

EJECUCIÓN DEL CONTRATO - Mayor permanencia de obra - Hechos imputables al contratista - Incumplimiento de obligaciones - Entidad contratante

La mayor permanencia de obra se refiere a la prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, por hechos no imputables al contratista, y debido al incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante, que aun cuando no implican mayores cantidades de obra u obras adicionales, traumatizan la economía del contrato en tanto afectan su precio, por la ampliación o extensión del plazo, que termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento. De ahí que, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la Administración al contratista cumplido, siempre y cuando se acrediten esos mayores costos y se demuestre la afectación al equilibrio económico del contrato, esto es, que se encuentra el contratista en punto de pérdida.

MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA - Reconocimiento - Requisitos

Para el reconocimiento de las pretensiones por mayor permanencia en la obra se deberá acreditar (i) la prolongación en el tiempo de la ejecución inicialmente pactada; (ii) que esa extensión obedezca a hechos no imputables al contratista, e imputables a su contraparte; (iii) que el contratista cumpla con su débito contractual, y (iv) que se acrediten los mayores extra costos generados por la mayor permanencia en la obra.

MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA - Carga probatoria - Costos - Extras

Si el valor del contrato es pagado tardíamente, el contratista tendrá derecho al pago de los intereses que constituyen la rentabilidad que la ley presume produce el dinero y a la actualización de la suma debida, que responde al principio del pago integral de la obligación. Pero si el contratista pretende obtener perjuicios por conceptos distintos, como el de la permanencia de equipos y personal en la obra durante los períodos de suspensión de la obra, estos perjuicios deberán ser acreditados. Ellos efectivamente serían de linaje contractual pues se originaron en el desarrollo del contrato, pero no son prestaciones pactadas en el contrato; su ocurrencia y su monto no han sido previstos en él y por ende al actor le corresponde demostrarlos cuando pretenda ser indemnizado por dichos conceptos.” Bajo este contexto, resulta claro que aunque en el sub lite se encuentre plenamente demostrado que la mayor extensión del plazo contractual, ocurrió por las sucesivas prórrogas de que fue objeto el contrato de obra pública No. 051 de 1991 y que, además, se encuentra probado que las mismas fueron imputables, al incumplimiento de la entidad pública contratante, tales circunstancias determinarían, en principio, la viabilidad de efectuar el reconocimiento de perjuicios a favor del contratista, quien por causas ajenas a su voluntad se vio obligado a permanecer en la obra por mayor tiempo del previsto en el contrato original, ocurre que, tal evidencia no resulta suficiente para proceder al reconocimiento de los perjuicios que dice haber sufrido, sino que además se requiere que el demandante haya demostrado, de una parte que sufrió efectivamente los perjuicios a que alude en los hechos y pretensiones de su demanda y, de otra, que determine el quantum, toda vez que a él le corresponde la carga de la prueba, según los mandatos del artículo 177 del C. de P.C.

EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Oportunidad - Contrato adicional - Contrato modificatorio

La jurisprudencia de la Sección, en un caso como este, ha entendido como una carga de este último el reclamar en oportunidad aquellos fenómenos que puedan afectar la economía del contrato, con mayor razón cuando se han suscrito contratos adicionales o modificatorios, por medio de los cuales las partes intentan superar las dificultades externas del contrato y viabilizar su ejecución.

MODIFICACIONES DEL CONTRATO - Finalidad - Relación contractual

La Subsección ha sostenido que las modificaciones que las partes le incorporan al contrato tienen como finalidad la de reconducir la relación contractual y producen un corte de cuentas hasta el momento de su suscripción, razón por la cual desconoce la buena fe contractual el hecho de que una de las partes después de ese momento haga reproches a su contraparte por situaciones que la modificación pretendía superar.

MODIFICACIONES DEL CONTRATO - Consecuencias

En relación con las consecuencias que se derivan de ese tipo de comportamientos contractuales, aun cuando en el contexto del contrato de obra, pero que resultan igualmente atendibles, en razón a que la cuestión es la oportunidad para reclamar por las variaciones que pueden producirse durante la ejecución de un contrato, (...) En este contexto, debe precisarse que ha sido criterio jurisprudencial consistente de la Corporación que para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante, aquiescencia que debe formalizarse en actas y contratos modificatorios o adicionales, según el caso. Por eso, durante el desarrollo de un contrato como el de obra, en el que pueden sobrevenir una serie de situaciones, hechos y circunstancias que impliquen adecuarlo a las nuevas exigencias y necesidades en interés público que se presenten y que inciden en las condiciones iniciales o en su precio, originados en cambios en las especificaciones, incorporación de nuevos ítems de obra, obras adicionales o nuevas, mayores costos no atribuibles al contratista que deban ser reconocidos y revisión o reajuste de precios no previstos, entre otros, la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificatorio o adicional. Igualmente, cuando las partes determinen suspender el contrato deben definir las contraprestaciones económicas que para ellas represente esa situación, con el fin de precaver reclamaciones y la negativa al reconocimiento por parte de la entidad contratante, dado que en silencio de las partes ha de entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad. (...) Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea “venire contra factum proprium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN - Inobservancia - Inconvenientes - Consecuencias

La Sección ha recordado que los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, a quien también le resultan exigibles severas cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, que conducen a deficiencias en la configuración económica de la propuesta que le privan de obtener las utilidades que esperaba alcanzar como resultado de la ejecución del contrato, no pueden escudarse tras el ficticio ropaje de desbalances sobrevenidos en la ecuación financiera del negocio, pues en esos eventos las circunstancias en cuestión debieron haber sido previstas y planificadas por el contratista como experto y conocedor de las artes o actividades en el marco de las cuales ofrece sus servicios a la entidad estatal.

CONTRADICCIÓN - Términos de referencia

Por lo tanto, el pliego de condiciones concreta o materializa los principios de planeación contractual y de transparencia, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento (v.gr. licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, etc.), de acuerdo con el marco establecido en la ley (art. 29 de la ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, y este último, modificado por el artículo 88 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción). En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo

de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes. En ese orden de ideas, el pliego contiene dos tipos de preceptos que vale la pena identificar: i) los de regulación del procedimiento administrativo de selección del contratista, que garantizan los postulados de transparencia, de igualdad, de economía y de selección objetiva, ya que en ellos es preciso que se identifique y describa de manera clara la necesidad pública que se requiere satisfacer, esto es, el objeto del contrato a suscribir, así como los parámetros de calificación o evaluación que serán tenidos en cuenta para la valoración de las ofertas presentadas, los cuales deben ser precisos, claros, justos y objetivos, sin que se permita introducir factores subjetivos por parte de la administración contratante, así como las etapas y los plazos en que se adelantará el respectivo proceso, y ii) los propios del negocio jurídico, es decir, aquellos que se imbricarán o insertarán al texto del contrato estatal para hacer parte integral del mismo, en los que se destacarán el objeto, plazo, precio, cláusulas exorbitantes (en caso de que sean procedentes), etc. Como se aprecia, el pliego es el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por lo tanto, se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual de la administración pública; por consiguiente, todo su contenido es obligatorio para las partes, al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo. En otros términos, entre una discrepancia y divergencia entre el pliego de condiciones y el contrato, prevalecerá aquél sobre este último.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02144-01(37478)

Actor: MIEMBROS DEL CONSORCIO NAM CÍA. LTDA.-VELZEA LTDA. Y/O CONSORCIO NAM Y CÍA. LTDA.-VELZEA LTDA.

Demandado: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: Mayor permanencia por suspensión y prórroga; mayores actividades a las contratadas; mora en los pagos.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 16 de abril de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección A, mediante la cual liquidó judicialmente el contrato de consultoría n.º 980549 del 14 de noviembre de 1998, suscrito entre Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, FONADE, y el consorcio Nam y Cía. Ltda.-Velzea Ltda., declaró a paz y salvo a las partes del referido acuerdo y negó las demás pretensiones de la demanda (fls. 270 a 284, c. ppal, 2 instancia).

SÍNTESIS DEL CASO

A través de la acción de controversias contractuales, los miembros del consorcio Nam y Cía. Ltda.-Velzea Ltda. y/o el consorcio pretenden que se le reconozcan los sobrecostos y perjuicios ocasionados durante la ejecución del contrato de consultoría n.º 980549 del 14 de octubre de 1998, los cuales estima imputables a su contraparte, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, FONADE, en la medida que este último dio lugar a la mayor permanencia en la obra, impuso actividades adicionales a las contratadas e incumplió el último pago en tiempo.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El 18 de septiembre de 2001 (fl. 24, c. ppal), los miembros del consorcio Nam Cía. Ltda.-Velzea Ltda. y/o consorcio Nam y Cía. Ltda.-Velzea Ltda. presentaron demanda, en ejercicio de la acción contractual, prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en contra del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, en adelante FONADE (fls. 4 a 24, c. ppal). La demanda se fundamentó así:

1.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 8 a 14, c. ppal):

1.1.1. El 14 de octubre de 1998, FONADE y el consorcio Nam y Cía. Ltda.-Velzez Ltda. suscribieron el contrato de consultoría n.º 980549 para realizar el estudio del Plan de Ordenamiento Territorial (POT) del municipio de Florencia, departamento de Caquetá, de acuerdo con los términos de referencia, la propuesta, el acta de evaluación técnica y el acta de negociación económica.

1.1.2. El plazo fue de cuatro meses contados a partir de la aprobación de las pólizas de garantías, las cuales se aprobaron el 22 de octubre de 1998 y, por lo tanto, el contrato terminaba el 22 de febrero de 1999; el valor se pactó en la suma de \$184.000.000.

1.1.3. El 3 de diciembre de 1998, las partes suspendieron temporalmente la ejecución del contrato como consecuencia de la falta de legalización del contrato de interventoría, en tanto la firma escogida para esa labor no fue aceptada por el municipio de Florencia.

1.1.4. El 12 de febrero de 1999, las partes suscribieron el modificadorio n.º 1 para indicar que la interventoría la realizaría Fedevivienda.

1.1.5. El 3 de marzo de 1999 se reinició la ejecución de la consultoría.

1.1.6. El 20 de mayo de 1999, las partes suscriben el contrato modificadorio n.º 2, con el fin de prorrogarlo hasta el 29 de septiembre de 1999 y modificar la forma de pago, debido a las demoras presentadas en la contratación de la interventoría, las cuales fueron conocidas por la entidad y a pesar de que el contratista siempre reclamó los mayores costos generados por esa situación no fueron atendidas sus peticiones favorablemente por la demandada.

1.1.7. Igualmente durante el contrato se ejecutaron mayores actividades como la consecución de cartografía en el Instituto Agustín Codazzi, la

adquisición de una imagen satelital del territorio completo del municipio de Florencia y la elaboración de cartografía en forma digital. Así como asesorías que se extendieron más allá del plazo contractual.

1.1.8. En febrero de 2001, más de un año después de finalizado el contrato, se le canceló al contratista el último pago adeudado, con lo que se aceptó el cumplimiento de lo pactado. Igualmente, la parte actora dejó la salvedad de que el recibo de este último pago no impedía las reclamaciones judiciales posteriores.

1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 6 a 8, c. ppal):

2.1. LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO

Que se proceda a efectuar en instancia judicial la liquidación del contrato de consultoría n.º 980549 de 1998, suscrito entre el FONADE y las firmas integrantes del consorcio NAM LTDA.-VELZEA LTDA. y como parte de la liquidación se establezca y reconozca a favor del CONSORCIO o de las firmas integrantes del mismo individualmente consideradas, el mayor valor, que resulte probado, como resultado de la ruptura del equilibrio económico financiero.

2.2. RECONOCIMIENTO DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO

Que se declare que en la ejecución del contrato de consultoría número 980549 de 1998, las firmas NAM Y CÍA. LTDA. y VELZEA LTDA., individualmente consideradas, o el CONSORCIO NAM LTDA.-VELZEA LTDA., resultaron afectados en su patrimonio como consecuencia de la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato, razón por la cual el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo "FONADE", debe ser condenado a:

a) Pagar a favor de las firmas NAM Y CÍA LTDA, Y VELZEA LTDA, individualmente consideradas, o a favor del CONSORCIO NAM LTDA.-VELEZA LTDA., la suma de ciento ochenta millones de pesos (\$180.000.000) o el mayor valor que resulte probado en el proceso, por concepto de los perjuicios derivados del mayor plazo de ejecución del contrato, correspondiente a seis meses adicionales, en el contrato 980549 de 1998, por causales totalmente ajenas a las firmas demandantes que actuaron como CONSORCIO NAM LTDA-VELEZA LTDA. La mayor duración del contrato en mención, generó injustamente

para mis representantes costos administrativos, así como costos por disponibilidad de equipos y el personal técnico encargado del estudio, ostensiblemente superiores a los presupuestados en el plazo originalmente establecido en los documentos contractuales, con base en los cuales se estructuró la oferta y se formalizó el acuerdo de negociación económica, que sirvió de fundamento para definir el valor del contrato. Estos sobrecostos por mayor permanencia que debe pagar el FONADE se discriminan de la siguiente manera:

Gastos de administración en general, incluyendo gastos de personal seis meses más de permanencia en la ejecución del contrato: la suma de ciento sesenta y siete millones, ochocientos mil pesos (\$167.800.000) m/cte, teniendo en cuenta que los costos de administración estaban previstos para todo el plazo del contrato, dentro de los cuales estaban los costos directos y un porcentaje que se destinaría a los gastos corrientes de la organización así como al pago de personal vinculado a la ejecución de las actividades del contrato.

Costos por concepto de mayores actividades que son:

- Imagen satelital: la suma de dos millones doscientos mil pesos (\$2.200.000) m/cte, (interpretación de la imagen).

- Actividades adicionales desarrolladas durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1999, que contaron con la aprobación del FONADE o fueron permitidas por esta entidad, por un valor de quince millones de pesos (\$15.000.000) por tratarse de actividades complementarias relacionadas con el objeto del contrato es decir que no se trataba de obras ajenas a los parámetros contractuales.

2.3. RECONOCIMIENTO INTERESES DE MORA POR NO PAGO OPORTUNO DEL ÚLTIMO DESEMBOLSO DEL CONTRATO

Que se declare el incumplimiento del FONADE respecto de su obligación de pagar oportunamente el último desembolso a favor del CONSORCIO NAM LTDA-VELZEA LTDA, o de las firmas integrantes del mismo individualmente consideradas, motivo por el cual debe ser condenado a pagar intereses moratorios, a la tasa prevista en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, [a] partir del vencimiento de los cuatro meses que tenía la entidad para liquidar el contrato y hasta el momento en que se produjo el pago efectivo de las sumas debidas al contratista, que se concretó en el mes de febrero de 2001.

2.4. Que se condene al FONADE al pago de los demás perjuicios que se llegaren a probar en el proceso.

2.5. Que se condene al FONADE al pago de la actualización de los montos dinerarios correspondientes a las precedentes pretensiones, con la finalidad de compensar la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano.

2.6. Que se condene al FONADE al pago de los intereses moratorios resultantes de las pretensiones anteriores, desde la fecha en que se han debido cancelar hasta el pago real de los mismos. Con tal fin, la tasa que

ha de tenerse en cuenta, debe ser la establecida en el inciso final del artículo 4 de la Ley 80 de 1993.

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

FONADE (fls. 31 a 43, c. ppal), además de oponerse a las pretensiones, propuso como excepciones la falta de jurisdicción, en tanto era la jurisdicción ordinaria la competente para desatar el presente asunto, teniendo cuenta que se trataba de un típico contrato de derecho privado, dada la naturaleza financiera de la labor que desarrolla FONADE. Además, advirtió que en la cláusula décima quinta se estipuló que las partes solucionarían sus diferencias a través del trámite arbitral.

También propuso como excepción la falta de desequilibrio económico, por cuanto la suspensión del contrato fue acordada de forma voluntaria, sin que el contratista advirtiera algún sobrecosto por esa prolongación; por el contrario, afirmó que ese tiempo le permitiría estructurar de forma adecuada su equipo de trabajo. Lo anterior quedó en evidencia en la reunión del 26 de febrero de 1999, fecha para la cual el contratista no contaba con los profesionales de su grupo de apoyo ni con el Coordinador. De igual manera recordó que la prórroga del contrato se hizo por solicitud del contratista. Por último, sostuvo que durante la ejecución contractual el contratista no presentó ninguna reclamación por el mayor tiempo del contrato.

3. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA¹

El municipio de Florencia (fls. 19 a 21, c. 3), como llamado en garantía, sostuvo que era improcedente el llamamiento por una relación contractual de la cual es un tercero. En consecuencia, estimó que el llamado a responder era el

¹ Mediante auto del 21 de marzo de 2002, el Tribunal *a quo* aceptó el llamamiento en garantía formulado por FONADE (fls. 1 a 5, c. 3) respecto del municipio de Florencia, teniendo en cuenta que fue la beneficiaria del producto obtenido con la consultoría en estudio, toda vez que en virtud del convenio interadministrativo del 24 de noviembre de 1998, suscrito entre FONADE y el referido municipio, el primero se obligó a gestionar unos recursos para la elaboración del POT del segundo y a seleccionar al consultor que actualmente demanda (fls. 7 a 10, c. 3).

FONADE, si se tiene en cuenta que fue el extremo obligado dentro de la relación contractual demandada.

4. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, con base en el análisis de las pruebas decretadas y practicadas, FONADE insistió en sus argumentos de defensa e insistió en la responsabilidad del llamado en garantía (fls. 234 a 246, c. ppal). La parte actora presentó sus alegaciones de forma extemporánea (fls. 247 y 262, c. ppal).

II. LA SENTENCIA APELADA²

Mediante sentencia del 16 de abril de 2009 (fls. 270 a 284 rev., c. ppal 2ª instancia), el *a quo* liquidó judicialmente el contrato en estudio y declaró a paz y salvo a las partes y negó las demás pretensiones de la demanda. Para el efecto, frente a las excepciones desestimó la falta de jurisdicción, en tanto el contrato en estudio fue suscrito por una entidad estatal, sin que el régimen jurídico determinara la jurisdicción competente. Además, precisó que la cláusula décima quinta de la consultoría sometió los temas técnicos y contables del contrato a la amigable composición y ante su fracaso al arbitraje; sin embargo, consideró que la controversia aquí planteada escapaba a esos dos aspectos, razón por la cual no resultaba oponible el trámite arbitral.

Por su parte, consideró que el desequilibrio contractual no era una excepción en estricto sentido, sino que atacaba el fondo, razón por la cual se resolvería al desatar el presente asunto; finalmente, advirtió que si bien el contrato se debía ejecutar en el municipio de Florencia, ninguna de las partes alegó ese defecto como falta de competencia territorial del *a quo*, razón por la cual la nulidad que pudiera configurarse quedó saneada.

² La sentencia fue objeto de solicitud de adición por parte de la accionante, en tanto no se pronunció sobre la prueba pericial (fl. 286, c. ppal 2ª instancia). Mediante auto del 13 de agosto de 2009, el *a quo* negó la adición, en tanto sí se pronunció sobre la prueba pericial, en tanto se consideró para la liquidación judicial y si bien el dictamen concluyó que había lugar a reconocer otros valores por mayor permanencia en el contrato, lo cierto es que el Tribunal se apartó de esas conclusiones (fls. 295 a 297, c. ppal 2 instancia).

Respecto del fondo, señaló que la suspensión del contrato se debió a circunstancias imputables a las partes. A FONADE por la falta de interventoría y al contratista porque no tenía el grupo de profesionales de apoyo. Igualmente, consideró que de aceptarse que la suspensión le es imputable a la demandada, la parte actora tampoco demostró los costos adicionales generados por la suspensión.

En cuanto a la prórroga del contrato, el *a quo* concluyó que la misma fue solicitada por el contratista y que si bien este alegó una deficiente cartografía que le implicó una imagen satelital y mayores tiempos y costos, lo cierto es que la cartografía era un elemento esencial de la estructuración del POT, razón por la cual debió considerarla para estructurar su propuesta. En consecuencia negó la reclamación por mayor permanencia en la obra por la prórroga del contrato.

En lo relacionado con la imagen satelital, el Tribunal *a quo* señaló que *“dentro del material probatorio que reposa dentro del expediente no se encuentra probado que la imagen satelital alegada por la parte actora, sea un elemento adicional al contrato, por el contrario encuentra la Sala que la cartografía del municipio es esencial para realizar el estudio del Plan de Ordenamiento Territorial, por lo tanto, la necesidad de este dentro del contrato lo hace ser un elemento del contrato y no por fuera de este como pretende hacerlo ver el actor”* (fls. 282 rev. y 283, c. ppal 2ª instancia).

En cuanto a la liquidación judicial del contrato, afirmó que el dictamen pericial del perito Gonzalo Latorre Lara determinó el siguiente balance frente a los valores cancelados al contratista (fl. 284, c. ppal 2ª instancia):

FECHA	VALOR
Noviembre 17 de 1998	\$36.800.000
Junio 15 de 1999	\$41.400.000
Octubre 19 de 1999	\$73.600.000
Octubre 20 de 1999	\$13.800.000
Diciembre 29 de 2000	\$18.400.000
Total pagado	\$184.000.000

Con base en lo anterior concluyó (fl. 284, c. ppal 2ª instancia):

Datos estos que no fueron objetados.

En consecuencia, a título de liquidación del contrato se determina que, teniendo en cuenta que el contrato de consultoría fue establecido por la suma de ciento ochenta y cuatro millones de pesos (\$184.000.000) los cuales tal como se señaló en el cuadro anterior fueron cancelados en su totalidad por el FONADE, encuentra la Sala que habida cuenta que no se demostró el rompimiento del equilibrio económico y observándose el pago total de lo convenido dentro del contrato de consultoría n.º 980549 de 1998, la demandada se encuentra a paz y salvo con la entidad demandante.

Por lo anterior considera la Sala que si bien se accedió a la pretensión de la demanda, de liquidar el contrato, ello no conlleva a determinar la existencia de responsabilidad alguna de la entidad demandada ni de la llamada en garantía.

III. SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el 29 de abril de 2009, la parte actora apeló la decisión del *a quo* (fl. 286, c. ppal, 2ª instancia). Para el efecto, sostuvo (fls. 308 a 311, c. ppal 2ª instancia):

(i) Señala su inconformidad con la liquidación judicial de la sentencia de primera instancia, por cuanto el último pago se realizó por fuera del plazo pactado, sin que el *a quo* se pronunciara sobre el particular.

(ii) Indica que el dictamen pericial obrante da cuenta de los mayores gastos en que se incurrió durante la consultoría.

(iii) Afirma que también se probó la utilidad dejada de percibir por la mayor permanencia en el contrato, tal como lo da cuenta el dictamen pericial.

(iv) Se muestra inconforme frente a la imputación de la suspensión y la prórroga, en tanto la primera obedeció a la falta de designación del interventor y la otra a la deficiente información cartográfica, ninguna de esas situaciones

imputables al contratista. Aclara que si bien pidió la prórroga de ello no se sigue automáticamente la asunción de las causas que la originaron.

2. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, las partes reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 316 a 332, c. ppal, 2ª instancia).

III. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente

1.1.1. En tanto uno de los extremos es una entidad pública, el FONADE³, es esta la jurisdicción a quien le corresponde asumir el presente asunto. Es preciso señalar que con independencia del régimen jurídico del contrato, cuando uno de sus extremos es una entidad pública le corresponde a esta jurisdicción el conocimiento de esas controversias⁴.

1.1.2. Ahora, esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en tanto la cuantía del asunto así lo impone⁵.

³ Para la fecha de la presentación de la demanda, 18 de septiembre de 2001 (fl. 24, c. ppal), ostentaba la calidad de empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero, tal como disponía el artículo 1 del Decreto 2168 de 1992, por medio del cual se reestructuró el FONADE.

⁴ En efecto, la Sección ha sostenido: *“Por manera que si la jurisdicción administrativa conoce de la actividad contractual y precontractual de todas las entidades públicas, se sometan éstas últimas o no al estatuto de contratación estatal, en tanto se adoptó un criterio orgánico en el que resulta irrelevante el régimen de derecho aplicable, o lo que es igual, sin que incida la norma sustantiva que se les aplique, es competente para conocer del asunto en tanto la Nación es una entidad pública”*. En: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2010, exp. 19.526, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵ El total solicitado por daño emergente es la suma de \$347.815.002 (ver valores de la pretensión 2.2), lo que pone en evidencia la vocación de doble instancia del presente asunto.

1.1.3. De otro lado, las pretensiones formuladas pueden demandarse a través de la acción contractual, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

1.2. La legitimación en la causa

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son extremos de la relación contractual en estudio.

1.3. La caducidad

En tratándose de contratos de consultoría, cuya ejecución sucesiva los hace pasibles de liquidación, tal y como quedó reflejado en el contrato en estudio en la cláusula décima octava que estipuló que dentro de los dos meses siguientes a su terminación se liquidaría de común acuerdo (fl. 40, c. 2), el cómputo de la caducidad de la acción está estrechamente ligado a dicho trámite.

Así las cosas, se tiene que el contrato en estudio terminó el 29 de septiembre de 1999⁶, razón por la cual el término para liquidar bilateralmente vencía el 29 de noviembre 1999. Ahora, precisa señalar que como el contrato en estudio quedó sometido al derecho privado, como se explicará más adelante, no resultaba admisible la liquidación unilateral, razón por la cual el término de esta última no se computará para los efectos que aquí interesan. En consecuencia, como entre el 29 de noviembre de 1999 y la presentación de

⁶ Lo anterior si se tiene en cuenta que el contrato tenía un plazo inicial de cuatro meses contados a partir de la aprobación de las pólizas de seguro (cláusula cuarta, fl. 14 rev., c. 2). Estas últimas se aprobaron el 22 de octubre de 1998 (fl. 11, c. 5), razón por la cual su terminación era el 22 de febrero de 1999; sin embargo, el contrato se suspendió el 3 de diciembre de 1998 hasta la legalización del contrato de interventoría de la consultoría en estudio (fl. 4, c. 5). Esto último ocurrió el 3 de marzo de 1999 (fl. 25, c. 4, acta de reunión del 26 de febrero de 1999, donde se acordó que fuera en esa fecha la reiniciación). Es decir la suspensión fue por tres meses. En consecuencia, la nueva fecha de terminación quedó para el 22 de mayo de 1999; sin embargo, las partes el 20 de mayo de 1999 prorrogaron el contrato hasta 29 de septiembre de siguiente (fl. 1, c. 5), fecha en que finalizó el plazo de ejecución.

la demanda, el 18 de septiembre de 2001 (fl. 24, c. ppal), no habían transcurrido más de dos años, es claro que la acción se intentó en tiempo.

2. EL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en dilucidar si los sobrecostos y perjuicios ocasionados durante la ejecución del contrato de consultoría n.º 980549 del 14 de octubre de 1998 están probados y si son imputables al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, FONADE.

La Sala se abstendrá de volver sobre la excepción de falta de jurisdicción, en tanto que resuelta por el *a quo*, la misma no fue objeto de apelación, razón por la cual habrá que estarse a lo decidido en primera instancia, en concordancia con lo explicado en esta providencia en el numeral 1.1.1.

3. LA CUESTIÓN DE FONDO: EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

3.1. Del régimen jurídico del contrato de consultoría n.º 980549 del 14 de octubre de 1998

De entrada, precisa advertir que para el 14 de octubre de 1998, cuando se firmó el contrato en estudio, se encontraba vigente la Ley 80 de 1993, la que en el párrafo primero del artículo 32 disponía⁷:

Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

⁷ Derogado por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007.

De acuerdo con el artículo 1 del Decreto 2168 de 1992⁸, el FONADE, cuando se suscribió el contrato *sub judice*, tenía la naturaleza jurídica de una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero.

Además, precisa señalar que en los términos del artículo 2 del mencionado decreto, el objeto del FONADE consistía en “*ser agente en el ciclo de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación y financiación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo*”. El contrato de consultoría n.º 980549 del 14 de octubre de 1998 tuvo como origen el convenio de administración de proyectos 198046 del 24 de julio de 1998 (fl. 1 a 3, c. 2). En este último contrato, FONADE se obligó a administrar los proyectos para la elaboración del Plan de Ordenamiento Territorial del municipio de Florencia y, entre otras obligaciones, debía realizar el proceso de selección y adjudicación de la consultoría para la elaboración de dicho Plan (fls. 2 y 3, c. 2, cláusulas primera y quinta).

De lo expuesto se tiene que, además de la naturaleza jurídica de entidad financiera del FONADE, el contrato de consultoría en estudio tenía como finalidad desarrollar el objeto social de esa entidad, como lo es la administración de proyectos, actividad regulada por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁹. En esos términos, se encontraba dentro de las

⁸ Dicha norma prescribía: “*Nombre y naturaleza. Reestructúrase el Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, establecimiento público del orden nacional, creado por Decreto 3068 de 1968, en una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE- dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación*” (fl. 75, c. ppal).

⁹ Precisa recordar que el FONADE quedó incluido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) dentro de los Sistemas Especiales de Crédito, Parte Décima, Capítulo XII, artículos 286 a 289. Vale aclarar que esa norma reprodujo en su mayor parte el texto del Decreto 2168 de 1992. El literal d) del artículo 288 del referido Estatuto definió como funciones del FONADE celebrar “*contratos de fiducia y encargo fiduciario para administrar recursos que transfieran terceros para financiar la ejecución de programas relacionados con su objeto social*”, como el que aquí se estudia. Igualmente, para el 14 de octubre de 1998, fecha de suscripción del contrato de consultoría en estudio, estaba en vigencia del Decreto 679 de 1994 que en su artículo 21 dispuso en lo pertinente: “*Por tanto no estarán sujetos a dicha ley los contratos que celebren dichas entidades para desarrollar directamente operaciones autorizadas o reguladas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Tampoco estarán sujetos a dicha ley aquellos contratos que se efectúen en forma conexas con tales operaciones, siempre y cuando el valor del contrato conexo no exceda de mil salarios mínimos legales mensuales o del dos por ciento (2%) del presupuesto de la entidad, si esta cifra fuere superior a aquélla*”.

entidades estatales exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los términos del párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 citado. En consecuencia, el régimen jurídico del contrato en estudio es el del derecho privado¹⁰.

Por último, atendiendo a la naturaleza mercantil del contrato¹¹ se aplicará de forma preferente lo dispuesto en el Código de Comercio, salvo lo dispuesto en el artículo 822 de esa codificación¹².

3.2. De los hechos probados

Es dable aclarar que las pruebas que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. Igualmente, precisa advertir que algunos documentos fueron allegados en copia simple, pero los mismos no fueron tachados por las partes, razón por

¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2012, exp. 22.756, M.P. Danilo Rojas Betancourth. En esa oportunidad, la Sala, aun cuando en un contrato celebrado en 1995, pero cuyas conclusiones son igualmente extensibles al presente asunto, precisó: *"En primer lugar, es indispensable establecer que los contratos celebrados por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE en el año 1995 se encontraban sujetos al derecho civil y comercial, puesto que el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 prescribía claramente que "... los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades". En tal sentido, el Acuerdo n.º 15 de la Junta Directiva de la entidad, del 6 de abril de 1994, "por el cual se establece el Manual de Contratación del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE", dispuso bajo el título: Marco legal para la contratación", que "como regla general los contratos que celebre FONADE dentro del giro ordinario de sus negocios no estarán sujetos a las disposiciones de la ley 80 de 1993". Solo a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, en enero del año 2008, y por orden expresa de su artículo 26, empezó a aplicarse el régimen de contratación estatal a los contratos de la entidad".*

¹¹ Lo anterior si se tiene en cuenta la naturaleza comercial de las sociedades integrantes del consorcio, toda vez que están inscritas en la Cámara de Comercio (fls. 72 y 73, c. 2) y, por lo tanto, se presume que ejercen el comercio, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 13 del Código de Comercio. En esa misma línea, el artículo 21 *ejusdem* señala que son mercantiles los actos de los comerciantes relacionados con su empresa de comercio, como ocurre en el *sub lite*.

¹² En su parte pertinente, la norma prescribe: *"APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa".*

la cual se valorarán sin otra consideración, conforme la Sección lo tiene establecido¹³.

3.2.1. El 24 de julio de 1998, FONADE y el municipio de Florencia celebraron el convenio interadministrativo de administración de proyectos n.º 198046, de cuyas cláusulas se destaca (fls. 1 a 3, c. 2):

PRIMERA-OBJETO: FONADE se compromete a administrar los proyectos para la elaboración del Plan de Ordenamiento Territorial y las acciones orientadas al fortalecimiento institucional del Municipio. (...) QUINTA-OBLIGACIONES DE LAS PARTES: Por FONADE: Con sujeción a la ley y a los reglamentos internos de FONADE prestará los siguientes servicios: a) Abrir una cuenta corriente en un banco para manejo único y exclusivo de los recursos transferidos en virtud de este convenio. b) Efectuar la contratación necesaria de los consultores para la elaboración del Plan de Ordenamiento Territorial y de los Estudios de Agua Potable y Saneamiento Básico del municipio de Florencia y las acciones orientadas al fortalecimiento institucional del municipio de acuerdo con las especificaciones y condiciones especiales que para tal efecto se acuerden entre las partes. c) Revisar y complementar los términos de referencia o pliegos de condiciones propuestos por el municipio. d) Realizar el proceso de selección y adjudicación de la consultoría necesaria para la elaboración del Plan de Ordenamiento Territorial y el Estudio de Agua Potable y Saneamiento Básico en coordinación con el municipio. e) Estudiar y complementar los criterios para la selección de proponentes presentados por el municipio. f) Revisar las evaluaciones técnicas y económicas de las propuestas en los procesos de selección o concurso. g) Realizar el seguimiento técnico, financiero y administrativo al convenio. (...) POR EL MUNICIPIO: (...) b) Elaborar los términos de referencia para la elaboración del Plan de Ordenamiento y del Estudio de Agua Potable y Saneamiento Básico. c) Presentar cinco (5) consultores con sus hojas de vida. d) Seleccionar conjuntamente con FONADE las propuestas, ofertas y cotizaciones que se soliciten en el transcurso de la ejecución del convenio. (...) NOVENA-PROPIEDAD DE LOS RESULTADOS: Los estudios que resulten del desarrollo y ejecución el presente convenio, serán de propiedad del municipio. (...).

3.2.2. En los términos de referencia de la selección del consultor para la elaboración del Plan de Ordenamiento Territorial del municipio de Florencia se consignó (fls. 219 a 238, c. 5):

CAPÍTULO 2

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero.

CONDICIONES ESPECÍFICAS PARA LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS (...)

2.2. PERSONAL PARA LA EJECUCIÓN DE LOS ESTUDIOS (...)

Como mínimo el equipo dedicado al POT deberá incluir una Dirección Técnica y un grupo de profesionales en arquitectura, ingeniería civil, catastral y de sistemas, economía, administración, sociología, derecho y dibujo técnico. En el municipio de Florencia se cuenta con profesionales de distintas disciplinas con capacidades para participar en la elaboración del POT. Por tanto, una de las políticas de la actual administración municipal es que las consultorías que se contraten vinculen a este talento humano, como alternativa de generación de empleo para la región. Con base en lo anterior, la contratación de personal oriundo de la región será utilizada como criterio para la selección del consultor. (...)

2.3. FORMA DE PAGO (...)

El veinte por ciento (20%) restante a los 4 meses [de iniciado el contrato] previa presentación del informe final aprobado por la interventoría y una vez aprobado el Plan de Ordenamiento Territorial por parte del Concejo Municipal. (...)

CAPÍTULO 3: OBJETO Y ALCANCE DEL ESTUDIO (...)

3.4.1.1. Toma de información: a nivel primario y secundario. (...)

A nivel del ordenamiento municipal se establecieron los siguientes hallazgos: (...)

No hay una cartografía digitalizada, aunque existe el propósito de estructurar un sistema de información georreferenciado para el municipio, tanto desde la Secretaría de Planeación como desde Corpoamazonía. (...)

3.9. LA GESTIÓN

3.9.1. GESTIÓN PARA LA APROBACIÓN DEL PROYECTO DEL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL (...)

- Adicionalmente se espera que el consultor apoye y realice el proceso de concertación con las diferentes instancias exigidas por la ley: Concejo Municipal, Corporación Autónoma Regional, gremios y asociaciones cívicas, etc. Para ello se debe apoyar en la administración municipal para las convocatorias públicas que permitirían la discusión del plan y su concertación. (...)

- Ajuste del proyecto del plan, si fuere necesario. El consultor se debe comprometer a incorporar los ajustes necesarios, como etapa final del proceso. (...)

3.12. INSTANCIAS DE CONCERTACIÓN Y APROBACIÓN DEL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL (...)

Los plazos para el proceso de concertación y aprobación del Plan de Ordenamiento Territorial serán los siguientes:

- *Estudios y aprobación del proyecto del Plan en Corpoamazonía: mes de noviembre.*
- *Análisis y recomendaciones de la Junta de Planeación: mes de noviembre.*
- *Estudio y elaboración del concepto del Consejo Territorial de Planeación: Mes de diciembre.*
- *Estudio y aprobación por el Concejo Municipal de Florencia: Enero de 1999.*
- *La consulta democrática a todos los gremios económicos y profesionales, ecológicos, cívicos y comunitarios: 15 de octubre al 30 de noviembre. Esta consulta se adelantará dentro del proceso de formulación del Plan y de aprobación por parte de Corpoamazonía mediante el mecanismo de mesas de trabajo por comunas, corregimientos y áreas temáticas.*

3.2.3. En su propuesta, el consorcio Nam Ltda.-Velzea Ltda. manifestó conocer todas las exigencias de los términos de referencia (fl. 21, c. 5) y, además, consignó sobre el sistema de georreferenciación y la gestión del POT lo siguiente (fl. 41, 43 y 46, c. 5):

Sistema de información geográfico. Uno de los instrumentos de gestión resultantes de este estudio será la concepción, diseño y desarrollo de un sistema de información georreferenciada para el POT de Florencia – SIG-POT, implantado de forma tal que le permita a la administración municipal el monitoreo de los procesos de ocupación del territorio y, por consiguiente, el seguimiento y monitoreo del cumplimiento de los objetivos y estrategias del POT. De especial consideración en el desarrollo de esta herramienta informática será la articulación de las escalas urbana, municipal y regional, de modo tal que pueda integrarse a este monitoreo lo pertinente a otros planes de desarrollo y gestión ambiental tales como el Plan de Ordenamiento de la cuenca del río Hacha, o los planes viales departamentales. (...)

Gestión para la aprobación. Parte esencial del proceso de formulación del POT para Florencia será el soporte técnico o acompañamiento que los consultores presentarán a la administración municipal en la presentación, exposición, discusión técnica y ajustes que sea necesario establecer para activar los canales de participación con la comunidad, los gremios y otros actores que se acuerden con la interventoría del estudio. Así mismo se participará activamente en la gestión de revisión, discusión de observaciones, ajustes o aprobación de los lineamientos del POT por parte del Consejo Municipal de Planeación, del Consejo Territorial de Planificación, como también de las autoridades ambientales regionales, la gobernación del Caquetá y el Concejo municipal, para lo cual se prepararán los instrumentos didácticos apropiados a la naturaleza de estos procesos de participación y/o concertación. (...)

Bases para el Desarrollo del Sistema de Información Georreferenciado. Con base en la cartografía IGAC de referencia, complementada con el

mapa de unidades de paisaje del área objetivo es posible precisar las áreas críticas de manejo tanto desde el punto de vista ambiental como socioeconómico y así mismo, definir las áreas de uso potencial o de uso futuro de suelo. A partir de esta primera aproximación de zonas o unidades de manejo se formularán las hipótesis de ordenamiento territorial y propuestas de manejo ambiental en las fases o etapas sucesivas del estudio. (...)

*La escala de trabajo básica es de 1:25.000. La cartografía base de la zona de estudio fue producida por el IGAC y ha sido complementada y actualizada por diversas entidades consultadas para este proyecto según la relación de los términos de referencia y **otras fuentes que sea posible complementar en desarrollo de la fase de diagnóstico**. La información de referencia comprende principalmente la información documental disponible y el procesamiento de aerofotografías disponibles según las escalas mínimas necesarias para este proceso, las cuales se espera serán inferiores a una escala aprox. 1:40.000. Este análisis se complementa con visitas de verificación o comprobación de campo y discusión con representantes de instituciones vinculadas con la región u otros actores (se destaca).*

3.2.4. El 29 de septiembre de 1998, el consultor, FONADE y el municipio de Florencia levantaron el acta de mesa de negociación, en la cual se consignaron los siguientes acuerdos, con el fin de ajustarla al presupuesto del contrato (fls. 4 a 6, c. 2):

2. DISCUSIÓN DE LA PROPUESTA TÉCNICA

Con relación a la propuesta técnica, el municipio y FONADE proponen a los consultores considerar las siguientes modificaciones:

a) Ampliar el tiempo de dedicación del abogado responsable de los aspectos jurídicos y normativos a los cuatro meses de duración del proyecto. En compensación el Municipio le aporta a los consultores el ingeniero catastral contenido la propuesta por los cuatro meses que dura el proyecto. Los consultores encuentran razonable los argumentos y aceptan el cambio.

b) Cambiar el jefe del área socio cultural propuesto por el consultor, en razón a que el municipio considera que esta jefatura tiene la responsabilidad de todo el proceso de concertación del POT y es conveniente que proceda de la región y permanezca en Florencia durante todo el proceso. Para desempeñar esta función el municipio propone a la licenciada en sociales Elsy Yaneth Castillo Ordoñez, magister aspirante al doctorado de historia, quien tiene trabajos en historia (...). Los consultores no encuentran inconveniente para realizar el cambio, pero solicitan conocer la hoja de vida con el fin de establecer si realmente cumple el perfil requerido.

c) En los profesionales de apoyo, el municipio y FONADE sugiere cambiar la economista propuesta por el consultor por una profesional

regional, la dra. Nelsy Almario Rojas, quien se ha desempeñado como directora de la URPA, Coordinadora del sector agropecuario y Secretaria de Planeación Departamental. Los consultores no encuentran inconveniente para realizar el cambio, pero solicitan conocer la hoja de vida con el fin de establecer si realmente cumple con el perfil requerido.

d) El municipio y FONADE consideran que el tema de agua potable y saneamiento es supremamente importante y que en la propuesta no es suficientemente claro el alcance que a este tema dará la consultoría (...). Los consultores aceptan esta solicitud pues consideran que estos aspectos condicionan las alternativas de ordenamiento físico y político-administrativo, y dificulta el establecimiento del perímetro sanitario.

3.2.5. Frente a lo anterior, el 30 de septiembre de 1998, el consorcio consultor comunicó al FONADE su conformidad con los puntos arriba expuestos y, además, que de acuerdo “*con el análisis llevado a cabo en las negociaciones, el alcance técnico del POT dará un tratamiento especial al tema de los servicios públicos domiciliarios de agua potable, alcantarillado, aseo y alumbrado público, dadas las muy críticas condiciones de calidad, operación y expansión física existentes en el área urbana, aspecto que condiciona las alternativas de ordenamiento físico y político-administrativo, y dificulta el establecimiento de perímetros de servicio. // 4. El valor total de la propuesta económica se ajusta a la suma de \$184.000.000 tal como desglosa en el formato adjunto, incluyendo como se comentó previamente un fortalecimiento del tratamiento del POT al tema de los servicios públicos domiciliarios de agua potable, alcantarillado y aseo*” (fls. 12 y 13, c. 2).

3.2.6. Después de agotado el proceso de selección (fls. 4 a 8, c. 2), el 14 de octubre de 1998, el FONADE y el consorcio Nam Ltda.-Velzea Ltda. suscribieron el contrato de consultoría n.º 980549, del cual se destacan las siguientes cláusulas (fls. 14 a 16, c. 2):

PRIMERA-OBJETO: EL CONTRATISTA se compromete a realizar el estudio del Plan de Ordenamiento Territorial del municipio de Florencia, departamento de Caquetá, de acuerdo con los términos de referencia, la propuesta, el acta de evaluación técnica y el acta de negociación económica, que se adjuntan y forman parte integrante del presente contrato. SEGUNDA-VALOR: El valor del presente contrato es por CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (\$184.000.000) m/cte. TERCERA-FORMA DE PAGO: FONADE pagará al CONTRATSITA la suma de que trata la cláusula segunda, así: a) El veinte por ciento (20%) del valor total del contrato en calidad de anticipo,

previa aprobación de la póliza de seguro. b) el treinta por ciento a los cuarenta y cinco (45) días de iniciado el contrato, previa presentación del informe de diagnóstico, aprobado por parte del supervisor. c) El treinta por ciento (30%) a los setenta y cinco (75) días de iniciado el contrato, previa presentación del proyecto del Plan de Ordenamiento Territorial, debidamente aprobado por el Supervisor. d) El veinte por ciento (20%) restante a la terminación del contrato, previa aprobación por parte del Supervisor del informe final **y de la aprobación por parte del Concejo Municipal de Florencia, del Plan de Ordenamiento Territorial.** PARÁGRAFO PRIMERO: Los desembolsos e informes deberán ser refrendados por el supervisor y presentados en los formatos que FONADE suministra para el efecto. PARÁGRAFO SEGUNDO: Los pagos que efectúe FONADE quedan condicionados al ingreso efectivo de los recursos a la Tesorería de la entidad. CUARTA-PLAZO: El presente contrato deberá ejecutarse en un término de cuatro (4) meses contados a partir de la fecha de aprobación de la póliza de seguro. QUINTA-OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: Además de las obligaciones propias del contrato, EL CONTRATISTA deberá presentar un informe de diagnóstico a los cuarenta y cinco (45) días de iniciado el contrato, el proyecto del Plan de Ordenamiento Territorial del municipio a los setenta y cinco (75) días de iniciado el contrato y un informe final a la terminación del mismo. SEXTA-DIRECCIÓN Y SUPERVISIÓN: FONADE verificará la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades contratadas por medio de un Supervisor, que para el caso será el Corpes de la Amazonía (...) OCTAVA-SUSPENSIÓN: De común acuerdo entre las partes, se podrá suspender la ejecución del contrato, mediante la suscripción de acta, sin que para el efecto del plazo extintivo del mismo se compute el tiempo de suspensión. (...) DÉCIMA OCTAVA-LIQUIDACIÓN: El presente contrato se liquidará por parte de FONADE dentro de los dos (2) meses siguientes a su terminación, mediante acta firmada de común acuerdo por las partes contratantes, que contendrá un balance sobre la ejecución del contrato y los pagos realizados a EL CONTRATISTA y los acuerdos a que lleguen las partes sobre la ejecución del contrato (...) (se destaca).

3.2.7. El 22 de octubre de 1998, FONADE aprobó la póliza de seguro de cumplimiento del contrato de consultoría arriba referido. Desde esta fecha inició el término para la ejecución del contrato (cláusula cuarta).

3.2.8. El 3 de diciembre de 1998, las partes suspendieron la ejecución de la consultoría en los siguientes términos (fl. 4, c. 5):

La cláusula octava del contrato autoriza la suspensión del mismo de común acuerdo entre las partes, mediante la suscripción de acta, sin que para efecto del plazo extintivo del contrato se compute el tiempo de suspensión.

Que hasta la fecha aún no se [ha] legalizado, por parte del CORPES de la Amazonía, el contrato de interventoría, situación que se considera no conveniente para el buen desarrollo del proyecto, siendo necesario

suspender el contrato hasta contar con el contrato de interventoría legalizado.

3.2.9. El 5 de enero de 1999, el municipio de Florencia, a través de su representante legal, comunicó al FONADE las razones para que Corpes de la Amazonía no adelantara la interventoría de la consultoría, así (fl. 60, c. ppal):

Por iniciativa nuestra, y luego de acuerdo verbal con el Dr. Óscar Hernando Pinto Moreno solicitamos a Fonade designar al Corpes de la Amazonía como interventor del contrato suscrito con el consorcio NAM-Vélez Ltda. (sic) con el objeto de elaborar el Plan de ordenamiento Territorial del municipio de Florencia, como mecanismo de apoyo a las empresas regionales y teniendo en cuenta que el Corpes venía ofreciendo servicios para la ejecución del POT de varios municipios del departamento.

Hoy, cuando se encuentra perfeccionado el contrato entre Fonade y el consorcio mencionado y está en proceso de elaboración el contrato de interventoría con ustedes, me permito informarle la decisión de la administración municipal de otorgar la función de interventoría al Centro de Planificación y Urbanismo de la Facultad de Arquitectura de la Universidad de los Andes, dependencia con amplia trayectoria y vasto conocimiento sobre el tema, que además ha demostrado interés por trabajar en el proyecto del POT de nuestra ciudad.

A pesar de nuestra intención de apoyar la continuidad del Corpes, consideramos que esta entidad ha perdido presencia institucional en nuestra región, enfrenta dificultades presupuestales que le impiden atender obligaciones diferentes a sus funciones esenciales, y carece de personal especializado en POT y de recursos logísticos para desarrollar cabalmente las actividades a que se obligaría con la interventoría.

Le ruego disculpar las dificultades que esta decisión le ocasione pero espero que entienda que es nuestro deber escoger la mejor opción para garantizar la elaboración técnica y adecuada del POT por parte del consorcio contratado.

3.2.10. El 8 de febrero de 1999, el municipio de Florencia, a través de su representante legal, informó al FONADE que por “voluntad de la administración municipal y dada la demora en respuesta a la oferta de realizar la interventoría del P.O.T. al municipio por parte del centro de investigaciones de la facultad de arquitectura de la Universidad de los Andes, le solicito muy cordialmente que esta interventoría se realice con FEDEVIVIENDA, quienes se encuentran dispuestos a realizar dicho trabajo y cuentan con la capacidad técnica y operativa” (fl. 62, c. ppal).

3.2.11. El 12 de febrero de 1999, las partes del contrato de consultoría suscribieron el modificadorio n.º 1, así (fl. 17, c. 2):

a) Que mediante comunicación fechada el 5 de enero de 1999, la alcaldesa popular de Florencia informó al Corpes de la Amazonía las razones y motivos por los cuales la administración municipal determinó el que dicho Corpes no realizara la Supervisión del contrato de consultoría n.º 980549. b) Que mediante comunicación fechada el 8 de febrero de 1999, la alcaldesa de Florencia solicitó a FONADE que la interventoría del contrato de consultoría n.º 980549 sea realizada por FEDEVIVIENDA, por las razones allí expuestas. c) Que en el contrato de consultoría n.º 980549, suscrito por las partes el 14 de octubre de 1998, perfeccionado y legalizado el 22 del mismo mes y año, prevé en la cláusula sexta que "FONADE verificará la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades contratadas por medio de un supervisor, que para el caso será el Corpes de la Amazonía". e) Que la Unidad de Administración de Convenios y Fiducia revisó los términos de la presente modificación. f) Que teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, las partes proceden a la suscripción, perfeccionamiento y legalización de modificación, que se rige por las siguientes cláusulas: PRIMERA: Que la supervisión del contrato de consultoría n.º 980549 será realizada por FONADE a través de FEDEVIVIENDA, para lo cual FONADE y FEDEVIVIENDA celebraron contrato número 990078. SEGUNDA. El presente documento se perfecciona con la firma de las partes. TERCERA. Las demás estipulaciones contenidas en el contrato de consultoría n.º 980549, que no contravengan lo establecido en la presente modificación seguirán vigentes.

3.2.12. El 22 de febrero de 1999, el consorcio comunicó al Secretario de Planeación del municipio de Florencia, ante una solicitud por parte de este último en relación con el incremento de la remuneración y el número de meses de contratación del personal de profesionales que trabajarían en la región, así como el replanteamiento en el objeto contractual, que la consultoría fue suspendida por situaciones imputables al FONADE y al referido ente territorial y que los términos contractuales fueron acordados previamente y que cualquier modificación debía mediar con la participación del FONADE y la atención al equilibrio contractual. En esa misma oportunidad, el consorcio le manifestó al referido funcionario que no compartía la afirmación de que la consultoría sólo se apoyaba en la información del municipio; por el contrario, estimó que se adelantaba una gestión importante en la solución de la variable cartográfica, la cual era casi inexistente, así como en la elaboración de otros planos, como el de estratificación (fls. 103 y 104, c. 4).

3.2.13. Mediante acta, sin número, del 26 de febrero de 1999, en la que intervinieron el FONADE, el consorcio Nam Ltda.-Velzea Ltda. y Fedevivienda, en calidad de interventora de la consultoría, acordaron, entre otros, que la reiniciación del contrato aquí en estudio sería el 3 de marzo siguiente, en tanto ya se encontraba debidamente legalizada la interventoría (fls. 24 a 29, c. 4). Igualmente, se dejó consignado (fl. 25, c. 4):

b) Grupo de profesionales con sede en Florencia: Con el fin de asegurar la transparencia en la contratación de los profesionales de la región, definir las tareas que realizarán y garantizar que el POT se realice en el término previsto y de acuerdo con los contenidos y alcances que ha definido la ley y los decretos, los consultores elaborarán los términos de referencia y serán presentados a la interventoría el día dos (2) de marzo para su revisión y sugerencias.

Quedó claramente establecido que el grupo de profesionales que se contratará en Florencia obedece a las necesidades que tiene el consorcio consultor para la elaboración del POT y que por lo tanto es el consorcio el que decide cuando contratará, por cuanto tiempo, el monto y las funciones que desempeñarán para asegurar la formulación del Plan en el término previsto.

Igualmente, los consultores informaron que pensaban cambiar al profesional que coordinaría el equipo en Florencia, dado que la persona escogida tiene inconvenientes de fuerza mayor. Con el fin de asegurar que el profesional que coordinará el equipo de Florencia tenga las mismas calidades a las del profesional propuesto originalmente, se decidió que los consultores envíen su hoja de vida a la interventoría para su evaluación, quienes la remitirán a FONADE con sus observaciones para la respectiva aprobación.

Igualmente, en esta acta, la interventoría precisó que era importante que la consultoría no se limitara a la formulación del POT sino que se acompañara al municipio de Florencia hasta su presentación ante la autoridad ambiental, el consejo de ordenamiento, la ciudadanía y el Concejo municipal, como mínimo. En tal sentido, la interventoría propuso que el último pago se efectuara con la presentación del POT ante el Concejo municipal; la consultoría quedó pendiente de entregar una propuesta en tal sentido y de necesitarse una prórroga del contrato así lo haría saber, previa aprobación de la interventoría (fl. 28, c. 4).

3.2.14. El 8 de marzo de 1999, FEDEVIVIENDA, interventora de la consultoría, informó a FONADE que el consultor envió la hoja de vida de la persona que reemplazaría al coordinador del grupo local, la que a su juicio cumplía cabalmente con los requisitos para asumir esa función, razón por la cual recomendó que se aceptara esta propuesta (fl. 65, c. ppal).

3.2.15. El 9 de marzo de 1999, el consorcio consultor remitió el acta del 26 de febrero de ese año suscrita, en la que manifestó su inconformidad sobre el cambio solicitado por la interventoría, sin mayores explicaciones, y también puso de presente que con base en el cronograma acordado el plazo para el desarrollo de los trabajos se redujo a tres meses (fl. 101, c. 4).

3.2.16. El 15 de abril de 1999, las partes del contrato consultoría n.º 980549, la interventoría y el municipio de Florencia, en el acta de reunión n.º 2, en la cual, además de presentar los avances de la consultoría, acordaron ajustar el cronograma de ejecución y el plazo de la consultoría en los siguientes términos (fls. 70 y 71, c. ppal):

e) La propuesta de ajuste al cronograma: Los consultores explican que ha habido un desajuste en el cronograma inicial, dado que no existía cartografía para las zonas rurales en el municipio ni en el IGAC, por lo cual se hizo necesario que ellos pagaran una imagen satelital con base en el cual se restituyó la cartografía, aunque no completa por problemas de nubosidad. Sin embargo, con este trabajo, el municipio contará con una cartografía que además es actualizada.

Los problemas en la cartografía han incidido en el desplazamiento en el tiempo de algunas actividades, por lo cual se hace necesario modificar el cronograma inicialmente acordado con la interventoría, por lo cual ponen a consideración de los participantes de la reunión con una nueva propuesta de cronograma, donde se precisan las fechas de entrega de los productos y de los pagos a realizarse por el FONADE.

La interventoría explica que no tiene ninguna objeción para la modificación del cronograma, dado que conoce el trabajo realizado por la consultoría y los inconvenientes que se han tenido. No obstante, expresa reparos sobre las fechas correspondientes a la fase de consulta y aprobación, dado que estos términos no se pueden reducir porque están establecidos por ley y durante el mismo período se deben hacer convocatorias públicas más amplias a gremios y asociaciones con sede en el municipio.

Se acuerda modificar el cronograma como lo plantean los consultores e incluir el término que la interventoría precisó para la etapa de consulta

y aprobación. La consultoría y la interventoría quedan comprometidos a ajustar el cronograma y a enviar copia a FONADE y a la alcaldesa.

f) *Ampliación del término del contrato de consultoría:* Teniendo en cuenta que el contrato suscrito entre el FONADE y los consultores se realizó con base en las fechas iniciales establecidas por la Ley 388 de 1997 el plazo era de cuatro meses.

No obstante lo anterior y dado que el contrato se reinició una vez fue sancionado el Decreto 150 de 1999, que amplía los plazos para la entrega en vigencia de los planes, y que el contrato incluye la asesoría para durante la fase de consulta y aprobación del Plan, las partes representadas acuerdan ampliar el contrato y el FONADE informa sobre el trámite a seguir.

La consultoría y la interventoría acuerdan enviar la solicitud de ampliación la próxima semana e incluir el cronograma que ajustarán incluyendo los tiempos para esta fase.

La interventoría reitera que es indispensable que la consultoría elabore un documento sobre los términos y alcances del acompañamiento que realizará durante la etapa de consulta y aprobación para poder realizar el seguimiento e interventoría bajo parámetros objetivos.

De otra parte, los consultores proponen una modificación en la forma de pago, dejando un diez por ciento para el final cuando el POT sea presentado a consideración del Concejo municipal. Las partes aceptan la propuesta y se define que en la misma solicitud de ampliación del término del contrato se incluya la modificación a la forma de pago.

3.2.17. El 16 de abril de 1999, el contratista solicitó a la interventoría la ampliación del plazo contractual, así (fls. 72 y 73, c. ppal):

De acuerdo con lo discutido en el día de ayer en la reunión de interventoría efectuada en las instalaciones del FONADE con presencia de la señora alcaldesa de Florencia dra Lucrecia Murcia, de los representantes del FONADE (...) y (...) por la interventoría, y por el Director del proyecto y (...) del consorcio consultor; me permito solicitar la ampliación del plazo contractual entre otras por las siguientes razones:

1. *Como se pudo constatar con la presentación realizada en el día de ayer en el FONADE, el consorcio ha realizado a la fecha una importante labor en la producción de nuevos planos cartográficos, temáticos y ha avanzado notablemente dentro de sus obligaciones contractuales llegando a diagnosticar la situación del municipio y preformular su ordenamiento. No obstante, se advirtió que aún falta por procesar información y realizar toda la labor de edición del diagnóstico.*

2. *Tal como lo expresamos en la reunión la base cartográfica del municipio es muy deficiente lo que obligó a la adquisición de una imagen satelital para poder mediante la generación de información primaria (con el nivel y diversidad temática requerida) completar la cartografía, incrementando notablemente los costos para el consorcio pero dándole*

gran confiabilidad técnica al trabajo. Igualmente, hubo necesidad de adquirir la información digital y base de datos del DANE, corregirla digitando gran cantidad de nueva información con los recientemente editados planos 1:2000 del IGAC y complementarlo mediante trabajo de campo con las nuevas urbanizaciones aprobadas o construidas, para conformar una nueva base cartográfica. Este ítem no estaba contabilizado dentro de la oferta ni identificado en el prediagnóstico y demandó un gran esfuerzo, dedicación de recursos y tiempo.

3. Los términos de referencia y nuestra propuesta se enmarcaron dentro de un esquema de plazo muy estrecho, dada la urgencia que se tenía para lograr la aprobación del POT dentro del plazo inicialmente previsto por la ley que concluía el pasado mes de enero. Así las cosas, ante un nuevo plazo y escenario, es nuestro criterio que sirve al municipio más un trabajo que posibilite la inclusión de mayores elementos de juicio, que un trabajo que se enfoque solo a cumplir con los estrechos plazos contractuales.

4. Como concluyó la reunión de interventoría, es requisito ampliar el plazo para poder darle acompañamiento al trabajo durante su tránsito por las tres instancias de aprobación. Sobre este particular se fijarán de común acuerdo con la interventoría los parámetros de acompañamiento y los requerimientos de recursos adicionales para el desarrollo de tal tarea.

Se adjunta el cronograma revisado de acuerdo con las observaciones derivadas de la reunión de interventoría, mediante el cual se puede establecer que la ampliación de plazo requerida sería hasta el 29 de septiembre de 1999.

*De otro lado, en consideración al déficit financiero que atañe al consorcio en lo relativo a este proyecto, se solicita se evalúe la posibilidad de cambiar la forma de pago, para lo cual proponemos el pago del 30% a la entrega del documento de diagnóstico, el 40% a la entrega del Proyecto de Acuerdo del POT y el 10% final a la **aprobación del POT por parte del Concejo municipal** (se destaca).*

3.2.18. El 19 de abril de 1999, la interventoría aprobó la modificación y la prórroga solicitada por el contratista (fl. 18, c. 2, parte considerativa modificación n.º 2 del 20 de mayo de 1999).

3.2.19. El 20 de mayo de 1999, las partes del contrato de consultoría, mediante el modificadorio n.º 2, modificaron y prorrogaron el contrato, así (fl. 18, c. 2):

a) Que EL CONTRATISTA en comunicación del 16 de abril de 1999 solicita se amplíe el plazo del contrato así como modificar la cláusula tercera del mismo referente a la forma de pago, por las razones allí expuestas. b) Que la Coordinadora del Área de Consultoría de

FEDEVIVIENDA mediante comunicación del 19 de abril de 1999, aprobó la presente modificación y prórroga. c) Que mediante acta de reunión n.º 2 de fecha abril 15 de 1999, se acepta ampliación y modificación del citado contrato. d) Que la Gerencia de la Unidad de Administración de Convenios Interadministrativos y Fiducia de FONADE, revisó los términos de la presente prórroga y modificación. e) Que el citado contrato fue suspendido temporalmente el día 3 de diciembre de 1998 hasta tanto se legalizara el contrato de interventoría. f) Que el contrato de interventoría suscrito entre FEDEVIVIENDA y FONADE fue suscrito el día 22 de febrero de 1999. g) Que teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, las partes proceden a suscribir la presente modificación y prórroga que se rige por las siguientes cláusulas: PRIMERA-PLAZO: Se prórroga el plazo de ejecución del contrato número 980549, hasta el día 29 de septiembre de 1999. SEGUNDA-FORMA DE PAGO: Se modifica parte de la cláusula tercera del contrato n.º 980549 de la siguiente forma: b) El treinta por ciento (30%) a la entrega del diagnóstico e hipótesis de desarrollo debidamente aprobado por el supervisor, prevista para el 19 de mayo de 1999. c) El cuarenta por ciento (40%) a la entrega del documento reglamentario, documento técnico y de resumen debidamente aprobado por el supervisor, prevista para el 23 de junio de 1999. d) El diez por ciento (10%) a la entrega del informe final debidamente aprobado por el supervisor y radicación en el Concejo Municipal de Florencia del Plan de Ordenamiento Territorial, prevista para el 29 de septiembre de 1999. (...) SEXTA: VALIDEZ DE LAS DEMÁS ESTIPULACIONES: Las demás estipulaciones contenidas en el contrato 980549, en la modificación n.º 1 que no contravengan lo estipulado en la presente modificación y prórroga seguirán vigentes.

3.2.20. El 21 de junio de 1999, la interventoría de la consultoría comunicó a la Alcaldesa del municipio de Florencia la imposibilidad de aplazar las fechas para la presentación de la propuesta del POT para el 23 y 24 de julio siguiente. En tal sentido, explicó que las fechas resultaban ajustadas para cumplir con lo ordenado por el Decreto 150 de 1999 que imponía como fecha de aprobación del POT el 21 de enero de 2000, razón por la cual la etapa de aprobación de ese documento debía iniciar a más tardar el 14 de julio siguiente. Explicó que el proyecto debía conocerse por el Consejo Territorial de Planeación por treinta días hábiles y otro tiempo igual por parte de CORPOAMAZONÍA, además, hasta el 14 de octubre debía cumplir con el trámite de consultas ciudadanas (fls. 95 a 97, c. 4).

3.2.21. El 21 de julio de 1999, el consorcio consultor presentó a consideración de la Alcaldesa de Florencia los documentos contentivos del POT, con una copia para radicar en CORPOAMAZONÍA y otra para el municipio de Florencia (fl. 92, c. 4). En la misma fecha, entre los mismos interlocutores, el

consorcio dio las pautas técnicas para la utilización de los documentos del POT (fl. 91, c. 4).

3.2.22. El 29 de julio de 1999, la interventoría remitió al consultor sus observaciones sobre los documentos del POT (fl. 89, c. 4). En el mismo sentido, se remitió comunicación del 5 de agosto siguiente (fl. 74, c. ppal).

3.2.23. El 10 de agosto de 1999, la interventoría le comunicó a FONADE que como consecuencia de los ajustes al POT estimaban necesario reprogramar el cronograma así (fl. 23, c. 2):

<i>Etapa de aprobación:</i>	<i>24 de agosto al 22 de noviembre</i>
<i>CORPOAMAZONÍA:</i>	<i>24 de agosto al 5 de octubre</i>
<i>Consejo territorial de Planeación:</i>	<i>6 de octubre al 18 de noviembre</i>
<i>Ajuste del plan:</i>	<i>19 al 22 de noviembre</i>
<i>Concejo municipal:</i>	<i>23 de noviembre al 30 de diciembre</i>
<i>Publicación:</i>	<i>31 de diciembre</i>

Este cronograma toma en cuenta los contenidos de la Ley 507 de 1999 que exige que los POT sean adoptados hasta el 31 de diciembre de 1999.

Por lo tanto solicitamos aplazar la fecha de vencimiento de la orden de servicios n.º 990078 y del contrato de consultoría n.º 980549 del 29 de septiembre de 1999 al 23 de noviembre de 1999.

3.2.24. El 18 de agosto de 1999, la interventoría informó al FONADE sobre el trámite de las correcciones del POT y advirtió la urgencia de adoptar medidas para asegurar su aprobación para el 31 de diciembre siguiente. En todo caso, señaló que los tiempos tan limitados imponían riesgos para la revisión completa del POT (fls. 85 a 88, c. 4).

3.2.25. El 23 de agosto de 1999, el consultor entregó a la interventoría el texto completo del Acuerdo del POT e informó que el nuevo documento técnico lo entregaría en la semana siguiente (fl. 84, c. 4).

3.2.26. El 31 de agosto siguiente, la Secretaria de Planeación informó al FONADE que veía con preocupación que para esa fecha aún no se entregaba el POT listo para su remisión a CORPOAMAZONÍA, a pesar de brindarles más plazo a los consultores para reajustar y corregir los documentos.

Igualmente, solicitó que FONADE requiriera al consultor para que atendiera las observaciones de la interventoría so pena de iniciar procesos legales en su contra (fls. 78 y 79, c. 4).

3.2.27. El 1 de septiembre de 1999, en el acta de reunión n.º 3, las partes del contrato de consultoría y la interventoría, sin presencia de los delegados del municipio de Florencia, consignaron sobre el desarrollo de la reunión lo siguiente (fls. 45 a 48, c. 2):

4. EL DESARROLLO DE LA REUNIÓN

a) Estado actual de ejecución del contrato:

El doctor Camilo Nassar presenta los antecedentes del contrato, habla sobre las fechas de iniciación, suspensión y prórroga y anota que actualmente el contrato vence a finales de septiembre. Hace ver que el contrato originalmente se pactó por 4 meses, pero se prorrogó llevando hasta la fecha 8 meses de trabajo efectivo.

Recuerda que la información básica y la existente fue[ron] mínima y poco confiable, de manera que se debió “arrancar de ceros”. La cartografía del IGAC no es actualizada, de manera que fue necesario utilizar imágenes satelitales, cuyo costo no estaba presupuestado. Con base en esta información más confiable fue desarrollado el diagnóstico. De manera muy resumida presenta a los asistentes una serie de planos que son soporte técnico al diagnóstico y resalta que todos están debidamente georreferenciados. Con base en el diagnóstico se realizó toda la estrategia de ordenamiento territorial.

La doctora Garcés solicita una interpelación y pregunta acerca de la participación comunitaria y concertación en todo este proceso, a lo cual el doctor Camilo Nassar explica que se realizaron diez (10) talleres con metodología SOP en la ciudad de Florencia, lo cual cubre los aspectos de socialización y comenta que, inclusive, hubo un cabildo abierto con la participación de más de 500 personas.

Luego se refirió al trabajo desarrollado para la elaboración del proyecto de acuerdo, el cual ha tenido hasta la fecha tres versiones, producto de revisiones y sesiones de trabajo con la interventoría.

Puntualiza que el diagnóstico ya está aprobado por la interventoría y que actualmente está revisando las últimas observaciones, realizadas en el informe n.º 3 de interventoría, tanto del proyecto de acuerdo como del documento técnico.

b) Informe de interventoría

La doctora Bárbara Scholtz aclara que el informe de interventoría n.º 3 y n.º 4 en su versión preliminar, está basado en lo exigido por la ley,

explicó la metodología utilizada en la revisión de los documentos y, reitera lo ya manifestado al municipio y a FONADE sobre su recomendación de aplazar la radicación del proyecto de acuerdo en CORPOAMAZONÍA.

c) Discusión sobre los temas anteriores y definición de cronograma definitivo del contrato

Se dio una discusión conceptual sobre algunos aspectos de los documentos entregados por la consultoría y la interventoría, discusión en la que participaron todos los presentes, sin embargo, debido a que no hubo afinidad de criterios y a que la discusión no estaba llevando a ninguna parte, FONADE solicita a la interventoría identificar los aspectos de fondo que faltan o son deficientes en los documentos entregados por el consorcio consultor.

La doctora Bárbara identificó cinco aspectos fundamentales:

1) Visión de futuro del municipio, el cual es un elemento fundamental del componente general.

2) Visión de desarrollo vs modelo de ordenamiento, el cual no contiene una propuesta clara para la futura estructura del municipio.

3) Los proyectos urbanísticos se muestran en forma muy desequilibrada. Mientras proyectos de infraestructura como con el Plan Maestro de Alcantarillado, se presentan relativamente detalladas, proyectos como la Ciudadela Habitacional aparece en un solo artículo y la Ciudadela Educativa no se menciona.

4) Gestión y financiación, cuyo contenido se limita a un resumen de las normas contenidas en la ley, sin contener propuestas los proyectos específicos del municipio.

5) Planes parciales y las unidades de actuación urbanística no contienen lineamientos específicos sobre la normativa urbanística de los aspectos que se consideran estratégicos para su desarrollo.

Una vez identificados estos aspectos, FONADE propone llevar a cabo reuniones técnicas con la participación de todas las partes interesadas, en donde se aborden dichos aspectos, con sentido técnico y práctico, para así llegar a un acuerdo en la forma y contenido de los documentos en cuestión. (...)

d) Prórroga de los contratos de consultoría e interventoría

FONADE informa que de acuerdo con la propuesta de FEDEVIVIENDA la prórroga de la orden de servicios de interventoría se encuentra en trámite e iría hasta el 23 de noviembre de 1999. Respecto al consorcio consultor, el doctor Camilo Nassar manifiesta que, con base en lo previamente manifestado (ver literal a), el consorcio no está en condiciones de aceptar ninguna prórroga del contrato y que es necesario buscar una salida legal y concertada entre las partes firmantes del contrato. FONADE manifiesta que hará las consultas jurídicas del caso, de manera que en fecha posterior se definirá tal situación.

Al respecto, FEDEVIVIENDA reitera, que independientemente de la prórroga o no, del contrato de consultoría, es necesario que el consultor acompañe al municipio hasta lograr la radicación del POT en el Concejo municipal de Florencia.

3.2.28. El 6 de septiembre de 1999, la interventoría presentó ante la Secretaría de Planeación del municipio de Florencia, después de dos reuniones acordadas en el documento arriba referido, el nuevo cronograma sugerido, así (fls. 76 y 77, c. 4):

<i>Etapa de aprobación:</i>	<i>21 de septiembre al 20 de diciembre</i>
<i>CORPOAMAZONÍA:</i>	<i>21 de septiembre al 5 de noviembre</i>
<i>Consejo territorial de Planeación:</i>	<i>4 de noviembre al 17 de diciembre</i>
<i>Ajuste del plan:</i>	<i>18 al 20 de noviembre</i>
<i>Concejo municipal:</i>	<i>21 de diciembre de 1999 al 1 de febrero 2000</i>
<i>Publicación:</i>	<i>2 de febrero de 2000</i>

3.2.29. El 20 de septiembre de 1999, el consultor y la interventoría suscribieron el acta de entrega de informes finales, en cuyo texto se consignó que la última en mención recibió a entera satisfacción los documentos del POT (fl. 25, c. 2).

3.2.30. El 21 de septiembre siguiente, el consultor, además de advertir el recibo a satisfacción del POT por parte de la interventoría, presentó ante el FONADE sus cuentas de cobro pendientes de pago (fl. 26, c. 2).

3.2.31. El 24 de septiembre de 1999, la Gerente Senior de la Unidad Técnica del FONADE le solicitó a la Gerente de Unidad de Convenios y Fiducia de la misma entidad que dado el recibo a satisfacción del POT se procediera a la liquidación del contrato de consultoría n.º 980549 (fl. 65, c. 4).

3.2.32. El 29 de septiembre de 1999, la señora Hilda Liliana Sanabria Suaza, quien se identificó como contratista del POT, solicitó al consultor que le explicara el alcance de su designación para las gestiones que restaban del POT (fl. 64, c. 4). El 15 de octubre de 1999, la Secretaria de Planeación del municipio de Florencia advirtió a la interventoría de la comunicación de la

señora Sanabria Suaza, con el fin de que el consultor cumpliera con las indicaciones para lo que restaba del trámite del POT (fl. 63, c. 4).

3.2.33. El 21 de octubre de 1999, la Secretaria de Planeación de Florencia manifestó al FONADE su extrañeza porque el consultor no se había hecho presente en la etapa de aprobación del POT, razón por la cual le solicitó requerirlo para tal fin (fl. 62, c. 4).

3.2.34. El 27 de octubre siguiente, el consultor manifestó al FONADE lo siguiente (fls. 27 a 38, c. 2):

La alcaldía de Florencia a través de la interventoría FEDEVIVIENDA nos ha hecho llegar recientemente el documento sobre puntos de concertación entre el municipio de Florencia y CORPOAMAZONÍA. Sobre el particular, hemos revisado dicho documento, tanto desde el punto de vista técnico como legal, y lo hemos encontrado con importantes falencias que han conducido a la elaboración del texto que se anexa a este oficio. Mediante este se hacen comentarios al documento de concertación referido y se presente una serie de consideraciones generales, que sugerimos sean tenidas en cuenta en el proceso de concertación con la autoridad ambiental.

Como es de su conocimiento el contrato n.º 980549 de 1998 suscrito entre el FONADE y el consorcio NAM LTDA-VELZEA LTDA., finalizó el pasado 20 de septiembre, después de casi un año de desarrollo del mismo, cuando el plazo originalmente contemplado era de cuatro (4) meses. Así mismo, ante la falta de información previa sobre el municipio, hubo necesidad de incrementar ostensiblemente el alcance, los costos y el tiempo del desarrollo del proyecto, lo cual generó un desbalance económico en contra nuestra, que se ve agravado aún más, ya que nos ha retenido el 10% del valor del contrato. No obstante lo anterior y a solicitud de la señora alcaldesa popular de Florencia la doctora Lucrecia Murcia de Betancourth se contrató la arquitecta Hilda Liliana Sanabria propuesta por la señora alcaldesa, para continuar apoyando el desarrollo del Plan de Ordenamiento Territorial hasta el mes de diciembre del año en curso. Desde luego este costo no estaba incluido en la propuesta económica y no es una obligación contractual, pero con la voluntad y responsabilidad que siempre nos han caracterizado decidimos apoyar al municipio en este sentido.

Recientemente, hemos recibido solicitudes y correspondencia del municipio de Florencia, con quien no tenemos ninguna relación contractual, solicitándonos impresión de nuevos documentos y la presencia adicional de personal especializado del Consorcio en Florencia, para trámites de presentación, exposición y concertación del Plan de Ordenamiento Territorial, ante CORPOAMAZONÍA y otras autoridades.

En la actualidad el contrato se presenta altamente deficitario desde el punto de vista financiero para nosotros y no tenemos recursos disponibles para atender las nuevas solicitudes del municipio, ni se contemplaron en nuestra oferta. En consecuencia, me permito solicitarle que por su conducto se informe de esta situación al municipio y se aclare lo pertinente, ya que los compromisos contractuales del consorcio NAM LTDA.-VELZEA LTDA. y el FONADE han sido cumplidos a cabalidad dentro de los plazos estipulados y a entera satisfacción de la entidad interventora que en este caso es FEDEVIVIENDA.

3.2.35. El 5 de noviembre de 1999, el consultor sugirió al FONADE, con relación al borrador de la liquidación del contrato de consultoría, entre otros, que se incorporara un inciso del siguiente tenor literal: *“Así mismo, el consultor en forma extracontractual, por voluntad propia y a efectos de acompañar al municipio para la realización de las gestiones ya señaladas, se compromete a mantener por su cuenta a una profesional, que para el caso es la arquitecta Hilda Liliana Sanabria Suaza, quien fue seleccionada por el municipio a través de la señora Alcaldesa de Florencia. Dicha arquitecta coordinará su trabajo con la Secretaría de Planeación quien dará las instrucciones y directrices a que haya lugar”*. Igualmente, propuso otro inciso así: *“Si a 31 de diciembre de 1999 el POT no ha sido radicado en el Concejo municipal de Florencia, el FONADE pagará al consultor los saldos pendientes”* (fl. 58, c. 4). En el acta de liquidación del contrato de consultoría n.º 980549, sin fecha¹⁴, suscrita sólo por el representante legal de FONADE se observa que esas sugerencias no fueron atendidas, en tanto se limitó a establecer la obligación de mantener a la referida arquitecta y que el pago del saldo del 10% del valor del contrato estaba supeditado a la radicación del POT ante el Concejo municipal de Florencia (fls. 50 a 52, c. 2).

3.2.36. El 9 de noviembre de 1999, la interventoría informó a FONADE sobre el trámite adelantado ante CORPOAMAZONÍA, con el fin de lograr la aprobación del POT del municipio de Florencia por parte de esta autoridad ambiental. Señaló que en la elaboración de las recomendaciones ante dicha autoridad participó el consultor, sin precisar en qué términos. Igualmente, que dentro de ese trámite la autoridad ambiental citada dictó una resolución por la cual aprobó el POT, pero condicionada a la inclusión de nuevos

¹⁴ Sin embargo, corresponde al documento que fue remitido al consultor contratista el 14 de febrero de 2000 por parte de FONADE para su firma (fl. 49, c. 2).

cambios, los que la interventoría estimó impertinentes. Por lo anterior, solicitó que se adoptaran medidas para superar esta situación (fls. 54 a 57, c. 4; fls. 39 a 41, c. 2).

3.2.37. El 17 de noviembre de 1999, el consultor le manifestó al FONADE que *la “colaboración extracontractual ofrecida por el consorcio con el propósito de apoyar al municipio en el desarrollo de las actividades que se relacionan con la aprobación del Plan de Ordenamiento Territorial, no implica, ni ha implicado que la arquitecta Hilda Liliana Sanabria tome decisión alguna a nombre del consorcio, su trabajo es apoyar al municipio en lo que este requiera, pero en ningún caso la mencionada arquitecta está facultada para comprometer al consorcio en aspecto alguno y muchos menos tomar decisiones en representación del consorcio. Igualmente, quiero resultar que el trabajo de la arquitecta es colaborar en la ejecución de los cambios o desarrollos que sobre el documento técnico o el documento de acuerdo finalmente se concerten, obviamente sujeto a disponibilidades previstas para el caso”* (fl. 53, c. 4).

3.2.38. El 7 de diciembre de 1999, el consultor informó al FONADE que *“recientemente hemos recibido una nueva solicitud del municipio de fecha 6 de diciembre de 1999, en la cual nos solicitan en forma adicional al apoyo que actualmente brindamos a través de la arquitecta Hilda Liliana Sanabria, nos encarguemos de la modificación de textos y planos. Sobre el particular debemos indicar que no existen recursos para tal efecto y que adicionalmente nuestro contrato venció el pasado 20 de septiembre. // Cabe resaltar que la arquitecta [se refiere a la señora Hilda Liliana Sanabria] por nosotros dispuesta en Florencia ha venido laborando desde julio pasado y estará hasta el 21 de diciembre de 1999. Igualmente, hemos atendido todas las consultas que sobre las concertaciones del POT se han hecho. En consecuencia creemos haber cumplido nuestro compromiso más allá de lo contratado y por tal razón nos es imposible seguir realizando gastos en un proyecto donde nuestro déficit actual supera los cincuenta millones de pesos”* (fl. 51, c. 4).

3.2.39. El 7 de diciembre de 1999, el consultor remitió a la Secretaría de Planeación de Florencia los puntos finales de concertación con CORPOAMAZONÍA (fls. 43 y 44, c. 2).

3.2.40. El 18 de febrero de 2000, el consultor, en comunicación dirigida a FONADE, precisó a su juicio lo ocurrido con el contrato en estudio. En consecuencia, solicitó estudiar el desequilibrio generado por la suspensión, las prórrogas y las actividades adicionales que desarrolló, en similares términos a los formulados en la demanda que dio origen al presente proceso (fls. 53 y 54, c. 2). Solicitud que reiteró el 6 de marzo y 14 de agosto de 2000 (fls. 58 a 64, c. 2).

3.2.41. El 24 de febrero de 2000, el municipio de Florencia advirtió al FONADE sobre la falta de colaboración del consultor para entregar los documentos ajustados para entregarlos a CORPOAMAZONÍA, sin que tampoco pudieran comunicarse con él. Por lo anterior, solicitó que se requiriera al contratista para el cumplimiento de sus obligaciones (fls. 79 y 80, c. ppal).

3.2.42. El 1 de marzo de 2000, FONADE respondió al consultor que en ningún momento se le causó desequilibrio económico, además que tampoco durante la ejecución reclamó por tal concepto (fls. 55 a 57, c. 2). El 21 de junio siguiente, FONADE requirió al consultor para que cumpliera sus obligaciones con el municipio de Florencia, so pena de iniciar acciones legales (fl. 40, c. 4).

3.2.43. El 13 de octubre de 2000, el Asesor Jurídico de FONADE manifestó al municipio de Florencia, después de explicar la ejecución contractual que no existía razón para negar el pago del 10% restante del valor del contrato, sin mayores explicaciones. Igualmente, reiteró que no existía desequilibrio contractual (fls. 38 y 39, c. 4).

3.2.44. El 27 de octubre de 2000, FONADE le comunicó al contratista consultor su decisión de cancelarle el 10% del valor del contrato adeudado, sin más explicaciones (fl. 65, c. 2).

3.2.45. El 16 de noviembre de 2000, el municipio de Florencia informó a FONADE que su posición era pagar el saldo faltante del contrato una vez se tuvieran los documentos restantes del POT, en tanto el consultor radicó la cartografía en medio magnético de forma incompleta (fl. 81, c. ppal).

3.2.46. El 27 de noviembre de 2000, el consultor radicó ante el FONADE la cuenta de cobro por el último desembolso pendiente de pago, sin contemplar intereses moratorios, los cuales se reservaba para reclamar judicialmente (fls. 66 y 67, c. 2).

3.2.47. El 15 de diciembre de 2000, FONADE manifestó al consultor su imposibilidad de cancelar el saldo restante, debido a la posición del municipio de Florencia de estimar incumplido el contrato. En consecuencia, explicó que los pagos se acordaron previo ingreso de los recursos a la Tesorería de FONADE, para lo cual se requería del traslado de dichos dineros por parte del citado municipio (fls. 36 y 37, c. 4).

3.2.48. Ante el *a quo* declaró el señor Luis Fernando García Cerón, asesor jurídico de FONADE que conoció del contrato de consultoría en estudio, quien describió un desarrollo contractual similar al que se desprende de las pruebas documentales. Fue enfático en señalar que el contratista no solicitó durante la ejecución contractual el reconocimiento del desequilibrio contractual que actualmente reclama y que era deber del contratista acompañar al municipio de Florencia hasta la presentación del POT ante el Concejo municipal (fls. 75 a 79, c. 2); de igual forma, declaró el señor Carlos Alberto Acosta Narvárez, empleado de FONADE, en el sentido de señalar que participó dentro del contrato de consultoría en estudio y que en razón de ello manifestó que el municipio de Florencia presentó reparos a las labores del consultor por su acompañamiento para la aprobación del POT. En lo demás su relato deja expuesta una situación fáctica similar de la que se desprende de las pruebas documentales, entre otras, que el apoyo del consultor para la aprobación del

POT se limitó a dar asesorías vía telefónica y a la contratación de una arquitecta para que realizara los ajustes necesarios¹⁵.

3.2.49. La parte actora solicitó una prueba pericial técnico financiera para determinar las causas que originaron la mayor permanencia del contratista en el contrato, las mayores actividades que tuvo que ejecutar el contratista y que no eran parte de lo pactado y el valor de las mayores actividades y de la mayor permanencia (fl. 23, c. ppal). Mediante auto del 16 de agosto de 2002 el *a quo* decretó la anterior prueba (fl. 87, c. ppal).

3.2.49.1. El 5 de diciembre de 2002, los peritos contadores, con base en los asientos contables del consultor contratista, determinaron que hubo mayores gastos por valor de \$346.656.000, generados por la falta de pago de los honorarios de los profesionales que participaron en la consultoría, en particular, refiere a tres personas integrantes del consorcio. Al anterior valor consideraron, sin mayor explicación, que se debía agregar el costo de la imagen satelital contratada por el consultor por la suma de \$5.800.282. Igualmente, indicaron que las causas del desequilibrio económico fueron la suspensión y prórroga del contrato, así como la falta de información confiable y la mayor cantidad de obras que ello generó. De igual manera precisaron que sus valoraciones se respaldaron en otros contratos similares celebrados por FONADE (fls. 97 a 102, c. ppal).

Una vez se corrió traslado del anterior dictamen (fl. 104, c. ppal), FONADE solicitó su aclaración para que expliquen por qué consideraron como causas del desequilibrio económico alegado por la parte actora la suspensión, la prórroga y las mayores cantidades de obra, si todas ellas fueron pactadas de común acuerdo o hacían parte del objeto contractual. Solicitó precisar en qué consistía la falta de información confiable y qué contratos similares al que se estudia fueron analizados. Igualmente, si los honorarios de los integrantes del consorcio hacían parte de la propuesta. Por último, pidió aclarar por qué se

¹⁵ Ambas declaraciones fueron recibidas el 25 de noviembre de 2002.

tomó un 25% de utilidad y si ese porcentaje se encuentra en la propuesta (fls. 106 y 107, c. ppal).

El 29 de agosto de 2003, los peritos rindieron su aclaración. Respecto de las razones del desequilibrio indicaron que la suspensión y la prórroga dieron lugar a unos gastos que se relacionaron en el dictamen, sin perjuicio de que se hayan pactado de común acuerdo; precisó que la falta de información cartográfica generó más gastos al contratista; frente a los contratos se limitaron a señalar que obraban en el expediente; que los honorarios de los integrantes del consorcio hacían parte de la propuesta, y, por último, frente a la utilidad del 25% se limitaron a señalar que el factor multiplicador utilizado por el consorcio fue de 2.10 y que de su aplicación a los gastos y costos de la propuesta se generaba esa utilidad (fls. 126 a 128, c. ppal).

Una vez corrido el traslado de la aclaración (fl. 131, c. ppal), FONADE objetó el dictamen por error grave debido a la falta de fundamento probatorio para determinar las causas del desequilibrio, en qué consistía la falta de información, tampoco precisaron si los honorarios de los integrantes del consorcio estaban dentro de la propuesta ni el monto de la utilidad calculada. Igualmente, solicitó se practicara un nuevo dictamen (fls. 132 y 133, c. ppal); la parte actora se opuso a la objeción por error grave (fls. 134 a 136, c. ppal).

El 2 de septiembre de 2004, el *a quo* decretó un nuevo dictamen para resolver la objeción por error grave (fls. 138 y 139, c. ppal).

3.2.49.2. El 1 de junio de 2005, el perito contador con base en las pruebas obrantes en el proceso, la visita efectuada a las oficinas de FONADE y en los libros contables de la parte actora, concluyó que el mayor valor pagado en el contrato de consultoría, para cuya explicación anexó un cuadro de los gastos mes a mes del contrato (fls. 91 a 98, c. ppal), fue la suma de \$59.298.585, al que se le debía agregar el valor de la imagen satelital por \$4.691.936, para un total de \$63.990.521, que actualizados y con intereses ascendían a la suma de \$111.663.459. Aclaró que no se ocupó de los honorarios de los miembros

del consorcio, toda vez que en la propuesta no aparecían relacionados (fls. 86 a 90, c. 2).

Después de surtido el traslado a las partes (fl. 166, c. ppal), la actora solicitó aclarar el dictamen en cuanto a la exclusión de los honorarios de los miembros del consorcio, toda vez que en su concepto sí eran parte de la propuesta (fl. 167, c. ppal). FONADE pidió que se aclarara unos gastos por arrendamiento y gastos menores, con el fin de verificar su relación con el contrato, dado su alto monto (fls. 169 y 170, c. ppal).

El 11 de agosto de 2005, el perito rindió su aclaración. En cuanto a la depuración de los gastos determinó que algunos no estaban relacionados con el contrato de consultoría, razón por la cual su valor se redujo a la suma de \$30.522.120 (fls. 176 y 177, c. ppal). Finalmente, con relación a la inclusión de los honorarios de los miembros del consorcio se mantuvo en su concepto inicial, toda vez que no hacían parte de la propuesta (fls. 185 y 186, c. ppal).

La parte actora objetó por error grave el dictamen pericial, toda vez que con argumentos alejados a su labora judicial y propias del juez, el perito determinó excluir los honorarios de los miembros del consorcio, cuando lo pedido en la prueba fue que calculara todos los perjuicios, función que no podía dejar de cumplir, razón por la cual solicitó al *a quo* que el perito complementara su peritaje (fls. 189 a 191, c. ppal).

Con base en la complementación solicitada por la parte actora, el perito incluyó los valores de los honorarios (fls. 225 y 226, c. ppal).

3.2.49.3. Procede la Sala a resolver sobre la objeción por error grave formulada en contra del dictamen del numeral 3.2.49.1., toda vez que la primera instancia no lo hizo y se trata de un aspecto que resultaría desfavorable para quien apeló, tal como lo ordena el inciso segundo del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a estos asuntos por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo. En tal sentido, precisa advertir que el reparo formulado en contra del dictamen que

se decretó para resolver la primera objeción, no puede entenderse a título de objeción por error grave, en tanto ello está proscrito por disposición expresa del numeral 5 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, la cuestión quedó superada con la aclaración rendida por el perito (fls. 225 y 226, c. ppal).

Vale recordar que FONADE consideró infundado el primer dictamen, por la falta de fundamento probatorio para determinar las causas del desequilibrio, tampoco se determinó en qué consistía la falta de información, ni si los honorarios de los integrantes del consorcio estaban dentro de la propuesta, como tampoco el monto de la utilidad calculada (fls. 132 y 133, c. ppal).

Para resolver esa objeción, la Sala considera pertinente tener en cuenta que la prueba se pidió para determinar las causas que originaron la mayor permanencia del contratista en el contrato, además determinar las mayores actividades que tuvo que ejecutar el contratista y que no eran parte de lo pactado y el valor de las mayores actividades y de la mayor permanencia. En esos términos, además que el reparo frente al dictamen se concreta en su falta de fundamentación¹⁶, lo cual lo hace improcedente, lo cierto es que los peritos se limitaron a cumplir lo solicitado en la prueba. Ahora, si en esa labor los peritos desbordaron sus funciones o conocimientos, ello no los inscribe en un error grave, sino en un defecto de fundamentación que el juez deberá desestimar en su momento. Además, precisa llamar la atención que la forma en como fue pedida la prueba y decretada llevó a los peritos a efectuar unas labores ajenas a su conocimiento, como lo son determinar las causas de la mayor permanencia, apreciaciones que se desestimarán, para en su lugar ser definidas por quien le corresponde, al juez del contrato. En los términos expuestos se declarará improcedente la objeción por error grave.

¹⁶ Con base en la doctrina nacional, la Sala ha sostenido que *“la falta de fundamentación del dictamen impide determinar si las conclusiones del peritaje son precisas o pudieran ser otras, mutatis mutandi el dictamen es incompleto y, por consiguiente, insuficiente para probar. Por su parte, el error grave es aquel que permite señalar sin ambages que el sentido del peritaje sería otro, es decir, hay un dictamen completo pero equivocado”*. En: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2015, exp. 28.682, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

3.3. EL ASUNTO DE FONDO: LOS SOBRECOSTOS Y LA MORA EN EL ÚLTIMO PAGO

Frente a las situaciones que generaron la posible alteración en la economía del contrato, la parte actora señaló la mayor permanencia por la suspensión y la prórroga del contrato. Igualmente, las mayores actividades desarrolladas. Cada una de ellas se estudiará por separado para determinar su prosperidad; de otro lado, también se analizará la mora en el pago de la última cuenta y la liquidación judicial, así:

3.3.1. La mayor permanencia

De entrada es necesario recordar que sobre la mayor permanencia en la obra, esta Corporación ha tenido la oportunidad de precisar¹⁷:

La mayor permanencia de obra se refiere a la prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, por hechos no imputables al contratista, y debido al incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante, que aun cuando no implican mayores cantidades de obra u obras adicionales, traumatizan la economía del contrato en tanto afectan su precio, por la ampliación o extensión del plazo, que termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento.

De ahí que, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la Administración al contratista cumplido, siempre y cuando se acrediten esos mayores costos y se demuestre la afectación

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido, entre otras: sentencias del 29 de abril de 1999, exp. 14.855, M.P. Daniel Suárez Hernández; 31 de marzo de 2003, exp. 12431, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; 11 de septiembre de 2003, exp. 14.781, M.P. Ricardo Hoyos Duque; 29 de enero de 2004, exp. 10.779, M.P. Alier Hernández Enríquez; 29 de agosto de 2007, exp. 14.854, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; 31 de agosto de 2011, exp. 18080, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, y 28 de septiembre de 2012, exp. 25.388, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. En reciente, oportunidad, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2016, exp. 34.288, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

al equilibrio económico del contrato¹⁸, esto es, que se encuentra el contratista en punto de pérdida¹⁹.

De lo expuesto se tiene que para el reconocimiento de las pretensiones por mayor permanencia en la obra se deberá acreditar (i) la prolongación en el tiempo de la ejecución inicialmente pactada; (ii) que esa extensión obedezca a hechos no imputables al contratista, e imputables a su contraparte; (iii) que el contratista cumpla con su débito contractual, y (iv) que se acrediten los mayores extra costos generados por la mayor permanencia en la obra.

Frente al último de los requisitos en mención, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido particularmente exigente. En efecto, en relación con la carga probatoria de los mayores extracostos, precisó²⁰:

Acerca de este tema, resulta oportuno traer a colación el pronunciamiento que hizo la Sección Tercera en el siguiente sentido:

“Si el valor del contrato es pagado tardíamente, el contratista tendrá derecho al pago de los intereses que constituyen la rentabilidad que la ley presume produce el dinero y a la actualización de la suma debida, que responde al principio del pago integral de la obligación. Pero si el contratista pretende obtener perjuicios por conceptos distintos, como el de la permanencia de equipos y personal en la obra durante los períodos de suspensión de la obra, estos perjuicios deberán ser acreditados. Ellos efectivamente serían de linaje contractual pues se originaron en el desarrollo del contrato, pero no son prestaciones pactadas en el contrato; su ocurrencia y su monto no han sido previstos en él y por ende al actor

¹⁸ Cita original: La Sala ha dicho que “para que resulte admisible el restablecimiento de tal equilibrio económico del contrato, debe probar que esos descuentos, representaron un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab - initio, que se sale de toda previsión y que le representó una mayor onerosidad de la calculada y el tener que asumir cargas excesivas, exageradas, que no está obligado a soportar, porque se trata de una alteración extraordinaria del álea del contrato; y esto es así, por cuanto no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, reiterada entre otras providencias por la Sentencia de 8 de marzo de 2007, Exp. 15052.

¹⁹ Cita original: Actualmente, el numeral 1 del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, determina que el restablecimiento de la ecuación financiera por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas debe hacerse “a un punto de no pérdida”.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 14.854, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

le corresponde demostrarlos cuando pretenda ser indemnizado por dichos conceptos.” (Negrilla y subrayado de la Sala)²¹.

Bajo este contexto, resulta claro que aunque en el sub lite se encuentre plenamente demostrado que la mayor extensión del plazo contractual, ocurrió por las sucesivas prórrogas de que fue objeto el contrato de obra pública No. 051 de 1991 y que, además, se encuentra probado que las mismas fueron imputables, al incumplimiento de la entidad pública contratante, tales circunstancias determinarían, en principio, la viabilidad de efectuar el reconocimiento de perjuicios a favor del contratista, quien por causas ajenas a su voluntad se vio obligado a permanecer en la obra por mayor tiempo del previsto en el contrato original, ocurre que, tal evidencia no resulta suficiente para proceder al reconocimiento de los perjuicios que dice haber sufrido, sino que además se requiere que el demandante haya demostrado, de una parte que sufrió efectivamente los perjuicios a que alude en los hechos y pretensiones de su demanda y, de otra, que determine el quantum, toda vez que a él le corresponde la carga de la prueba, según los mandatos del artículo 177 del C. de P.C. (se subraya).

En este punto se analizarán dos cuestiones, la suspensión, por un lado, y la prórroga del contrato, así:

3.3.1.1. La suspensión de la consultoría. Al respecto, se tiene que iniciada la ejecución del contrato el 22 de octubre de 1998, fecha en que se aprobó la póliza única de cumplimiento (fl. 11, c. 5), tal como lo disponía la cláusula cuarta (fl. 14 rev., c. 2), las partes la suspendieron el 3 de diciembre siguiente debido a las dificultades para contratar la interventoría de la consultoría. Por lo tanto, acordaron reiniciarla una vez se contara con esta última (fl. 4, c. 5), lo cual se produjo hasta el 3 de marzo siguiente (fls. 24 a 29, c. 4). De lo anterior se tiene probada la prolongación en el tiempo de la ejecución inicialmente pactada y que esa extensión obedeció a una causa ajena al contratista, en tanto le correspondía a FONADE y al municipio de Florencia adelantar la contratación de la interventoría.

Ahora, el 12 de febrero de 1999, las partes de la consultoría suscribieron el modificatorio n.º 1, con el fin de indicar que la interventoría la realizaría FEDEVIVIENDA, pero se aclaró que las demás cláusulas seguirían incólumes, entre ellas, el precio del contrato (fl. 17, c. 2). Lo anterior supone un

²¹ Cita original: Sentencia de 28 de Octubre de 1994, Exp. 8092, criterio reiterado por la Sala en Sentencia de 29 de enero de 2004, Exp. 10779, MP. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

reproche para el contratista, toda vez que la jurisprudencia de la Sección, en un caso como este, ha entendido como una carga de este último el reclamar en oportunidad aquellos fenómenos que puedan afectar la economía del contrato, con mayor razón cuando se han suscrito contratos adicionales o modificatorios, por medio de los cuales las partes intentan superar las dificultades externas del contrato y viabilizar su ejecución. En esa línea, la Subsección ha sostenido que las modificaciones que las partes le incorporan al contrato tienen como finalidad la de reconducir la relación contractual y producen un corte de cuentas hasta el momento de su suscripción, razón por la cual desconoce la buena fe contractual el hecho de que una de las partes después de ese momento haga reproches a su contraparte por situaciones que la modificación pretendía superar. En tal sentido se ha dicho²²:

De lo hasta aquí expuesto, es claro que los contratos adicionales arriba mencionados significaron un corte de cuentas para lo sucedido hasta la fecha en que se suscribieron, toda vez que su finalidad era superarlo, con mayor razón si se tiene en cuenta que las partes, incluido el contratista, ya conocían para esa fecha lo ocurrido. Luego, mal haría la Sala en desconocer esos acuerdos donde las partes libremente acordaron las fórmulas para viabilizar el contrato²³, sin ningún tipo de salvedad²⁴.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de diciembre de 2016, exp. 32.109, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

²³ Cita original: Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de enero de 2016, exp. 28.055, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. En esa oportunidad, se recalcó la importancia de los acuerdos de las partes para reconducir la relación contractual y el efecto jurídico que tienen en las futuras reclamaciones económicas, así: *“En esas condiciones, los cargos de nulidad de la parte actora en contra de los actos administrativos que impusieron la multa, no quedaron probados, en tanto después de la prórroga, que significó un replanteamiento de las condiciones contractuales cumplidas hasta ese momento, la administración rechazó el pago de manera fundada o al menos se echan de menos pruebas de que no fuera así. En tal sentido, los expertos que pudieron determinar tal aspecto no lo hicieron, aun cuando contaban con documentos que contenían las razones del rechazo, por lo que nada impedía ese ejercicio, cuando en la misma aclaración por la parte demandada se solicitó. El juez tampoco puede entrar a juzgar aspectos técnicos que escapen a su alcance”.*

²⁴ Cita original: Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, exp. 13.356, M.P. María Elena Giraldo Gómez. En esa oportunidad, se recalcó la importancia de las salvedades frente a los acuerdos adicionales, así: *“Tampoco es cierto, como lo afirmó el demandante, que CEDENAR transgredió el principio de la buena fe contractual con la adición del plazo. Nótese que las adiciones se causaron por el incumplimiento administrativo en el suministro de elementos y que el contratista aceptó esas adiciones sin ningún reparo. Es más dicha aceptación la convino con el contratante y en su texto dejó anotación expresa de que las demás cláusulas del contrato permanecían incólumes, en los adicionales 044/91 B, D, E y F (fols. 110, 113, 114 a 118 c. 1). // Esa manifestación de voluntad del contratista se presume legal (art. 1.502) porque el mismo*

En línea con lo expuesto, es preciso recordar que cuando se suscribió el primer modificatorio la suspensión ya estaba verificada en gran parte, así como la causa que la originó. Esto último, por cuanto el objeto de la modificación fue definir quién se ocuparía de la labor de interventoría. Entonces, es claro que para ese momento el contratista tenía conocimiento de lo ocurrido y aun así procedió a suscribir el contrato modificatorio sin ningún tipo de reparo. En relación con las consecuencias que se derivan de ese tipo de comportamientos contractuales, aun cuando en el contexto del contrato de obra, pero que resultan igualmente atendibles, en razón a que la cuestión es la oportunidad para reclamar por las variaciones que pueden producirse durante la ejecución de un contrato, esta Corporación ha precisado²⁵:

En este contexto, debe precisarse que ha sido criterio jurisprudencial consistente de la Corporación que para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante²⁶, aquiescencia que debe formalizarse en actas y contratos modificatorios o adicionales, según el caso.

*demandante BENHUR no demostró situaciones que afectaran la validez del contrato en el aspecto del consentimiento (art. 78 del decreto ley 222 de 1983 en armonía con los artículos 1.502 y 1.508 del Código Civil)". Reiterado en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18.080, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, así: "En efecto, si bien el Departamento de Cundinamarca incurrió en una falta de planeación, que, según se explicó, constituye una obligación contractual y legal a su cargo, de manera que los inconvenientes descritos y que se presentaron en el transcurso de la obra se pudieron prever con unos adecuados estudios previos que hubieran dado lugar a la celebración del contrato en otras condiciones iniciales, no es menos cierto que conjuntamente y de mutuo acuerdo con la contratista hicieron los arreglos y tomaron las medidas que permitieron conjurarlos, superarlos y subsanar la situación por estos generada para el cabal desarrollo de la obra contratada, **sin que al realizar las respectivas suspensiones, prórroga o modificaciones al contrato, la contratista hubiese reclamado en ellas los conceptos que ahora demanda como causantes de sobrecostos y de un desequilibrio económico del contrato.** Esa es la intención común de las partes que se desprende de los antecedentes específicos de la ejecución del contrato, según se deduce de las siguientes actividades y acuerdos que sin reparos ni salvedades suscribieron para sobrellevar las dificultades acaecidas en el desarrollo de la relación negocial" (se destaca).*

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁶ Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. No. 10.151, C.P. Daniel Suárez Hernández. Igualmente, en sentencia de 29 de agosto de 2007, exp. 15.469, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, se enunciaron estos mismos criterios de necesidad de la autorización y recibo a satisfacción respecto de obras adicionales no amparadas en el contrato, pero que resultaban esenciales para la obra, como presupuesto para que proceda algún reconocimiento.

Por eso, durante el desarrollo de un contrato como el de obra, en el que pueden sobrevenir una serie de situaciones, hechos y circunstancias que impliquen adecuarlo a las nuevas exigencias y necesidades en interés público que se presenten y que inciden en las condiciones iniciales o en su precio, originados en cambios en las especificaciones, incorporación de nuevos ítems de obra, obras adicionales o nuevas, mayores costos no atribuibles al contratista que deban ser reconocidos y revisión o reajuste de precios no previstos, entre otros, la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificatorio o adicional. Igualmente, cuando las partes determinen suspender el contrato deben definir las contraprestaciones económicas que para ellas represente esa situación, con el fin de precaver reclamaciones y la negativa al reconocimiento por parte de la entidad contratante, dado que en silencio de las partes ha de entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad. (...)

Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea “venire contra factum proprium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.

De lo hasta aquí expuesto es posible concluir que el comportamiento del contratista es suficiente para rechazar cualquier tipo de reclamación por la suspensión del contrato; pero para ahondar en razones, la Sala encuentra que el 26 de febrero de 1999, para cuando estaba en curso la suspensión, en el acta de esa misma fecha, el consorcio consultor manifestó su intención de cambiar el coordinador del equipo de la ciudad de Florencia y, además, los demás profesionales que apoyarían la consultoría desde esa ciudad aún eran contratados (fls. 24 a 29, c. 4). Lo anterior pone en evidencia que tampoco el contratista estaba en condiciones para iniciar la ejecución del contrato, de lo que se sigue que también se benefició del periodo de suspensión.

En consideración a lo anterior, la Sala se abstendrá de reconocer los mayores valores generados por la suspensión, sin que lo dicho por los peritos frente a la causa de la mayor permanencia resulte vinculante, en tanto siendo un tema jurídico correspondía al juez del contrato definirlo, tal como quedó en los renglones precedentes. Tampoco es necesario detenerse en la valoración

que hicieron sobre esos mayores costos en que se incurrió durante la suspensión, por cuanto, como quedó visto, resulta improcedente su reconocimiento de acuerdo con el comportamiento contractual del contratista.

3.3.1.2. De la prórroga y la modificación de la consultoría. El 20 de mayo de 1999, las partes de la consultoría suscribieron el modificadorio n.º 2. La finalidad de ese acuerdo se concretó en prolongar la ejecución del contrato hasta el 29 de septiembre de 1999 y modificar la cláusula de pago (fl. 18, c. 2).

Al respecto, la Sala encuentra que son extensibles los mismos reparos formulados al contratista frente a la suspensión; sin embargo, además se tiene que la causa de la prórroga fue la falta de cartografía de las zonas rurales del municipio, lo que obligó a contratar una imagen satelital y otras actividades adicionales, como quedó expuesto en el acta de reunión n.º 2 del 15 de abril de 1999 (fls. 70 y 71, c. ppal), en la solicitud de prórroga del contratista del 16 de abril siguiente (fls. 72 y 73, c. ppal) y aceptada por el interventor el 19 del mismo mes y año (fl. 18, c. 2, parte considerativa modificación n.º 2 del 20 de mayo de 1999).

Ahora, frente a esa causa el contratista alegó que se trataba de una cuestión imprevisible, al tiempo que la demandada estimó que era parte del contrato. Sobre el particular, la Sala encuentra que desde los términos de referencia se advirtió que no existía cartografía digitalizada, aunque existía el propósito de estructurar un sistema de información georreferenciado (numeral 3.4.1.1., fl. 229, c. 5); sobre ese sistema, el consultor en su propuesta señaló que uno de los instrumentos de gestión resultantes de la consultoría sería *“la concepción, diseño y desarrollo de un sistema de información georreferenciada para el POT de Florencia –SIG-POT, implantado de forma tal que le permita a la administración municipal el monitoreo de los procesos de ocupación del territorio y, por consiguiente, el seguimiento y monitoreo del cumplimiento de los objetivos y estrategias del POT”* (fl. 41, c. 5).

Como se observa, en los términos de referencia se le advirtió al contratista de la deficiencia cartográfica y aun así este se comprometió a estructurar todo

un sistema de georreferenciación. En esos términos, es claro que los problemas en la cartografía estaban advertidos desde el comienzo de la contratación, razón por la cual desde su especialidad debió advertir el alcance de la obligación que adquirió y no reclamarla ahora bajo el amparo de una posible imprevisión.

En esa dirección, la Sección ha recordado que los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, a quien también le resultan exigibles severas cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, que conducen a deficiencias en la configuración económica de la propuesta que le privan de obtener las utilidades que esperaba alcanzar como resultado de la ejecución del contrato, no pueden escudarse tras el ficticio ropaje de desbalances sobrevenidos en la ecuación financiera del negocio, pues en esos eventos las circunstancias en cuestión debieron haber sido previstas y planificadas por el contratista como experto y conocedor de las artes o actividades en el marco de las cuales ofrece sus servicios a la entidad estatal²⁷.

De igual forma, precisa resaltar que el contratista como consecuencia de esta modificación se limitó a pedir el cambio de la forma de pago, por lo que se impone pensar que esa fue la fórmula que las partes acordaron para superar las dificultades económicas generadas por la prórroga del contrato, con base en la línea jurisprudencial advertida con anterioridad y a la cual se remite para efectos prácticos.

De conformidad con lo expuesto se impone negar el reconocimiento en estudio.

3.3.2. De las mayores actividades ejecutadas durante la consultoría

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de enero de 2016, exp. 34.454, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Reiteración de la sentencia de la Subsección C del 18 de marzo de 2015, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 33.223. En el mismo sentido: Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2016, exp. 34.288, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

El contratista consultor alega que debió ejecutar una serie de actividades como consecuencia de la deficiencia en la cartografía, hasta el punto que debió contratar y pagar una imagen satelital. Como se expuso anteriormente, la obligación de crear un sistema de georreferenciación fue una propuesta del consultor (fl. 41, c. 5), quien a pesar de que se le advirtió en los términos de referencia sobre la precariedad de la cartografía (numeral 3.4.1.1., fl. 229, c. 5), decidió emprender esa tarea. Lo exigible para el contratista era analizar todas esas variables antes de adquirir un compromiso como ese y no esperar que se corrigiera su falta de planeación en sede judicial. La Sala reitera las consideraciones expuestas en el acápite precedente.

3.3.3. De la mora en el último pago

Para resolver sobre el particular es preciso recordar que la cláusula original de pago estableció (fl. 14 rev., c. 2):

*TERCERA-FORMA DE PAGO: FONADE pagará al CONTRATSITA la suma de que trata la cláusula segunda, así: a) El veinte por ciento (20%) del valor total del contrato en calidad de anticipo, previa aprobación de la póliza de seguro. b) el treinta por ciento a los cuarenta y cinco (45) días de iniciado el contrato, previa presentación del informe de diagnóstico, aprobado por parte del supervisor. c) El treinta por ciento (30%) a los setenta y cinco (75) días de iniciado el contrato, previa presentación del proyecto del Plan de Ordenamiento Territorial, debidamente aprobado por el Supervisor. d) El veinte por ciento (20%) restante a la terminación del contrato, previa aprobación por parte del Supervisor del informe final **y de la aprobación por parte del Concejo Municipal de Florencia, del Plan de Ordenamiento Territorial** (se destaca).*

De lo anterior se tiene que el último pago se condicionó desde el principio a la aprobación por parte del Concejo municipal de Florencia del POT. Lo anterior resulta consistente con lo consignado en los términos de referencia (numerales 2.3, 3.9.1. y 3.12., fls. 220, 235, 236, 238 y 239, c. 5); sin embargo, contrariando este último documento, las partes, a través del modificadorio n.º 2 del 20 de mayo de 1999, acordaron en relación con la forma de pago lo siguiente (fl. 18, c. 2):

b) El treinta por ciento (30%) a la entrega del diagnóstico e hipótesis de desarrollo debidamente aprobado por el supervisor, prevista para el 19 de mayo de 1999. c) El cuarenta por ciento (40%) a la entrega del documento reglamentario, documento técnico y de resumen debidamente aprobado por el supervisor, prevista para el 23 de junio de 1999. d) El diez por ciento (10%) a la entrega del informe final debidamente aprobado por el supervisor y radicación en el Concejo Municipal de Florencia del Plan de Ordenamiento Territorial, prevista para el 29 de septiembre de 1999.

El pago del 10% es el que aquí se reclama y que originalmente en el contrato se pactó en un 20%. Como se observa, ese pago quedó supeditado a la entrega del informe final, la aprobación del mismo por parte del interventor y la radicación del POT ante el Concejo de Florencia, la cual debía efectuarse el 29 de septiembre de 1999. A diferencia de lo estipulado en los términos de referencia que establecieron que el consultor debía apoyar al municipio de Florencia hasta la aprobación del POT, el modificatorio estableció que con el informe final aprobado por el interventor y la radicación del POT que debería efectuarse el 29 de septiembre de 1999 se daba por cumplido el objeto contractual y satisfechas las exigencias para pagar, modificación que no tuvo ninguna justificación diferente que la proposición del contratista.

De lo expuesto, se observa una evidente contradicción entre lo estipulado en los términos de referencia y lo acordado por las partes. Frente a esa cuestión, la jurisprudencia de esta Sección ha recordado²⁸:

Por lo tanto, el pliego de condiciones concreta o materializa los principios de planeación contractual y de transparencia²⁹, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento (v.gr. licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, etc.), de acuerdo con

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 25.642, M.P. Enrique Gil Botero.

²⁹ Cita original: Ha dicho la Corte Suprema de Justicia, que “mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. (...) Transparencia quiere decir, claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina.” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 10 de julio de 2001, exp. 13681, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

el marco establecido en la ley (art. 29 de la ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, y este último, modificado por el artículo 88 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción).

En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes.³⁰

En ese orden de ideas, el pliego contiene dos tipos de preceptos que vale la pena identificar: i) los de regulación del procedimiento administrativo de selección del contratista, que garantizan los postulados de transparencia, de igualdad, de economía y de selección objetiva, ya que en ellos es preciso que se identifique y describa de manera clara la necesidad pública que se requiere satisfacer, esto es, el objeto del contrato a suscribir, así como los parámetros de calificación o evaluación que serán tenidos en cuenta para la valoración de las ofertas presentadas, los cuales deben ser precisos, claros, justos y objetivos, sin que se permita introducir factores subjetivos por parte de la administración contratante, así como las etapas y los plazos en que se adelantará el respectivo proceso, y ii) los propios del negocio jurídico, es decir, aquellos que se imbricarán o insertarán al texto del contrato estatal para hacer parte integral del mismo, en los que se destacarán el objeto, plazo, precio, cláusulas exorbitantes (en caso de que sean procedentes), etc.

*Como se aprecia, el pliego es el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por lo tanto, se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual de la administración pública; por consiguiente, todo su contenido es obligatorio para las partes, al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo. **En otros términos, entre una discrepancia y divergencia entre el pliego de condiciones y el contrato, prevalecerá aquél sobre este último³¹.***

³⁰ Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999, Expediente 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández.

³¹ Cita original: Al respecto, esta Sala ha puntualizado: “La Sala ha considerado que el pliego es la ley del contrato y, que frente a una contradicción entre el pliego y el contrato, habrá de prevalecer aquél; el pliego, según la jurisprudencia, contiene derechos y obligaciones de los futuros contratantes, quienes no pueden modificar libremente sus disposiciones del pliego en el contrato que han de celebrar. Ahora bien, para precisar el alcance de esta orientación jurisprudencial, conviene tener en cuenta que, en el pliego de condiciones, se distinguen dos grupos normativos: los que rigen el procedimiento de selección del contratista y los que fijan el contenido del contrato que habrá de suscribirse. Respecto del primero la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios

En esa misma oportunidad, la Sala recordó que el mecanismo idóneo para superar esas contradicciones era recurrir a la facultad interpretativa, así³²:

Por lo tanto, la principal herramienta exegética que existe para definir las posibles antinomias que se desprendan del pliego de condiciones es desentrañar la finalidad del mismo, para lo cual es preciso analizar en conjunto los objetivos perseguidos por la entidad en el proceso contractual, los cuales deberán estar en consonancia con el interés general.

A modo de colofón, la administración pública puede interpretar el pliego de condiciones siempre que exista un vacío, una laguna, o una contradicción que pueda ser subsanada a partir de la “lectura o interpretación conforme” a los principios aplicables a la contratación estatal. (...)

En esa perspectiva, el sentido gramatical o exegético será el que prevalecerá cuando el tenor literal sea claro; agotada esa vía, es pertinente recurrir al espíritu (criterio histórico) y al significado de las palabras en su contexto legal, el de uso común y el sentido técnico de las mismas (criterio semántico); con posterioridad, es dable acudir a la hermenéutica por contexto (criterio sistemático), según el cual es posible ilustrar el sentido de la norma a partir de los elementos fácticos y jurídicos que la enmarcan, en procura de la búsqueda de correspondencia y armonía; de igual forma, es posible desentrañar la finalidad u objetivos perseguidos por la disposición (criterio teleológico); otros criterios hermenéuticos –de naturaleza subsidiaria– son los

que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara, a su arbitrio, las reglas de la selección. En relación con el segundo grupo, es decir con las normas que establecen las disposiciones jurídico negociales del contrato a celebrarse, la intangibilidad del pliego garantiza la efectividad de los derechos y obligaciones previstos para los futuros co-contratantes. Por tanto, no es procedente modificar ilimitadamente el pliego, mediante la celebración de un contrato que contenga cláusulas ajenas a las previstas en aquél, porque ello comporta una vulneración de las facultades y derechos generados en favor de los sujetos que participan en el procedimiento de selección del contratista: oferentes y entidad. Dicho en otras palabras, la regla general es que adjudicatario y entidad se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, incluso respecto del contenido del contrato que han de celebrar, porque el mismo rige no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también los elementos del contrato que ha de celebrarse. Sin embargo, es posible que, con posterioridad a la adjudicación del contrato, se presenten situaciones sobrevinientes, que hagan necesaria la modificación de las cláusulas del contrato, definidas en el pliego. En estos eventos las partes podrían modificar el contenido del contrato, predeterminado en el pliego, siempre que se pruebe la existencia del hecho o acto sobreviniente, que el mismo no sea imputable a las partes y que la modificación no resulte violatoria de los principios que rigen la licitación, ni los derechos generados en favor de la entidad y el adjudicatario.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 10.779, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 25.642, M.P. Enrique Gil Botero.

relacionados con la articulación general del ordenamiento jurídico y la equidad³³.

Aunado a lo anterior, la administración puede emplear la lógica de lo razonable, la ponderación o test de proporcionalidad para solucionar las antinomias, vacíos o contradicciones en el contenido de los pliegos de condiciones.

En otros términos, la administración pública cuenta con una compleja gama de herramientas nomoárquicas que le permiten salvaguardar el proceso licitatorio frente a posibles lagunas o problemas interpretativos que se presenten en el pliego de condiciones.

Ahora, si bien en el *sub lite* la cuestión pareciera diferir con la planteada por la jurisprudencia citada, en tanto parte de una discrepancia entre lo exigido en el pliego y lo consignado en el contrato original, se trata de una diferencia aparente, toda vez que en el fondo la cuestión que se plantea es la modificación de lo exigido en el pliego de condiciones con lo pactado por las partes, hasta el punto de incorporar exigencias contradictorias, como ocurre en el *sub lite*. En efecto, si bien en el presente asunto se presenta una variable, en tanto el contrato original sí respetó lo pactado en los términos de referencia, lo cierto es que las partes a través de una modificación posterior deciden pactar en contrario, que resultaría admisible en tanto esté justificado legalmente³⁴. Lo anterior pone de presente una antinomia entre lo exigido en los documentos de la etapa precontractual y lo pactado en el contrato modificado. La pregunta es cuál texto debe honrarse.

En línea con la jurisprudencia citada, es preciso indagar primero en los textos; sin embargo, el contenido de los términos de referencia dista de la modificación contractual analizada. Efectivamente, mientras en el primero la consultoría incorporaba la aprobación del POT por parte del Concejo municipal, en el otro se limitó a la presentación del mismo ante esa misma autoridad y en una fecha determinada. Los criterios histórico y semántico tampoco son de mucha ayuda, en tanto se desconoce el comportamiento contractual de las partes frente a otras relaciones contractuales similares y, además, el texto indica que la intención de las partes fue cambiar la exigencia

³³ Cita original: Al respecto, consultar los artículos 25 a 32 del Código Civil.

³⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 10.779, M.P. Alier E. Hernández Enríquez

para el último pago. El sistemático, como quedó visto permite sostener que cualquier discrepancia entre los términos de referencia y el contrato deberá resolverse a favor del primero; sin embargo, lo anterior es insuficiente para proceder automáticamente en esa dirección, en tanto el contrato es por naturaleza modificable por las partes, claro está que en tratándose de contratos estatales, el límite de esa facultad está mediado por el interés general.

Por lo tanto, se impone revisar la teleología de la exigencia de los términos de referencia y la modificación introducida. En tal sentido, se tiene que la finalidad del documento precontractual de exigir durante el proceso de selección que el consultor colaborara con el municipio de Florencia era que se obtuviera un producto útil para dicha entidad territorial. Por esa razón detalló cada uno de los momentos de la aprobación con fechas probables (fl. 238, c. 5), que es el sentido natural de esas fechas, en tanto dependían de circunstancias ajenas a las partes; en otras palabras, no se compadece un gasto como el analizado si finalmente se trataba de un POT que no cumplía su finalidad, que no es otra que ser adoptado legamente a través de la autoridad competente.

Ahora, desde el punto de vista de la modificación se tiene que ella sólo benefició al contratista. Tampoco se conoce su justificación. Además, generó todos los problemas en las relaciones entre el consultor y el municipio de Florencia. Efectivamente, el primero entendió que desde el 29 de septiembre de 1999 no solamente venció el plazo contractual, sino que también se desligaba de todas las obligaciones contractuales. Así lo manifestó en diferentes oportunidades a FONADE y al municipio de Florencia (numerales 3.2.34., 3.2.35., 3.2.37. y 3.2.38. *supra*). Esa situación contrastó con el entendimiento de la referida entidad territorial, para quien la obligación de acompañar la aprobación del POT era parte del débito contractual del consultor (numerales 3.2.33., 3.2.41. y 3.2.45. *supra*).

Igualmente, no puede perderse de vista que aunque el consultor pretendió desligarse de la obligación de apoyar la aprobación del POT, finalmente su

comportamiento fue en dirección contraria a lo formalmente pactado en el modificatorio. En efecto, no sólo prestó algunas asesorías sino que contrató una profesional para que apoyara esa labor. En ese orden, no sólo la finalidad de la exigencia de los términos de referencia, sino también el comportamiento contractual del consultor llevan a entender que lo que se pretendía con la contratación era la aprobación del POT.

De conformidad con lo expuesto, como no se demostró que el POT se presentó ante el Concejo municipal, muchos menos que fuera aprobado por esa Corporación, tampoco hay lugar a reconocer el último pago, en tanto, según los términos de referencia era necesaria la aprobación de ese producto para definir la utilidad de lo contratado y, por consiguiente, su pago.

En los términos expuestos se desestima esta pretensión.

3.3.4. De la liquidación judicial

En cuanto a la liquidación judicial del contrato, el *a quo* afirmó que el dictamen pericial del perito Gonzalo Latorre Lara determinó el siguiente balance frente a los valores cancelados al contratista (fl. 284, c. ppal 2ª instancia):

FECHA	VALOR
Noviembre 17 de 1998	\$36.800.000
Junio 15 de 1999	\$41.400.000
Octubre 19 de 1999	\$73.600.000
Octubre 20 de 1999	\$13.800.000
Diciembre 29 de 2000	\$18.400.000
Total pagado	\$184.000.000

Efectivamente, el perito consignó las anteriores fechas y cantidades (fl. 88, c. 2); sin embargo, según lo aquí determinado, el contratista no acreditó el cumplimiento de la aprobación del POT, razón por la cual no resultaba procedente el pago de \$18.400.000 efectuado el 29 de diciembre de 2000, de acuerdo con el perito. En consecuencia, el balance final del contrato es el siguiente:

FECHA	VALOR
-------	-------

Noviembre 17 de 1998	\$36.800.000
Junio 15 de 1999	\$41.400.000
Octubre 19 de 1999	\$73.600.000
Octubre 20 de 1999	\$13.800.000
Total pagado	\$165.600.000
Adeudado por el contratista FONADE	\$18.400.000
Total	\$184.000.000

3.4. Finalmente, la negativa de las pretensiones 2.2. a 2.6. de la demanda comporta la del llamamiento en garantía y así se declarará.

3.5. No hay lugar a condena en costas, en tanto se echa de menos lo exigido en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, es decir que exista una conducta temeraria de las partes.

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

F A L L A

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 16 de abril de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección A, en los términos expuestos en esta sentencia, la cual quedará así:

PRIMERO: LIQUIDAR JUDICIALMENTE el contrato de consultoría n.º 980549 del 14 de octubre de 1998, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR no probada la objeción por error grave propuesta en contra del dictamen pericial rendido el 5 de diciembre de 2002, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: *Esta sentencia se cumplirá en los términos de los artículos 334 y 335 del Código de Procedimiento Civil. Igualmente, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 115 ejusdem*

QUINTO: *Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por Secretaría de la Sección del Tribunal los gastos ordinarios del proceso, y en caso de remanentes devuélvanse al interesado.*

SEXTO: **SIN COSTAS**, en tanto no están probadas.

SEGUNDO: Sin costas.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

Salva Voto

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
BETANCOURTH
Magistrada

DANILO ROJAS
Magistrado