

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "B"
Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil doce (2012)

Proceso número: 25-000-23-26-000-1996-012807-01 (25.392)
Actor: Instituto de Desarrollo Urbano –IDU–
Demandada: Sociedad L.G. Consultores y Asociados Ltda.
y otro
Acción: Controversias contractuales

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 22 de mayo de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante la cual resolvió (fls. 183 y 184, c. ppal 2):

PRIMERO.- Declarar que la sociedad contratista L.G. CONSULTORES ASOCIADOS LTDA, incumplió sus obligaciones contractuales contenidas en el contrato No. 076 de diciembre 28 de 1995 y su adicional de plazo, celebrado con el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU).

SEGUNDO.- Condenar a la mencionada sociedad contratista y a la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A. en su condición de garante a pagar a título de perjuicios la suma de dinero equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, de conformidad con la cláusula penal pecuniaria contractual; debidamente ajustada en su valor.

TERCERO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO.- Sin condena en costas.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El 30 de agosto de 1996 (fl. 15, c. ppal), el Instituto de Desarrollo Urbano, en adelante IDU, presentó demanda en contra de la sociedad L.G. Consultores Asociados Ltda. y Seguros del Estado S.A. (fls. 10 a 15, c. ppal).

1.1.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 11 a 13, c. ppal):

1.1.1.1. El IDU y la sociedad L.G. Consultores y Asociados Ltda. celebraron el contrato 076 del 28 de diciembre de 1995, para la realización de los estudios y diseños de diez (10) obras en la ciudad de Bogotá, las cuales se relacionan en las pretensiones de la demanda.

1.1.1.2. Previa constitución de las garantías correspondientes, puntualmente, a través de la póliza única de cumplimiento 9545676 del 28 de diciembre de 1995, expedida por Seguros del Estado S.A, el 8 de febrero de 1996 se inició la ejecución del contrato.

1.1.1.3. La interventoría del contrato arriba referido informó al IDU que al vencimiento del contrato la firma contratista sólo había cumplido el 47.5% del objeto contractual.

1.1.2. Las pretensiones

En armonía con los hechos relacionados, el IDU deprecó las siguientes pretensiones (fls. 10 y 11, c. ppal):

PRIMERA: Que se declare que la firma L.G. Consultores Asociados Ltda, incumplió el contrato 076 del 28 de diciembre de 1995 celebrado en el (sic) Instituto de Desarrollo Urbano IDU, cuyo objeto fue realizar los estudios y diseños de las siguientes obras:

- Mejoras Intersecciones Calle 127 por Autopista Norte y área de influencia.
- Carrera 11 entre calles 74 y la Calle 78.
- Ampliación pontón Calle 167 por Carrera 51.
- Mejoras Avenida El Dorado entre Avenida Boyacá y la Carrera 106.
- Mejoras Carrera 68 en el área de influencia de la Avenida El Dorado.
- Mejoras Calle 26 por el Cementerio Central y Puente del Concejo.
- Mejoras de la Malla Vial del Barrio Samper Mendoza.

- Mejoras paso nivel de la Avenida Luis Carlos Galán por la Avenida las Américas.
- Adecuación Calle 85 entre Carrera 13 y Carrera 15.
- Tapón Carrera 52A y Calle 42 Sur con Avenida Carrera 68, de conformidad con los requisitos indicados en los términos de referencia y bajo las condiciones pactadas en el contrato.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene a la firma L.G. Consultores y Asociados y/o Compañía de Seguros del Estado S.A. a pagar el equivalente al 10% por ciento del valor del contrato, fijado como cláusula penal pecuniaria en caso de incumplimiento el contrato.

TERCERA: Que se condene a la firma L.G. Consultores y Asociados, y/o a la Compañía de Seguros del Estado al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho en la cantidad que determine esa H. Corporación.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.2.1. Seguros del Estado S.A. (fls. 31 a 36, c. ppal) sostuvo que desde el inicio del contrato se careció de interventoría, razón por la cual la ejecución se desarrolló bajo el criterio de la contratista. Ahora, si bien la demandada designó a sus gerencias para dicha labor, lo cierto es que ello no se notificó y generó un sinnúmero de inconvenientes, pues sus órdenes eran, además de esporádicas, contradictorias. Asimismo, esa situación significó el desconocimiento del numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que exige que la interventoría se contrate con personas independientes a la entidad contratante, en el evento de que el contrato principal se derive de una licitación o concurso públicos.

Consideró que el desorden administrativo de la demandada configuró un incumplimiento que relevó al contratista de sus obligaciones, aunado al hecho de la falta de pago oportuno y de un plazo insuficiente para el cumplimiento de las obligaciones. Igualmente, consideró que las dificultades presentadas con la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá constituyeron una fuerza mayor, dada la demora de ésta para estudiar y aprobar los planos y diseños.

Por último, adujo que ante la omisión del IDU de notificar las circunstancias de agravación del riesgo significó la terminación del contrato de seguros, en los términos del artículo 1060 del Código de Comercio.

1.2.2. La sociedad L.G. Consultores Asociados Ltda. (fls. 43 a 74, c. ppa) reiteró lo dicho por el otro demandado, incluso, en cuanto a las excepciones propuestas, respecto de la excepción del contrato no cumplido y fuerza mayor.

1.3. LOS ALEGATOS

Las partes reiteraron sus argumentos con base en las pruebas allegadas (fls. 150 a 165, c. ppal).

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 22 de mayo de 2003 (fls. 171 a 184, c. ppal 2), el *quo*, negó las pretensiones y para el efecto sostuvo:

a) Con referencia a la no designación oportuna de interventor, debe manifestar la sala que desde el inicio de la relación contractual a efectos del cumplimiento de su objeto, se determinó quien ejercería la interventoría; tal situación se demuestra con el contenido del acta de iniciación; cuestión diferente es que con posterioridad se haya cambiado al interventor.

A efectos de la valoración de la prueba testimonial (testigo Dagoberto Morales Arias), debe indicarse por la sala que solamente le consta a este testigo el hecho de la celebración del contrato; es así como de manera expresa manifiesta que "internamente en el manejo del mismo contrato, no tiene conocimiento alguno"; su declaración hace referencia a los contratos donde actuó como representante de otras firmas contratistas y es dentro de ese contexto general y no para el caso concreto que debe entenderse sus (sic) declaración respecto a la existencia de un interventor externo e interno; así mismo su impresión frente a la autonomía o no del interventor. (...)

En cuanto a la declaración testimonial del otro testigo (Jorge Hernando Izquierdo) a que alude la excepcionante, se precisó por la sala que se trata de un ingeniero que labora para la sociedad

contratista y la razón de su dicho la sustenta aduciendo que en algunas ocasiones en forma circunstancial asistió a reuniones o junta que se celebraron entre las partes (...).

Llama la atención de la sala la inexistencia de documentos que demuestren la presentación de informes y la tacha de los mismos; así mismo antecedentes relacionados con las reuniones donde participó el ahora testigo, lo anterior sumado al hecho que la sociedad contratista dentro de la ejecución del contrato no planteará estas situaciones, restan valor al dicho testimonial y no constituye medio de prueba tendiente a demostrar que existían contradicciones entre el interventor y funcionarios internos del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) que conllevaran a un incumplimiento del plazo por parte del contratista; no sobra señalar que son muy distintas las razones que justificaban en criterio de la sociedad contratista la ampliación del plazo.

Ahora bien, corresponde a los demandados asumir carga procesal probatoria tendiente a demostrar que el cambio de interventor guarda nexo causal con el incumplimiento de sus obligaciones contractuales; sin embargo esa carga procesal no se asumió; se quiere significar por la sala que la simple demostración del cambio del interventor no constituye fundamento alguno para sostener que por ese hecho se incumplió el contrato por la entidad pública contratante y menos que constituya nexo de causalidad que justifique el incumplimiento del demandado; los hechos consecuenciales que imputan los excepcionantes en materia de interventoría (duplicidad de funciones – criterios encontrados) tampoco se encuentran probados.

b). Respecto a la falta de pago oportuno de las sumas diferentes al anticipo, los excepcionantes se limitan a afirmar que esto conllevó a una grave situación financiera para el contratista; sin embargo ni está demostrado el hecho de la falta de pago oportuno y menos que esa situación tenga nexo causal con el incumplimiento por parte del contratista.

c). En cuanto a los plazos imposibles por insuficientes para la ejecución del contrato, observa la sala en primer lugar que tal situación no conlleva a demostrar un incumplimiento del contrato por la demandante, sino en gracia de discusión a justificar el incumplimiento del plazo contractual por parte del contratista demandado (...).

Resalta la sala que no es ajena a las consecuencias jurídicas que conlleva la estipulación de un plazo inadecuado; pero su aplicación no está demostrada en el caso en concreto, lo anterior por cuanto: no se solicita la nulidad de la cláusula contractual respecto a la fijación del plazo; frente a la fijación del plazo contractual el contratista tiene la facultad de cuestionar su pertinencia con relación al objeto contractual, tendiente a la modificación de esa cláusula del pliego de condiciones o de los términos de referencia, sin embargo en el caso

Acción contractual – Expediente 25.392
Actor: Instituto de Desarrollo Urbano IDU
Demandado: Sociedad L.G. Consultores y Asociados Ltda. y otro
Confirma fallo de primera instancia – Niega las pretensiones

concreto no existe ni siquiera observación en tal sentido; en el presente caso precisamente el propio contratista justificó una ampliación de plazo por los trámites que debía gestionar antes las entidades públicas, él mismo fijó el nuevo plazo de prórroga y la entidad administrativa lo aceptó (...).

Aún desde este criterio interpretativo de suspensión, en el caso concreto se tiene que la conducta del contratista no fue la más adecuada respecto al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, especialmente al dejar transcurrir mas de dos (2) meses para empezar a gestionar lo pertinente ante las correspondientes entidades administrativas; en otros términos no demostró que el incumplimiento del plazo contractual obedeció exclusivamente al tiempo de gestión antes las indicadas entidades (...).

Ahora bien el dictamen pericial no incurre en error grave, sencillamente lo que existe es un inconformismo de la parte demandante respecto a los sobrecostos, pero tal y como se dejó definido este aspecto no hace parte del tema de la prueba y el hecho que los señores hayan respondido a una pregunta en tal sentido, no configura la causal de error grave en material de dictamen pericial (...).

La fuerza mayor (...).

Quiere significar la sala con lo anterior que dentro de los términos de referencia se especificó las reglas objetivas, claras y completas tendientes a la ejecución del objeto contractual; no es de recibo sostener que la intervención de terceros para el cumplimiento de las obligaciones contractuales constituye fuerza mayor; resalta la sala que dentro de la ejecución del contrato, la sociedad contratista entendió esas dificultades como justificación para la ampliación del plazo pero en ningún momento como causa de fuerza mayor, como ahora en la demanda alega.

Ahora bien, respecto a la prueba testimonial que refiere la demandada como soporte de esta causal de fuerza mayor, precisa la sala que de la misma no se desprende los requisitos de fuerza mayor sino los inconvenientes para cumplir dentro del plazo establecido, aspecto este último ya analizado (...).

Demostrado el incumplimiento de la sociedad contratista, cobra efectos jurídicos en materia de perjuicios lo estipulado en la cláusula penal, por consiguiente es de recibo condenar a la sociedad contratista y a su garante al pago de la tasación de perjuicios que de manera previa acordaron los contratantes en caso de incumplimiento (fls. 178 a 183, c. ppal 2).

III. SEGUNDA INSTANCIA

3.1. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la sociedad L.G. Consultores Asociados Ltda. interpone recurso de apelación (fls. 196 a 199, c. ppal 2)¹, por (i) la falta de apreciación de las pruebas, en tanto de los testimonios sólo se tuvo en cuenta lo que la desfavorece, mientras que de las comunicaciones internas de la entidad y desconocidas por ella, el *a quo* dedujo el nombramiento de los interventores; dado que no es dable sostener que no presentó informes, puesto que no asumió esa obligación. También estima desafortunado que se le imponga la obligación de demostrar el incumplimiento del pago, pues se trata de una negación indefinida relevada de prueba; (ii) sostiene que fue determinante el cambio de interventor a lo largo del contrato, puesto que era quien debía recibir y aprobar la ejecución; (iii) advierte la inaplicación de la jurisprudencia contractual en el tema del plazo imposible, pues se le exige solicitar la nulidad de dicha cláusula y (iv) considera que se desconoció el efecto sobre el cumplimiento del contrato, de las demoras en la aprobación de los diseños a cargo de terceros, particularmente, las entidades distritales.

3.2. ALEGATOS

El IDU y la apelante reiteraron los planteamientos expuestos en sus intervenciones. Esta última amplió sus argumentos en el sentido de reiterar las excepciones de contrato no cumplido y fuerza mayor (fls. 205 a 228, c. ppal 2).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. COMPETENCIA

Esta Corporación es la competente para desatar el presente asunto, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso

¹ Vale referir que Seguros del Estado S.A. apeló la decisión, pero su recurso fue declarado desierto por falta de sustentación (fl. 202, c. ppal 2).

Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos².

4.2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en determinar si existió incumplimiento y por parte de quién del contrato 076 del 28 de diciembre de 1995 suscrito entre el IDU y la sociedad L.G. Consultores y Asociados Ltda., respecto del cual Seguros del Estado S.A. era garante.

4.3. EL ANÁLISIS PROBATORIO

4.3.1. Las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas por las partes en las oportunidades correspondientes, en los términos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, en consecuencia, serán valoradas sin otra consideración; las comunicaciones relacionadas en el numeral 4.3.9., fueron allegadas en original, con la contestación de la demanda, por parte de la recurrente.

4.3.2. Dentro de los términos de referencia del concurso público de méritos IDU-CM-SPV-14-95, que terminaría con la suscripción del contrato 076 del 28 de diciembre de 1995, numeral 5, se fijó como plazo máximo para la ejecución de los estudios y diseños cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha del acta de iniciación (fl. 29, c. 3); igualmente, se indicó en los

² El numeral 8 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, imponía el conocimiento en primera instancia a los Tribunales Administrativos de los procesos referentes a temas contractuales, cuya cuantía, cuando se presentó la demanda, esto es, el 30 de agosto de 1996 (fl. 15, c. ppal), superaran los \$13.460.000. En el *sub lite*, la mayor pretensión asciende a \$17.083.676, que corresponde al 10% del valor del contrato 076 del 28 de diciembre de 1995, según los hechos de la demanda y la estimación razonada de la cuantía (fls. 11 y 14, c. ppal).

numerales 2.4 y 2.6 que el contratista debía remitir el diseño de señalización y demarcación de pavimentos, así como el de redes a la Secretaría de Tránsito y Transporte y a cada empresa de servicio hasta su aprobación final (fl. 60, c. 3)³.

4.3.3. En lo pertinente, las partes pactaron:

CLAÚSULA PRIMERA: El CONTRATISTA se compromete para con el IDU a llevar a cabo los estudios y diseños de las siguientes obras: (se relacionan las contenidas en las pretensiones de la demanda) de conformidad con los términos de referencia y bajo las condiciones estipuladas en este documento. PARÁGRAFO: OBJETIVO DE LOS ESTUDIOS.- La realización de los estudios y diseños son: a) Estudios de tráfico, capacidad vial y nivel de servicio, b) Estudios para la elaboración del plan de manejo ambiental, c) Estudio de suelos, d) Diseño del espacio público y e) Diseños viales. (...) CLÁUSULA CUARTA.- VALOR: Para efectos legales y fiscales el valor del presente Contrato se ha estimado en la suma de CIENTO SETENTA MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SETECIENTOS SESENTA PESOS (\$170.836.760) MONEDA CORRIENTE, incluido el IVA, valor acorde con su propuesta Económica. CLÁUSULA QUINTA FORMA DE PAGO: (...) PARÁGRAFO ÚNICO: INTERESES POR MORA EN LA CANCELACIÓN DE LOS PAGOS ACORDADOS: Cuando el IDU no efectúe los pagos de la suma acordada en esta cláusula al CONTRATISTA dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de su causación, reconocerá como intereses de mora el incremento del índice de precios al consumidor certificado por el DANE, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año anterior; sino ha transcurrido un año completo de la causación del pago, se hará en proporción a los días transcurridos. (...) CLÁUSULA SÉPTIMA.- PLAZO: El término de duración del presente Contrato es de cuatro (4) meses contados a partir del acta de iniciación de los estudios, la cual se suscribirá una vez se cumplan los requisitos exigidos para iniciar su ejecución. CLÁUSULA NOVENA.- GARANTÍAS (...) b) Cumplimiento: su cuantía será del veinte por ciento (20%) del valor total del contrato y estará vigente por el término del mismo y seis (6) meses más. (...) CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- PENAL PECUNIARIA.- EL CONTRATISTA O LA COMPAÑÍA DE SEGUROS reconocerá al IDU a título de cláusula penal pecuniaria una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, en caso de incumplimiento o de declaratoria de caducidad, la cual el IDU hará efectiva de acuerdo a lo previsto en la Ley 80 de 1995. (...).

³ Si bien dicho documento fue allegado en copia simple, el mismo fue aportado por los peritos al aclarar su dictamen pericial.

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA. LIQUIDACIÓN: El presente contrato será objeto de liquidación de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, procedimiento que deberá efectuarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su vencimiento o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación o la fecha del acuerdo que la disponga (...) (fls. 341 a 345, 348 y 349, c. 2).

4.3.4. El 8 de febrero de 1996, las partes suscribieron el acta de iniciación, según la cual fungiría como interventor el señor Lino Baena Calle, Jefe de la División de Programas Viales y Transporte Masivo (fls. 19 a 21, c. 2); teniendo en cuenta esta fecha, el plazo contractual fenecía el 8 de junio del mismo año.

4.3.5. Mediante escritos 411G-002, 411G-003 y 411G-004, en los que a mano alzada se anotó como fecha 6 de marzo de 1996, el IDU comunicó a tres gerentes de proyecto su designación como interventores, aunque en diferentes obras del contrato en estudio (fls. 22 a 24, c. 2).

4.3.6. El 27 de mayo de 1996, según acta no. 2, las partes se reunieron para formalizar el cambio del interventor del señor Lino Baena Calle, Jefe de la División de Programas Viales y Transporte Masivo, al señor Antonio Cortés Martínez (fls. 26 y 27, c. 2), con quien el IDU suscribió el contrato de interventoría 046 el día 2 del mismo mes y año (fls. 12C a 17, c. 2).

4.3.7. El 4 de junio de 1996, a cuatro días de vencerse el plazo inicialmente pactado, la actora solicitó su prórroga, en los siguientes términos:

De la manera más comedida le rogamos ordenar a quien corresponda estudiar la posibilidad de concedernos una ampliación en plazo para la entrega de algunos trabajos del contrato de la referencia así:

1.0 Se entregarán dentro del plazo:

- Carrera 11 entre calles 74 y la Calle 78.
- Ampliación pontón Calle 167 por Carrera 51.
- Adecuación Calle 85 entre Carrera 13 y Carrera 15.

- Tapón Carrera 52A y Calle 42 Sur con Avenida Carrera 68

2.0 Por un término de 15 días es decir hasta el 23 de junio de 1996 para los siguientes proyectos:

- Mejoras pasq nivel de la Avenida Luis Carlos Galán por la Avenida las Américas.
- Mejoras Intersecciones Calle 127 por Autopista Norte y área de influencia.
- Mejoras Calle 26 por el Cementerio Central y Puente del Concejo.

3.0 Por un término de 25 días es decir hasta el 3 de julio de 1996, para el resto de los proyecto (sic) del contrato, es decir:

- Mejoras Avenida El Dorado entre Avenida Boyacá y la Carrera 106.
- Mejoras de la Malla Vial del Barrio Samper Mendoza.
- Mejoras Carrera 68 en el área de influencia de la Avenida El Dorado

Nos hemos visto obligados a solicitar esta pequeña ampliación del plazo **por las enormes dificultades que hemos tenido en concertar con las Empresas de Servicios la elaboración de los proyectos**, dado que se trata en todos los casos de puntos muy centrales con servicios construidos hace muchísimo tiempo y con bastante tráfico, **ha dificultado (sic) enormemente el rendimiento en la investigación de las redes de servicios (se destaca) (fls. 54 y 55, c. 2).**

4.3.8. La anterior solicitud fue apoyada por el interventor del contrato (fls. 56 a 58, c. 2) y, en consecuencia, el 7 de junio de 1996 se suscribió el contrato adicional extendiendo la finalización del contrato para el 3 de julio del mismo año (fl. 12B, c. 2).

4.3.9. El 21 de agosto de 1996, mediante oficio AC-209, el interventor del contrato en estudio informó al IDU que a la fecha final de entrega, esto es, el 3 de julio del mismo año, el contratista había cumplido con el 47.5% (fls. 62 y 62, c. 2).

4.3.10. Se allegó abundante cruce de comunicaciones, principalmente (fls. 65 a 144, c. 2), entre la contratista y las empresas de servicios públicos distritales. Llama la atención de la Sala que sólo entre el 17 y el 22 de julio de 1996 se remitió a la Secretaría de Tránsito y Transporte los correspondientes planos para su aprobación, la cual se produjo finalmente

el 28 de noviembre del mismo año (fls. 98 a 100 y 110, c. 2). De igual manera, es preciso advertir que en las comunicaciones dirigidas por el contratista al IDU no se le advierte sobre dificultades en los plazos o en los trámites propios del contrato con posterioridad a la prórroga (fls. 145 a 170, c. 2), tampoco en las actas de recibo parcial de obra de junio y julio de 1996 (fls. 28 a 49, c. 2) ni dentro del trámite de los pagos respectivos (fls. 171 a 199, c. 2).

4.3.11. El 1 de noviembre de 1996, las partes suscribieron el acta de recibo final de los estudios y diseños (fl. 353, c. 2). El 20 del mismo mes y año, se liquidó bilateralmente el contrato en el sentido de declararse a paz y salvo; sin embargo, el IDU advirtió que había iniciado la presente acción judicial. La contratista no dejó salvedad alguna (fls. 350 a 354, c. 2). Consta en el documento:

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, todas las actas se suscribieron en el desarrollo del contrato pendiente se hicieron de mutuo acuerdo entre el IDU y el contratista; en consecuencia tanto el contratista como el IDU se pueden declara a paz y salvo.

Sanciones: Debido al incumplimiento del contrato se adelantó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sanción de la cláusula décima segunda del contrato (fl. 353, c. 2)

4.3.12. Los testimonios de los señores Luis Gabriel Cokc Incapie y Dagoberto Morales Arias, el primero de los cuales trabajó para el IDU como consultor y el otro para la actora por 29 años, nada aportan al presente asunto, toda vez que se tratan de personas que no tienen un conocimiento directo de la relación contractual. En efecto, los dos recibieron información del representante legal de la actora y el señor Morales Arias centro su testimonio en su experiencia contractual frente al IDU (fls. 293 a 305, c. 2); por su parte, el señor Fernando Alberto Cortes Larranendy manifestó no tener conocimiento del contrato (fls. 306 y 307, c. 2) y si bien los señores Jorge Hernando Izquierdo Sánchez, Miguel Ángel Toledo Plata, José Eduardo Velásquez Fuentes, Lino Guillermo Baena

Calle, Ramiro Perdomo y Henry Augusto Tarazona coincidieron en señalar que el IDU objetaba sin razón los estudios presentados por la actora y que se presentaron demoras en los trámites y falta de entendimiento con los interventores (fls. 309 a 328. c. 2), lo cierto es que tales situaciones no fueron comunicadas a la entidad, ni los testigos se refirieron al punto.

4.3.13. Los peritos designados por el Tribunal *a quo* consideraron que durante el trámite de aprobación de los diseños, por parte de las entidades del distrito, se debieron pactar suspensiones al plazo contractual. En todo caso, dictaminaron que 15 días más de ampliación hubieran resultado suficientes para superar las dificultades presentadas por el contratista (fl. 397 y 398, c. 2).

Ahora, los peritos aclararon que no tomaron en cuenta todo el término utilizado por parte de la Secretaría de Tránsito y Transporte, para aprobar los planos, porque la solicitud presentada por la contratista, ante la entidad, en orden a obtener dicha aprobación, se presentó por fuera del plazo (fl. 2, c. 3).

El IDU objetó por error grave el dictamen. Consideró que el plazo adicional que según los peritos habría permitido a la contratista cumplir con lo acordado, pasa por alto la negligencia del contratista, para adelantar las gestiones en orden a obtener la aprobación como lo correspondía. Siendo así la entidad considera que, en caso de aceptarse la conclusión del experticio, lo razonable tendría que ver con imponerle a la contratista la obligación de sufragar los costos, generados por la ampliación (fls. 137 a 139, c. ppal).

Se trata, a todas luces de una objeción infundada, toda vez que es apenas razonable que los peritos, de acuerdo con su especialidad en ingeniería se pronunciaran sobre la efectividad de un plazo, para cumplir lo pactado, concepto que resulta del caso acoger o no al momento de resolver el fondo

del presente asunto. De manera que se adicionará la sentencia impugnada para declarar no probada la objeción propuesta.

4.4. LA CUESTIÓN DE FONDO: EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA

Es preciso señalar de antemano que el marco jurídico aplicable al contrato 076 del 28 de diciembre de 1995, está previsto en el Decreto 1421 de 1993⁴, particularmente, lo regulado en sus artículos 144 a 152, por cuya virtud –como lo señala el primero de los artículos en mención–, las normas del Estatuto General de Contratación Pública rigen la actividad contractual del Distrito y de sus entidades descentralizadas, salvo que la normatividad distrital lo excluya expresamente.

En ese orden, cabe señalar que las partes coinciden en afirmar que durante el plazo convenido no se ejecutó el objeto contractual. Además, el interventor certificó que al vencimiento del contrato se había cumplido con el 47.5% del mismo (fls. 62 y 62, c. 2). Entonces, la cuestión en el presente asunto, se contrae a determinar si las razones alegadas por el contratista, tienen el efecto de enervar el incumplimiento que su contraparte le endilga y en el que el mismo conviene.

La recurrente justifica su incumplimiento en (i) el hecho de que el plazo contractual resultaba insuficiente, al punto de considerarlo imposible; (ii) el incumplimiento de la contratante, tanto en lo relativo a la designación de la interventoría, como en los pagos distintos al anticipo y (iii) en la prolongación de los términos para aprobar los diseños por parte de terceros.

⁴ Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

4.4.1. Al respecto, es preciso llamar la atención que, desde los términos de referencia del concurso público de méritos, se señaló que el plazo máximo para la ejecución de los estudios y diseños sería de cuatro (4) meses (fl. 29, c. 3), sin que, como lo sostienen el *a quo*, esté demostrado que la demandada hubiera presentado objeciones, tal como lo permite el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993⁵.

Ahora, en el desarrollo del contrato y cuatro días antes de vencerse el plazo, la demandada solicitó su prórroga hasta el 3 de julio de 1996 (fls. 54 y 55, c. 2), a la que la entidad accedió, a través del correspondiente contrato adicional (fl. 12B, c. 2). Entonces, no le es admisible ahora venir en contra de sus propios actos alegando un plazo de imposible cumplimiento, cuando ella convino en el inicial y estableció el término de su prolongación y, por ende, era consciente de su suficiencia para el cumplimiento de la carga obligacional asumida.

4.4.2. Tampoco es de recibo el planteamiento relativo al desconocimiento de la exigencia del numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁶, puesto

⁵ "Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. // Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles. // Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia"

⁶ "En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto".

que el deber de contratar con terceros la vigilancia de la obra no rige para los contratos de consultoría⁷.

De otra parte y en lo relativo a la interventoría, está claro que desde el inicio se contó con la supervisión del Jefe de la División de Programas Viales y Transporte Masivo (fls. 19 a 21, c. 2), remplazado por el señor Antonio Cortés Martínez (fls. 26 y 27, c. 2), con quien el IDU suscribió un contrato para el efecto (fls. 12C a 17, c. 2). Vale advertir que, antes del mencionado cambio, también fueron designados como interventores tres gerentes de proyecto del IDU (fls. 22 a 24, c. 2), sin que se advierta que ello perjudicara la interlocución con el contratista, pues de ello nada se conoce, lo que sí se sabe es que ello ocurrió en marzo de 1996, es decir, antes de que se solicitara la prórroga del contrato, fundada, únicamente, en las demoras en el trámite de las aprobaciones de estudios por parte de terceros. De suerte que deviene en inoportuna una justificación como la que se analiza.

Finalmente resulta improcedente alegar incumplimiento en el pago para enervar el incumplimiento enrostrado, puesto que el contrato fue liquidado bilateralmente, sin ningún tipo de salvedad por parte del contratista en tal sentido, consenso que sólo puede ser desconocido por vicios en su obtención⁸.

4.4.3. Por último, no sólo las pruebas documentales, testimoniales y periciales dan cuenta del efecto de las dificultades para la aprobación de

⁷ El numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define al contrato de consultoría así: “Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos”. Es preciso recordar que el objeto del contrato se concretaba en la realización de estudios y diseños de unas obras (fl. 341, c. 2).

⁸ Postura jurisprudencial confirmada, entre otras. en: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 17.322, M.P. Enrique Gil Botero.

los diseños por parte de terceros sobre el plazo contractual. Empero, sin poner en duda que se trataban de obligaciones del contratista, pues así se derivan de los términos de referencia, es razonable pensar que debió solicitar a la entidad las suspensiones y ampliaciones del plazo correspondientes, sin que esté demostrado que así haya procedido, cuando los peritos, desde su especialidad, confirman la necesidad de proceder en tal sentido. En efecto, conociendo la suerte de los mismos, el contratista debió solicitar las medidas conducentes para paliar los efectos de tales demoras, tal como sucedió con la única prórroga otorgada.

De otro lado, en consideración a que el objeto del recurso de apelación estuvo orientado a que se absolviera a la demandada, pues solo la contratista apeló y en tanto la parte actora guardó silencio frente al fallo apelado, la Sala se abstendrá de realizar pronunciamiento en relación con la cuantía de la condena impuesta⁹.

En esos términos, se modificará la sentencia de primera instancia para declarar no probada la objeción por error grave y confirmarla en los demás.

De otro lado, no habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A

⁹ Al respecto, entre otras, ver: las sentencias de la Sección del 28 de enero de 2009, exp. 16.700; 6 de marzo de 2008, exp. 15.921 y del 23 de abril de 2008, exp. 16.525.

Acción contractual – Expediente 25.392
Actor: Instituto de Desarrollo Urbano IDU
Demandado: Sociedad L.G. Consultores y Asociados Ltda. y otro
Confirma fallo de primera instancia – Niega las pretensiones

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 22 de mayo de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en el sentido de adicionarle un numeral quinto, así:

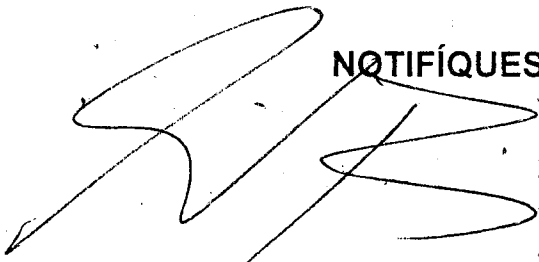
QUINTO: DECLARAR no probada la objeción por error grave propuesta por el IDU.

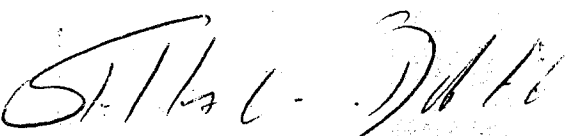
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la referida sentencia.

TERCERO: SIN COSTAS, toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente


STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada