazos de gracia concedidos mediante acuerdo de las partes, con anterioridad al vencimiento del término, se entenderán como prórroga del mismo”.

(ii) El acta de liquidación bilateral declaró a paz y salvo a las partes

Frente a este cargo, debe señalarse que si bien el 25 de noviembre de 1997, mediante acta n.º 6, las partes liquidaron por mutuo acuerdo el contrato (fls. 165 a 169, c. 2 pruebas), lo cierto es que en ella el I.D.U. dejó salvedad de *los derechos que se puedan generar a favor del IDU por concepto de la demanda instaurada ante el tribunal administrativo de Cundinamarca, bajo el número 13019*” (fl. 167, c. 2 pruebas).

Lo anterior es suficiente para concluir que los derechos derivados del presente proceso no fueron objeto de la liquidación bilateral, en tanto se dejó salvedad clara, precisa y detalla en la susodicha acta sobre el particular¹⁵.

(iii) La entrega total de lo contratado se dilató por circunstancias ajenas al contratista

La contratista demandada estimó que la aprobación de las empresas de servicios públicos impidió cumplir en el tiempo pactado, al punto que en el acta n.º 3 del 16 de julio de 1996 se aceptaron estas explicaciones y se otorgaron 30 días para el cumplimiento de lo pactado.

¹⁵ Entre otras ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 22 de noviembre de 2011, exp. 19.931, M.P. Danilo Rojas Betancourth. En esa oportunidad, se reiteró: “25. De igual forma, se ha indicado que las observaciones de inconformidad deben formularse de manera clara, concreta y específica, sobre aspectos que se pacten en el acta de liquidación bilateral respectiva, toda vez que sólo se podrá acudir ante la jurisdicción para reclamar el reconocimiento de las observaciones efectuadas en estas condiciones. En este sentido se ha considerado que: “Pero cuando el acta de liquidación final no es acogida totalmente por una de las partes por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o porque considera que deben incluirse algunos conceptos que no fueron tenidos en cuenta y, por esta razón, la suscribe dejando constancia de tales circunstancias de inconformidad, deja abierta la posibilidad de una reclamación en sede judicial, pero únicamente respecto de aquellos temas puntuales materia de discrepancia que quedaron consignados en ella.”//Las salvedades dejadas en el acta de liquidación tienen como finalidad salvaguardar el derecho del contratista a reclamar, hacia futuro, ante la autoridad judicial, el cumplimiento de obligaciones que considera quedaron pendientes por la ejecución del contrato”.

De entrada debe señalarse que efectivamente está probado que las gestiones ante las empresas de servicios públicos se dilataron de forma significativa. Así se tiene que ante la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y CODENSA S.A. E.S.P. la aprobación de los estudios y diseños se prolongaron hasta marzo y mayo de 1998 (fls. 50, 165 y 166, c. 2 pruebas), esto es, mucho más allá del plazo contractual.

Con todo, se observa un comportamiento atribuible al contratista, toda vez que desde la solicitud de prórroga del contrato advirtió esas dificultades y, además, para superarlas solicitó un plazo adicional de 45 días (fl. 39, c. 2 pruebas), lo cual, como da cuenta la ejecución contractual, resultó totalmente insuficiente, sin que antes del vencimiento de la prórroga lo advirtiera; por el contrario, desde el informe de avance n.º 1 del 27 de junio de 1996, la interventoría advirtió al I.D.U. la falta de compromiso del consultor, la ausencia total del director del proyecto y la poca dedicación por parte de los especialistas (fls. 41 a 48, c. 2 pruebas).

Igualmente, se observa que el 18 de julio de 1997, la contratista envió a la interventoría un cuadro donde relacionaba todas las entregas de documentos para la aprobación de las entidades de servicios públicos, las cuales, a su juicio, estaban dentro del plazo contractual (fls. 58 y 59, c. 2 pruebas). Sin embargo, se observa que en esa misma comunicación hay documentos que se remitieron para su primera revisión el 16 y 24 de julio de 1996, particularmente, a la Empresa de Teléfonos de Bogotá y la Secretaría de Tránsito y Transporte (fl. 59, c. 2 pruebas), es decir, con posterioridad al 15 de julio de 1996, cuando expiró el plazo contractual.

Tampoco resulta admisible el argumento de la apelante, cuando sostiene que en el acta de entrega del 15 de noviembre de 1996, el objeto contractual se recibió *“de acuerdo con lo previsto en el contrato”*, es decir, que el objeto contractual se recibió sin ninguna objeción, lo cual desdice el incumplimiento imputado por el *a quo*.

Como se advirtió, las gestiones posteriores al vencimiento del plazo contractual no constituyen plazos de gracia al contratista, toda vez que para ello se necesita que las partes de común acuerdo y antes del vencimiento del plazo contractual así lo dispongan, lo cual se echa de menos en esta oportunidad. En consecuencia, la susodicha acta debe entenderse para efectos de las gestiones tendientes a definir la entrega de lo contratado. Tampoco los pagos efectuados en esa misma oportunidad, tienen la entidad jurídica de sanear el incumplimiento, sino que se limitan a reconocer y pagar lo entregado. Lo contrario sí podría constituir un desmedro injustificado para el contratista.

Ahora, Sala advierte que si bien el interventor el 20 de agosto de 1997 (fls. 66 y 67, c. 2 pruebas), comunicada al I.D.U. el 22 del mismo mes y año (fl. 96, c. 2 pruebas), manifestó que los atrasos se debían a las demoras de las empresas de servicios públicos y, por ende, solicitó a la entidad contratante desistir de la presente demanda, lo cierto es que se desconoce si lo hizo en el marco de la interventoría, la cual tenía sólo tres meses de ejecución (fl. 21, c. 2 pruebas); además, esa afirmación contradice lo dicho en sus informes de avance n.º 1 y 2 (fls. 41 a 48 y 52 a 56, c. 2 pruebas), en los cuales advirtió incumplimientos sistemáticos del contratista, sin que en ningún momento hiciera las salvedades contenidas en la comunicación de 1997 arriba citada. Asimismo, en la declaración rendida por su representante legal ante el *a quo*, que es la misma persona que fungía como tal para la fecha de los hechos que aquí se estudian, se limitó a referir el incumplimiento del contratista sin mencionar lo aquí cuestionado (fl. 100 a 102, c. 2 pruebas).

En los anteriores términos, los cargos propuestos por la parte demandada son infundados y se impone desestimarlos.

3.3.2. Los cargos de Confianza S.A.

Acción contractual – Expediente 27426
Actor: I.D.U.
Demandados: Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores y otra
Confirma fallo de primera instancia – accede a las pretensiones

La Sala reitera lo afirmado frente a los cargos que reprodujeron los argumentos de alzada de la sociedad Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores; sin embargo, en la alzada sostuvo que no se probaron los perjuicios causados.

Al respecto, debe señalarse que la cláusula penal pecuniaria constituye una estimación anticipada de perjuicios, en esta oportunidad pactada a favor del I.D.U. cuando se produjeran incumplimientos del contratista (cláusula décima segunda). En ese orden, el artículo 1599 del Código Civil señala que habrá *“lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución no inferido perjuicio al acreedor o le producido beneficio”*. En consecuencia, el cargo formulado por la aseguradora no está llamado a prosperar.

Por último, la condena impuesta se actualizará desde el momento en que se incumplió, julio de 1996, hasta la fecha de la presente sentencia, así:

$$\text{\$17.790.183} \times \frac{\text{117.84 (IPC final, nov. 2014)}}{\text{36.16 (IPC inicial, jul. 1996)}} = \text{\$57.975.529.00.}$$

En los anteriores términos, se modificará la sentencia de primera instancia.

Ahora, precisa señalar que el depósito judicial efectuado por la aseguradora Confianza S.A. (fl. 213, c. ppal 2), por valor de \\$17.790.193, con el fin de evitar de que en el supuesto de una sentencia condenatoria se haga más gravosa su situación, no afecta las sumas aquí reconocidas, toda vez que se trata de una mera liberalidad, en tanto la obligación contenida en la sentencia de primera instancia no es definitiva, toda vez que fue objeto del recurso de

Acción contractual – Expediente 27426

Actor: I.D.U.

Demandados: Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores y otra

Confirma fallo de primera instancia – accede a las pretensiones

apelación, es decir, no está en firme. Además, tampoco se consintió en dicho pago¹⁶ ni el juez autorizó la consignación¹⁷.

En todo caso, el I.D.U. podrá iniciar las reclamaciones tendientes a la entrega de ese depósito judicial con el fin de amortizar el pago aquí ordenado.

4. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

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

F A L L A

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 4 de marzo de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento del contrato n.º 071 del 29 de diciembre de 1995, por parte de la firma Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores.

SEGUNDO: CONDENAR a la firma Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores y/o a la aseguradora Confianza S.A. a pagar al Instituto de Desarrollo Urbano I.D.U., la suma de cincuenta y siete millones

¹⁶ El artículo 1635 del Código Civil dispone: “PAGO A PERSONA DISTINTA DE QUIEN SE DEBE. El pago hecho a una persona diversa de las expresadas en el artículo precedente, es válido, si el acreedor lo ratifica de un modo expreso o tácito, pudiendo legítimamente hacerlo; o si el que ha recibido el pago sucede en el crédito, como heredero del acreedor, o bajo otro título cualquiera. // Cuando el pago hecho a persona incompetente es ratificado por el acreedor, se mirará como válido desde el principio”.

¹⁷ El artículo 1659 del Código Civil prescribe: “AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE LA CONSIGNACIÓN. El juez, a petición de parte, autorizará la consignación y designará la persona en cuyo poder deba hacerse”.

Acción contractual – Expediente 27426

Actor: I.D.U.

Demandados: Hidrotec Ltda. Ingenieros Consultores y otra

Confirma fallo de primera instancia – accede a las pretensiones

novecientos setenta y cinco mil quinientos veintinueve pesos (\$57.975.529.00) moneda corriente.

TERCERO: *El Instituto de Desarrollo Urbano I.D.U. podrá hacer efectivo el depósito judicial obrante a folio 213 del cuaderno principal 2 por valor de diecisiete millones setecientos noventa mil ciento noventa y tres pesos (\$17.790.193.00). Asimismo, realizará los cruces de cuenta respectivos para efectos de obtener el pago total de lo aquí ordenado.*

CUARTO: *Sin costas.*

SEGUNDO: SIN COSTAS, toda vez que no están probadas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado