

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

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C., catorce (14) de octubre de dos mil quince (2015)

Proceso número: 250002326000199705163-02 (33793)
Actor: Instituto de Desarrollo Urbano-IDU
Demandado: Cenerco Ltda. y otro
Acción: Contractual

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Instituto de Desarrollo Urbano y la Compañía de Seguros del Estado S.A., contra la sentencia de 30 de agosto de 2006, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO.- DECLARAR que la firma SENERCO LTDA. hoy CENERCO LTDA. incumplió el contrato No. 067 de diciembre de 1995 y sus adicionales No. 1 y No. 2 suscritos con el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU-.

SEGUNDO.- CONDENAR a la sociedad CENERCO LTDA. y/o a la compañía de SEGUROS DEL ESTADO a pagar al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU- la suma equivalente al 10% del valor del contrato fijada como cláusula penal pecuniaria.

TERCERO.- DECLÁRESE la nulidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones Nos. 597 de diciembre 12 de 1996 y 109 de febrero 17 de 1997 proferidas por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU-.

CUARTO.- DENEGAR las demás súplicas de la demanda principal y la demanda de reconvención.

QUINTO.- A la sentencia deberá darse aplicación a lo dispuesto en los numerales 176 y 177 del C.C.A. Sin costas” (fl. 136 cuaderno ppal.).

I. ANTECEDENTES

1.1 Síntesis del caso

El 14 de octubre de 1997, el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU presentó demanda en ejercicio de la acción contractual en contra de la firma Cenerco Ltda. –hoy Senerco Ltda.- y la Compañía de Seguros del Estado S.A., con el objeto de que se declare el incumplimiento del contrato de consultoría n.º 067 de 10 de diciembre de 1995 y se ordene al contratista y a la aseguradora a pagar la cláusula penal pactada en el contrato, los intereses moratorios con sus respectivas actualizaciones, las costas del proceso y las agencias en derecho.

El actor pone de presente que el 10 de diciembre de 1995 las partes suscribieron el contrato en mención, con el objeto de *“llevar a cabo los estudios y diseños para una red de ciclovías permanentes en el Distrito Capital de Santafé de Bogotá”*, por un plazo de seis meses, contados a partir del 1º de marzo de 1996 y por un valor a precio global de \$349 916 143. Por solicitud del contratista, el 30 de agosto y el mismo día del mes siguiente, las partes prorrogaron el plazo; empero el contratista no presentó los diseños contratados. Asegura que, según los informes de interventoría, habiendo transcurrido el 75% del plazo y empleado el 50% de los recursos, la sociedad demandada solo ejecutó el 25% de los trabajos. Por tanto, la firma interventora recomendó al IDU sancionar al contratista incumplido y proceder a la liquidación del contrato.

Lo anterior dio lugar a la imposición de una multa, mediante las resoluciones n.º 597 y 109 de 12 de diciembre de 1996 y 17 de febrero de 1997, respectivamente. Además, mediante las resoluciones n.º 171 y 398 de 20 de marzo y 29 de agosto de 1997, la entidad liquidó unilateralmente el contrato y ordenó al contratista el pago de \$93 497 593,65 (fls. 11–16, cuaderno 1).

1. PRIMERA INSTANCIA

1.1 La demanda

Con fundamento en lo expuesto, la parte actora impetra las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: Que se declare que la firma Cenerco Ltda. hoy Senerco Ltda. incumplió el contrato 067 del 10 de diciembre de 1995 celebrado con el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, cuyo objeto consistió en “que el contratista se compromete para con el IDU a llevar a cabo los estudios y diseños para una red de ciclovías permanentes en el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, objeto del concurso de Méritos IDU-CM-SP-01-95, de conformidad con los términos de referencia y la propuesta presentada, los cuales formaron parte integral del contrato; en la cláusula segunda del mismo se estipuló lo siguiente “Estudios y Diseños a realizar: los principales estudios y diseños a realizar, detallados en el capítulo 2° de los términos de referencia del concurso de méritos IDU-CM-SP-01-95 son a) El diseño conceptual y la verificación de los (sic) alternativas establecidas como ciclovías permanentes y su conexión y relación con las ciclovías dominicales, b) Las alternativas de trazado del corredor, c) Los aspectos técnicos y diseños arquitectónicos, urbanísticos, paisajísticos, ambientales de redes y demás obras complementarias para su construcción y d) los estudios financieros e institucionales.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene a la firma Cenerco Ltda. y/o Compañía de Seguros del Estado S.A. en su calidad de garante de las obligaciones del contratista, a pagar el equivalente al 10% del valor del contrato fijado como cláusula penal pecuniaria en caso de incumplimiento del contrato.

TERCERA: Igualmente se ordene a la firma Cenerco Ltda. a considerar a favor del Instituto de Desarrollo Urbano la suma de \$93'497.593.65 pesos Moneda Corriente; valores que quedaron determinados en la resolución 171 de 1997 que liquidó en forma unilateral el contrato 067 de 1995, confirmada mediante resolución No.398 del 29 de Agosto de 1997 encontrándose en firme, gozando de fuerza ejecutoria y presunción de legalidad de este acto administrativo, el contratista se encuentra en mora de cancelar, lo ordenado por lo tanto deberá cancelar intereses moratorios (sic) a la tasa más alta permitida por la ley sobre dicho valor, hasta el día en que su pago se efectúe.

CUARTA: Como consecuencia de la petición anterior se condene a la firma Cenerco a pagar al Instituto de Desarrollo Urbano las sumas que resulten de la actualización de los \$93.497.593.65 teniendo en cuenta la desvalorización monetaria o pérdida del valor adquisitivo de la moneda (corrección monetaria) desde el día que ha debido hacerse la consignación de los valores determinados en el acto administrativo que liquidó el contrato hasta el día en que se verifique su pago total.

QUINTA: Que se condene a la firma Cenerco Ltda y/o a la Compañía de Seguros del Estado al pago de costas del proceso y las agencias en derecho en la cantidad que determine esa H. Corporación” (fls. 10 – 11, cuaderno 1).

1.2 La defensa de los demandados

1.2.1 Sociedad Cenerco Ltda.

La Sociedad Cenerco Ltda. se opuso a las pretensiones. Alegó que cumplió con las obligaciones contractuales a su cargo y que la entidad no podía declarar el incumplimiento y retener los valores adeudados, comoquiera que no tenía competencia para ello, pues estaba obligada a acudir al juez del contrato. Afirmó que la interventoría debía ser adelantada por el IDU directamente y no por la firma Pablo Emilio Bocarejo, Ingenieros consultores y Cia. S en C., *“quien quedó elegido como segundo en el orden de elegibilidad de dicho concurso”* y *“se convirtió en el verdugo del consultor, ya que fue vencido en la licitación por la firma Cenerco Ltda.”*. Adujo que la interventoría no cumplió con sus funciones, no hizo observaciones, tampoco brindó soluciones a los inconvenientes advertidos durante la ejecución del contrato y entorpeció las labores del contratista. Sostuvo que *“los informes dados por el interventor no reflejan la labor ejecutada por el consultor”*. Alegó que el IDU y en cambio el no, incumplió el contrato, pues no pagó las prestaciones ejecutadas y retuvo los dineros sin justificación alguna.

De igual forma, la firma Cenerco Ltda. propuso las excepciones que denominó i) *“incompetencia”* por razón del tiempo, comoquiera que el IDU impuso una sanción al contratista vencido el plazo y por razón de la materia, pues en vigencia de la Ley 80 de 1993 la administración no tiene competencia para declarar el incumplimiento, tampoco para imponer multas; ii) *“exceptio non adimpleti contractus”*, toda vez que el IDU *“no definió el alcance de los trabajos a realizar haciendo incurrir al contratista en ingentes gastos que hoy no quiere reconocer”* y no pagó las facturas 084, 084A y 097A presentadas por el contratista, en los términos acordados y iii) *“carencia de estimación de la cuantía”*, pues la señalada en la demanda carece de fundamento (fls. 34–72, cuaderno 1).

1.2.2. Seguros del Estado S.A.

La aseguradora se opuso a la prosperidad de las súplicas y se atuvo a lo demostrado en el proceso. Dio cuenta de la existencia del contrato y de la póliza de cumplimiento; empero puso de presente que las modificaciones contractuales

fueron aceptadas por la compañía, respecto de la ampliación de las vigencias únicamente. Al respecto, señaló:

“En efecto, en los antecedentes documentales del referido contrato es evidente que los términos de referencia fueron cambiados por la entidad contratante, se solicitó el estudio y diseño de rutas en tramos y longitudes diferentes a las de los términos de referencia, que en ningún momento fueron consultados con el asegurador y las modificaciones en la póliza que a este le solicitaron tan solo fueron para ampliar la vigencia del contrato, ocultándole las verdaderas causas de la necesidad de ampliar el término del contrato. Así las cosas, si durante la ejecución del contrato este se transformó en uno diferente al que se solicitó garantizar, resulta elemental concluir que la aseguradora no se encuentra obligada a responder por un contrato diferente al que se garantizó y si las partes así procedieron se perdió el derecho a la indemnización”.

De igual forma, la demandada propuso las excepciones que denominó i) *“exceptio non adimpleti contractus”*, toda vez que la administración no respetó los términos de la propuesta económica y con posterioridad introdujo cambios en las condiciones del contrato, los cuales no habían sido tenidos en cuenta en la propuesta inicial e ii) *“no adición del contrato e inexistencia de la obligación por parte del asegurador”*, comoquiera que no fue informada sobre la variación de las condiciones del contrato afianzado (fls. 76–81, cuaderno 1).

1.3 Demanda de reconvención¹ y contestación

1.3.1 El 10 de noviembre de 1998, la sociedad Cenerco Ltda. presentó demanda de reconvención en contra del IDU, con el objeto de que se realicen las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución Número 597 de fecha de 12 de diciembre de 1996 expedida por el Instituto de Desarrollo Urbano “Por la cual se impone una sanción”; que se declare que es nula también la Resolución Número 109 del 17 de febrero de 1997, expedida por el Instituto de Desarrollo Urbano “Por la cual se resuelve un recurso de reposición”.

SEGUNDA: Que se declare que es nula la Resolución Número 171 del 26 de marzo de 1996, expedida por el Instituto de Desarrollo Urbano “Por la cual se liquida un contrato”; y que se declare que es nula también la Resolución Número

¹ En el presente asunto la demanda de reconvención fue presentada el 10 de noviembre de 1998, comoquiera que el contrato materia de controversia fue liquidado unilateralmente mediante las resoluciones 171 de 26 de marzo de 1996 y 398 de 29 de agosto de 1997, que la confirmó. Última que fue notificada por edicto el mismo día de su expedición. Mediante proveído de 3 de octubre de 2000, el a quo admitió la reconvención y el 23 de abril de 2002 decretó su perención, la Sección revocó la decisión y dispuso fijar las expensas para surtir la notificación correspondiente (fls. 129-130 c-1 y 1,2, 29-39 c-1 A).

398 del 29 de agosto de 1997, expedida por el Instituto de Desarrollo Urbano “Por la cual se resuelve el recurso”.

TERCERA: Como consecuencia que se declare que CENERCO LTDA. cumplió y se allanó a cumplir el contrato 067 de 1995 y que el IDU no lo hizo así.

CUARTA: Que como consecuencia de la nulidad de las resoluciones (..) se proceda a liquidar el contrato 067 de 1995.

QUINTA: Que se condene, en este orden de ideas, al IDU a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato 067 de 1995.

SEXTA: Que la condena deberá actualizarse desde la fecha en que se causó el perjuicio, incluyendo además intereses en la forma establecida en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993.

SÉPTIMA: Que se condene al Instituto de Desarrollo Urbano al pago de las costas del proceso en las agencias de derecho en la cantidad que determina esa honorable corporación” (fls. 1–2, cuaderno 3).

La sociedad Cenerco Ltda. estimó el valor de sus pretensiones en la suma de \$599 503 569,8, por i) el no pago de las facturas número 084, 084 A y 097 A, en razón de \$104 974 842; ii) intereses de mora que ascienden a la suma de \$8 681 945; iii) un saldo del 20% del valor del contrato, por la cantidad de \$211 164 016 y iv) las actualizaciones de cada valor a 30 de septiembre de 1998.

El contratista hizo un recuento de los hechos que tuvieron lugar antes y durante la ejecución de los trabajos contratados. Entre ellos destacó que el proceso de selección que trajo como resultado la suscripción del contrato 067 de 1995 se realizó mediante concurso de méritos, en el que presentaron oferta Cenerco Ltda. y Pablo E. Bocarejo H. Ingenieros y Consultores. Afirmó que ambos proponentes obtuvieron igual puntaje, por lo que la selección se dio por sorteo. El contrato se firmó el 10 de diciembre de 1995 y la iniciación de los trabajos tuvo lugar el 1º de marzo de 1996, esto es seis meses después de lo previsto en los pliego de condiciones.

Cenerco Ltda. puso de presente que al inicio de las obras el IDU no había contratado la interventoría correspondiente y que las partes adelantaron sendas reuniones con el propósito de definir y precisar aspectos relativos al proyecto.

La sociedad consultora sostuvo que la firma interventora posteriormente contratada por la entidad desconocía los acuerdos a los que se habían llegado, *“lo que devino en una serie de oficios que entorpecieron la labor”*.

La sociedad Cenerco Ltda. dio cuenta de haber suscrito dos prórrogas, por causas imputables a la entidad y a terceros. Afirmó que el IDU modificó el objeto del contrato y solicitó al contratista alternativas no contempladas en la propuesta inicial.

Cenerco Ltda. admitió haber incrementado el personal y los costos para dar cumplimiento a las solicitudes de la entidad, pues, según su versión, serían reconocidos como adicionales; empero el IDU no incumplió dando lugar al desequilibrio económico. Adujo que a través del contrato adicional n.º 1, las partes redefinieron los alcances del objeto contractual, al tiempo que acordaron suspender las labores en diversas ocasiones y en distintos tramos.

La parte actora en reconvención dio cuenta del incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Evidenció que la firma Pablo E. Bocarejo H. Ingenieros y Consultores entorpeció el trabajo de la firma consultora, al punto que la entidad solicitó al contratista que le entregara los diseños directamente, empero, aún siendo la administración conocedora de la actuación reprochable de la interventoría, no tomó medida alguna. Puso de presente que el IDU abrió las licitaciones con los diseños presentados por la firma Cenerco Ltda. Sostuvo que *“cumplió el contrato en un porcentaje superior al 90% y no lo hizo en su totalidad porque la administración, a través de la interventoría, hizo todo lo posible para que no se lograra la finalidad del contrato”*. Adujo que *“(.) en el fondo la interventoría no hizo otra cosa que poner de presente con sus glosas que la adjudicación no se le debió hacer a Cenerco Ltda., ya que ella tenía mejores ideas para sacar adelante el proyecto”*.

Por último, la sociedad Cenerco Ltda. insistió en la falta de competencia del IDU para imponer multas en vigencia de la Ley 80 de 1993 y por vencimiento del plazo contractual (fls. 1-49, cuaderno 3).

1.3.2 El Instituto de Desarrollo Urbano se opuso a las pretensiones y se atuvo a lo demostrado en el proceso. Propuso las excepciones de i) contrato no cumplido, pues las partes acordaron obligaciones recíprocas relacionadas con el objeto del contrato 067 de 1995; empero la firma CENERCO LTDA. incumplió con las que le correspondían, tal y como quedó demostrado con los informes de interventoría allegados al proceso, *"(..) en donde igualmente se aporta a los mismos la correspondencia cruzada, las ayudas de memoria y los planos presentados por la firma CENERCO LTDA."* A juicio de la interventoría, los estudios presentados por CENERCO eran superficiales y no podían considerarse como proyectos definitivos y, a la fecha de vencimiento del plazo contractual, la labor ejecutada era del 25% y ii) *"inexistencia de vicios que invaliden la provisión de legalidad de los actos administrativos que impusieron una sanción y liquidaron el contrato"*, en la medida en que las decisiones fueron debidamente motivadas (fls. 45-50 cuaderno 1A).

1.4 Alegatos de conclusión

1.4.1 El Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación a la demanda de reconvención. Soportó la legalidad de los actos administrativos acusados en los informes de interventoría que dan cuenta del incumplimiento del contratista. Insistió en la objeción por error grave del dictamen pericial practicado en el proceso, por falta de fundamentación y objetividad (fls. 81–86, cuaderno 1A).

1.4.2 Seguros del Estado S.A., por su parte, insistió en la ausencia de responsabilidad por no haber hecho parte de las modificaciones que suscribieron las partes. Dio cuenta de la falta de profesionalismo de la interventoría y la enemistad evidente con la firma consultora. Puso de presente el cumplimiento del contratista, pues, *"de no haber sido así, las obras diseñadas no habrían sido construidas (..), los diseños propuestos fueron utilizados por la entidad en la construcción de las ciclovías y ciclorutas"*, por lo que, a su parecer, procede el reconocimiento de las labores ejecutadas, tal y como fue demostrado con el dictamen pericial. Al tiempo, señaló que el IDU pretendía el pago de la cláusula penal, es decir el 10% del valor del contrato; empero guardó silencio respecto de la multa impuesta en las resoluciones acusadas, esto es, el 2%, lo que, en su

sentir, es *“una actitud ilegal ya que las sanciones impuestas no pueden superar el 10% del valor del contrato”* (fls. 87–95, cuaderno 1A).

1.5 Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 30 de agosto de 2006, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones. Encontró acreditado el incumplimiento del contratista y condenó a la sociedad CENERCO Ltda. y/o a la Compañía de Seguros del Estado a pagar a favor del IDU la suma equivalente al 10% del valor del contrato, por concepto de cláusula penal pecuniaria. Al tiempo, declaró la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad pública contratante impuso multas, esto es las resoluciones números 597 de 12 de diciembre de 1996 y 109 de 17 de febrero de 1997. Declaró la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido propuesta por el instituto demandante, *“(..) en cuanto el contratista incumplió con las obligaciones tales como la entrega de diseños y las demás derivadas de la relación contractual, situación debidamente acreditada con los informes de interventoría”*. Estableció la obligación solidaria que existía entre la compañía de seguros y el contratista y declaró infundada la objeción por error grave, formulada por el IDU en contra del dictamen pericial.

De igual forma, el *a quo* encontró acreditado el cargo de ilegalidad de falta de competencia del IDU para imponer multas, comoquiera que, en vigencia de la Ley 80 de 1993, la administración no estaba facultada para ello.

En cuanto a la liquidación unilateral del contrato, el Tribunal sostuvo que la entidad actuó conforme a derecho y puso de presente que la parte actora en reconvencción no probó la nulidad de los actos que así lo dispusieron. Tampoco el desequilibrio contractual alegado; empero señaló que *“para la efectividad del saldo a favor de la entidad estatal ha de tramitarse un proceso ejecutivo, para el cual es competente esta jurisdicción”* (fls. 91-136 cuaderno ppal.).

2. SEGUNDA INSTANCIA

2.1 Recurso de apelación²

Inconformes, el Instituto de Desarrollo Urbano y la compañía de Seguros del Estado impugnaron la decisión.

2.1. El Instituto de Desarrollo Urbano pone de presente su inconformidad, en lo que tiene que ver con la negativa del *a quo* en disponer el pago del saldo a favor de la entidad, contenido en las resoluciones de liquidación unilateral, fundado en que la pretensión debe tramitarse mediante un proceso ejecutivo. Sostiene que dicha petición sí puede ventilarse en el *sub lite*, pues con el acervo probatorio se estableció el incumplimiento del contratista, quien salió a deber a la entidad. Del contenido de la alzada se transcribe el siguiente aparte:

“(..) le solicito se sirva reformar la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar el pago a favor el IDU la suma de \$93.497.593,65 valor que quedó plenamente determinado en la resolución 171 de 1997 mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato 067 de 1997, confirmada mediante la resolución 398 del 29 de agosto de 1997, actos administrativos que fueron demandados en el presente proceso por el demandado en la demanda de reconvención y sobre los cuales, una vez verificado el acervo probatorio, se declaró la legalidad de los mismos, en consecuencia, de acuerdo a lo pretendido, se ordene el pago de los dineros solicitados por la entidad, lo mismo que se ordene el pago de los intereses moratorios a la tasa más alta permitida en la ley, hasta el día en que su pago se efectúe”(fls. 139, 154-159 cuaderno ppal.).

2.2. Seguros del Estado, por su parte, da cuenta de que su inconformidad radica en la declaratoria de incumplimiento del contratista y la solidaridad con la compañía de seguros. Insiste en que la sociedad CENERCO Ltda. cumplió con las obligaciones contractuales a su cargo y enjuició los planteamientos del *a quo*, en el sentido de valorar solamente los informes de interventoría y no los elaborados por el contratista que, según su versión, desvirtuaban lo afirmado por el interventor. Así mismo, solicitó considerar el dictamen pericial practicado en el proceso, el cual, a su parecer, fue desconocido por el Tribunal. Considera que la experticia demuestra las labores ejecutadas por la sociedad, las que *“(..) sirvieron al IDU para licitar y construir los diferentes tramos de ciclovías y ciclopuentes y que tales estudios y diseños fueron acertados por cuanto las obras presentaban estabilidad*

² Los recursos fueron interpuestos el 22 y 27 de septiembre de 2006.

y se encontraba integradas al medio ambiente”. Evidencia, además, “(..) hostilidades entre el contratista y el interventor y que por ello en los informes de interventoría se observaban incongruencias en la presentación del estimativo del trabajo ejecutado”.

En cuanto a la solidaridad con la aseguradora, la recurrente alega que el IDU y CENERCO Ltda. no podían modificar las condiciones iniciales del contrato, sin el consentimiento expreso de la compañía de seguros, en su condición de garante. Al respecto sostiene:

“Existe evidencia documental contenida en el acta de negociación de la propuesta económica y también en el dictamen pericial, donde se afirma que la interventoría solicitó cambios en el proyecto y que Cenerco atendió las sugerencias que no modificaba sustancialmente lo realizado, igualmente en acta de fecha diciembre 5 de 1995 se eliminó el estudio de impacto ambiental y se negoció por un estudio de manejo ambiental.

Desde la contestación de la demanda advertimos que la aseguradora se enteró de la renegociación de la propuesta económica con la presentación de la demanda, desconociéndose las razones de la misma, siento esto un hecho plenamente demostrado en el proceso y protuberante frente al contrato de seguro, que necesariamente acarrea consecuencias legales, pues la aseguradora no fue invitada a las reuniones donde se modificó el contrato, ni fue notificada de tal situación y por ello no puede cargar con las consecuencias de un contrato que no corresponde al originalmente garantizado y es por ello que solicitamos la revocatoria de la sentencia para que se declare la inexistencia de obligaciones a cargo de Seguros del Estado S.A.” (fls. 138, 160-164 cuaderno ppal.).

2.2 Alegaciones finales

El IDU y Seguros del Estado S.A. reiteraron los argumentos esgrimidos en la alzada (fls. 169-174 cuaderno ppal.).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por el Instituto de Desarrollo Urbano y la Compañía de Seguros del Estado S.A., en contra de la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones, dado que la cuantía alcanza la exigida en

vigencia del Decreto 597 de 1988³, para que ésta Sala conozca de la acción contractual en segunda instancia.

2. Asunto que la Sala debe resolver

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por el Instituto de Desarrollo Urbano y la Compañía de Seguros del Estado S.A., contra la sentencia de 30 de agosto de 2006, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con miras a analizar los argumentos de la apelación, dirigidos a controvertir, en esencia, i) la procedencia de la acción ejecutiva para obtener el pago del saldo a favor de la entidad y ii) la responsabilidad solidaria de la compañía de seguros, en su condición de garante.

Aunado a lo anterior, no obstante no haber sido propuesto en la alzada, la Sala abordará de oficio el cargo de falta de competencia de la entidad pública contratante para imponer multas y su injerencia en el balance financiero de la liquidación unilateral del contrato. Esto comoquiera que la jurisprudencia de la Sección ha considerado que el vicio de incompetencia es de tal gravedad, que incluso puede dar lugar a la declaratoria oficiosa de nulidad de los actos, evidentemente afectados con dicha irregularidad⁴.

Debe, en consecuencia la Sala analizar los hechos probados y, de esta forma, resolver si hay lugar a conceder las pretensiones.

2.1 Hechos probados

Serán tenidos en cuenta los documentos aportados por la parte actora en las oportunidades legales, los remitidos por la entidad pública demandada, las respuestas de diversas autoridades a los requerimientos del Tribunal y los

³ El 14 de octubre de 1997, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción contractual tuviera vocación de doble instancia era de \$13 460 000 -artículos 129 y 132 del C.C.A. subrogados por el Decreto 597/88- y la mayor de las pretensiones de la demanda fue estimada por la parte actora en la suma de \$93 497 593.65, por el saldo a favor de la entidad.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2006, expediente 13414, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Reiteración en sentencia de 14 de junio de 2012, M.P. Danilo Rojas Betancourth, exp. 22223.

testimonios recibidos en el curso del presente asunto, pues se trata de pruebas decretadas y practicadas dentro de las oportunidades procesales.

De conformidad con el acervo probatorio que reposa en la actuación, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

2.1.1 El Instituto de Desarrollo Urbano y la sociedad Senerco Ltda. suscribieron el contrato de consultoría n.º 067 el 10 de diciembre de 1995, con el objeto de que el contratista adelantara *“(..) los estudios y diseños para una red de ciclovías permanentes en el distrito capital de Santa Fe de Bogotá”*, en plazo de seis meses y por un valor de \$349 916 143.

En desarrollo del objeto contractual, el contratista, si bien adelantó estudios, lo ejecutado no cumplió con las especificaciones técnicas previstas en los términos de referencia ni acorde con el objeto y alcance contractual. Lo anterior, soportado con los informes de interventoría, los que reflejan la realidad de lo acontecido.

Para sustentar lo expuesto, la Sala destaca, por orden cronológico, las actuaciones sobre el desarrollo contractual que interesan al proceso:

1. La Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá dio apertura al concurso de méritos n.º IDU-CM-SP-01-9, con el objeto de contratar el *"Estudio y diseño de Ciclovías permanentes en el Distrito Capital"*. Para el efecto, publicó los términos de referencia, en agosto de 1995 (cuaderno 10).

2. En la actuación reposa un cuadro contentivo de la descripción de los costos de la propuesta presentada por CENERCO LTDA., en septiembre de 1995, por valor de \$448 447 341 (fls. 53-54 cuaderno 3).

3. Entre los días 4 y 5 de diciembre siguiente, el representante de la firma Senerco Ltda., el Subdirector de Programación y de Construcciones del IDU y el asistente de la dirección general de la entidad se reunieron para revisar la propuesta económica presentada por el primero de los nombrados, en cuanto al

equipo de trabajo, la subcontratación, los costos de asesoría externa, el factor multiplicador y el presupuesto, para lograr un ajuste por la suma de \$349 916 143 mcte. Estas fueron las conclusiones de la reunión:

“Luego de un análisis detallado los Subdirectores de Programación y Construcciones conceptuaron lo siguiente:

1.- Valor presupuesto Instituto: \$280.572.368

2.- Valor propuesta ajustada de Senerco Ltda.: \$349.916.143

*3.- Se adicionó personal no contemplado por el Instituto de forma tal que nos ajustamos al alcance ofrecido por Senerco Ltda.
(..)*

4.- Se aceptó el alquiler de un distanciómetro por 3 meses, para agilizar los trabajos topográficos.

5.- Se aceptaron (sic) la ejecución de 60 apliques o barrenos y 120 metros de sondeos para las investigaciones de suelos.

6.- Se aceptaron 20 ensayos de laboratorio de calidad de agua y 30 ensayos de laboratorio de suelos para reformar la información técnica para los estudios de impacto ambiental.

7.- Se aceptaron 6 meses más de alquiler de vehículos considerando un mayor trabajo de campo.

8.- Se estableció como forma de pago: 40% de anticipo. Y a partir del segundo mes pagos mensuales del 10% hasta el quinto mes, previo informe y autorización de la interventoría y un pago final del 20% a la entrega del informe final recibido a satisfacción” (fls. 54 al 56 cuaderno 1A).

4. El 6 de diciembre del mismo año, mediante la resolución n.º 674, el Instituto de Desarrollo Urbano adjudicó el contrato a la firma CENERCO LTDA., por un valor de \$349 916 143 y un plazo de ejecución de seis (6) meses (fls. 51-53 cuaderno 4).

5. El 10 de diciembre de 1995, el Instituto de Desarrollo Urbano y la sociedad Senerco Ltda. suscribieron el contrato de consultoría n.º 067, con el objeto de que el contratista adelantara *“(..) los estudios y diseños para una red de ciclovías permanentes en el distrito capital de Santa Fe de Bogotá, objeto del Concurso de Méritos IDU-CM-SP-01-95 de conformidad con los Términos de Referencia y la propuesta presentada que forman parte integrante del Presente Contrato y bajo las condiciones estipuladas en este documento”* (cláusula primera)⁵.

⁵ Del contenido de los actos acusados se conoce que el contrato objeto de estudio fue adjudicado a la firma Senerco Ltda. mediante resolución n.º 674 de 6 de diciembre de 1995,

En relación con el alcance del objeto contractual, los contratantes acordaron en el parágrafo único del artículo primero lo siguiente:

“Parágrafo único.- UBICACIÓN DE LOS PROYECTOS: La localización de las obras que serán diseñadas bajo los criterios que se establecen en los Términos de Referencia del Concurso de Méritos IDU-CM-SP-01-95 se encuentran ubicadas a lo largo del Canal Arzobispo y del Canal de Los Molinos así: a) las áreas paralelas al Canal Arzobispo, saliendo del Parque Nacional, tomando el cauce del Canal (Avenida 39) y la Avenida Ciudad de Quito, pasando por la universidad Nacional, con la posibilidad de tomar el Canal del Salitre o llegar al Gran Parque Simón Bolívar, b) Saliendo del Parque Simón Bolívar y siguiendo por el Canal del Salitre pasando por la Laguna del Juan Amarillo, hasta el Río Bogotá, cruzando la Avenida Regional Longitudinal, c) De la Avenida Regional Longitudinal por el Río Juan Amarillo y a la altura del Club de los Lagartos para tomar el Canal de Córdoba y seguir por el Canal de los Molinos hasta por lo menos la Carrera Séptima (cra. 7ª), d) Lo anterior, en una longitud aproximada de veinticinco kilómetros (25 kms), utilizando en los sectores donde se requiera, las zonas verdes anexas a los canales o parte de la calzada vehicular”.

En la cláusula segunda, las partes identificaron los estudios y diseños a realizar, así:

“Cláusula segunda.- ESTUDIOS Y DISEÑOS A REALIZAR: Los principales estudios y diseños a realizar, detallados en el Capítulo 2º de los Términos de Referencia del Concurso de Méritos IDU-CM-SP-01-95, son: a) El diseño conceptual y la verificación de las alternativas establecidas como ciclovías permanentes y su conexión y relación con las ciclovías dominicales, b) las alternativas del trazado del corredor, c) Los aspectos técnicos y diseños arquitectónicos, urbanísticos, paisajísticos, ambientales de redes y demás obras complementarias para su construcción, d) los estudios financieros e institucionales”.

Las partes pactaron un plazo de ejecución de seis meses, contados a partir del acta de inicio y un valor por la suma de \$349 916 143, “valor acorde con el Acta de Negociación de la Propuesta Económica de cuatro (4) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995)”, pagadera así: i) un 40% del total por concepto de anticipo; ii) con pagos mensuales del 10% entre el segundo y quinto mes y iii) un 20% con la entrega final de los estudios, a satisfacción de la contratante (cláusulas cuarta, quinta y séptima).

Lo anterior, previo informe y autorización de la interventoría –se destaca:-

dentro del concurso de méritos n.º IDU-CM-SP-01-95. Además, la razón social del contratista cambió a Cenerco Ltda.

“Estas actividades serán certificadas por el Interventor designado por el IDU, previa formulación de las actas de recibo parcial de los diseños, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 19 del Decreto 2150 de 1.995 y presentación del informe mensual, los cuales a su vez deberán ser autorizados por el Subdirector de Programación o su representante. PARÁGRAFO ÚNICO.- INTERESES POR MORA EN LA CANCELACIÓN DE LOS PAGOS ACORDADOS: Cuando el IDU no efectúe los pagos en la forma acordada en esta Cláusula al CONTRATISTA, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la fecha de su causación, reconocerá como intereses de mora el incremento de índices de precios al consumidor certificado por el DANE, entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior: si no ha transcurrido un año completo de la causación del pago, se hará proporción en los días transcurridos”.

En la cláusula novena, el contratista se comprometió a constituir garantía única de cumplimiento con los amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo, cumplimiento, obligaciones laborales y calidad técnica. Así mismo, se obligó a constituir los correspondientes certificados de modificación, *“cuando haya lugar a la modificación del plazo o valor consignado en el contrato”* (parágrafo tercero).

En la cláusula décima, las partes acordaron que, en caso de mora o *“deficiencia en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista”*, este se haría acreedor a multas sucesivas equivalentes cada una hasta por el dos por ciento (2%) del valor del contrato, sin que pueda exceder del 10% y sin perjuicio de la declaratoria de caducidad. De igual forma, establecieron el procedimiento para la imposición de las multas, el cual iniciaría con el informe del interventor. Luego, *“el IDU podrá citar al contratista para solicitarle las explicaciones conducente a determinar el grado de responsabilidad”* y, en caso de que la entidad considere que el incumplimiento amerita la sanción, lo hará en los términos previstos en la Ley 80 de 1993.

Los contratantes también acordaron que el contratista o la compañía de seguros pagaría al IDU una suma equivalente al 20% del valor del contrato, por concepto de cláusula penal pecuniaria (cláusula décima segunda).

6. El 1º de marzo de 1996, el representante de Senerco Ltda., la Coordinadora General de Proyectos, el Gerente del Proyecto de Espacio Público y el arquitecto coordinador del IDU suscribieron el acta de inicio (fls. 74-77 cuaderno 2).

7. El 19 de diciembre del mismo año, el contratista constituyó la póliza única de cumplimiento a favor del IDU, en los términos pactados (fl. 26 cuaderno 2).

8. El 29 de abril de 1996, el IDU y la sociedad Pablo Emilio Bocarejo Ingenieros Consultores y Cía S. en C.S. suscribieron el contrato de interventoría n.º 039, cuyo objeto era adelantar la interventoría técnica del contrato de consultoría n.º 067 de 1995. El 25 de octubre siguiente, el contrato fue prorrogado en dos meses y medio (fls. 12-17 cuaderno 2).

9. El 20 de junio siguiente, el director del proyecto de la firma Senerco Ltda. remitió a la División de Programas Integrados del IDU *“el informe sobre el estudio de afectación de predios y la situación actual de los espacios públicos que están ocupados o invadidos, por los cuales se desarrollará la ciclovía permanente”* (fl. 36 cuaderno 13).

10. El 26 del mismo mes y año, la sociedad Senerco Ltda. presentó a la entidad contratante i) el informe de los predios ocupados o invadidos requeridos para la ciclovía y ii) el plano correspondiente a la afectación de la Universidad Nacional. Y, el 30 de julio siguiente allegó doce planos originales correspondientes al diseño arquitectónico de las ciclovías en los recorridos 1 y 2 entre el Parque Nacional y el Parque Lago El Salitre y 19 planos correspondientes a los diseños arquitectónicos de cuatro puentes (fls. 37, 40, 41 cuaderno 13)

11. El 29 de agosto del mismo año, el contratista modificó la póliza según lo acordado (fl. 27 cuaderno 2).

12. Al día siguiente, las partes prorrogaron el plazo contractual en un mes, *“(..) para revisar el estado del avance del contrato y redefinir los alcances del mismo, según consta en el acta No. 12 del Comité de Adjudicaciones de fecha 23 de agosto de 1996”* (fl. 10 cuaderno 2). Para el efecto, el contratista se comprometió a constituir los certificados de modificación de las garantías.

El mismo día, el contratista puso de presente a la entidad que, a dos días del vencimiento del plazo, la interventoría realizó observaciones a los diseños, sin que haya interferido con anterioridad (fl. 54 cuaderno 13).

13. El 30 de septiembre del mismo mes y año, los contratantes de nuevo prorrogaron el plazo en dos meses y medio, esto es hasta el 15 de diciembre de 1996. En el documento consta que el contratista se comprometió a *“(..) entregar antes del día 23 de octubre de 1996 un cronograma detallado, semana a semana por actividades y subactividades, para la entrega final de todos los estudios y diseños objeto del contrato”* (fl. 11 cuaderno 2).

El mismo día, la Compañía de Seguros del Estado S.A. expidió los certificados de modificación a la póliza única de cumplimiento n.º 9539340, en razón de las prórrogas del contrato n.º 067 de 1995 (fl. 26 cuaderno 2).

14. El 5 de diciembre de 1996, el Asesor del IDU puso de presente al Director Ejecutivo de la entidad los reiterados incumplimientos del contratista y su falta de voluntad para satisfacer el objeto contractual:

"1. El consultor no tiene voluntad de terminar el contrato, como ha quedado constancia en las reuniones y comunicaciones recibidas por él.

2. El consultor está tratando de distraer a la Administración para lograr que el tiempo de adición, termine para cambiar las condiciones desfavorables que tiene en el momento.

3. El tiempo de adición dado en la última prórroga hubiera sido suficiente para terminar por lo menos el primer tramo (licitado), si el Consultor no hubiera cambiado los acuerdos de la reunión del 5 de noviembre de 1996.

4. La evaluación efectuada por los Asesores del IDU en las diferentes reuniones realizadas desde el 18 de octubre del 5 de diciembre, concluyen que en el actual estado del proyecto, es imposible para el consultor terminar siquiera el primer tramo (Parque Nacional, Universidad Nacional), dentro del plazo vigente.

5. La evaluación técnica efectuada tanto por el Interventor como por los asesores del ID U, permiten establecer que las actividades desarrolladas para los tramos, necesitan una verificación tanto en campo como en cálculos, para establecer lo realmente útil, en caso de tomarlo como base, para un nuevo contrato de terminación de diseño, para luego proseguir el proceso de licitación.

6. Las investigaciones informales que he efectuado tanto en la STT, Taller del Espacio Público, EAAB y EEEB permiten establecer que los trámites de

aprobación con los proyectos presentados, tendrían demasiados problemas, por lo tanto recomiendo se replanteen en su totalidad, involucrando en todo el proceso a estas entidades:

7. La reclamación del Consultor de indefinición por parte del IOU de los corredores y demás aspectos, desde mi punto de vista es absurda, por ser él quien debía validar los corredores dados, o proponer alternativas en caso de ser inviables, caso que no sucedió y tampoco fue relevado de efectuarlos como lo manifestó la interventoría, los representantes del IOU y tampoco existe ningún documento que lo acredite.

8. Las obligaciones consignadas en los términos de referencia, acta de acuerdo económico, contrato, permiten establecer que muchos de los aspectos fundamentales, evaluación económica, validación de los corredores, levantamientos topográficos (registros), afectaciones y aprobaciones de las entidades del Distrito, nunca se llevaron a cabo como tampoco nunca fueron relevadas como lo afirma el Consultor.

Por las anteriores razones, me permito recomendar a la mayor brevedad se decrete la aplicación: 1) de una acción legal por parte de la administración que permita sancionar al Consultor y a la vez tomar el control del contrato, para efectuarlo con otro contratista, estas acciones podrían ser la mayor multa posible, acompañada de la liquidación, o la 2), caducidad del contrato 067 de 1995 de Cenerco Ltda., dependiendo de la mejor posibilidad jurídica" (fls. 78-79 cuaderno 2).

15. El 12 de diciembre de 1996, mediante la resolución n.º 597, el Director del Instituto de Desarrollo Urbano impuso multa a la sociedad Cenerco Ltda. equivalente al 2% del valor total del contrato, esto es la suma de \$6 998 322,86 *"por incumplimiento de las obligaciones contraídas dentro del contrato 067 de 1995"*.

Lo anterior, fundado en el informe de interventoría, en el cual fueron evidenciadas deficiencias técnicas en los diseños y mora en la entrega de resultados, según el cronograma de actividades aprobado por el IDU y los acuerdos a los que se llegó en las reuniones de evaluación del proyecto. Así mismo, da cuenta de la existencia de veintinueve (29) requerimientos del interventor al contratista, sin respuesta, situación que se mantiene a la fecha de expedición del acto (fls. 32-34 cuaderno 2). Resolución notificada por edicto el 12 de diciembre de 1996 (fls. 35-36 cuaderno 2).

16. El 17 de febrero de 1997, el Director del IDU confirmó la decisión⁶; empero modificó el valor de la multa y la fijó en \$6 018 557.65. Consideró que tenía

⁶ En razón del recurso de reposición interpuesto en oportunidad por la Compañía de Seguros del Estado S.A. y la solicitud de revocatoria directa presentada por la firma Cenerco Ltda.

competencia para imponer la sanción, pues en su sentir, “la Ley 80 de 1993 no eliminó” la facultad para hacerlo, como lo afirman los recurrentes, tampoco lo prohíbe, razón por la cual prima lo pactado en el contrato. Sostuvo, además, que la multa fue impuesta dentro del plazo contractual y *“el hecho de que su notificación se hubiera surtido con posterioridad al vencimiento del plazo contractual o le resta validez alguna...en ningún momento afecta su existencia”*. También precisó que el procedimiento de imposición de la multa, previsto en la cláusula décima del contrato se respetó, comoquiera que la citación al contratista era opcional y de esta forma quedó consagrado. Además, el contratista fue objeto de múltiples requerimientos para la entrega de los trabajos, sin obtener respuesta o acreditar fuerza mayor o caso fortuito que pudiera relevarlo de responsabilidad (fls. 37-44 cuaderno 2).

El acto fue notificado por edicto el 5 de marzo del mismo año, desfijado el 18 del mismo mes y año (fl. 45 cuaderno 2).

17. El 26 de marzo siguiente, mediante la resolución n.º 171, el Director del IDU liquidó unilateralmente el contrato de consultoría n.º 067 de 1995 y estableció un saldo a su favor por la suma de \$93 497 593.65, en razón de las prestaciones pendientes por ejecutar y el valor de la multa impuesta. La siguiente fue la motivación del acto:

“Que la firma interventora en desarrollo de las actividades que le correspondió asumir presentó al IDU varios informes relacionados con la ejecución del contrato suscrito con SENERCO LTDA. en los cuales se refleja claramente el estado del objeto del contrato para cada periodo analizado.

Que dentro de los citados informes, la interventoría señaló desde el mes de julio de 1996, que los estudios elaborados por el contratista eran superficiales, por lo tanto, no podían considerarse como proyectos definitivos y los documentos y decisiones realizados y adoptados por éste, presentaban deficiencias técnicas, lo que llevó a la interventoría a recomendar que, de acuerdo con la Cláusula Décima del Contrato de Consultoría, el IDU considerara la conveniencia de aplicar la multa prevista por incumplimiento.

Que como consecuencia del reiterado incumplimiento reportado por la interventoría y comprobado por la entidad, dado que se presentaron deficiencias técnicas y que el contratista incurrió en mora en la entrega de los resultados de acuerdo con el Cronograma de Actividades aprobado por el IDU incumpliendo igualmente los acuerdos a que se llegó en las reuniones de evaluación del proyecto, al Contratista se le sancionó mediante la resolución No. 597 del 12 de

Dic. de 1996, confirmada mediante Resolución No. 109 del 17 de febrero de 1997, estableciendo el valor de la multa en la suma de \$ 6'018.557.65 Mcte.

Que a la finalización del plazo contractual y para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley 80 de 1.993, mediante comunicación PBH-OL7-97 la interventoría citó al contratista para efectuar la liquidación del contrato, sin haber obtenido respuesta alguna para adelantar dicha diligencia.

Que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 del estatuto contractual antes mencionado, cuando el contratista no se presente a la liquidación, ésta será practicada directa y unilateralmente por la entidad mediante Acto Administrativo debidamente motivado, susceptible del recurso de reposición, lo cual para el caso que nos ocupa hace procedente aplicar dicho procedimiento.

Que con fundamento en lo anterior se procede a elaborar la Liquidación del contrato N° 067 de 1.975 en los siguientes términos (..”).

A continuación se transcribe el artículo primero del acto administrativo acusado, en lo atinente al balance financiero del contrato:

“Contrato: 067 de 1995
Consultor: Cenerco Ltda.
Objeto del contrato: Estudios y diseños para una red de ciclovías permanentes en el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.
Clase de adjudicación: Concurso de méritos IDU-CM-SP-01-95. Resol. 674/95.
Fecha de iniciación: Marzo 1º de 1996
Fecha de terminación inicial: Agosto 30 de 1996.
Primera prórroga: 1 mes
Fecha de terminación 1ra. Prórroga: Septiembre 30 de 1996.
Segunda prórroga: Dos meses y medio, hasta el 15 de diciembre de 1996.
Fecha terminación segunda prórroga: Diciembre 15 de 1996.
Valor inicial: \$349.916.143 con IVA.

ESTADO FINANCIERO

Valor del contrato: \$349.916.143 con IVA.

O.P. No.	Cuenta No.	Valor	Fecha de giro
0177/96	01 anticipada	\$122.777.594.20 \$17.188.863.20 IVA \$139.966.457.20	Febrero 27/96
0871/96	02	\$30.694.398.00 \$4.297.216.00 IVA \$34.991.614.00	Julio 11/96
Total pagado			\$174.958.071.20

Total pagado: \$174.958.071,20

Parágrafo: Teniendo en cuenta el porcentaje de la labor ejecutada de acuerdo a los documentos entregados por el contratista y establecidos en los

considerandos anteriores, la interventoría reconoce sólo el 25% de la labor ejecutada del valor total del contrato.

ACTAS SUSCRITAS

No. 1: Marzo 1º de 1996 de iniciación.

No. 2: Marzo 27 de 1996 de recibo del enfoque de los estudios y diseños de ciclovías permanentes en el Distrito Capital.

PÓLIZAS

(..)

MULTAS

Que mediante Resolución No. 597 de 12 de Diciembre de 1996 se impuso a la firma consultora una multa equivalente el 2% del Valor del Contrato lo cual asciende a la suma de \$6'998322.86 mcte con IVA.

Que mediante la Resolución No. 109 del 17 de febrero de 1997 se resolvió un recurso de reposición presentado contra la anterior y en ésta se modificó el valor de la multa establecida inicialmente, según la cual la suma correcta es de \$6'018.557.G5 por haberse tomado del valor anterior con el Impuesto de Valor Agregado -IVA-, incluido.

VALORES A FAVOR DEL IDU

Que teniendo en cuenta el porcentaje de la labor ejecutada de acuerdo a los documentos entregados por el contratista, la interventoría reconoce sólo el 25% de la labor ejecutada del valor total del contrato.

Valor del contrato: \$349.916.143 con IVA

Valor ejecutado: \$87.479.036.00

Valor reembolso: \$87.479.036.00

Valor del contrato sin ejecutar: \$174.958.071.20

VALORES A CANCELAR POR PARTE DEL CONTRATISTA AL IDU

1.- Reembolso 25% de las sumas canceladas al contratista: \$87.479.036.00

2.- Multa según resolución 597 del 12 de dic./96 modificada: \$ 6.018.557.65

Valor total a favor del IDU: \$93.497.593,65”.

La entidad dispuso que el contratista estaba obligado a pagar la suma de \$93.497.593,65 y si no lo hiciere se haría exigible a través de la póliza única de cumplimiento de la Compañía de Seguros del Estado S.A. (fls. 47-51 cuaderno 2).

El acto administrativo fue notificado por edicto el mismo día de su expedición (fl. 55 cuaderno 2).

18. El 29 de agosto de 1997, mediante la resolución n.º 398, el Director del IDU confirmó la decisión; empero corrigió la fecha de los contratos adicionales, en el

sentido de establecer que el primero se suscribió el 30 de agosto de 1996 y el segundo el 30 de septiembre siguiente⁷. Dio cuenta de haber actuado conforme a derecho y proceder a la liquidación en los términos del artículo 61 de la Ley 80 de 1993. Anotó que el contratista presentó una oferta a precio global, razón por la cual no puede reclamar prestaciones adicionales a las pactadas, las cuales, en caso de haberse ejecutado, lo fue sin autorización de la contratante. Además, según las previsiones de los términos de referencia, estaba obligado a presentar alternativas técnicas de diseños que le permitieran a la entidad tomar la mejor decisión para la implantación de un corredor de ciclovías permanentes que garantizara una movilización recreativa y su uso frecuente. También estaba obligado a realizar los estudios financieros e institucionales que permitieran orientar la inversión en su construcción. Por lo anterior, descartó el desequilibrio contractual alegado por la sociedad Cenerco Ltda. en la impugnación. Al tiempo, puso de presente la ausencia de voluntad del contratista en liquidar por mutuo acuerdo el contrato. Dio cuenta de que las prórrogas del plazo fueron por solicitud del contratista y, no obstante, no cumplió con lo acordado. En cuanto al incumplimiento de la sociedad y las diferencias que tuvo con el interventor, la entidad señaló:

“Que a pesar de que el recurrente afirma que siempre cumplió con la entrega de los trabajos de acuerdo o con al cronograma de actividades, la interventoría en sus informes mensuales y en cartas, permanentemente niega haber recibido la totalidad de dichos documentos y los que recibió fueron devueltos con observaciones y no reportados nuevamente por el Consultor para su aprobación, debiendo agregar que toda la documentación remitida por CENERCO LTDA. al IDU, éste la envió a la interventoría para su estudio y análisis.

Que respecto de las indefiniciones que el recurrente le atribuye a la entidad contratista, ello tiene que ver con la aprobación de la ruta, la cual fue definida y aprobada con el informe del Enfoque en el que fue recortado el recorrido en 25 Km. Y aún así el consultor no entregó los trabajos completos del tramo 1 entre el Parque Nacional y la Universidad Nacional cuya longitud es de 3.8 Km.

Que no existe constancia alguna de que se le haya informado al consultor ni al interventor, sobre la modificación del objeto del contrato, como tampoco algún cambio al proyecto inicial y mucho menos algo que tuviera que ver con la no ejecución del, tramo 2. Es importante mencionar que CENERCO LTDA. no presentó la solución arquitectónica del eje propuesto aprobado por las Empresas de Servicios Públicos, como tampoco la aprobación por parte del D.A.M.A. y el

⁷ En razón de los recursos de reposición interpuestos por la firma Cenerco Ltda. y la compañía de Seguros del Estado S.A.

D.A.P.D. como lo exigían los Términos de Referencia para todo el recorrido de la vía.

Que el manejo de la comunidad se dio desde enero de 1.996 con participación de las, distintas localidades por donde estaba el trazado de la ruta, actividad que se adelantó por parte de la Oficina de Atención Comunitaria del IDU, y los posibles inconvenientes generados por algunas comunidades residentes en las zonas aledañas a la ruta, no pueden considerarse como fundamento suficiente para que el consultor suspendiera los estudios contratados pues la entidad bien habría podido recibirlos para pasarlos a integrar el Banco de Proyectos del IDU, además CENERCO LTDA. no presentó los trabajos realizados hasta el momento en que decidió no construir la ciclovía en ciertas zonas de Santa Fe de Bogotá, siendo inexplicable el hecho de no haber terminado el tramo 1 de solo 3.8 Km. entre el Parque Nacional y la Universidad Nacional.

Que es indudable que los diseños correspondientes al sector del Parque Nacional y el Parque El Lago no fueron recibidos por el IDU como tampoco se encuentran en poder de la interventoría.

(..)

Que el consultor no puede considerar como recibidos y aprobados los documentos por el entregados al IDU y/o al interventor, pues requieren de una previa aprobación para que tengan ese carácter, máxime si la interventoría conceptuó que eran incompletos o que no cumplían con los alcances previstos, por tal razón le fueron devueltos para su corrección y que no fueron nuevamente presentados por el contratista.

Que la radicación o entrega de los informes no significa que el IDU los recibió a satisfacción pues como se ha insistido antes requerían de la previa revisión por parte de la interventoría;

Que respecto de las labores ejecutadas y documentos entregados en cumplimiento del contrato de consultoría que relaciona el numeral 4 del recurso, debe precisarse que la recolección, procesamiento y análisis de la información, el planteamiento de alternativas, los reconocimientos de campo, la elaboración de planos eran actividades que se desprendían de la naturaleza misma del contrato y que estaban contempladas en el capítulo 2 de los Términos de Referencia;

Que CENERCO LTDA. no ha demostrado que hubiera realizado estudios para 40 Km de ciclovías, solo se registra acción en 3.8 Km. en el sector del Parque Nacional Universidad Nacional, siendo por el contrario evidente que uno de los más graves inconvenientes para el recibo de los trabajos realizados fue el que la topografía estaba incompleta, no presentaba perfil longitudinal de la ruta, por lo tanto era imposible determinar niveles de excavación y rellenos, como lo confirma el análisis efectuado por la interventoría en su sexto informe;

Que los trabajos que CENERCO LTDA. dice haber realizado mucho antes de iniciar su contrato y respecto de los cuales pretende un reconocimiento por considerarlos adicionales, es necesario demostrar que fue con autorización de el IDU, pero como ello no ocurrió así, no existe fundamento para que se les considere como tales máxime si no hay constancia del recibo por parte del IDU de tal información, además, como ya se dijo antes, los levantamientos adicionales que reclaman desde un principio formaban parte del objeto contratado;

(..)

Que se debe hacer énfasis en que los estudios contratados estaban conformados por múltiples actividades, documentos, planos e informes que se complementaban mutuamente, por lo tanto, solo si cada sector se entregaba completo podría llegar a tener una utilidad práctica para la entidad, de lo contrario carecía de sentido aceptar entregas parciales de los diferentes sectores que no cumplían con las exigencias de los Términos de Referencia en el capítulo 2 respecto de los estudios a realizar, pues no correspondían a lo ofrecido por el contratista en su propuesta ni a lo pactado en el contrato porque no podrían ser utilizados para los fines específicos que se había propuesto el IDU;

Que la interventoría como representante del IDU ante el contratista y en cumplimiento de sus funciones, debía entregar al IDU una evaluación de los trabajos e informar sobre la calidad de los mismos, por lo tanto se tomó su concepto como base para establecer la forma como se desarrolló el contrato;

Que de acuerdo con la evaluación periódica de los trabajos realizados por CENERCO LTDA. y teniendo en cuenta los informes de interventoría, el porcentaje ejecutado a la fecha de terminación del plazo contractual corresponde al 25% siendo esta la única forma de calcular la labor ejecutada por el contratista pues con otra manera de evaluación prácticamente daría como resultado que el contratista no entregó los trabajos de acuerdo con los Términos de Referencia y en consecuencia tampoco se podría cancelar suma alguna por tal concepto;

Que aunque el contratista no acepta lo dispuesto en la Resolución recurrida respecto de la devolución que en ella se ordena, se estima que no le asiste razón si se analiza lo siguiente:

*Anticipo: \$139.966.457.20 40% del contrato
Cuenta No. 1 Enfoque: \$34.991.614.30 10% del contrato
Total: \$174.958.071.50 50% del contrato.*

Si CENERCO LTDA. recibió una suma equivalente al 50% del valor del contrato y ejecutó tan solo el 25% del objeto contratado, es lógico es que reembolse el 25% restante por no haber ejecutado el trabajo correspondiente a dicha suma y si a esta se le agrega, el valor correspondiente a la sanción cuyo monto es de \$6'018.557.65, el total del reintegro debe ser de \$93'497.593.40;

Que respecto al rompimiento de la ecuación económica del contrato debemos anotar que las cuentas correspondiente a los meses de mayo/96, junio/96 y julio/96, por no haber cumplido con los requisitos establecidos en el Acta de Iniciación no han recibido el visto bueno de la interventoría y por lo tanto la administración no puede realizar el pago pues lo estaría haciendo a sabiendas de que el trabajo contratado no se ejecutó conforme a lo pactado y si lo recibido por el IDU no alcanza sino al 25% del valor del contrato es imposible admitir que pudo configurarse el desequilibrio de la ecuación contractual, pues debería estar demostrado que los trabajos adelantados sobrepasaron notoriamente las condiciones técnicas, económicas y financiera que el contratista previó al momento de presentarse al concurso de méritos”.

La decisión fue notificada por edicto el mismo día (fls. 57-72 cuaderno 2).

2.1.2 En la actuación reposan los informes elaborados por la firma interventora del contrato de consultoría n.º 067 de 1995, correspondientes a los meses de julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1996. Adjunto a cada uno de ellos soportado con las actas de las reuniones adelantadas entre el interventor y el consultor; ayudas de memoria y comunicaciones cruzadas (cuadernos 8, 6, 12, 5, 9 y 7, respectivamente).

En el informe de julio de 1996 se lee:

“CONCLUSIONES: 1. A la luz de las cartas, las ayudas memoria y planos presentados por Senerco Ltda., para la revisión correspondiente, la interventoría considera que el proyecto se encuentra en la siguiente situación: Tiempo transcurrido del plazo 75%. Labor ejecutada de acuerdo a documentos entregados 25%.- Este porcentaje de labor ejecutada incluye los documentos para licitación que se encuentran en revisión.

2.- Los estudios presentados son superficiales y les falta mucho para ser considerados como proyecto definitivo.

3.- Las decisiones para escoger el corredor y la ruta definitiva no tienen soportes de evaluación técnica y económica.

4.- Los planos topográficos que en diferentes oportunidades ha presentado el consultor corresponden al eje del corredor escogido y no tienen localizado, en forma material, el eje de la ruta escogida para construir ni las secciones reales.

5.- Es de anotar que de 25 cartas enviadas por la interventoría al consultor, solamente se nos han respondido cinco”.

Por último, la interventoría solicita a la entidad pronunciarse sobre los informes y considerar la imposición de una multa.

En el informe de agosto siguiente se plasmaron las siguientes conclusiones:

“CONCLUSIONES:

De acuerdo con los documentos revisados y los planos recibidos la Interventoría considera que el proyecto se encuentra en la siguiente situación:

Tiempo transcurrido del plazo 83%.

Labor ejecutada de acuerdo a documentos: 30%.

2º. El estudio está incompleto y de acuerdo a las Ayuda Memorial que se incluyen en este informe, es mucho lo que falta para considerarse aceptable.

La situación reflejada en las Ayudas Memoria incluidas en este informe se refiere al tramo previsto para la próxima licitación, únicamente La realidad es crítica si se considera la totalidad del estudio, teniendo en cuenta que nada nuevo ha recibido la Interventoría relacionada con el resto del proyecto.

3. El consultor no ha presentado la documentación que la Interventoría le solicitó en la carta PBH-353-96 para hacer el estudio y trámite de la prórroga del contrato solicitada por el Consultor con la carta 207-cie/0-639 de julio 9 de 1996. Esta comisión es delicada teniendo en cuenta que el 30 de agosto de 1996 el consultor debe entregar la totalidad del proyecto".

Dentro de las recomendaciones, la interventoría nuevamente solicita a la entidad pronunciarse y considerar la imposición de una multa.

En el informe del mes de septiembre del mismo año se plasmó:

"CONCLUSIONES:

1. A la luz de las cartas, las Ayudas Memoria y los planos presentados por SENERCO LTDA. para la revisión correspondiente, la interventoría considera que el proyecto se encuentra en la siguiente situación:

Tiempo transcurrido del plazo 100%.

Labor ejecutada de acuerdo a documentos entregados 25%.

Recursos empleados 50%.

Para llegar a estos porcentajes, la interventoría presenta el estado actual del proyecto, refiriéndose a los documentos recibidos para su revisión y al cronograma presentado por el Consultor y aprobado por el IDU para facilitar la comprensión del diagnóstico, se hará en forma esquemática, observando apenas los temas más representativos y de mayor peso dentro del costo total del proyecto.

a) TOPOGRAFÍA COMPLETA

El Consultor ha entregado planta-perfil, sin secciones transversales, puntos de referencia, carteras de campo ni nivelación, para 4.8 kilómetros.- Como el proyecto consta de 25 kilómetros, en el caso de estar totalmente terminados los 4.8 kilómetros ya entregados para revisión, situación que no se da apenas estarían en el 20% de esta parte del estudio.

Por tal razón se puede concluir que este tema está en un 20% de ejecución.

b) ESTUDIO DE SUELOS

No se tiene localización de los apliques. Se recibió el estudio y diseño para el sector comprendido entre el Parque Nacional/Parque El Lago. Este estudio se ha debatido en varias oportunidades y puede decirse que se encuentra en un 90%, considerando solamente el sector estudiado, que son los 4.8 kilómetros.

Del resto del recorrido de la ciclovía la Interventoría no ha recibido nada relacionado con este tema.-Por las observaciones anteriores, puede concluirse que este tema está en un 18%.

c) ESTUDIO DE SUELOS PARA CICLO PUENTES

Por observaciones de la interventoría se reconoció por parte del consultor, la necesidad de hacer los sondeos a 20 metros. Este trabajo se está realizando aún no están recibidas las nuevas recomendaciones. Por lo tanto, este tema puede considerarse en un 10%.

d). CÁLCULOS ESTRUCTURALES PARA LOS CICLOPUENTES

Su revisión final depende del estudio de suelos que se está adelantando. Este tema puede considerarse en un 70%.

e). ESTUDIO AMBIENTAL

Este tema cobra gran importancia debido a la necesidad de obtener la Licencia Ambiental por parte del DAMA.

La interventoría no conoce el Estudio de Impacto Ambiental, tal como lo previeron los Términos de Referencia, lo propone el Consultor, lo exige el DAMA y lo solicitó la interventoría en la comunicación PBH 317 96 en junio 24 de 1996.

Todo lo anterior nos conduce a concluir que el proyecto presenta un grave atraso.

Adicionalmente, siguen vigentes las observaciones hechas en los dos informes anteriores, en el sentido de que varias de las decisiones centrales del proyecto continúan sin los soportes ni existen actas de la aprobación correspondiente.

2.) A pesar de las observaciones hechas por la interventoría para lograr que el consultor cumpla con el contrato, infortunadamente, a la fecha, no vemos la disposición necesaria por parte del consultor para lograr este objetivo.

3). La interventoría no ha encontrado el respaldo necesario de la administración, lo cual agrava las dificultades por las que atraviesa el proyecto

El 31 de agosto se venció el plazo del contrato. El IDU informó verbalmente que había concedido una prórroga por un mes. Sin embargo, a la fecha, la interventoría no conoce el acta de aprobación ni los documentos que debió presentar el consultor para soportar esta solicitud de prórroga.

4). La administración no ha respaldado ni desvirtuado la posición de la interventoría. Sin embargo, en forma extraña, me ha solicitado explicaciones y precisiones escritas con respecto a mis actuaciones dejando de lado indagar sobre las graves omisiones del Consultor.

5). La interventoría se reafirma en un todo en sus conceptos emitidos en los dos informes anteriores.

6). Tan grave ve la interventoría la situación del proyecto, que considera que el mes de prórroga, es totalmente insuficientemente para que el Consultor termine a cabalidad el proyecto que se le contrató. Basta con exigir al Consultor el

cronograma, tantas veces solicitado por la Interventoría, para que manifieste de cuerpo entero la grave realidad del estado del Proyecto” (fls. 15 al 17 c. 12).

En el informe, la interventoría insiste en que la entidad debe pronunciarse sobre los anteriores informes y tomar medidas para lograr el cumplimiento del contrato, por lo que solicita considerar, de nuevo, imponer una multa al contratista.

En el informe del mes de octubre de 1996, el interventor dejó las siguientes observaciones:

"CONCLUSIONES:

1. Este mes de septiembre, le correspondió al mes de la primera prórroga; no se logró realizar el balance del estado del proyecto debido a que el Consultor no presentó en la reunión de evaluación del 11 de septiembre, la documentación que se le solicitó.

Sin embargo, el cuadro que logró hacerse muestra claramente que el proyecto sigue en el mismo estado indicado en el Tercer Informe de la Interventoría.

La documentación recibida corresponde a los sectores ya estudiados por la interventoría y ameritan las mismas observaciones hechas en su momento.

2. Resulta extremadamente difícil evaluar con cifras exactas el estado del proyecto. Por esta razón la Interventoría ha escogido, para presentar en cifras el estado del proyecto, los temas más representativos y que son en sí mismos el fundamento del proyecto.

La ponderación de los temas de menor significado solo conduciría a cifras aún menores de avance.

3. Con base en lo anterior y teniendo en cuenta que en el mes de septiembre no se adelantó trabajo que fuera reportado a la interventoría, debe concluirse que el estado del proyecto es como a continuación se describe, teniendo en cuenta que se recibieron los planos arquitectónicos de siete ciclo puentes. Los planos topográficos son inaceptables por sus deficiencias técnicas.

Tiempo transcurrido del plazo original: 117%

Labor ejecutada de acuerdo a documentos entregados: 25%

Recursos empleados: 60%

4. Mientras la administración no se pronuncie sobre el estado del proyecto en aspectos tan importantes como el alcance, calidad de los estudios entregados, atraso frente al cronograma y establezca las responsabilidades por el estado en que se encuentra el avance del proyecto, será como hasta ahora, prácticamente nulo.

5. La interventoría no ve en el consultor la voluntad de determinar el trabajo como lo exige el contrato. Esta apreciación surge de un hecho muy significativo y es que en varias oportunidades el consultor ha manifestado ya lo terminó.

6. Si esta actitud persiste, y como se dijo en ,91 numeral 4°. La administración no se pronuncia, no habrá posibilidad de que el consultor termine de verdad el trabajo, por más prórrogas que se le concedan" (fls. 14-16 c.5).

En el informe del mes de noviembre siguiente, la interventoría hizo las siguientes observaciones:

"CONCLUSIONES

1.- Teniendo en cuenta que la documentación recibida en este mes corresponde a planos ya revisados y objetados o a planos que ameritaron observaciones, o los cuales no han sido completados por el consultor, la interventoría considera que el proyecto continúa en el mismo estado del mes anterior:

Tiempo transcurrido del plazo original: 133,3%

Labor ejecutada de acuerdo a documentos entregados: 25%

Recursos empleados: 50%

RECOMENDACIONES

1.- La interventoría insiste en la necesidad de que la administración se pronuncie sobre el estado del proyecto y los conceptos emitidos por la interventoría.

2.- Una vez más la interventoría, salvo mejor opinión de la Dirección del IDU y/o del Comité que evalúa el estado del proyecto, de acuerdo a la cláusula décima del contrato solicita a la Dirección que, a la luz del presente informe, a las actas y/o ayudas memoria, los documentos entregados por el consultor y la necesidad de aprobar dos prórrogas al contrato, considere la conveniencia de aplicar la multa prevista por incumplimiento".

Y, en el informe de diciembre del mismo año, se lee:

"CONCLUSIONES:

1. Teniendo en cuenta que en este mes no se hizo entrega de ninguna clase de documentación, ni se recibió respuesta a las observaciones realizadas en su momento por la Interventoría, consideramos que el proyecto continúa en el mismo estado del mes anterior:

Tiempo transcurrido del plazo original: 150%

Labor ejecutada de acuerdo a documentos entregados: 25%

Recursos empleados: 50%" (fl. 6 cuaderno 7).

La interventoría insiste en que la entidad debe pronunciarse sobre los anteriores informes y tomar medidas para lograr el cumplimiento del contrato, por lo que solicita considerar, de nuevo, imponer una multa al contratista.

2.1.3 En el expediente también obra el dictamen pericial practicado a instancias de la sociedad Cenerco Ltda., con el objeto de que los peritos *“establezcan el trabajo ejecutado por la firma Cenerco Ltda. durante la ejecución del contrato y si se ajustó o no a los pliegos de condiciones y si las objeciones del interventor tenían base”* (fls. 64, 99-100 cuaderno 1). Estas fueron las conclusiones de los peritos:

“En opinión del perito [frente al informe mensual 5], el interventor, por una parte, está dejando de ejercer sus funciones como tal, pasándole la pelota a la administración para que se pronuncie y por otra parte se contradice al mantener el avance de ejecución en el 25% desconociendo por tanto el trabajo ejecutado por el contratista, siendo que en el III informe (septiembre/96), páginas 10, 11, 12 y 13 relaciona un importante volumen de trabajos que le fueron entregados por el contratista.

Después del análisis de la documentación e inspección de las obras se concluye:

- . El perito conceptúa que Cenerco ejecutó los estudios y diseños en forma satisfactoria conforme a lo acordado en actas de diciembre 5/95 y acta de marzo 27/96.*
- . Que los estudios y diseños ejecutados por el contratista sirvieron para licitar y construir los diferentes tramos de ciclovías y ciclopuentes.*
- . Que en la inspección ocular de las obras presentan estabilidad están integradas al medio ambiente (paisajismos, amoblamientos, etc.), y a otros medios de transporte, como se observa en las fotos tomadas.*
- . Que en la inspección ocular a la cicloruta no se observó ningún impacto ambiental negativo, que el diseño presenta un buen manejo ambiental del espacio público como se observa en las fotos tomadas por el perito.*
- . Que se ha comprobado la existencia de aptitudes (sic) hostiles entre contratista e interventor, que en los informes de interventoría se observa incongruencias en la presentación del estimativo del trabajo ejecutado por el contratista.*

Por lo tanto debe reconocerse el trabajo realizado por Cenerco, evaluarlo y pagar su valor tanto en lo básico (comprendido por el acuerdo de diciembre 5/96), como el trabajo extra” (cuaderno 13).

El IDU objetó por error grave el dictamen. Cuestionó el criterio subjetivo como fue elaborado; carente de técnica, impreciso y vago, con conceptos que nada aportan sobre el incumplimiento de la firma CENERCO LTDA. Sostuvo que la interventoría cumplió con las obligaciones a su cargo y estuvo pendiente de la ejecución del contrato de consultoría n.º 067 de 1995 y, en sus informes, dio cuenta de los reiterados incumplimientos, los cuales no han sido tachados de falsos. Recalcó que el perito incurrió en error grave al señalar, sin justificación

alguna, que la firma CENERCO ejecutó los estudios y diseños en forma satisfactoria, dando lugar a reconocer las prestaciones ejecutadas (fls. 66-71 c-1A).

De conformidad con el numeral 5 del artículo 238 del C. de P.C., cualquiera de las partes de un proceso judicial puede hacer manifiesto su desacuerdo con el trabajo del experto y señalar los motivos por los cuales considera que el dictamen se equivocó de manera grave, según los dictados del numeral 4 del mismo artículo.

Se precisa que para que se configure el “error grave” en el dictamen pericial se requiere de la existencia de una equivocación por parte de los peritos, una falla o dislate que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4º y 5º del artículo 238 del C. de P. C.; así lo han sostenido tanto la doctrina⁸ como la jurisprudencia.

⁸ “[E]l Dr. Antonio Rocha, sobre el particular señala: “¿Qué se entiende por error grave de un dictamen pericial? La noción del error, así sea grave o intrascendente ante su verificación en la realidad, nos lleva automáticamente a la noción de verdad. Y la verdad, según la concepción común, es el acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consiste ese acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consista ese acuerdo discrepan las escuelas filosóficas; para los relativistas, por ejemplo, que hacen de la verdad el acuerdo del juicio con las impresiones subjetivas, es verdad que el tablero es negro cuando tengo la sensación de un tablero negro, en tanto que para la filosofía clásica (realismo crítico) no se trata de una correspondencia entre el juicio y las cosas, pues tanto la verdad como el error están en el juicio y no habría error en representarnos un tablero negro sino que este realmente lo sea, como no habría error en representarnos mentalmente un túnel bajo Bogotá sino en afirmar que el túnel existe. Similares consideraciones sobre la verdad y el error pueden hacerse respecto de la concepción modernos de los pragmatistas y de los sociólogos. Para aquellos es verdad lo que ha sido verificado, lo que resiste el control de la experiencia, de donde deducen que la verdad no es conocida sino por la verificación ya experimental, ya racional, mediante el juicio analítico, pero que la verdad no se confunde con la verificación, porque las cosas ya eran verdad antes de verificarlas, como el Salto de Tequendama, que existe aunque no haya ojos que lo vean (véase “*Precis de Philosophie*”, por Paul Foulqui, profesor de la Escuela de Caousou, Toulouse, Tomo II, lógica, Moral, Metafísica, edición de 1936, editor, de quien hemos hecho esta síntesis).....pero precisamente esa verificación de los peritos es la que se tacha de error, y de error grave, con lo cual vuelve a quedar sin solución el interrogante. En efecto, ¿Cuál sería ese error, en qué consiste, cómo se comprueba?.....Grave es lo que pesa, grande, de mucha entidad o importancia; y grave es en procedimiento judicial lo que afecta seriamente el interés legítimo de las partes en la demostración de un hecho. La noción, es sin embargo, un poco relativa y estar, en últimas sujeta su apreciación a la prudencia del juez, como lo está la misma valoración del dictamen pericial..... Error grave es no verificar con diligencia la calidad o aptitud de un terrero para la agricultura, o para la ganadería, o para la irrigación, o para soportar el peso de un edificio; error grave es no verificar la resistencia de materiales por parte del arquitecto; o la herida que pudo ser mortal, o la incapacidad resultante; y lo será también equivocarse no tan solo sobre la materia de que está hecha una cosa (antigua noción de sustancia para determinar el error que invalida las obligaciones) sino sobre las propiedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica y las distingue, o sobre calidades adjetivas, pero que determinan el consentimiento; no es lo mismo el original que la copia de un cuadro de Goya, o de Borrero.

La doctrina define el error grave como “una falla de entidad en el trabajo de los expertos”⁹, de ahí que no cualquier error tenga esa connotación.

Ahora, la prosperidad de la objeción supone que el objetante acredite las circunstancias que, su juicio, originan el error; para ello puede solicitar las pruebas que estime pertinentes o, si lo considera suficiente, esgrimir los argumentos que fundamentan su objeción.¹⁰

Respecto del significado del error grave, la Corte Constitucional ha sostenido:

*“Como es sabido, el error se opone a la verdad y consiste en la falta de adecuación o correspondencia entre la representación mental o concepto de un objeto y la realidad de éste. Por ello, si en la práctica del dictamen anticipado se formula objeción, el juez respectivo tendrá que determinar si existe o no el error señalado y si acepta o no la objeción, o sea, deberá establecer si el dictamen tiene o no valor de convicción”*¹¹.

La Corte Suprema de Justicia ha precisado:

“Desde luego, el error debe demostrarse y la calidad de grave apreciarse. (U. Nacional de Colombia 3a. Edición 1951, págs. 230 y ss.)” (Citado por: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia de mayo 30 de 1991, Radicado 3577, C. P. Julio Cesar Uribe Acosta) - (negritas por fuera del original)

El tratadista Jaime Azula Camacho al conceptuar que respecto del error grave de una experticia sostuvo que “*el hecho de tomar como objeto de observación estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den o falsas las conclusiones que de ellos se deriven*” (AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Tomo VI ‘Pruebas Judiciales’. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá, 2003. Pág. 286).

Gustavo Humberto Rodríguez afirmó que “*El error grave no es la documentación deficiente, sino que resulta de conceptos objetivamente equivocados, en forma grave. Debe tratarse de errores de hecho, no de derecho. La jurisprudencia ha dicho que el error de hecho consiste en creer probado un hecho no demostrado, o al contrario; y que lo que lo hace grave es ir contra la naturaleza de las cosas o la esencia de sus atribuciones*” (RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Derecho probatorio colombiano. Compendio. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 1983).

Para Rosember Emilio Rivadeneira: “*El dictamen será objetado por error grave cuando la equivocación en la que haya incurrido el perito sea de tal magnitud que contraría la objetividad de los hechos o la naturaleza de las cosas, de manera tal que si en él no se hubiere incurrido otro fuera el sentido de las conclusiones.*” (RIVADENEIRA BERMÚDEZ, Rosember Emilio. Manual de derecho probatorio administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez. 2008).

⁹ LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, Procedimiento Civil Pruebas, Tomo III, Dupré Editores, Bogotá 2001, Pág. 235.

¹⁰ Ibídem, pág. 236

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de octubre 8 de 2002. M. P. Jaime Araujo Rentería.

*“[S]i se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo **tiene bases equivocadas** de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos...pues lo que caracteriza desacierto de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje...**es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...**, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada (...).”* (negritas fuera del texto) ¹².

Esta Sección, por su parte, señala que la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación y no a la conclusión de los peritos:

*“En punto a lo que debe entenderse como error grave, no hay discusión en la jurisprudencia que éste es el que se opone a la verdad, por la falta de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito, pero constituirá error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos pero no de éste. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos”*¹³.

La Sala ha precisado que para que se configure el “error grave” se requiere de una equivocación de tal envergadura que tenga entidad suficiente para llevar a los peritos a conclusiones igualmente erradas, tal y como lo exigen los numerales 4 y 5 del artículo 238 C.P.¹⁴.

La Sección Primera también se ha pronunciado sobre el alcance de la objeción, en los siguientes términos:

*“En efecto, para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de **una equivocación de tal gravedad o una falla que***

¹² “Corte Suprema de Justicia, auto de septiembre 8 de 1993, exp. 3446, acogido, por ejemplo, por la Corte Constitucional en sentencia C-807 de 2002 (Citado por Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de mayo 17 de 2007, Radicado 05001-23-31-000-2000-03341-01 (AG), C.P. Ruth Stella Correa Palacio).

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de mayo 17 de 2007, Radicado 05001-23-31-000-2000-03341-01(AG), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de marzo 5 de 2008, exp. 16850, C.P. Enrique Gil Botero.

tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando **se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito.** Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos.

En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos (negritas fuera del texto)”¹⁵.

En conclusión, para la prosperidad de la objeción por error grave es preciso que el dictamen se sustente en equívocos, de entidad tal que conduzcan a conclusiones también erradas sobre el objeto mismo de la prueba. Los errores bien pueden consistir en que se haya tomado como punto de referencia y estudio uno diferente a aquél sobre el cual debió recaer la experticia o reemplazado las características esenciales del objeto examinado, de forma tal que, de no haberse presentado, las conclusiones del dictamen hubieren sido distintas. Como lo ha expresado la jurisprudencia, el dictamen se encuentra *“en contra de la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atribuciones”¹⁶.*

Siendo así, los argumentos que integran la objeción no afectan la validez de la experticia, pues se dirigen, en esencia, a la falta de soportes. Por tanto, la objeción no prospera y, por este aspecto, la providencia impugnada habrá de confirmarse.

2.2 Análisis del caso

Para resolver los argumentos de la alzada, la Sala procederá a analizar, en su orden, i) la procedencia de la acción contractual para obtener el pago del saldo a favor de la entidad; ii) la responsabilidad solidaria de la compañía de seguros, en su condición de garante y iii) la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad pública impuso una multa y liquidó unilateralmente el contrato.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de noviembre 26 de 2009, Radicación 25000-23-27-000-2004-02049-01 (AP), C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta.

¹⁶ Sección Tercera, sentencia de 15 de abril de 2010, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 18014.

i) Procedencia de la acción contractual para obtener el pago del saldo a favor de la entidad, de que trata la resolución que liquidó unilateralmente el contrato

Los procesos declarativos o de conocimiento tienen como finalidad dilucidar el derecho material al que hacen alusión las pretensiones, esto es buscan brindar al juez certeza sobre la naturaleza y la titularidad del “*derecho*” que esgrimen las partes.

Al respecto, el tratadista Jaime Azula Camacho, en su “*Manual de Derecho Procesal*” (Pags. 61-62 8ª Ed.), además de hacer referencia al concepto de los procesos de conocimiento, hace también alusión a la clasificación de los mismos, distinguiendo entre “dispositivos” y “declarativos”. Respecto de los últimos afirma que “*en el proceso declarativo el funcionario judicial reconoce la existencia de un derecho o modifica una situación jurídica o impone determinada prestación a favor de una parte y a cargo de otra*”. A renglón seguido, distingue tres formas en que se puede presentar el proceso declarativo, afirmando que puede ser “*puro*” cuando tiende a declarar la existencia o inexistencia de un derecho, “*constitutivo*” cuando el pronunciamiento solicitado entraña la extinción de un derecho o de una relación jurídica sustancial y “*de condena*” cuando tiende a imponer una prestación u obligación a favor del demandante y a cargo del demandado.

Por el contrario, el citado autor afirma que los procesos de ejecución se encaminan a obtener la plena satisfacción de una prestación u obligación, previamente reconocida a favor del demandante y a cargo del demandado.

Hernando Devis Echandía, por su parte, hace referencia a una extensa clasificación de los procesos, teniendo en cuenta la función o fines de los mismos, entre los cuales se destacan los procesos declarativos y dispositivos, los de condena o de prestación y los de ejecución. En alusión a ésta clase de procesos, el profesor Echandía afirma:

*“Esta clasificación responde a las distintas funciones del proceso. **Los procesos de condena**, declarativo puro y de declaración constitutiva tienen como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una*

relación jurídica, e incluyen, por lo tanto, al grupo general de declarativos y a los dispositivos. En todos ellos el juez regula un conflicto singular de intereses, y determina quién tiene el derecho, es decir, el juez es quien ius dicit. Son procesos de juzgamiento o conocimiento o declarativos genéricos.

Cuando no se trate de una pretensión discutida que implique la necesidad de declarar quien tiene razón, sino de una pretensión cuya existencia aparece clara y determinada en el título que se aduce pero que está insatisfecha, porque el obligado no ha cumplido su obligación correlativa, estamos en presencia del proceso ejecutivo. En aquél, el mandato debe ser formado por el juez mediante la decisión o sentencia; en cambio, en éste el mandato ya existe y se trata simplemente de su ejecución.

(...)

De modo genérico se entiende por ejecución lo contrario de decisión o resolución, y la conversión de ésta en actos.

En el proceso de juzgamiento o de conocimiento se consigue la declaración del interés protegido, a pesar del incumplimiento del sujeto obligado. En el proceso ejecutivo ya no estamos ante dos partes que recíprocamente se disputan la razón, “sino ante una parte que quiere tener una cosa y otra que no quiere darla, en tanto que el órgano del proceso se la quita para darse a aquella” (negritas fuera de texto).

Si bien hay diferencias textuales entre los tratadistas citados, se observa que existe una unidad conceptual respecto de la diferencia entre los procesos de conocimiento y los procesos ejecutivos. Esta unidad se refiere a que los primeros buscan la certeza de un derecho o situación que es debatida por las partes, mientras que en los segundos no existe esta incertidumbre, sino que se pretende el cumplimiento de un derecho sobre el cual ya hay certeza sobre su naturaleza y titularidad¹⁷.

De otra parte, se observa cómo la doctrina ubica a los procesos donde se profiera una condena, dentro de la clasificación de procesos de conocimiento, sosteniendo que los procesos condenatorios parten del reconocimiento de la naturaleza de un derecho debatido, continuando con la verificación del sujeto llamado a cumplir con el derecho, especificando posteriormente la forma en que debe hacerlo.

En lo que tiene que ver con los títulos que prestan mérito ejecutivo, el artículo 488 del C.P.C. dispone:

¹⁷ Auto de 12 de agosto de 2004, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, exp. 21823.

*“Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos **que provengan del deudor** o de su causante y constituyan plena prueba contra él, **o las que emanen de una sentencia de condena** proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso-administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia.*

La confesión hecha en curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 294” (negrillas fuera de texto).

El título ejecutivo debe reunir los requisitos señalados en la ley. La inexistencia de esas condiciones legales hace del título un documento anómalo, incapaz de prestar mérito ejecutivo. Por tanto, para que el título sea ejecutivo o lo que es lo mismo, para que pueda emplearse en un proceso de ejecución, debe contener los siguientes requisitos:

- 1.- Que conste en un documento.
- 2.- Que dicho documento provenga del deudor o su causante.
- 3.- Que el documento sea auténtico o cierto.
- 4.- Que la obligación allí contenida sea clara, expresa y exigible.

En cuanto al segundo de los requisitos, cabe anotar que no solo es indispensable, para que exista título ejecutivo, que la obligación se encuentre inserta en un documento, sino que debe provenir del deudor o su causante, porque lo que pretendió el legislador es que haya seguridad respecto de la persona que debe, esto es el que suscribe el documento.

En el presente caso, la prestación que pretende hacer cumplir el Instituto de Desarrollo Urbano no proviene del deudor, es decir del contratista, pues fue previamente constituida y definida por la entidad pública contratante en la resolución que liquidó unilateralmente el contrato, decisión contra la cual la sociedad Cenerco Ltda. y la aseguradora interpusieron los recursos de ley. Es por ello que el acto administrativo acusado no presta mérito ejecutivo y, por tanto, puede ser controvertido mediante la acción contractual del *sub lite*, como en efecto sucedió. Mérito que tendrá la sentencia, definitiva de la litis, estableciendo el balance financiero del contrato y las sumas adeudadas por las partes.

ii) La responsabilidad solidaria de la compañía de seguros, en su condición de garante. Garantías en los contratos estatales

Se conoce que el legislador dispuso la asegurabilidad de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato estatal, mediante una garantía única expedida para amparar en conjunto los riesgos inherentes a la actividad contractual de la administración, inclusive la que preside a la celebración del contrato y la que sigue a la liquidación.

Se trata de una obligación a cargo de quienes pretendieron colaborar con la administración, por medio de un proyecto en concreto; celebraron el contrato, habrán de ejecutarlo y finalizaron la obra o prestaron el servicio. Estos últimos, obligados a responder, además, por su estabilidad y calidad.

En relación con las garantías que se deben constituir en el ámbito de la gestión contractual, con el objeto de salvaguardar los intereses generales comprometidos, la Ley 80 de 1993 -vigente para la fecha de celebración del contrato de consultoría nº. 067 de 1995- contiene disposiciones que resulta del caso analizar:

El numeral 19 del artículo 25 del Estatuto Contractual prevé que el contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su ejecución y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias. La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

Cabe recordar que el otorgamiento de las garantías, a lo largo de los diferentes estatutos que han regido la contratación estatal, ha sido obligatorio y a cargo de quien participa en un proceso de selección, suscribe el contrato o finiquita la entrega de una obra pública, para asegurar la seriedad de la oferta, la correcta

inversión del anticipo, la ejecución cabal y oportuna y garantizar la calidad de sus prestaciones, con el objeto de asegurar la gestión contractual de los administrados¹⁸.

En la alzada, la compañía de Seguros del Estado no está de acuerdo con la declaratoria de incumplimiento del contratista y la solidaridad con la compañía de seguros. Insiste en que la sociedad CENERCO Ltda. cumplió con las obligaciones contractuales a su cargo y enjuició los planteamientos del *a quo*, en el sentido de haber fundado las decisiones en los informes de interventoría. Evidencia, además, *“(..) hostilidades entre el contratista y el interventor y que por ello en los informes de interventoría se observaban incongruencias en la presentación del estimativo del trabajo ejecutado”*.

Conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato se constituye en ley para las partes y, por virtud del artículo 1494 ibídem en fuente de obligaciones, las que, tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte hasta tanto la otra no cumpla o se allane a cumplir lo que le corresponde (art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala resulta claro que para invocar la declaratoria de incumplimiento parcial o total, cada parte debe acreditar que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, en la forma y tiempo debidos. Sobre el particular, la Sala ha señalado¹⁹:

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

19. Quiere decir lo anterior que el éxito de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del C.C.A. cuando se pretende obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y la condena en perjuicios presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones; o lo que es igual, para abrir paso a pretensiones en ese

¹⁸ La Ley 80 de 1993 contempla la denominada garantía única, entendida como aquella que debe prestar el contratista para avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato (num. 19 art. 25), acorde con la reglamentación del Decreto 679 de 1994.

¹⁹ Sentencia del 30 de octubre de 2013, expediente 27195, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

sentido la parte que las invoca debe probar que satisfizo las obligaciones que le incumben o se allanó a hacerlo, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que éstas son exigibles y que, por tanto, se encuentra en mora para su pago²⁰.

20. La Sala reitera²¹ que esa carga de la prueba que pesa sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos²² tiene una doble dimensión:

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

En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada²³.

De conformidad con las pruebas que reposan en el plenario, para la Sala no queda sino concluir que el contratista no cumplió con sus obligaciones, pues, si bien entregó algunos diseños y planos, lo ejecutado no acató las especificaciones técnicas previstas en los términos de referencia del concurso de méritos y en el contrato de consultoría, particularmente en lo que tiene que ver con la contratación del personal necesario para adelantar labores de campo; levantamientos topográficos inconclusos; falta de planes de desarrollo, evaluación ambiental y urbana. De ello dan cuenta los seis informes de la interventoría y el elaborado por el asesor de la Dirección de la entidad. El contratista no desvirtuó dichas falencias, las cuales fueron evidenciadas por los asesores de la entidad que adelantaban la supervisión –entre el 18 de octubre y el 5 de diciembre de 1996-, aún antes de que la entidad contratara la

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

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

²² [8] “Artículo 1498 del C.C.: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...”.

²³ [9] “Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2005, exp. 14937, C.P. Germán Rodríguez Villamizar”.

interventoría -29 de abril de 1996-, a quien le imputa haber obstaculizado la ejecución contractual. Lo anterior permitía establecer que el consultor no culminaría los estudios en el plazo acordado.

En cuanto a la solidaridad con la aseguradora, la recurrente alega que el IDU y CENERCO Ltda. no podían modificar las condiciones iniciales del contrato, sin el consentimiento expreso de la compañía de seguros, en su condición de garante. Al respecto sostiene:

“Existe evidencia documental contenida en el acta de negociación de la propuesta económica y también en el dictamen pericial, donde se afirma que la interventoría solicitó cambios en el proyecto y que Cenerco atendió las sugerencias que no modificaba sustancialmente lo realizado, igualmente en acta de fecha diciembre 5 de 1995 se eliminó el estudio de impacto ambiental y se negoció por un estudio de manejo ambiental.

Desde la contestación de la demanda advertimos que la aseguradora se enteró de la renegociación de la propuesta económica con la presentación de la demanda, desconociéndose las razones de la misma, siento esto un hecho plenamente demostrado en el proceso y protuberante frente al contrato de seguro, que necesariamente acarrea consecuencias legales, pues la aseguradora no fue invitada a las reuniones donde se modificó el contrato, ni fue notificada de tal situación y por ello no puede cargar con las consecuencias de un contrato que no corresponde al originalmente garantizado y es por ello que solicitamos la revocatoria de la sentencia para que se declare la inexistencia de obligaciones a cargo de Seguros del Estado S.A.” (fls. 138, 160-164 cuaderno ppal.).

Sobre el particular, la Sala encuentra que la negociación de la propuesta económica presentada por la sociedad Cenerco Ltda. se dio el 5 de diciembre de 1995, esto es antes de la suscripción del contrato de consultoría n.º 067 de 10 de diciembre siguiente, justamente porque la entidad pública contratante consideró, desde ese momento, realizar ajustes en la oferta, relativas al equipo de trabajo y el presupuesto. Lo que a todas luces fue en contravía de los principios de la contratación pública, pues no hay prueba de que ello se hubiese adelantado con los demás proponentes del concurso de méritos; empero ello no es objeto de estudio en el *sub lite*.

Lo anterior permite concluir que la negociación a la que alude el recurrente, la cual, en su versión, alteró el siniestro asegurado, carece de fundamento. Esto comoquiera que el objeto contractual se mantuvo. Lo que ocurrió fue que las

partes realizaron ajustes a la integración del equipo de trabajo, necesario para ejecutar las labores contratadas y, al tiempo, ello influyó en la oferta económica. Las modificaciones fueron consignadas en el contrato de consultoría. Allí también los contratantes regularon lo atinente a las garantías, en el sentido de establecer que la obligación del contratista de constituir a favor del IDU la garantía única de cumplimiento, amparando los siniestros de buen manejo y correcta inversión del anticipo, cumplimiento, calidad y prestaciones sociales.

Las modificaciones posteriores que suscribieron las partes tuvieron que ver con la prórroga del plazo de ejecución, razón por la cual las vigencias de la garantía única fueron modificadas, tal y como se pactó en el párrafo tercero de la cláusula novena. Esto con el asentimiento de la aseguradora, pues de lo contrario no se entiende cómo se avino a la modificación.

El contratista se obligó a constituir la garantía única de cumplimiento, con el fin de garantizar la satisfacción del objeto contractual, razón que da lugar a que la aseguradora sea la garante de las obligaciones contraídas en el marco del contrato de consultoría n.º 967 de 1995, en caso de ocurrencia del siniestro.

En este orden de ideas, la Sala no encuentra demostrado los argumentos de la compañía de seguros, quien, en los términos de la póliza n.º 9539340 y sus dos certificados de modificación, está obligada a responder.

iii) Actos administrativos que impusieron multas en vigencia de la Ley 80 de 1993

El acto administrativo entendido como manifestación de la voluntad de la administración con miras a producir efectos jurídicos, goza de presunción de legalidad y conformidad con el ordenamiento jurídico en todos sus aspectos, lo que se traduce en entender que fue expedido en el ejercicio de competencias previamente conferidas, sujeto a las normas constitucionales y legales que rigen la materia, fundado en el cumplimiento de las funciones previstas en la ley y conforme con la realización de los fines institucionales de que se trata.

De esta forma, el inciso segundo del artículo 4º de la Constitución Política establece que *“Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”*. Así mismo, el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo²⁴ prevé que *“Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo”*.

Partiendo de lo expuesto, puede afirmarse que, salvo que se demuestre lo contrario, las actuaciones de la administración responden a las reglas y respetan las normas que enmarcan su ejercicio, presunción necesaria para su exigibilidad e inmediata aplicación y que impone a quien pretende controvertirla la carga de desvirtuar la validez que las acompaña, como sucede en el *sub lite*, pues corresponde a la parte actora que lo plantea demostrar el cargo de falsa motivación.

Dispone el artículo 84 del C.C.A. que toda persona podrá solicitar, por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de las decisiones de la administración *“(..) cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió”*.

Del análisis de las pruebas que reposan en la actuación, la Sala considera que – como pasa a explicarse- está demostrada el vicio de incompetencia de las decisiones que impusieron multa al contratista y las que liquidaron unilateralmente el contrato, en cuanto incluyeron dicha sanción en el balance financiero.

La jurisprudencia de la Sección ha considerado que el vicio de incompetencia es de tal gravedad que incluso puede dar lugar a la declaratoria oficiosa de nulidad de los actos, evidentemente afectados con dicha irregularidad. Sobre el punto, se ha dicho:

²⁴ Hoy retomado por el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, a cuyo tenor *“Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo”*.

“(..) la Corte Constitucional al referirse a este aspecto de la actuación de las autoridades estatales, ha manifestado que no se trata de una formalidad de la misma, sino de un elemento sustancial, ya que se trata de “un presupuesto esencial de validez de los actos que el funcionario cumple, como la capacidad es un requisito de validez de los actos jurídicos de derecho privado. // Asimilar ese requisito a la forma es incurrir en una confusión inadmisible, puesto que a ésta sólo puede acceder el sujeto calificado (competente o capaz, según el caso) para verter en ella el contenido que de ese modo cobra significación jurídica.”²⁵

De otro lado, **la competencia** de las autoridades estatales es un aspecto que se encuentra regulado por normas imperativas de “orden público”²⁶, el cual constituye el “Conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras”²⁷; así mismo, constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, siendo la incompetencia la regla general, mientras que la competencia es la excepción, ya que se restringe a la que de manera expresa les otorga el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo que se explica si se tiene en cuenta que “**la incompetencia** está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse”²⁸.

Inclusive, dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina²⁹, ha considerado que “...por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (arts. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador”³⁰.

Con lo anterior, no se trata de desconocer el principio de jurisdicción rogada que distingue a la contencioso administrativa, sino de admitir que existen algunos eventos en los cuales tal característica debe ceder, en virtud de los más altos valores que se hallan en juego y que le corresponde defender al juez contencioso

²⁵ [13] Sentencia C-545 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Reiterada en Sentencia C-061 del 1º de febrero de 2005. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁶ [14] Orden público normativo: “el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios fundamentales de la sociedad, de una institución o de las garantías precisas para su subsistencia...” (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas).

²⁷ [15] OSSORIO, Manuel; Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. 2002. 28ª ed. actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas.

²⁸ [16] GIRALDO CASTAÑO; Derecho Administrativo General. Editorial Marín Vieco Ltda.. Medellín, 5ª ed., 1995. Pg. 59.

²⁹ [17] BETANCUR JARAMILLO, Carlos; Derecho Procesal Administrativo Señal Editora, 5ª ed.; pg. 209. Afirma el profesor Betancur, que el carácter de orden público que tienen las normas que atribuyen las competencias funcionales, “...permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aunque el demandante no la haya invocado en apoyo de su petición”. Por su parte, en la doctrina argentina, la incompetencia en razón de la materia es considerada como un “**vicio muy grave**”, calificación que hace que el acto sea inexistente, lo cual puede ser declarado de oficio en sede judicial (DROMI, Roberto; op. cit., págs. 244 y 245).

³⁰ [18] Sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196. Actor: Sociedad Brogra Ltda.

administrativo, como también lo ha reconocido la Corte Constitucional en varias ocasiones, por considerar:

En primer lugar, que “...en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe extremar la aplicación de la norma acusada -(se refiere al núm. 4º del art. 137 del CCA, que indica que en toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo, se deben indicar las normas violadas y explicarse el concepto de su violación), al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio”³¹.

En segundo lugar, que en los casos de violación de derechos fundamentales, es posible suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, así no se hayan invocado expresamente como fundamento de la suspensión, las respectivas normas³², toda vez que en criterio de este alto tribunal, “...tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente”³³.

En tercer lugar, también ha estimado la Corte que las normas de la Constitución Política tienen primacía sobre todo el ordenamiento jurídico y por ello, el juez contencioso administrativo está obligado, como todas las autoridades estatales, a aplicar lo estipulado en su artículo 4º, conforme al cual “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, caso en el cual, si advierte la incompatibilidad entre una estipulación constitucional y una norma jurídica general demandada, deberá dar prevalencia a la primera, así no se haya invocado este cargo en la respectiva demanda; y precisamente, respecto del artículo del Código Contencioso Administrativo que estipula el requisito del cual se infiere que ésta es una jurisdicción rogada (ordinal 4º., art. 137) al exigir al demandante la indicación de las normas violadas y el concepto de la violación, la Corte declaró su exequibilidad, “...bajo la condición de que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución”³⁴.

Específicamente en materia de contratación estatal, campo de actuación de la Administración en el que las competencias también deben estar específicamente determinadas, ha sido una constante la exigencia del cumplimiento del principio de legalidad en el ámbito de las prerrogativas del Poder Público, a tal punto, que resulta inconcebible el ejercicio de una facultad exorbitante o excepcional que no esté expresamente atribuida por la ley; se trata pues, de facultades regladas que la administración debe ejercer de conformidad con los procedimientos

³¹ [19] Sentencia C-197 de 1999; M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

³² [20] Sentencia SU 039 de 1997; M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

³³ [21] Sentencia C-197 citada.

³⁴ [22] *Ibídem*.

*establecidos por el ordenamiento jurídico y respetando los límites impuestos por el mismo*³⁵.

De entrada cabe afirmar que el régimen jurídico que gobernó el contrato está contenido en la Ley 80 de 1993. Siendo así, en lo que se refiere a las facultades exorbitantes de la administración y las reglas relativas a la liquidación del contrato serán las previstas en dicho estatuto en tanto norma sustancial del convenio³⁶.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2006, expediente 13414, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Reiteración en sentencia de 14 de junio de 2012, M.P. Danilo Rojas Betancourth, exp. 22223.

³⁶ *Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

Es claro que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, podían pactar la posibilidad de cobrar sanciones pecuniarias, en caso de incumplimiento, con consagración expresa en el Código Civil y en el Código de Comercio. Sin embargo, cosa diferente tiene que ver con autorizar a uno de los contratantes, así se trate de la entidad pública, la facultad de imponer unilateralmente multas y el pago de lo convenido; pues esto contraviene el orden superior a cuyo tenor todas las personas son iguales ante la ley, de donde se colige que ninguno de los contratantes está autorizado para ejercer un poder de auto tutela frente el otro.

Ahora, en la cláusula décima del contrato, objeto de estudio, las partes acordaron que *“(..) en caso de mora o deficiencia en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista se hará acreedor a multas sucesivas o equivalentes”* y, en la cláusula décima segunda, pactaron que *“(..) el contratista o la compañía de seguros reconocerá al IDU a título de cláusula penal pecuniaria una suma equivalente al 10% del valor del contrato, en caso de incumplimiento o de declaratoria de caducidad”*.

De lo anterior, se sigue que, si bien las partes pueden convenir sanciones por incumplimiento de ello no se sigue que válidamente convengan la facultad de que una de ellas, para el caso la entidad pública, pueda resolver y ejecutar lo pactado, a su arbitrio, pues ello compromete el orden jurídico, concretamente el principio según el cual los particulares responden ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones en los términos de los artículo 6³⁷ y 121 Constitucional³⁸.

El privilegio de autotutela administrativa que figura en el contrato que ocupa la atención de la Sala, es decir, la capacidad del sujeto contratante para tutelar sus propios intereses en vía declarativa o ejecutiva, sin necesidad de acudir el juez, comporta una competencia funcional que la entidad no adquiere por convención, lo que se traduce necesariamente en la vulneración del principio de legalidad,

³⁷ “Artículo 60. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

³⁸ “Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

uno de los pilares y valores fundamentales del Estado de derecho que por lo mismo no se puede soslayar en orden a obtener el cumplimiento contractual³⁹.

En consecuencia, las partes podían convenir en una sanción pecuniaria, pero no en la facultad de imponerla unilateralmente⁴⁰.

Es así como la Sala, en lo que atañe a la competencia material de las entidades estatales para la imposición de multas y la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, a la luz de la Ley 80 ha sostenido que a la administración no le asiste la potestad de sancionar al contratista incumplido, materializando su decisión mediante la expedición de un acto administrativo, sino que debía de acudir al juez del contrato. Sostiene la Sala⁴¹:

“Así entonces, se tiene que conforme a lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el reglamento y defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer así condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia misma de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculden en sentido contrario.

En materia de contratación estatal, la situación vigente no es distinta, en tanto la Ley 80 de 1993, se expidió como respuesta a una nueva concepción constitucional del Estado en su relación con los particulares que percibe la necesidad de éstos para el cumplimiento de sus fines, estableciéndose entonces una relación de derecho económico que requiere así mismo de criterios de igualdad, entre dos de sus actores más importantes, esto es, el Estado y el particular empresario, uno como garante de la prestación de los servicios públicos⁴² y el otro como propietario o facilitador de los bienes necesarios para la prestación de tales servicios y que ve en las necesidades del Estado otro campo de inversión del cual puede derivar beneficios económicos, para lo cual, la ley introdujo a la contratación estatal el concepto de autonomía de la voluntad.

³⁹ Sentencia de 29 de agosto de 2012, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, exp. 23830.

⁴⁰ Sentencia de 9 de octubre de 2014, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, exp. 31163.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 20 de octubre de 2005, expediente n.º 14579. M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

⁴² Artículo 365 de la Constitución Política.

Así mismo, desde esta nueva visión, pretendió la Ley 80 apartarse de conductas perniciosas del pasado reflejadas en el Decreto 222 de 1983, y consignadas en la exposición de motivos de la misma ley,

(...)

Así, puede observarse entonces, que la ley 80 de 1993, que pretendió ser el estatuto único de contratación, constituye un conjunto de disposiciones que tienen la finalidad principal de seleccionar objetivamente al contratista y la regulación que del contrato mismo hace es meramente excepcional, según surge de lo previsto en los artículos 13 y 40 de dicha norma, que establecen claramente que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la misma ley, así como, que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En esta orientación, especial preocupación tuvo el tema de las anteriormente denominadas cláusulas exorbitantes, conocidas hoy como excepcionales al derecho común y que en el Decreto 222 de 1983 ocupaban un lugar preferencial, pues eran de obligatoria inclusión; Así, se dijo en el artículo 60 de esta norma:

(...)

Concretamente, en lo que atañe a la cláusula de multas y penal pecuniaria, los respectivos artículos que las regularon, establecieron que la imposición de aquellas se haría "...mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto"⁴³ y que la imposición de ésta, es decir, la penal pecuniaria, se haría efectiva "directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento"⁴⁴ y para los dos casos, estableció que los valores recaudados por tales conceptos ingresarían al tesoro de la entidad contratante y podría ser tomado directamente del saldo a favor del Contratista, si lo hubiere o de la garantía constituida y, si esto no fuere posible, se cobraría por jurisdicción coactiva⁴⁵. Con ello, la entidad estatal quedaba plenamente facultada para, utilizando sus poderes excepcionales, declarar los incumplimientos e imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, según fuera el caso, lo cual, según se vio, claramente bajo la potestad de autotutela otorgada en las disposiciones previamente anotadas, podía hacer mediante acto administrativo.

Ello no ocurrió así con la Ley 80 de 1993. Esta norma, no solo derogó el Decreto 222 de 1983, anteriormente citado⁴⁶, sino que restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria y dispuso de manera general⁴⁷:

(...)

⁴³ Cita original. Artículo 71, Decreto 222 de 1983.

⁴⁴ Cita original. Artículo 72 ibídem.

⁴⁵ Cita original. Artículo 73 ibídem.

⁴⁶ Cita original. Salvo los artículos 108 a 113, referidos a la ocupación y adquisición de inmuebles e imposición de servidumbres. Al respecto, véase el artículo 81 de la Ley 80.

⁴⁷ Cita original. De manera específica, las cláusulas excepcionales allí consagradas se encuentran desarrolladas por los artículos 15 y siguientes de la misma Ley 80.

Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición⁴⁸ de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998⁴⁹ y del 20 de junio de 2002⁵⁰, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente” (subrayas y negrillas fuera de texto).

Cabe precisar que la aludida autorización contractual, además de carecer de respaldo positivo normativo, fue excluida por el legislador en los contratos estatales suscritos en vigencia de la Ley 80 de 1993; sin perjuicio de las facultades exorbitantes de que habla el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Esto porque el Estatuto Contractual propende porque las entidades públicas concurren al tráfico jurídico de bienes y servicios en igualdad de condiciones que los particulares, propósito que se desdibuja totalmente, si las facultades de la contratante desequilibran la relación contractual⁵¹.

En ocasiones anteriores, la Sala, sobre el particular, ha tenido oportunidad de pronunciarse⁵²:

“Dado que el negocio jurídico sobre el cual versa la presente litis fue celebrado por una empresa industrial y comercial del Departamento de Caldas y no

⁴⁸ Se refiere al artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

⁴⁹ Cita original. Exp. 13988.

⁵⁰ Cita original. Exp. 19488.

⁵¹ Sentencia de 9 de octubre de 2014, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, exp. 31163. Posición reiterada en sentencia de 11 de junio de 2015, exp. 32438, con igual ponencia.

⁵² Sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13414, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sección Tercera. Consejo de Estado. En sentido similar al que ahora ocupa la atención de la Sala se profirió sentencia el 7 de abril de 2011. Radicación n.º 17765.

corresponde a ninguno de los enunciados expresamente en el Código de Régimen Departamental -obras públicas, consultoría y prestación de servicios-, es claro que estaba sometido a los principios y reglas del derecho privado, los cuales, en principio, no contemplan como una cláusula “usual”, la terminación unilateral del contrato por una de las partes, luego de calificar por sí y ante sí, el incumplimiento de su co-contratante.

Esta facultad excepcional de declarar la caducidad del contrato, equivale a un juzgamiento que efectúa una de las partes del mismo, la entidad estatal, respecto del comportamiento de la otra parte del negocio jurídico, rompiendo con ello, el principio de igualdad que tradicionalmente había caracterizado a las relaciones contractuales; “Cuando la entidad estatal declara la caducidad del contrato por incumplimiento del contratista, debe establecer la existencia de los hechos constitutivos del mismo, y ésta será la motivación del acto administrativo respectivo; es decir que unilateralmente califica la actuación de aquel y si incurrió o no en esa conducta u omisión que acarrea consecuencias negativas para el colaborador de la Administración, que ésta puede concretar y volver realidad con su sola declaración, sin necesidad de recurrir al juez del contrato para obtener su pronunciamiento”.

Tal posibilidad, por supuesto, es inusual en los contratos de derecho privado celebrados entre particulares y regidos por las normas del Código Civil y del Código de Comercio, régimen jurídico al cual, como ya quedó visto, se hallaban sujetas las empresas industriales y comerciales del Estado y cuyas normas, en principio, “...si bien permiten que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes puedan pactar sanciones al incumplimiento contractual como la cláusula penal en sus artículos 1592 y 867 respectivamente, no contemplan la posibilidad de que una de las partes pueda por sí y ante sí declarar dicho incumplimiento respecto de la otra, siendo el juez competente para resolver las controversias surgidas de esa relación contractual, quien debe determinar la existencia y extensión de tal incumplimiento y por ende, la procedencia del cobro de la sanción pactada”.

Lo anterior significa que los actos administrativos que impusieron multa al contratista, que datan del 12 de diciembre de 1996 y 17 de febrero de 1997 – resoluciones n.º 597 y 109 respectivamente-, se profirieron sin competencia, toda vez que desde la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 y antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, esa competencia fue suprimida.

En términos generales, una multa no es más que la consecuencia de tipo económico, que se impone cuando quiera que se incumple una obligación de tipo legal o contractual, según el caso.

En vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 la multa y cláusula penal pecuniaria podían declararse unilateralmente por parte de la entidad pública contratante⁵³. Sin embargo, con la Ley 80 de 1993 y antes de la Ley 1150 de 2007, la administración perdió la facultad de declararlas o hacerlas efectivas unilateralmente y, por tanto, obligó a acudir al juez del contrato. Dicha postura atravesó por una transición para llegar a ese entendimiento, sobre la competencia de la administración para obrar unilateralmente ante el incumplimiento contractual⁵⁴.

En efecto, en vigencia de la Ley 80 de 1993, con fundamento en las potestades de autotutela, se dijo: “[s]i la contratación estatal en los términos del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan “los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”, bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista”⁵⁵.

La anterior postura jurisprudencial, desarrollada bajo el nuevo estatuto contractual, fue revisada, así⁵⁶:

“No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este

⁵³ En efecto, el artículo 71 del Decreto Ley 222 de 1983 disponía: “DE LA CLÁUSULA SOBRE MULTAS. En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra. // Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto. // En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula”. Por su parte, el artículo 72 del mismo ordenamiento prescribía: “DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento. // La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato. // El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante”.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 14.579, M.P. German Rodríguez Villamizar.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 4 de junio de 1998, exp. 13.988, M.P. Ricardo Hoyos Duque. En igual sentido, entre otras: providencia del 20 de junio de 2002, exp. 19.488, del mismo ponente.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 14.579, M.P. German Rodríguez Villamizar. En igual sentido: sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17009, M.P. Enrique Gil Botero.

sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente” (negrillas fuera de texto).

Vale la pena poner de presente que se precisó que la falta de competencia para hacer efectivas unilateralmente las multas y la cláusula penal pecuniaria, no quería decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad “*no las puedan pactar*”; sin embargo, se insiste, la limitación se estableció para su declaratoria de forma unilateral a través de actos administrativos⁵⁷.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 se revivió la competencia unilateral de las entidades estatales para imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, incluso, de forma retroactiva (artículo 17). Sobre esta última posibilidad, esta Corporación precisó⁵⁸:

“El párrafo transitorio transcrito [se refiere al contenido en el artículo 17], debe entenderse, en el sentido, de que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley”.

De lo expuesto es claro que, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, estaba vedada la posibilidad para la administración de imponer multas en forma unilateral, toda vez que el ordenamiento jurídico tan sólo la habilitaba para pactarlas, reservando su imposición al juez del contrato. Además, la jurisprudencia ha sido clara en señalar que la facultad consagrada en el

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 14579, M.P. German Rodríguez Villamizar. En igual sentido: sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17009, M.P. Enrique Gil Botero.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, exp. 21574, M.P. Enrique Gil Botero.

parágrafo transitorio del artículo 17 de la referida ley, se supedita a que la multa sea pactada con anterioridad a su expedición, pero que su imposición se produzca en vigencia de la citada norma, todo ello en cumplimiento del principio de legalidad que rige de manera estricta la facultad sancionatoria estatal⁵⁹.

Nulidad oficiosa de las cláusulas décima y décima segunda del contrato de consultoría n.º 067 de 1995, relativas a las multas y a la cláusula penal pecuniaria

El juez administrativo puede declarar oficiosamente la nulidad absoluta, siempre que se encuentre plenamente demostrada en el proceso con audiencia de las partes o sus causahabientes, como lo prevé el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, mediante el cual se modificó el artículo 87 del C.C.A.⁶⁰

Se trata de una declaración que puede abarcar el contrato en su totalidad o parcialmente, atendiendo al alcance del vicio advertido. Siendo así y en consideración a que acorde con los artículos 1519 del C.C. y 899 y 902 del C. de Co, procede declarar la nulidad de las cláusulas décima y décima segunda del contrato n.º 067/95 objeto de la litis, por contravenir el orden público, en cuanto a

⁵⁹ Sentencia de 26 de junio de 2015, exp. 27274, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁶⁰ “Artículo 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil”.

las autoridades les está prohibido arrogarse facultades que no les han sido conferidas por la ley.

Efectivamente, las partes, facultaron al IDU para i) imponer unilateralmente la sanción penal pecuniaria, en caso de declaratoria del incumplimiento de las obligaciones del contratista y ii) cobrar multas sucesivas. Acuerdo que vicia de nulidad absoluta las mencionadas cláusulas.

En el presente asunto está acreditado que el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU- y la sociedad Cenerco Ltda. suscribieron el contrato de consultoría n.º 067 de 10 de diciembre de 1995, esto es, en vigencia de la Ley 80 de 1993. En las cláusulas décima y décima segunda, las partes pactaron la posibilidad de que la primera impusiera unilateralmente multas y la cláusula penal pecuniaria en contra de la segunda. De lo que se sigue que, al amparo del contrato, la administración se auto facultó para sancionar por sí y ante sí al contratista y para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, al margen de la declaratoria de caducidad del contrato.

Con fundamento en las mencionadas cláusulas, el IDU impuso una multa a su contratista, a través de las resoluciones n.º 597 y 109 del 12 de diciembre de 1996 y 17 de febrero de 1997, respectivamente.

De lo expuesto se evidencia que se ejercieron facultades unilaterales sin competencia, en tanto se materializaron durante la vigencia de la Ley 80 de 1993 y antes de la entrada en rigor de la Ley 1150 de 2007, periodo durante el cual las entidades estatales carecían de la posibilidad de imponer unilateralmente multas y la cláusula penal pecuniaria dentro de sus relaciones contractuales. Siendo así, se impone declarar la nulidad de las resoluciones antes mencionadas, al igual que de las cláusulas décima y décima segunda del contrato de consultoría n.º 067 de 1995, en la medida en que las primeras impusieron a la contratista una multa y las estipulaciones contractuales mencionadas lo permitían, así como lo atinente a la efectividad de la cláusula penal, por los mismos razonamientos que llevaron a la Sala a concluir que la administración no tenía competencia para pactar en un contrato poderes extraordinarios, excepto los que tienen que ver

con la interpretación, modificación y terminación unilateral; caducidad y reversión previstos en la Ley 80 de 1993 –artículos 14, 15, 16 17 y 18- y en los precisos eventos contenidos en el ordenamiento y que habiéndolos pactado no podía hacer uso de ellos, sin contravenir el orden jurídico.

Por lo anterior, la sociedad contratista Cenerco Ltda. no se encuentra obligada en virtud de los actos que se anulan, al pago de las obligaciones en los mismos consignadas.

No obstante, no se ordenará el pago de los perjuicios reclamados por no aparecer causados. Sin perjuicio de que no está probado el incumplimiento de la entidad contratante ni que el contratista se hubiera allanado a cumplir en los términos pactados. No hay prueba de que el contratista, en la actualidad demandante, hubiera cancelado el valor de la multa impuesta, circunstancia suficiente para negar este reconocimiento; sin embargo, como esos valores fueron incluidos en la liquidación unilateral que también se demanda en esta oportunidad, la Sala en el siguiente acápite, donde se definirá la legalidad del ejercicio liquidatorio, se dispondrá lo correspondiente para evitar su cobro.

Ahora, en caso de haber operado la satisfacción indebida de la prestación, el IDU tendría que reintegrar a la sociedad Cenerco Ltda. o a la Compañía de Seguros del Estado S.A., debidamente indexadas, las sumas que éstas hayan cancelado con fundamento en las resoluciones, que ahora se anulan. Esto en cuanto resolvió tutelar sus propios intereses en vía declarativa, sin acudir al juez natural, ejerciendo una competencia funcional que la entidad demandada no ostenta, así se haya convenido. Acuerdo que deviene en ineficaz y se impone su inaplicación.

En este orden de ideas, la Sala declarará la nulidad de las resoluciones que impusieron la multa al contratista y, así mismo, en lo que a esta materia se refiere, de las decisiones que liquidaron unilateralmente el contrato.

v) Actos administrativos que liquidaron unilateralmente el contrato

Los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993⁶¹ -vigente para la fecha de celebración del contrato sometido a consideración de la Sala- disponían que los contratos cuya ejecución se prolongara en el tiempo y los demás que lo requirieran, serían objeto de liquidación, de manera bilateral por consenso o unilateralmente por la administración, mediante acto administrativo motivado. Esto último, cuando el contratista no concurre al acto o se niega a suscribirlo, cualquiera fuere la causa, sin perjuicio de las constancias respectivas sobre la confrontación. En cuanto a la liquidación unilateral, la segunda norma en cita era del siguiente tenor:

“Artículo 61. DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL. Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.

La liquidación es una actuación que sobreviene a la terminación, destinada a hacer constar el balance del contrato, las obligaciones satisfechas y los derechos exigidos, valores ejecutados y pendientes. De manera bilateral por el consenso de las partes o, en caso de no lograrse un acuerdo, unilateralmente por la

⁶¹ El artículo 60 de la Ley 80 de 1993 fue parcialmente derogado. El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 se refirió a la liquidación de los contratos como sigue:

“Artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo”.

administración, mediante acto administrativo motivado. Lo último ya fuere porque el contratista no concurre o se niega a suscribir el acta, la que se habrá de extender y firmar de todas maneras, sin perjuicio de la confrontación del contratista, de la que quedarán las constancias respectivas.

La liquidación del contrato ha sido definida como un auténtico corte de cuentas, en el que se define quien le debe a quien y cuánto. De suerte que cuando solo concurre la administración, como en el *sub lite*, impone su propio convencimiento sobre el resultado económico del negocio y el estado definitivo de los derechos y obligaciones, en un acto administrativo, de carácter particular y concreto, susceptible de los recursos en vía gubernativa. Sin que de ello se siga la potestad de la administración de desconocer lo acontecido y utilizar la liquidación para imponer al contratista un balance que no consulta la realidad, pues de ser ello así habría que concluir que se abusa de la posición de dominio y se incumple el deber constitucional de respetar el derecho ajeno y no abusar del propio.

El acervo probatorio que reposa en la actuación permite establecer que el IDU adelantó la liquidación unilateral como correspondía, esto es vencido el plazo contractual y previa convocatoria al contratista.

En efecto, el plazo del contrato de consultoría se pactó en seis meses, el cual fue prorrogado en dos ocasiones, hasta el 15 de diciembre de 1996.

En la cláusula décima quinta, las partes acordaron proceder a la liquidación bilateral dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación, en los términos previstos en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

El Instituto de Desarrollo Urbano liquidó unilateralmente mediante resolución n.º 171 de 26 de marzo de 1997, en cuyo contenido dio cuenta de haber convocado al contratista para liquidar por mutuo acuerdo –comunicación n.º PBH-017-97-, sin obtener respuesta. Ello no fue controvertido por la sociedad Cenerco Ltda.

No obstante, como se anularon las resoluciones de multa y la cláusula que la consagra, se impone anular el aparte del artículo primero de la resolución n.º 171 de 1996, en lo que tiene que ver con el valor de multa impuesta mediante resoluciones 597 y 109 de 12 de diciembre de 1996 y 17 de febrero de 1997, respectivamente y su inclusión en los valores a cancelar por parte del contratista al IDU. Por tanto, dicho aparte quedará como sigue:

Valores a cancelar por parte del contratista al IDU

1.- Reembolso 25% de las sumas canceladas al contratista: \$87 479 036.00

Valor total a favor del IDU: \$87 479 036.00.

Parágrafo. El contratista Cenerco Ltda, responsable del contrato n.º 067 de 1995 deberá consignar en la tesorería a favor del Instituto de Desarrollo urbano –IDU-, la suma de OCHENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TREINTA Y SEIS PESOS MCTE (\$87 479 036.00).

Si no lo hiciere se hará exigible el pago a través de la póliza única de cumplimiento n.º 9539340, expedida por la compañía de Seguros del Estado S.A. y si ello no fuere posible a través de la jurisdicción coactiva.

En lo demás, la resolución citada quedará incólume.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la resolución n.º 171 de 26 de marzo de 1997, la resolución n.º 398 de 29 de agosto de 1996, por medio de la cual el IDU resolvió no revocar la decisión, también será declarada nula.

En caso de que la aseguradora haya pagado el valor de la multa, con cargo a la garantía de cumplimiento, dicho valor deberá serle reembolsado.

En los términos del artículo 488 del C.P.C. esta decisión presta mérito ejecutivo, con el objeto de que el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- pueda perseguir ejecutivamente a la sociedad Cenerco Ltda. la satisfacción de la obligación aquí declarada. Dicha sociedad deberá reconocer los intereses moratorios a la tasa del 12% anual, a partir de la sentencia.

En lo atinente al desequilibrio contractual alegado por la sociedad Cenerco Ltda., la Sala no encuentra demostrados los hechos invocados, tampoco el

advenimiento de circunstancias extrañas e imprevisibles, encaminadas para justificar las omisiones que finalmente dan cuenta del incumplimiento de obligaciones contractuales.

La Sala advierte que el contratista se limitó a señalar acontecimientos sin demostrar la imprevisibilidad de los mismos y sin probar la incidencia que pudieron tener en la ejecución del contrato. Sobre el particular, la jurisprudencia ha sostenido⁶²:

“(..) la aplicación de la teoría del equilibrio financiero del contrato está condicionada, generalmente, a la conservación de la estructura original del contrato, esto es, a que se mantengan las obligaciones y derechos originales que surgieron para los co-contratantes, muchos de los cuales están determinados por los riesgos o contingencias que asumieron.”⁶³

En estas condiciones no es dable considerar que el contratista, por las variaciones que hubiesen ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato, está eximido de atender los riesgos que asumió.

Considera la Sala que, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar.

La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume “un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere a todo tipo de contratación pública.”⁶⁴ Pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales, como sucedió en el presente caso.

La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado.

Como se indicó precedentemente, son los riesgos externos o extraordinarios los que configuran la teoría de la imprevisión y, por ende, deben ser demostrados por quien los alega. Así, la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al álea anormal del contrato, porque es además imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 14389, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. Posición reiterada en sentencia de 16 de octubre de 2013, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 23190.

⁶³ Cita original: Así lo precisó la Sala entre otras, en sentencia 14043 de 2004 ya mencionada.

⁶⁴ Cita original: Sentencia proferida el 9 de mayo de 1996; expediente 10151.

Debe pues el contratista soportar un álea normal y si éste es anormal habrá de demostrarlo⁶⁵; no basta simplemente afirmarlo y para ello deberá asumir la carga de la prueba, consistente fundamentalmente en acreditar los riesgos que se hicieron efectivos y los sobre costos asumidos y cuantificarlos, frente al valor del contrato, incluidas las sumas que haya presupuestado en el factor imprevistos; es decir, demostrar la realidad económica del contrato que deba conducir a la entidad pública contratante a asumir el deber de restablecer el equilibrio financiero del mismo⁶⁶.

Sin condena en costas por no aparecer causadas.

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

F A L L A

MODIFICAR la sentencia de 30 de agosto de 2006, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para, en su lugar, disponer:

PRIMERO.- DESESTIMAR la objeción por error grave.

SEGUNDO.- DECLARAR que la firma SENERCO LTDA. hoy CENERCO LTDA. incumplió el contrato n.º 067 de 10 de diciembre de 1995 y sus adicionales 1 y 2, suscritos con el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-.

⁶⁵ Como quiera que el punto crítico es deslindar el terreno de lo normal y de lo anormal, MARIENHOFF señala que “álea “*extraordinaria* o “*anormal*” es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato. Las variaciones de precios que provengan de fluctuaciones económicas corrientes, constituyen áleas ordinarias; en cambio, pueden constituir anormales o extraordinarias cuando provengan de acontecimientos anormales, excepcionales y que, por tanto, no pudieron entrar en las previsiones de las partes en el momento de contratar. Como ejemplo de estos últimos pueden mencionarse las guerras, las depreciaciones monetarias, las crisis económicas, etc.” *Ob. cit.* p. 524.

⁶⁶ Sentencia de 29 de mayo de 2003, exp. 14577, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

TERCERO.- DECLARAR la nulidad de las resoluciones n.º 597 de diciembre 12 de 1996 y 109 de febrero 17 de 1997, por medio de las cuales el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- impuso una multa a la sociedad Cenerco Ltda.

CUARTO.- DECLARAR de oficio la nulidad absoluta de las cláusulas décima y décima segunda del contrato de consultoría n.º 067 de 1995, relativas a la multa y cláusula penal, en los términos de la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO.- DECLARAR la nulidad del artículo primero de la resolución n.º 171 de 26 de marzo de 1996, por medio de la cual el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- liquidó unilateralmente el contrato, en lo que tiene que ver con el valor de multa impuesta mediante resoluciones 597 y 109 de 12 de diciembre de 1996 y 17 de febrero de 1997, respectivamente y su inclusión en los valores a cancelar por parte del contratista al IDU. Por tanto, dicho aparte quedará como sigue:

Valores a cancelar por parte del contratista al IDU

1.- Reembolso 25% de las sumas canceladas al contratista: \$87 479 036.00

Valor total a favor del IDU: \$87 479 036.00.

Parágrafo. El contratista Cenerco Ltda, responsable del contrato n.º 067 de 1995 deberá consignar en la tesorería a favor del Instituto de Desarrollo urbano –IDU-, la suma de OCHENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TREINTA Y SEIS PESOS MCTE (\$87 479 036.00). Si no lo hiciere se hará exigible el pago a través de la póliza única de cumplimiento n.º 9539340, expedida por la compañía de Seguros del Estado S.A. y si ello no fuere posible a través de la jurisdicción coactiva.

En los demás, la resolución citada quedará incólume.

En caso de que la aseguradora haya pagado el valor de la multa, con cargo a la garantía de cumplimiento, dicho valor deberá serle reembolsado.

En los términos del artículo 488 del C.P.C. esta decisión presta mérito ejecutivo, con el objeto de que el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- pueda perseguir ejecutivamente a la sociedad Cenerco Ltda. la satisfacción de la obligación aquí declarada. Dicha sociedad deberá reconocer los intereses moratorios a la tasa del 12% anual, a partir de la sentencia.

SEXTO.- Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** la nulidad de la resolución n.º 398 de 29 de agosto de 1997, por medio de la cual se confirmó la resolución n.º 171 de 26 de marzo de 1996.

SÉPTIMO.- NEGAR las demás súplicas de la demanda principal y la demanda de reconvención.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Subsección

CESAR NEGRET MOSQUERA
Conjuez