

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

CONSEJERO PONENTE: DR. GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR

Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil cinco (2005).

REFERENCIA: EXPEDIENTE No. 14579

TIPO DE ACCION: ACCION CONTRACTUAL

ACTOR: SOCIEDAD CONSORCIO NACIONAL DE INGENIEROS CONTRATISTAS CONIC S.A.

DEMANDADO: FONDO ROTATORIO VIAL DISTRITAL DE LA SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA – FOSOP

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra los artículos segundo, cuarto, sexto y octavo de la parte resolutive de la sentencia del 16 de octubre de 1997, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. El fallo enunciado, con los apartes demandados que se subrayan a continuación, dispuso:

"PRIMERO. Declárase la nulidad de los Artículos Primero y Tercero de la Resolución No. 088 de 17 de abril de 1995, proferida por el Director Ejecutivo del Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá ¿FOSOP¿ en cuanto al valor de la sanción de la multa impuesta.

"SEGUNDO. Modifícanse los Artículos Primero y Tercero de la Resolución No. 088 de 17 de abril de 1.995, proferida por el Director Ejecutivo del Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Santa Fé de Bogotá, ¿FOSOP¿ en el sentido que la sanción con multa a la firma Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas CONIC S.A., con relación al Contrato de Obra Pública No. 191 de 1.993, asciende a la suma de \$ 1¿436.646.87.

"TERCERO. Declárase la nulidad del Artículo Primero de la Resolución No. 289 de 11 de julio de 1995, proferida por el Director Ejecutivo del Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá ¿FOSOP¿ en cuanto al valor de la multa impuesta por Resolución No. 088 de 17 de abril de 199, (sic) a la firma Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas CONIC S.A., que se confirma.

"CUARTO. Modifícase el Artículo Primero de la Resolución No. 289 de 11 de julio de 1.995, proferida por el Director Ejecutivo del Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Santa Fé de Bogotá, ¿FOSOP¿ en el sentido que el valor de la multa impuesta por Resolución No. 088 de 17 de abril de 1995, asciende a la suma de \$ 1¿436.646.8, la cual se confirma.

"QUINTO.- Declárase la nulidad del Artículo Segundo de la Resolución No. 213 de 6 de junio de 1995, proferida por el Director Ejecutivo del Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría

de Obras Públicas del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá ¿FOSOP¿ en cuanto al valor de la pena pecuniaria impuesta.

"SEXTO.- Modifícase el Artículo Segundo de la Resolución No. 213 de 6 de junio de 1.995, proferida por el Director Ejecutivo del Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Santa Fé de Bogotá, ¿FOSOP¿ en el sentido que el valor de la Cláusula Penal Pecuniaria que se hace efectiva asciende a la suma de \$ 20¿523.526,80.

"SÉPTIMO.- Declárase la nulidad del Artículo Primero de la Resolución No. 372 de 11 de octubre de 1995, proferida por el Director Ejecutivo del Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá ¿FOSOP¿ en cuanto al valor de la pena pecuniaria impuesta por Resolución No.213 de 6 de junio de 1995, que se confirma.

"OCTAVO.- Modifícase el Artículo Primero de la Resolución Nos.(sic) 372 de 11 de octubre de 1995, proferida por el Director Ejecutivo del Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Santa Fé de Bogotá, ¿FOSOP¿, en el sentido que el valor de la Pena Pecuniaria impuesta por Resolución No. 213 de 6 de junio de 1995, asciende a la suma de \$ 20¿523.526,80, la cual se confirma.

NOVENO.- Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda principal

A través de apoderado judicial, mediante escrito presentado al Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 01 de diciembre de 1995 (fls. 5 a 17 cdno. ppal.), en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, la firma Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas CONIC S.A., presenta demanda en contra del Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Santa Fé de Bogotá, ¿FOSOP¿, con las siguientes pretensiones:

"PRIMERA.- Que es nula la Resolución 088 de Abril 17 de 1995, expedida (sic) por el DIRECTOR EJECUTIVO DEL FONDO ROTATORIO VIAL DISTRICTAL DE LA SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFE DE BOGOTA ¿FOSOP¿, ¿Por medio de la cual se impone una multa¿ durante la ejecución del contrato 191 de fecha diciembre 27 de 1993, por la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000.00) a la sociedad CONSORCIO NACIONAL DE INGENIEROS CONTRATISTAS ¿CONIC S.A.¿.

"SEGUNDA.- Que es nula la Resolución 289 de Julio 11 de 1995, expedida (sic) por el DIRECTOR EJECUTIVO DEL FONDO ROTATORIO VIAL DISTRICTAL DE LA SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFE DE BOGOTA ¿FOSOP¿, ¿Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto a la Resolución 088 de Abril 19 de 1995¿, de la misma entidad a que se alude en el numeral anterior, confirmándola en todas sus partes.

"TERCERA.- Que es nula la Resolución 213 de Junio 6 de 1995, expedida por el DIRECTOR EJECUTIVO DEL FONDO ROTATORIO VIAL DISTRICTAL DE LA SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS

DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFE DE BOGOTA ¿FOSOP¿, ¿Por medio de la cual se declara el incumplimiento de un contrato y se ordena hacer efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria¿ durante la ejecución del contrato 191 de fecha diciembre 27 de 1993, por la suma de TREINTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS VEINTITRÉS MIL PESOS (\$31.823.000.00), a la sociedad CONSORCIO NACIONAL DE INGENIEROS CONTRATISTAS ¿CONIC S.A.¿.

"CUARTA: Que es nula la Resolución 372 de Octubre 11 de 1995, expedida por el DIRECTOR EJECUTIVO DEL FONDO ROTATORIO VIAL DISTRITAL DE LA SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFE DE BOGOTA ¿FOSOP¿, ¿Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto a la Resolución 213 de junio 6 de 1993, de la misma entidad a que se aluden en los numerales anteriores, confirmándola en todas sus partes.

"QUINTA.- Que se declare que la sociedad CONSORCIO NACIONAL DE INGENIEROS CONTRATISTAS ¿CONIC S.A.¿, no incurrió en incumplimiento parcial del contrato 191 de Diciembre 27 de 1993, suscrito con el DIRECTOR EJECUTIVO DEL FONDO ROTATORIO VIAL DISTRITAL DE LA SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFE DE BOGOTA ¿FOSOP¿, según las obligaciones que le eran legal y contractualmente exigibles.

"SEXTA.- Que se DECLARE como consecuencia de todo lo anterior que la sociedad CONSORCIO NACIONAL DE INGENIEROS CONTRATISTAS ¿CONIC S.A.¿ no está obligada a pagar suma alguna de dinero por concepto de MULTAS por presunto incumplimiento del contrato 191 de diciembre 27 de 1993, suscrito con el DIRECTOR EJECUTIVO DEL FONDO ROTATORIO VIAL DISTRITAL DE LA SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFE DE BOGOTA.

"SÉPTIMA.- Que se condene al FONDO ROTATORIO VIAL DISTRITAL DE LA SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFE DE BOGOTA ¿FOSOP¿, a pagar a favor de la sociedad CONSORCIO NACIONAL DE INGENIEROS CONTRATISTAS ¿CONIC S.A.¿, a título de reparación de perjuicios, el valor de todas las sumas de dinero de todo orden y que sin limitación resulten probados dentro del presente proceso, junto con los factores de ajuste de su valor nominal a valor presente a la fecha de ejecutoria del fallo, en pesos constantes, más los intereses que sean legalmente exigibles a la tasa moratoria más alta reconocida en las operaciones comerciales.

2. Los hechos de la demanda

El fundamento fáctico expuesto en la demanda, en síntesis, fue el siguiente:

1) Mediante la Resolución No. 00351 del 20 de diciembre de 1993, se adjudicó el contrato 191 de 1993, por un valor de \$ 445.832.124.00, para la ejecución de las obras necesarias para la construcción y recuperación de la Carrera 110 de Calle 55 Sur a la Calle 48 Sur; Carrera 3 (Bosa) de la Calle 12 a Calle 8B; Calle 8B Bosa, Carrera 7A a Carrera 4; Calle 48 sur de Carrera 110 a Carrera 106 de acuerdo a los requisitos y especificaciones indicados por el FOSOP.

2) Las partes suscribieron el contrato 191/93 el día 27 de diciembre de 1993, con un plazo de tres (3) meses (cláusula sexta), contados a partir de la expedición del certificado de reserva presupuestal y suscripción del acta de iniciación, la que se firmó el día 23 de enero de 1994.

- 3) Se estipuló una duración del contrato, igual al plazo del mismo y treinta (30) días calendario más (cláusula séptima) según lo establecido en la cláusula de plazo del contrato.
- 4) El día 23 de enero de 1994, se firma el acta de iniciación de las obras.
- 5) Desde el comienzo del contrato se incumple por parte del FOSOP y con fechas 1 de febrero, 9 y 28 de marzo, el contratista tiene la necesidad de solicitar a la interventoría, ejercida por la firma Cáceres Bolaños y Cía Ltda. la entrega de los diseños geométricos y estructurales, para poder dar iniciación a las obras.
- 6) En marzo 30 de 1994, el contratista le solicita al interventor que le conceda un plazo de 4 meses a partir del 28 de marzo, debido a que no ha recibido de éste la totalidad de los diseños de las obras, al intenso invierno y a las restricciones actuales vigentes para el tránsito de vehículos de transporte, no previstas en el momento de firmar el contrato.
- 7) El 11 de abril de 1994, CONIC S.A., en oficio dirigido a la interventoría del contrato, le informa que los trabajos que se están adelantando en la calle 48 sur entre Carrera 106 y 110 quedan suspendidos indefinidamente por requerirse por parte del IDU la zona para la construcción de un alcantarillado de 30"
- 8) Igualmente mediante oficio de abril 20 de 1994 solicita a la firma interventora definir el sistema de drenaje, donde existe una zona inundable que puede llegar a producir deterioros en la calzada y por tanto es conveniente controlar la humedad.
- 9) Con fecha 21 de abril de 1994, se firmó la primera prórroga al contrato 191/93, por treinta (30) días calendario más, contados a partir del vencimiento del plazo inicial.
- 10) El 17 de mayo de 1994, el contratista solicita al interventor la ampliación del plazo por un período de dos meses, debido al fuerte invierno y a que no se ha construido el alcantarillado por el IDU en la Cl 48 Sur entre Cra 110 y 106.
- 11) En junio 16 del mismo año el contratista reitera al interventor los inconvenientes para la ejecución de las obras por el intenso invierno, enormes congestiones de tránsito, pérdida de materiales y se solicita ampliación del plazo hasta el 31 de julio.
- 12) El 01 de julio de 1994, la firma contratista solicita autorización para una suspensión, por el tiempo necesario hasta que se encuentren disponibles las zonas de trabajo para la ejecución de la obra, teniendo en cuenta que actualmente las está ocupando el IDU con la construcción de un alcantarillado en la calle 48 Sur entre carrera 106 y 110, lo mismo que la construcción de una urbanización en un sector comprendido en la carrera 3 de calle 12 a calle 8B.
- 13) La firma contratista manifiesta al interventor su extrañeza por el retraso en la revisión del Acta 07, lo que afecta necesariamente el debido desarrollo de la obra por falta de liquidez.
- 14) En octubre 9 de 1994, mediante acuerdo celebrado entre los representantes legales de las partes contratantes, se estableció que para dar cabal cumplimiento a las obligaciones que de él se deriven, se entenderá dicho plazo por 2 meses, una vez que el IDU haya entregado las obras. (Obras que no fueron entregadas).

15) Por acuerdo celebrado entre las partes suscrito el 19 de octubre de 1994, se redujo el valor del contrato a la suma de \$ 318.055.229.00

16) En noviembre 3 de 1994, la firma interventora Cáceres Bolaños y Cia Ltda. (Contrato No. 191/93), describe las vías en que se ha trabajado, así como también, las vías en las que no se ha trabajado, anotando en los literales a) y b), de una parte las razones por las cuales se ha considerado que no es posible pavimentar, y de otra parte, por estar pendiente la construcción del alcantarillado que debe ejecutar el IDU.

17) Por acta de acuerdo celebrada el día 27 de enero de 1995 se convino la terminación de las obras para el día 17 de febrero de 1995.

18) Con fecha abril 29 de 1995, se firmó entre las partes el Acta No. 14 de recibo final de obra, de los trabajos terminados, una vez diligenciada la inspección de las obras ejecutadas y de haber comprobado que las mismas se realizaron de acuerdo con los términos del contrato suscrito para tal efecto (contrato 191/93).

19) Desde cuando comenzó a correr el plazo, el FOSOP incumplió el contrato porque:

- No entregó las zonas donde se debían ejecutar las obras contratadas.

- Procedió a suprimir la construcción de las obras de la carrera 110 entre calle 48 y 55 Sur (Acuerdo de octubre 9 de 1994), al igual que las obras de la calle 48 sur entre carreras 106 y 110 (informe de la interventoría de noviembre 3 de 1994 y Acta de reunión de enero 27 de 1995 y confirmada por acta 14 del 29 de abril de 1995), quedando reducido el valor contratado de \$ 445.832.124.00 a \$ 206.387.159.40 y que corresponde al valor realmente construido (Acta No. 14 de recibo final de obra);

- Ordenó la construcción de obras distintas de las inicialmente contratadas (Acta No. 03 de obra no prevista y aceptación de precios no previstos de fecha abril 12 de 1994).

20) El valor de \$ 30.000.000.00 (Res 088 abril 17 de 1995) aplicado a título de multa, no corresponde a ninguno de los porcentajes estipulados en la cláusula décima séptima (0.01% lit.a; proporcional lit.b; 0.05 lit.c, en relación con el valor definitivo del contrato 191/93 que fue de \$ 206.387.159.40, lo que conlleva una irreglamentaria aplicación de la medida.

21) Para la aplicación de la pena equivalente al 10% proporcional de que trata la cláusula décima octava del contrato 191 de 1993, se desatendió el valor total del contrato, fijado por el FOSOP en \$ 206.387.159.40, ordenando la cantidad de \$ 31.823.000.00 (Res. 213 de junio 6 de 1995), máxime teniendo en cuenta que CONIC S.A. entregó la totalidad de los trabajos terminados (Acta No. 14 de recibo final de obra), como tampoco se describe si realmente existieron los perjuicios sufridos por el FOSOP.

22) La interventoría hizo requerimientos por supuesta falta de equipos, pero esto se debió a que no le entregaron al contratista las zonas para ejecutar las obras objeto del contrato, tal como se ha venido demostrando en numerales anteriores.

23) Los inconvenientes presentados durante la ejecución de las obras, faltas e imprevisiones anotadas, imputables al FOSOP, impidieron un adecuado rendimiento de los equipos y del

personal destinado a las obras, generaron extra - costos (sic) y lucro cesante por la inactividad y baja producción que debe ser reconocido como parte de los perjuicios causados al contratista, y no obstante, el FOSOP apoyándose en la cláusulas décima séptima y décima octava del contrato, impuso las sanciones de multa y de cláusula penal y las confirmó al resolver los recursos de reposición interpuestos.

24) Por resolución 213 de 6 de junio de 1995, declara el incumplimiento del contrato y hace efectiva la cláusula penal pecuniaria (cláusula octava), por la suma de \$ 31.805.523.00. Presentado el recurso de reposición contra esta resolución, fue resuelto mediante la Resolución No. 372 del 11 de octubre de 1995 y la confirma en todas sus partes, siendo notificada por edicto desfijado el día 20 de noviembre de 1995, quedando ejecutoriada el día 25 del mismo mes y año.

26) El contrato en realidad se comenzó a ejecutar con fecha 23 de enero de 1994 y desde allí ha debido correr el plazo.

3. Las normas citadas como violadas y el concepto de la violación

Como fundamento de las pretensiones, la parte actora considera violadas las siguientes disposiciones:

- Constitución Política, arts. 6, 83, 95 y 209.
- Código Civil, arts. 1501, 1592, 1602, 1603, 1613, 1620 y 1621.
- C.C.A., arts. 2, 3, 36, 66, 84, 85, 87, 136, 137-4, 138 y 152.
- Código de Comercio, arts., 20, 831, 868, 871 y 1110.
- Ley 80 de 1993, artículos 4 y 13.
- Contrato 191/93 cláusulas décima séptima y décima octava.

Como sustento de su acción aduce lo siguiente:

1º.- Según la Ley, la jurisprudencia y la doctrina, los contratos administrativos (sic) se rigen por las normas nacionales, los estatutos especiales y en lo no previsto por las normas del derecho común aplicables, tales como el derecho civil o comercial inherentes a la naturaleza propia de los contratos. En consecuencia, la relación establecida mediante el contrato 191 del 27 de diciembre de 1993, está sometida a la legalidad señalada anteriormente.

No obstante, el FOSOP no actuó de esa manera, pues por la omisión o el cumplimiento tardío de sus obligaciones, colocó al contratista en situación de sobre esfuerzo (sic) para cumplir el contrato y agravó su situación con la expedición de las resoluciones demandadas, sancionándolo con multas por presunto incumplimiento, sin tener en cuenta que fue la administración la que incurrió en tal conducta y determinó los retrasos cuya responsabilidad pretende ahora irrogar al contratista, extralimitándose en el ejercicio de sus funciones al imponer sanciones sin fundamentos reales de hecho que pudieran justificarlas y hacerlo tardíamente desconociendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, del primero de octubre

de 1992, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente, Carlos Betancur Jaramillo.

Igualmente se violaron el pliego de condiciones y el contrato 191/93, que conforme al artículo 1602 del Código Civil, es ley para las partes.

2º.- Los actos administrativos que se impugnan, se encuentran viciados de nulidad, toda vez que tratándose de contratos administrativos (sic), se caracterizan en su objeto por la construcción de obras destinadas al servicio público y el interés general que implican, en donde al contratista se le garantiza una justa ganancia y no juegan los factores aleatorios de la eventualidad de ganancia o pérdida, sino la intangibilidad de su ganancia como incentivo para la terminación de las obras, manteniendo el equilibrio económico del contrato.

En el caso que nos ocupa, se desequilibró la ecuación económica al firmarse el contrato por valor de \$ 445.832.124.00 disminuyéndolo con posterioridad a \$ 318.055.29.00 y reduciendo en definitiva a \$ 206.387.159.40 y con esto la posibilidad de ganancias en lo que corresponde a la diferencia que es de \$ 239.444.965.00, sin dejar de lado que el contratista se había preparado con equipo, materiales y mano de obra para la ejecución de las obras inicialmente contratadas.

A pesar de que la disminución de las obras objeto del contrato 191/93 se hayan firmado entre las partes, es lo cierto que la voluntad del contratista se reduce solamente a aceptar las modificaciones que le sean propuestas, característica de adhesión típica de obras de la administración pública, es decir, que el contratista no puede hacer reservas, exclusiones o salvedad a ninguna de las propuestas que le formule la administración.

3º.- Más protuberante resulta aún el desequilibrio desde el momento en que el FOSOP dicta las resoluciones imponiendo las multas de \$ 30¿000.000.00 (Res. 088 de abril 17 de 1995) y \$ 31.805.523.00 (Res. 213 de junio 6/95), sin que se le hubieran ocasionado daños o perjuicios a la entidad contratante, a la comunidad o a terceros, quedando claro que el contratista no solo deja de obtener ganancias justas y equitativas, sino que pierde a favor de la administración los recursos que invirtió en la ejecución de los trabajos, lo que pone de manifiesto un enriquecimiento sin causa a favor del FOSOP, desconociendo que las sanciones contractuales no tienen como objeto lograr ventajas y ganancias para una de las partes y erogaciones y mayor onerosidad para la otra.

Se violó ostensiblemente la cláusula décima séptima (Multas) del contrato 191/93, por cuanto el valor de \$ 30¿000.000.00 no corresponde ni al 0.01%, (lit.a), ni a la forma proporcional (lit.b), ni al 0.05% (lit c). Se violó igualmente la cláusula décima octava (penal pecuniaria), por cuanto se aplicó la proporción del 10% (\$ 31.823.000.00), sobre un valor que no corresponde al definitivamente establecido para el contrato por el FOSOP, puesto que lo redujo a solo \$ 206.387.159.40.

Las sanciones contractuales no tienen como objeto lograr ventajas y ganancias para una de las partes y erogaciones y mayor onerosidad para la otra. Mediante las sanciones lo que se busca es lograr el cumplimiento y obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios sufridos. Donde no hay perjuicios, no pueden existir sanciones. Y si la falta es mínima, no puede ser el castigo el máximo. No se puede obtener el pago de los perjuicios sufridos pues

no ocurrieron y debe tenerse en cuenta que el contratista ya había terminado las obras convenidas y el contrato había perdido su vigencia cuando se dictaron los actos administrativos sancionatorios. La aplicación de estas sanciones al contratista, le ocasionarían perjuicios económicos, no sólo por haber dejado de percibir ganancias en relación con el valor inicialmente pactado (\$445.832.124.00), para el cual se había preparado con equipos, materiales y mano de obra, sino que, el beneficio a obtener por la construcción de las obras por valor de \$ 206.387.159.40, se reduciría en \$ 61.805.523.00 lo que conllevaría irremediablemente un empobrecimiento injusto por parte del contratista.

4º - El Código de Comercio en su art. 871 agrega que [los contratos] obligan no solo a lo pactado en ellos sino además a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Entre las obligaciones propias de estos contratos, además de las previstas en el texto mismo, se encuentran las de facilitar y no entorpecer ni obstaculizar el cumplimiento de los deberes y obligaciones de la otra parte; no disminuir el monto o beneficio de las prestaciones; facilitar y poner a disposición todas las zonas y áreas de trabajo; suministrar informes, planos y diseños; restablecer recíprocamente las condiciones de equilibrio económico; atender y resolver oportunamente las consultas, peticiones y requerimientos para no colocar a la otra parte en incumplimiento que se hubiere podido superar, etc.

En el capítulo de hechos, se describen las peticiones sin resolver, la tardanza en solucionar los obstáculos que permitieran el desarrollo normal del contrato, de lo cual se colige un verdadero ánimo de colocar al contratista en condiciones de imposible cumplimiento, lo cual desconoce el principio de buena fe que tanto la administración como el contratista deben respetar, sin andar a la caza de argumentos, razones o motivos para no cumplir lo pactado.

4. Contestación de la demanda

Notificado del auto admisorio de la demanda, mediante escrito de contestación, presentado el 21 de mayo de 1994, el FONDO ROTATORIO VIAL DISTRITAL DE LA SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTA FE DE BOGOTA ¿FOSOP¿, en liquidación, se opone a todas y cada una de las súplicas de la parte demandante (fls. 30 a 37 cdno. ppal.). Para estos efectos, una vez da respuesta a los hechos de la demanda, manifiesta:

1. La entidad contratante al expedir los actos administrativos que se impugnan no violó los artículos 6, 83, 95 y 209, de la Constitución Política, los artículos 2 y 3 del C.C.A., ni los artículos 20, 831, 868, 871 y 1110 del Código de Comercio, por cuanto con su proceder sancionó el incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato 191 de 1993, suscrito con la actora, dado que impidió que los planes y programas de la entidad contratante se pudieran desarrollar oportunamente.
- 2.- Tampoco se violó el artículo 36 del C.C.A., pues la entidad obró de acuerdo a lo pactado en las cláusulas décima séptima y décima octava del contrato.
- 3.- Los artículos 4 y 13 de la Ley 80 de 1993, precisamente fueron tenidos en cuenta al aplicar las sanciones a la demandante, toda vez que se dio el incumplimiento y se causaron perjuicios al ente contratante; y las cláusulas décima séptima y décima octava del contrato,

precisamente facultan al representante legal de la entidad demandada a proceder de la manera en que lo hizo.

Finalmente propone como excepciones, las siguientes:

1.- La actora pretende con la demanda que se anule la Resolución 088 de 17 de abril de 1995 y su confirmatoria No. 0289 del 11 de julio de 1995, lo cual no es procedente, toda vez que la Interventora Cáceres Bolaños y Cia Ltda., con escritos Nos. CB-381/94 del 4 de agosto de 1994, CB-390/94 del 10 de agosto de 1994, CB 426/94 del 6 de septiembre y CB 139 del 10 de abril de 1995, informó a la oficina jurídica de la entidad, sobre el incumplimiento del contratista, y ésta no podía dejar pasar por alto la situación, máxime cuando con su actuar la demandante causaba perjuicios día a día con su atraso a los habitantes de los sectores materia del contrato, pues impedía que éstos disfrutaran en debida forma las vías que requerían reparación.

2.- Se pretende además que se anule la Resolución No. 213 del 6 de junio de 1995 y la No. 372 del 11 de octubre de 1995, confirmatoria de la anterior, lo que no es de recibo, toda vez que si bien se impuso multa con las resoluciones enunciadas en el numeral anterior, lo cierto es que el contratista incumplió posteriormente los pactos suscritos el 19 de octubre de 1994 y el 27 de enero de 1995, de lo cual da fe el interventor, quien en escrito CB-136/95 del 6 de abril, dirigido al Secretario de Obras Públicas, expone la suspensión de los trabajos desde comienzos de marzo; que la obra contratada para ser llevada a cabo en tres meses, lleva en ejecución 15 meses y aún no ha sido terminada; que el plazo fue ampliado en tres oportunidades y el último vencimiento tuvo lugar el día 31 de julio de 1994 y de esta fecha en adelante, la Secretaría de Obras Públicas ha concedido al contratista plazos extracontractuales, el último de los cuales, suscrito mediante acta el 27 de enero de 1995, venció el 17 de febrero de 1995, sin que fuera cumplido por el contratista.

Así mismo, indica el interventor que la pavimentación contratada contemplaba cuatro vías, pero por carencia de alcantarillado en dos de las vías y por la inoperancia del contratista, el contrato fue reducido a dos vías; a pesar de la reducción, el contratista ha sido incapaz de cumplir con la ejecución de la pavimentación a la cual se redujo la construcción y que, dado que a pesar de las múltiples exigencias de la División de Interventoría de la Secretaría de Obras y de la firma interventora, se solicita autorización para proceder a la liquidación del contrato en el estado en que se encuentra la obra y la imposición de las sanciones por incumplimiento a que hubiere lugar.

Así las cosas y conforme a lo planteado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 29 de enero de 1988, Expediente 3615, Consejero Ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo y en aras de obtener algún reconocimiento por los perjuicios causados, se procedió a la declaración de incumplimiento del contrato.

5. La audiencia de conciliación

Ante el Tribunal de instancia, se llevó a cabo audiencia de conciliación con fecha 21 de noviembre de 1996, sin que las partes hayan manifestado ánimo conciliatorio (folios. 64 y 65 cdno. ppal.).

6. La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del dieciséis (16) de octubre de 1997 (fls. 88 a 107 cdno. ppal.), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió parcialmente las pretensiones de la demanda, declarando así mismo, la nulidad parcial de algunos artículos de la parte resolutive de los actos administrativos demandados, en cuanto al valor de la sanción impuesta y modificando dicho valor, según se transcribió al inicio de esta providencia.

Como sustento, luego de precisar los hechos probados en el proceso y hacer el resumen probatorio respectivo, el a quo expuso:

1) Dando respuesta al medio de defensa propuesto por la parte demandada a manera de excepción, sostiene que la simple afirmación de legalidad de los actos materia de impugnación, no constituye en sí misma una excepción, toda vez que se limita a no aceptar los hechos y los fundamentos de derecho de la demanda, cuando el término "excepción" está reservado a aquellos únicos casos en que el mecanismo de defensa se concreta en la aducción de hechos y razones distintos, encaminados a excluir, enervar o dilatar la pretensión, según se desprende del artículo 164 del C.C.A. y del Código de Procedimiento Civil en esta materia.

2) Delimita el ámbito de las pretensiones, considerando que una interpretación armónica y de conjunto de la demanda, conduce a concluir que los perjuicios reclamados por la parte actora se hacen consistir, de una parte, en los valores que se establecieron en los actos acusados a su cargo por concepto de multa y de cláusula penal pecuniaria, valores que se solicita indexar a la fecha de la sentencia y sobre los cuales debe aplicarse la tasa de interés legalmente exigible. Así mismo, que el perjuicio cuya indemnización se reclama, deviene de la ruptura del equilibrio financiero del contrato, en cuanto suprimió parte de la obra contratada, lo que incidió en el monto de su actividad proyectada y la realmente obtenida.

3) Considera el Tribunal que las pretensiones de declaratoria de nulidad de las resoluciones demandadas y las consecuenciales del restablecimiento del derecho conculcado, están llamadas a prosperar, pues, de una parte incurrió la entidad contratante en incumplimiento de sus obligaciones contractuales al omitir entregar al contratista los diseños requeridos para acometer la ejecución de la obra, a la fecha en que según lo pactado en el contrato debía iniciarse la ejecución, esto es, el 23 de enero de 1994, obligación a la que sólo dio cumplimiento parcialmente el 28 de marzo siguiente, colocando así a la contratista en imposibilidad de cumplir sus obligaciones y, de otra parte, incurrió igualmente en incumplimiento cuando se abstuvo de suministrar a la contratista las zonas necesarias para acometer el desarrollo de obras en tres de los frentes de trabajo, en razón a que en dos de ellos debía el IDU adelantar la construcción de obras de alcantarillado y en otro de éstos en razón a la indefinición respecto a si debían ser los constructores de la Urbanización Acuarela quienes debían o no asumir la construcción de un tramo de la vía contratada.

El primero de los incumplimientos se prolonga hasta el 28 de marzo de 1994, fecha en que se entregan al contratista parte de los diseños que le permiten acometer los trabajos. No ocurre lo mismo con el segundo de los incumplimientos, ya que hasta el 27 de enero de 1995, fecha de suscripción de la última acta de Acuerdo entre las partes, la entidad no ha puesto a

disposición del contratista la totalidad de las zonas requeridas. No obstante, mediante la supresión sucesiva de obras a ejecutar, plasmada en las actas del 9 de octubre de 1994 y de 27 de enero de 1995, suscritas entre las partes y mediante las cuales se excluyen del contrato zonas de construcción, cesa la obligación de la entidad contratante de suministrar las respectivas zonas.

De conformidad con lo expuesto, el 27 de enero de 1995, en razón a los acuerdos pactados, modificatorios del contrato, cesa el incumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y se concreta o define para la contratista la obligación de hacer entregas de la construcción y la reparación de menor cantidad de vías. De la prueba recaudada se colige que para la fecha límite de entrega de las obras, 17 de febrero de 1995, la contratista no había ejecutado aún la totalidad de las mismas, pues solamente hasta el 28 de abril de 1995 hace la última entrega de obra, por un valor de \$ 29,073.529.90, incurriendo en mora en el cumplimiento de sus obligaciones.

Las resoluciones Nos. 088 del 17 de abril y 289 del 11 de julio se sustentan precisamente en la mora en la entrega de las obras y de conformidad con la cláusula décima séptima del contrato, se pactó la imposición de multas por mora en el cumplimiento de las obligaciones y por un valor equivalente al 0.01% del valor total del contrato, sin sobrepasar el 2% de dicho valor.

En razón a las modificaciones introducidas al contrato, éste se redujo en su valor de \$445,832.124,00 a \$ 205.235.268,00 y la mora en que incurrió el contratista fue de 70 días, del 18 de febrero al 28 de abril de 1995, por lo que la operación aritmética consistente en aplicar el 0.01% sobre el valor real total del contrato, por 70 días de mora, arroja la suma de \$ 1,436.646.87 y el valor de la multa impuesta por los actos acusados es de \$ 30,000.000.00 con lo cual se incurrió en la causal de violación directa de la cláusula del contrato. En razón a que, según certificación que obra en el proceso, el contratista no canceló valor alguno por concepto de la multa impuesta, no habrá lugar a ordenar la devolución, actualización ni reconocimiento de interés sobre el valor liquidado en exceso por tal concepto.

En lo que concierne a las Resoluciones Nos 213 de 6 de junio y 372 de 11 de octubre de 1995, contentivas de la declaratoria de incumplimiento del contrato y orden de efectividad de la cláusula penal pecuniaria por valor de \$ 31.823.000.00 caben los mismos planteamientos antes expuestos en cuanto al incumplimiento en que incurrió el contratista, pues en las actas de acuerdo suscritas entre las partes, se definió aquellas obras que se suprimían y aquellas que quedaban por ejecutarse. Y en cuanto al monto de la pena pecuniaria impuesta, igual consideración cabe hacer pues en aplicación de la cláusula décimo octava el valor es equivalente al 10% del valor del contrato, que como fue reducido a la suma de \$ 205.235.268,00, la pena impuesta no puede sobrepasar la suma de \$ 20,523.526.80.

En cuanto a la pretensión de imposición tardía de la sanción de multa, anota que el acto administrativo que la impuso se expidió con anterioridad a la fecha en que las obras fueron entregadas y, por tanto, con adecuación a la finalidad de conminación que les es propia a las multas. Y en lo que atañe al cargo aducido respecto de la decisión impositiva de la pena pecuniaria, con fundamento en que las obras ya habían terminado, cabe anotar que

precisamente, la pena pecuniaria procede a la terminación del contrato, momento en el que se concretan los perjuicios que pudieron causarse.

En cuanto a la pretensión resarcitoria con fundamento en la ruptura del equilibrio financiero por reducción de la utilidad proyectada y la realmente obtenida, y la reducción de la utilización de equipos, mano de obra dispuestos por el contratista para la totalidad de la obra, ésta no está llamada a prosperar, de una parte, porque al proceso no se allegó prueba alguna tendiente a establecer la parálisis del equipo o la reducción en su utilización devinientes de la exclusión en la ejecución de la obra contratada y si bien la mencionada reducción incide en la utilidad y en los costos de administración proyectados, como elementos del A.I.U., no es menos cierto que la mencionada reducción fue producto del acuerdo entre las partes, mediante actas del 9 de octubre de 1994 y del 27 de enero de 1995, en las que no aparece anotación alguna al respecto. Cabe agregar que en aplicación del artículo 16 de la Ley 80 de 1993, norma vigente al momento de la celebración del contrato según lo dispuesto por el artículo 144 del Decreto 1421 de 1993, la sociedad contratista estaba investida de la facultad de renunciar al contrato, con fundamento en que la obligación a introducirse en éste, sobrepasa el 20% del valor inicial del mismo, facultad de la que no hizo uso, aceptando sin salvedad alguna la reducción de la obra contratada y con ello, asumiendo las consecuencias económicas de la reducción.

7. El recurso de apelación

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, el apoderado de la parte demandante apela la providencia, fundado en los argumentos que, no obstante la manera confusa en que se exponen, se pueden resumir así:

1) Manifiesta estar de acuerdo con la decisión adoptada en los numerales PRIMERO, TERCERO, QUINTO y SÉPTIMO de la sentencia objeto de recurso, mediante los cuales se declara la nulidad de algunos artículos de las resoluciones demandadas. Sostiene además que este pronunciamiento de nulidad representa una situación jurídica consolidada, sin que resulte jurídico cambiar a renglón seguido tal determinación, para revivir y modificar los mismos artículos ya anulados, de la forma en que se hace en los artículos SEGUNDO, CUARTO, SEXTO y OCTAVO de la misma providencia. En consecuencia considera que debe mantenerse la nulidad declarada sin modificación alguna.

2) Sostiene que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar dado que está demostrado que el FOSOP incurrió en incumplimiento, al omitir la entrega al contratista de las zonas para acometer la ejecución de las obras, sin que resulte ajustado a la realidad lo afirmado por el tribunal, en el sentido de que hubo acuerdos modificatorios del contrato, pues precisamente los incumplimientos en la entrega de las zonas, fueron los que posteriormente se tuvieron en cuenta para que la interventoría insistiera en la sanción, contabilizando el tiempo de retraso y dictando las resoluciones en las que se sanciona por mora al contratista.

No se tuvo en cuenta por el fallador de primera instancia el hecho apremiante padecido por la firma contratista al reducir el valor del contrato y, por tanto, la expectativa de su ganancia en relación con el valor inicialmente pactado, incurriendo en pérdidas por los materiales y

equipos que alistó para realizar las obras sin apremio, una vez superadas las dificultades presentadas.

Por lo anterior, se incurrió en una errónea e inexacta motivación, se desconoció la normatividad legal y contractual y no fueron analizados en debida forma los hechos supuestos de base para las sanciones.

3) Citando como fundamento el artículo 113 de la Carta Política, sostiene que la administración excepcionalmente tiene facultades exorbitantes que sólo pueden ser impuestas por la administración en la medida en que de modo expreso y explícito se establezca en la ley o puedan ser estipuladas en un contrato por ser facultades de excepción.

4) Las sanciones previstas en un contrato sólo podrán imponerse siguiendo la dosimetría de la proporcionalidad entre el hecho típico y culpable y los efectos patrimoniales del mismo y no como fuente de enriquecimiento para quien impone la sanción, si el incumplimiento no ha alcanzado a producir daño patrimonial. Donde no hay perjuicio, no puede haber sanciones y si la falta es mínima, no puede imponerse el máximo. No aparece en el expediente análisis alguno de los perjuicios sufridos por la entidad, que ameritaran la sanción impuesta.

5) Citando jurisprudencia de esta Sala (Expediente 9288, sentencia del 21 de octubre de 1994, C.P., Daniel Suárez Hernández), sostiene que si bien resulta posible que en un contrato una parte faculte a la otra para imponer multas, con el fin de constreñir el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, es razonable que tal atribución negocial deba ser expresa, precisa, clara y limitada a los casos allí señalados y que las sanciones no sean desproporcionadas, tornándose en irrazonables.

Con base en el principio de igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos, pues no se puede ser juez y parte a la vez en la actividad negocial; por tanto, es al juez del contrato al que corresponde establecer con base en las pruebas si se dan los fundamentos fácticos y jurídicos para la imposición de la sanción.

Por lo anterior solicita que se revoque la decisión del Tribunal y que teniendo en cuenta que *"...en los contratos de derecho privado entre particulares o entre un ente público y un particular sí es posible el pacto de multas, aunque con la precisión de que éstas deben ser controladas y corregidas por el juez del contrato, no le asiste razón al a quo al esforzarse por declarar nula de nulidad absoluta la cláusula quinta del contrato, so pretexto de que esta es una facultad exclusiva y propia del contrato administrativo (sic)..."*, solicita que se confirme dicha sentencia con relación a la nulidad de las resoluciones demandadas por cuanto la administración carecía de competencia para declarar por sí misma el incumplimiento e imponer las multas. Así mismo, solicita que se dejen vigentes únicamente los artículos primero, tercero, quinto y séptimo de la sentencia y consecuentemente se declare la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

8. Los alegatos de conclusión

Corrido el término del traslado para alegar de conclusión (flío 127 cdno. ppal.), de este derecho hicieron uso el apoderado de la Alcaldía Mayor, Secretaría de Obras Públicas,

(Entidad que sustituyó al liquidado FOSOP, por virtud del artículo segundo del Decreto Distrital No. 183 del 15 de marzo de 1996); la señora Procuradora Quinta Delegada (E); y la parte demandante, exponiendo los argumentos que se resumen a continuación:

a) Alegatos de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito:

Reitera la parte demandada, que ante los incumplimientos de las obligaciones del contratista, los cuales no deben ser amparados por haberse reducido tramos de obra, ya que ello se hizo por razones de conveniencia y oportunidad y ajustándose a la ley, la administración, para satisfacer necesidades de la comunidad, debió tomar los correctivos del caso para lograr el cumplimiento del contrato y obtener el pago de los perjuicios sufridos, que fue precisamente para lo que se pactaron las cláusulas en el evento en que una de las partes incumpliera con sus obligaciones contractuales. Por lo anterior, solicita que al resolver se tengan en cuenta los motivos que dieron lugar a la expedición de las resoluciones sancionatorias y confirmar la multa e imposición de la cláusula penal pecuniaria al contratista CONIC S.A.

b) Alegatos de la Procuradora Quinta Delegada (E):

Luego de hacer un resumen de las pretensiones, los fundamentos de hecho, la sentencia apelada y el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, considera el Ministerio Público que si bien se encuentra establecido dentro del proceso que el FOSOP incumplió con sus obligaciones contractuales relativas a la entrega de los diseños, también está acreditado que el 27 de enero de 1995, las partes suscribieron un acta de acuerdo que tuvo la virtualidad de establecer unas nuevas condiciones de ejecución del contrato, mediante la cual se suprimieron las obras de la calle 48 sur entre carreras 106 y 110, se acordó terminar las obras faltantes de la carrera 3a de Bosa hasta la calle 12, sin construir un tramo correspondiente a la urbanización Acuarela y se fijó como plazo final para la terminación de los trabajos el día 17 de febrero de 1995. No obstante se estableció, que para la citada fecha el contratista no había dado cumplimiento al objeto del contrato, pues solamente hasta el día 28 de abril hizo entrega en forma extemporánea de la obra contratada, por lo que a la entidad le asistió razón para expedir los actos sancionatorios.

Considera que le asiste razón al demandante cuando critica que la multa se le impuso cuando ya estaba vencido el término del contrato, y por tanto tiene vocación de prosperidad la pretensión anulatoria, porque tal y como lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado, la potestad sancionadora de que dispone la administración para imponer multas se debe ejercer dentro del término contractual, esto es, dentro del plazo contractual y sus adiciones. Tomando en cuenta que se encuentra acreditado que la resolución que impuso la multa al contratista fue proferida con posterioridad al vencimiento del plazo contractual, solicita revocar en este aspecto la sentencia apelada y en su lugar declarar la nulidad de las resoluciones 088 de abril 17 de 1995 y 289 de julio 11 de 1995 que impusieron al contratista la sanción de multa.

En cuanto al acto que hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, considera la delegada que le asiste razón al Tribunal en sus argumentos, dado que las partes fijaron como monto de la sanción el equivalente al 10% del valor del contrato y, teniendo en cuenta la reducción de la

obra acordada entre las partes, éste quedó en la suma de \$ 205.235.268, por lo que aritméticamente, la cláusula penal impuesta no podía sobrepasar la suma de \$ 20.523.526.80.

Frente a la ruptura del equilibrio financiero debido a la reducción de la obra contratada, observa el Ministerio Público que ésta se debió a un acuerdo efectuado entre las partes y que en el mismo el contratista no hizo alusión alguna a dicha situación, por lo que debe entenderse que para él no existió ruptura de dicho equilibrio financiero del contrato.

En consecuencia, solicita que se revoque, de conformidad con las consideraciones expuestas en lo pertinente, la sentencia del tribunal y se confirme en las demás determinaciones.

c) Alegatos de la parte demandante:

En su alegato de conclusión, la parte demandante organiza y resume tanto los hechos como los argumentos jurídicos expresados a lo largo del proceso, los cuales ya han sido relacionados en los acápite respectivos.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A efectos de resolver el recurso respectivo, se hará el análisis del proceso en el siguiente orden: A) Hechos Probados; B) Análisis de los cargos propuestos por el demandante.

De otra parte, teniendo en cuenta que el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 establece que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo las excepciones en la misma norma previstas, dentro de las cuales se encuentra el numeral 2º, que al tenor dice "*las que señalan penas para el caso de la infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido*"¹, los cargos señalados por el actor habrán de resolverse bajo las disposiciones establecidas en la Ley 80 de 1993, pues era ésta la norma vigente al momento de ocurrencia de los hechos que se imputaron como constitutivos de la infracción al contrato.

Aclarado lo anterior, pasa la Sala a analizar los cargos propuestos por el demandante.

A. A. Hechos Probados

1) Mediante la Resolución No. 00277 del 19 de noviembre de 1993, el Director Ejecutivo del Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Santafé de Bogotá ¿ FOSOP, ordenó abrir, entre otros procedimientos, la licitación FOSOP ¿ LV No. 004 de 1993, cuyo objeto fue el de (folios. 407 a 409 cdno.3):

"Construcción de : Cra 110 de Cll 55 Sur a Cll 48 Sur; - Cra 3 (Bosa) de Cll 12 a Cll 8 B;-Cll 8 B Bosa de Cra 7A a Cra 4 ¿ Cll 48 Sur de Carrera 110 a Cra 106."

2) Según consta en el oficio No. 1132 del 19 de mayo de 1997, y los documentos anexos al mismo, remitidos al Tribunal por la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital, CONIC S.A. presentó propuesta para la licitación enunciada por un valor de \$ 220¿464.004, discriminados así (folios. 152 a 232 cdno. 2):

Valor básico de la propuesta \$ 176.371.203.20

A = \$ 17.637.120,32

I = \$ 11.023.200,20

U = \$ 15.432.480,28

Total AIU \$ 44.092.800,80

Valor total de la propuesta \$ 220.464.004.00

3) Mediante la Resolución No 00351 del 20 de diciembre de 2003, se adjudicó directamente la licitación FOSOP ¿ LV No. 004 de 1993 a la firma CONSORCIO NACIONAL DE INGENIEROS CONTRATISTAS CONIC S.A. (folios. 396 a 399 cdno.3).

4) En desarrollo de lo anterior, con fecha 27 de diciembre de 1993, se suscribió el contrato 191 entre el Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Santafé de Bogotá ¿ FOSOP y el Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas CONIC S.A., del cual se destacan la siguientes cláusulas, relacionadas con el objeto de esta controversia (folios. 369 a 389 cdno.3):

En cuanto al objeto (Cláusula primera):

EL CONTRATISTA se compromete para con el Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Santafé de Bogotá ¿ FOSOP a ejecutar a precios unitarios fijos, las obras necesarias para la construcción y recuperación de la CRA.110 de CALLE 55 SUR a CALLE 48 SUR; CRA 3 (BOSA) de CALLE 12 a CALLE 88 (sic); CALLE 88 (sic) BOSA CRA. 7A a CRA.4; CALLE 48 SUR de CRA 110 a CRA 106 de acuerdo con los requisitos, especificaciones indicadas en su propuesta, conforme a su oferta en la forma aceptada y corregida por el Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Santafé de Bogotá ¿ FOSOP., las cuales se determinan por su naturaleza, cantidad de precios unitarios fijos, en la siguiente forma:

ITEM	UNIT	CANT	V/UNIT	V/PARCIAL
Excavación en tierra, recebo u otro material a máquina para la conformación del sub-rasante.	M3	11.180	6.271.980.00	561.00
Cargue mecánico y transporte de material suelto a 5 kms.	M3	14.534	1.564.00	22.731.176.00
Suministro, colocación y compactación de material granular B-2000 para la sub-base del pavimento	M3	6.880	12.958.00	89.151.040.00
Geotextil no tejido 1600 para vías (incluye suministro y colocación)	M2	17.200	2.405.00	41.366.000.00

Junta de dilatación en asfalto liquido	ML	6.855	148.00	1.014.540.00
Pavimento en concreto (rígido) espesor 0.15 mts con f c = 280 kg/cm2 incluye formaleta, acero de refuerzo y transferencia	M2	17.200	15.163.00	260.803.600.00
Conformación de la subrazante (incluye:escarificación, nivelación compactación)	M3	1.720	2.100.00	3.612.000.00
Nivelación de pozos existentes por hiladas de 7 cms (incluye suministro de ladrillo	UND	1	7.780.00	7.780.00
Construcción sumideros de rejilla horizontal MOD 8-IV-65 (incluye suministro y colocación de rejilla, marco y labores de mampostería)	UND	42	145.000.00	6.090.000.00
Construcción sardinel B-210 de 15 x 157 (incluye refuerzo y formaleta)	ML	4.200	3.520.00	14.784.000.00
Total....				\$ 445.832.124.00

En cuanto al valor del contrato (Cláusula segunda):

El valor del presente contrato para todos los efectos legales y fiscales en la suma de CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS MIL CIENTO VEINTICUATRO PESOS MCTE (\$ 445.832.124.00), que es el resultado de multiplicar las cantidades de obra estimadas en el proyecto por los precios unitarios fijos, como se detalla en la cláusula primera del contrato.

En cuanto a las cantidades de obra (Cláusula tercera):

EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar las obras objeto de este contrato, a los precios unitarios fijos que se detallan en la cláusula primera del mismo, ya que las cantidades de obra son aproximadas y pueden aumentar, disminuir o suprimir (resalta La Sala) durante el desarrollo del presente contrato por voluntad del Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Santafé de Bogotá ¿ FOSOP o por circunstancias especiales que se presenten en la construcción sin que ello conlleve modificaciones de los precios unitarios fijos estipulados en la cláusula primera de éste contrato. PARÁGRAFO PRIMERO: El CONTRATISTA declara expresamente que los precios unitarios fijos que figuran en la cláusula primera, incluyen todos los gastos directos o indirectos requeridos para la ejecución de la obra y, por tanto será su única remuneración por las obras contratadas. PARÁGRAFO SEGUNDO.- PROGRAMA DE TRABAJO: El CONTRATISTA se obliga a ejecutar las obras de acuerdo con el programa general para la ejecución de los trabajos de su propuesta una vez perfeccionado el contrato y antes de iniciar labores, el contratista deberá presentar al interventor, para su aprobación, un cronograma detallado de trabajo de acuerdo con las especificaciones en el que conste el orden en que se ha de proceder y el método para llevar a cabo las obras y siempre que le solicite el interventor deberá proporcionar para la información del mismo, datos escritos de lo que tiene dispuesto para la ejecución de las

obras. La presentación de dicho programa al interventor, y su aprobación por el mismo o la de los referidos datos, no exoneran al contratista de ninguna de las obligaciones que emanen del contrato.

En cuanto a la forma de pago (cláusula cuarta):

Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Santafé de Bogotá ¿ FOSOP pagará al contratista de la siguiente forma: 1) un anticipo del cuarenta por ciento (40%) del valor de este contrato, una vez se haya perfeccionado el mismo y se hayan otorgado las garantías exigidas. 2) cuentas parciales mediante actas de recibo de obra, firmada (sic) por el CONTRATISTA, el interventor, el Jefe de la División respectiva, según la cantidad real de la obra ejecutada, que se valorará según los precios unitarios fijos señalados en la oferta, de cada cuenta se descontará un cuarenta por ciento (40%) para cubrir el valor del anticipo.

En cuanto al plazo (Cláusula sexta):

EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar las obras objeto de este contrato en un término de tres (3) meses, contados a partir de la expedición del certificado de reserva presupuestal y suscripción del acta de iniciación que deberá efectuarse dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la expedición del certificado de reserva presupuestal. Si durante el curso de los trabajos se presentan situaciones no previstas, ajenas al control de el Contratista, que alteren el progreso normal de la obra, éste comunicará tales hechos por escrito al Director Ejecutivo del Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas D.C. y solicitará con base en ellos prórroga del plazo convenido, de acuerdo con lo indicado en el pliego de condiciones y por intermedio del Director Ejecutivo del FOSOP.

En cuanto a la duración del contrato (Cláusula séptima):

El presente contrato tendrá una duración igual al plazo del mismo estipulado en su cláusula anterior y treinta (30) días más calendario, según lo establecido en el plazo del contrato.

En cuanto a las multas (cláusula décimo séptima):

Se pactó que en caso de mora o de incumplimiento parcial, de cualquiera de las obligaciones del contratista, adquiridas en el contrato, se impondrán multas sucesivas, mediante resolución motivada, en la siguiente forma :

a) Multas por mora en el incumplimiento (sic) al plazo del contrato. Si el contratista no termina las obras dentro del plazo previsto en la cláusula respectiva o del plazo de la prórroga deberá pagar al FONDO ROTATORIO VIAL DISTRITAL DE LA SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ ¿ FOSOP., por cada día calendario de atraso el 0.01% del valor total del contrato. b) Multas por incumplimiento parcial. Si durante la ejecución de la obra incumple el contratista alguna o alguna de sus obligaciones contractuales el FONDO ROTATORIO VIAL DISTRITAL DE LA SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ ¿ FOSOP, le impondrá multas proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra ...

En cuanto a la cláusula penal pecuniaria

La cláusula décima octava estipuló:

Atendiendo a la cuantía del contrato EL FONDO ROTATORIO VIAL DISTRITAL DE LA SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ ¿ FOSOP., fijará al CONTRATISTA, proporcionalmente la suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, cuando dejare de cumplir totalmente las obligaciones que contrae dentro del mismo. Dicho valor se imputará a los perjuicios que sufra el FONDO ROTATORIO VIAL DISTRITAL DE LA SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ ¿ FOSOP por incumplimiento del contratista. El valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria podrá ser tomado de las garantías constituidas y si esto no fuera posible se cobrará por jurisdicción coactiva.

1) Según se acepta por las partes (hecho 4º de la demanda y numeral 1.4 de la contestación), el acta de iniciación de la obra se suscribe con fecha 23 de enero de 1994. Así mismo, de este documento obra copia simple a folios 47 y 48 del cuaderno No.2.

2) No obstante lo anterior, mediante comunicaciones del 01 de febrero y del 9 de marzo de 1994, el contratista requiere a la interventoría para que se sirva entregarle los diseños geométricos y estructurales del contrato, "para así poder dar iniciación al mismo" (folios. 49 y 50 cdno 2)

3) Así mismo, mediante oficio del 28 de marzo de 1994, el contratista solicita nuevamente a la interventoría la remisión del diseño Geométrico y Estructural de la obra de la Calle 48 Sur de la carrera 110 a la 106, con la inclusión de las diferentes capas a construir, cotas de la sub rasante (sic) y del proyecto terminado, bombeo, peraltes, drenaje a construir, todo lo anterior, con los puntos de referencia y cotas de amarre; la definición del espesor de las placas de concreto y los demás documentos relacionados con el proyecto. Así mismo, solicita que se defina la obra a realizar en la carrera 110 de la calle 48 a 55 sur, dado que no se puede trabajar debido a los postes de luz y teléfono al lado izquierdo y una sequía (sic) al lado derecho que impiden la construcción de la vía. Finalmente solicitan se aclare la dirección de la obra a realizar en Bosa, dado que por orden del ingeniero Edgar Rojas M., no se puede iniciar ninguna obra hasta tanto no se firme dicha aclaración (folios. 323 a 324 cdno.3).

4) Con fecha marzo 30 de 1994, el contratista remite a la interventoría el oficio Radicado Secretaria de Obras del Distrito No. 05011, mediante el cual, teniendo en cuenta que no han recibido la totalidad de los diseños de las obras a ejecutar del contrato, el fuerte invierno y la restricción del tránsito vehicular en la zona, circunstancias no previstas al momento de contratar, solicita se le conceda un plazo de 4 meses a partir del 28 de marzo de 1994, que fue la fecha en que se recibieron los primeros diseños.

5) Posteriormente, con fecha 11 de abril de 1994, el contratista remite comunicación a la interventoría, en la que refiere que por instrucciones del ingeniero residente de la Interventoría, Edgar Rojas, los trabajos que se adelantan en la Calle 48 Sur entre carreras 106 y 110, quedan suspendidos indefinidamente, dado que se requiere por parte del IDU la zona para la construcción de un alcantarillado de 30 pulgadas (folio 54 cdno. 2).

6) El 21 de abril de 1994, se suscribe entre las partes la primera prórroga al contrato 191/93 por un término de 30 días calendario, contados a partir del vencimiento del plazo inicial. Se

hace notar por parte de la Sala que ésta acta de prórroga, carece de motivación alguna (folios. 305 y 306 cdno.3).

7) A solicitud del contratista, de una prórroga del plazo del contrato por el término de dos meses, fundada en el fuerte invierno en la zona y la falta de construcción del alcantarillado de la Calle 48 Sur entre carreras 110 y 106 (folio 56 cdno. 2), la interventoría, con fecha 17 de mayo de 1994, remite el oficio No. CB-262/94, dirigido al Secretario de Obras Públicas del Distrito, mediante el cual considera razonable la ampliación y solicita le sea concedido el plazo pedido (folios. 298 a 302 cdno.3).

8) Con fecha 20 de mayo de 1994, se suscribió entre las partes la segunda prórroga al contrato 191. Se resalta por la Sala que dicha prórroga carece de motivación alguna (folio.295 cdno.3).

9) Mediante comunicación del 16 de junio de 1994, el contratista solicita al Director Ejecutivo del FOSOP, que debido el fuerte invierno que recae sobre la ciudad de Bogotá, el cual ha generado trastornos en la ejecución de las obras, se conceda una ampliación del plazo para cumplir con el objeto contractual hasta el 31 de julio, y reitera que están haciendo todo lo posible por acelerar al máximo la ejecución de las obras (folio 58, cdno 2).

10) Con fecha 22 de junio de 1994, se suscribe entre las partes la tercera prórroga al contrato 191/93. Se resalta por la Sala que dicha prórroga carece de motivación alguna (folio.304 cdno.3).

11) El Director de la División de Interventoría, con fecha 7 de julio de 1994, remite el Memorando No. 2080 al Jefe de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Obras del Distrito, mediante el cual da el visto bueno para la prórroga del plazo de ejecución del contrato hasta el 31 de julio de 1994, por solicitud del contratista realizada desde el 16 de julio. Anexa los documentos que soportan dicha solicitud (folios. 289 a 293 cdno.3).

12) La interventoría del contrato, ejercida por la firma Cáceres Bolaños & Cia Ltda., remite a la Jefe de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Obras del Distrito, el Oficio No. CB-381/94, del 4 de agosto de 1994, en el que le informa (folios 261 y 262 cdno. 3):

La firma CONIC S.A., contratista para la construcción de las obras objeto del contrato No. 191/93, tiene abandonada la obra desde mediados del mes de Junio/94 y no ha respondido ni a nuestras llamadas telefónicas ni al requerimiento hecho por la interventoría mediante la comunicación No. CB-354/94 de fecha 5 de julio del año en curso.

El Acta de iniciación de las obras se suscribió el 23 de enero de 1994. El anticipo fue cancelado al Contratista el 8 de Abril de 1994.

El contrato preveía un plazo inicial de 3 meses para la ejecución de las obras, sin embargo, se han concedido al contratista tres prórrogas la última de las cuales venció el 31 de Julio. El contratista no solicitó antes de este vencimiento una nueva prórroga y tampoco hay motivo valedero para concedérsela porque dispone de dos vías donde puede trabajar, en las cuales ya se ha colocado y compactado el material de subbase (sic) y estas (sic) calzadas están listas para recibir el pavimento. Lamentablemente se ha desperdiciado el buen tiempo que

permite trabajar con gran eficacia y la subbase empieza a dañarse por efectos del tráfico y los agentes atmosféricos.

Los perjuicios económicos que recibe el FOSOP por la parálisis de la obra durante mes y medio, el abuso con la comunidad que ha tenido que soportar las incomodidades que representa una construcción de este tipo y el no haber recibido del Contratista una respuesta positiva para el desarrollo del contrato nos llevan a solicitar se apliquen a CONIC S.A. las sanciones previstas en el contrato: bien sea la penal pecuniaria de la cláusula décima octava, o la multa de la Cláusula décima séptima, conforme a lo que esa oficina considere procedente.

Se aclara que el Contratista recibió como anticipo la suma de \$117;218.269, el cual ya fue girado y del que tan solo ha amortizado la suma de \$ 20;454.653.60 en el Acta No.5 de recibo parcial de obra. Está pendiente para tramitación el Acta No.7 de recibo parcial de obra por la suma de \$ 25;967.277, la cual ha sufrido demoras por errores en su elaboración, que debe enmendar el contratista.

13) Dando alcance a la comunicación anterior, con fecha 10 de agosto de 1994, la interventoría remite el oficio No. CB 390/94, mediante el cual informa (folios.265 a 288 cdno. 3):

"...Deseamos solicitar que se hagan efectivas las pólizas de cumplimiento del contrato y de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

Las razones que nos llevan a formular esta solicitud son:

- 1. El contrato se encuentra vencido desde el 31 de Julio/94.*
- 2. Los contratistas abandonaron la obra desde mediados del mes de Junio/94.*
- 3. El contratista no ha atendido las llamadas de la Interventoría para reiniciar la obra ni el requerimiento hecho mediante nuestra comunicación No. CB-354/94 del 5 de Julio del año en curso.*
- 4. El contratista incumplió con el plazo pactado para la ejecución de las obras, después de tres prórrogas, la última de las cuales se venció el 31 de Julio del presente año.*
- 5. El Contratista recibió como anticipo la suma de \$117;218.269, el cual ya fue girado y del que tan solo se ha amortizado \$ 20;454.653.60. El contratista tiene pendiente para tramitación la cuenta por obra ejecutada que asciende a \$ 25;967.277. De esta cuenta, según lo acordado en la reunión de interventoría celebrada en el día de hoy, se deberá deducir el valor total como amortización. En estas condiciones el valor del anticipo por amortizar asciende a la suma de \$ 70;796.338.40.*

Según lo convenido con Usted en la consulta verbal que tuve oportunidad de formularle hoy, se acompaña a la presente el Acta No. 7 de Recibo Parcial de Obra y la correspondiente Orden de pago, deduciendo el valor total para amortizar el anticipo, con el fin de que se sirva requerir al representante de CONIC S.A. para la firma de estos documentos.

14) Mediante comunicación CB-424/94 del 6 de septiembre de 1994, la interventoría le exige al contratista que le informe el estado de la continuidad de las obras, así (flno.255 cdno.3):

De acuerdo al compromiso adquirido por Ustedes con el Señor Secretario de Obras Públicas, en la reunión celebrada el 2 de los corrientes, las obras objeto del Contrato No. 191/93 han debido reiniciarse el 5 de Septiembre de 1992 (sic). Dos días después de la fecha pactada la reiniciación no ha tenido lugar y en su Oficina no se encuentra persona responsable que nos informe si van a cumplir con el compromiso, o si por el contrario, no van a continuar con el Contrato.

Atentamente les solicito se sirvan hacerme conocer la decisión tomada con respecto al Contrato.

15) En la misma fecha, 6 de septiembre de 1994, la interventoría, solicita a la Jefe de la Oficina Jurídica, mediante la comunicación No. 426/94 la aplicación de las sanciones al contratista, en los siguientes términos (flnos 253 y 254 cdno 3):

En la reunión celebrada el dos de los corrientes con la firma CONIC S.A. y en la cual se analizaron por parte del Señor Secretario de Obras Públicas, la Oficina Jurídica, los representantes de los contratistas y la Interventoría, los diferentes aspectos relacionados con el atraso en la ejecución de las obras, se convino que los contratistas terminarían las calles 8B al finalizar el mes de septiembre.

Además se determinó que este atraso debe ser sancionado aplicando al Contratista las multas diarias especificadas en la cláusula Décima Séptima del Contrato, a partir de la fecha de su vencimiento, 31 de Julio, y hasta que se terminen las dos vías de que se viene hablando.

Como en la calle 48 Sur entre las Carreras 110 y 106 no es posible trabajar hasta que el Instituto de Desarrollo Urbano IDU termine el alcantarillado que viene construyendo a través del contrato celebrado por el ingeniero Gustavo F. Alonso Guzmán, se convien (sic) entonces, que por la construcción del pavimento en esta calle no habrá multas por no ser culpa del contratista el no haber iniciado las obras en esta vía.

De la manera más atenta solicitamos a Usted la aplicación de las sanciones por el incumplimiento a que se ha hecho referencia.

16) Por medio de memorando del 19 de septiembre de 1994, el Director de la División de Interventoría, informa al Jefe de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Obras Públicas, frente al pluricitado contrato 191 de 1993, lo siguiente (flnos.245 a 252 cdno 3):

El contrato de la referencia tiene los siguientes frentes de trabajo:

- 1.- Carrera 110 entre calles 58 sur y 48 sur*
- 2.- Calle 8 B (Bosa) entre carreras 7A y 4*
- 3.- Carrera 3 (Bosa) entre calles 12 y 8 B*
- 4.- Carrera 48 sur entre calles 110 y 106*

En el sector No.1 no se puede ejecutar el programa de pavimentación, porque carece de alcantarillado y está localizado a lo largo de un vallado, donde desaguan las aguas negras del sector, por esta razón, el contrato se disminuirá \$ 127¿700.000.00, reduciéndose las obras a ejecutar a \$ 318¿055.229.00

Los sectores de los puntos 2 y 3 se encuentran actualmente en ejecución.

El sector indicado en el punto No.4 se realizará una vez el IDU termine la construcción del alcantarillado.

La situación del anticipo es la siguiente:

Anticipo recibido \$ 178'332.849.60

Anticipo amortizado \$ 30¿841.564.00

Anticipo por amortizar \$ 147¿491.285.60

Saldo por invertir en la ejecución de las tres vías (numerales 2,3,4)\$ 240¿951.318.00

De acuerdo a nuestra charla telefónica, me permito solicitar elaborar un OTROSI al contrato de la referencia estableciendo:

- 1.- Que el porcentaje del anticipo en las próximas actas de recibo de obra sea del 62%.
- 2.- Excluir de las metas físicas del contrato la carrera 110 entre calles 58 sur y 48 sur, por las razones expuestas anteriormente.

Para su ilustración le anexo oficio de la firma Interventora Cáceres Bolaños y Cia Ltda. No. CB-437/94

17) Mediante acuerdo suscrito entre el Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito - FOSOP y el Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas CONIC S.A., con fecha 19 de octubre de 1994, se llegaron a los arreglos allí indicados, previas consideraciones, así (flios. 14 a 16 cdno. No.3):

"...PRIMERA: Que no es posible adelantar la pavimentación de la carrera 110 entre calle 55 sur y calle 48 sur, por cuanto la vía carece de alcantarillado pluvial y sanitario y está localizado a lo largo de un vallado y una zona de pleno desarrollo, siendo el valor aproximado de esta obra CIENTO VEINTI SIETE (SIC) MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$127.700.000.00) SEGUNDO (SIC): Que en la carrera 3 Bosa de calle 12 a Calle 8 B; longitud 4,25 Mts; ancho 2 calzadas de 5.30 Mts y área de 5.165 M2. se están ejecutando obras, y se está a la espera del concepto de Planeación Distrital en el sentido de si es obligatorio o no para la urbanización Acuarela, acometer los 60 Mts que quedan en su frente, el valor aproximado de estos 60 Mts en dos calzadas es de VEINTI DOS (SIC) MILLONES DE PESOS M/CTE (22.000.000.00) a precios del contrato. TERCERA: Que las obras de la carrera 48 Sur entre calle (sic) 110 y 106 , sólo pueden ejecutarse hasta cuando el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) termine el Alcantarillado. Debe construirse un terraplen de 0.60 Mts con ancho en corona de 7 Mts. CUARTA: Que por lo expuesto en los considerandos anteriores el valor

proyectado de las obras a realizar es: en la calle 8 B y Carrera 3 por DOSCIENTOS VEINTI SIETE (SIC) MILLONES CIENTO SESENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$227.168.373) y carrera 48 Sur por NOVENTA MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$90.886.856.00) para un valor total proyectado de las obras de TRECIENTOS (sic) DIEZ Y OCHO MILLONES CIENCUENTA (SIC) Y CINCO MIL DOSCIENTOS VEINTI NUEVE (SIC) PESOS M/CTE (\$ 318.055.229.00)

QUINTA: Que el plazo de ejecución del contrato No. 191 de 1993 venció el 31 de julio de 1.994, teniendo en cuenta las prórrogas de Abril 21, Mayo 20 y Junio 22 de 1.994 ...(...)...

OCTAVA: Que los acuerdos constituyen un medio de solución pacífica de los conflictos surgidos entre el ente estatal y el contratista, y consiste en el arreglo directo entre las partes contratantes, por lo que hemos convenido celebrar el presente ACUERDO que se rige por las siguientes cláusulas: PRIMERA: Que teniendo en cuenta que el plazo del contrato No. 191 de 1.993, se encuentra vencido, se establece que para dar cabal cumplimiento a las obligaciones que de él se deriven, se entenderá (sic) dicho plazo por dos meses una vez que el IDU haya entregado las obras. SEGUNDA: Que se excluyen de las cantidades de obra previstas en el contrato No. 191 de 1.993, las obras correspondientes a la carrera 110 entre calles 55 Sur y Calle 48 Sur. TERCERA: Que en tal virtud deberán prorrogarse las garantías estipuladas en la cláusula décima sexta del contrato No. 191 de 1.993. CUARTA: Que el incumplimiento de lo aquí acordado dará lugar a la aplicación de las multas previstas en la cláusula décima séptima literal a) del contrato No. 191 de 1.993, sin perjuicio de la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, de acuerdo al artículo 38 del numeral 2 de la Ley 153 de 1887. QUINTA: Que la ampliación del plazo aquí acordado no da lugar al reconocimiento del reajuste de precios renunciando desde ahora el contratista a cualquier reclamación por dicho concepto. SEXTA: Quedan vigentes todas las cláusulas del contrato No. 191 de 1.993 en cuanto no se opongan a las aquí acordadas especialmente la estipulación prevista en la cláusula vigésima séptima respecto de la obligación que tiene el contratista de rehacer a sus expensas cualquier obra que resultare mal ejecutada a juicio del interventor..."

18) Con fecha 27 de enero de 1995, se reunieron las partes en el despacho del Secretario de Obras Públicas, con el fin de resolver la terminación del contrato 191-93, celebrado con CONIC S.A., según consta en acta de reunión que obra en copia auténtica a folio 13 del cuaderno 3. En dicha reunión se convino:

"... terminar las obras faltantes en la Carrera 3 de Bosa hasta su terminación en la calle 12, sin construir un tramo de la carrera 3 correspondiente a la Urbanización Acuarela.

"El plazo para la terminación de las obras es 17 de febrero de 1995. A la terminación de las obras se procederá a la liquidación del contrato. Las cuentas pendientes de pago y las obras que se ejecuten hasta el 17 de febrero se destinarán para la amortización del anticipo.

"No se ejecutarán obras en las siguientes vías contempladas en el contrato calle 48 sur entre carreras 106 y 110 y carrera 110 entre calles 48 sur y 55 sur"

19) Mediante comunicación CB-139/95 del 6 de abril de 1995, la firma Cáceres Bolaños y Cia, interventora del contrato, le informa al Secretario de Obras Públicas que la firma CONIC S.A., suspendió nuevamente, a comienzos del mes de marzo, la ejecución de los trabajos; que la obra lleva en ejecución 15 meses; que se ha aplazado el término en 3 ocasiones y el último

vencimiento tuvo lugar el día 31 de julio de 1994; que se le han concedido al contratista plazos extracontractuales, el último de los cuales, suscrito en acta del 27 de enero de 1995, se venció el 17 de febrero del mismo año, sin que tampoco se hubiera obtenido su cumplimiento, no mostrando el contratista interés alguno por cumplir sus compromisos contractuales, por lo que solicita la terminación del contrato y su liquidación en el estado en que se encuentre, así como la imposición de las sanciones a que hubiere lugar. A renglón seguido resume el estado financiero del contrato (folios. 11 y 12 cdno. 3).

20) Nuevamente, mediante comunicación del 10 de abril de 1995, la interventoría, en respuesta a oficio de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito, informa que " *el último vencimiento del plazo tuvo lugar el 31 de julio de 1994. La Obra todavía no ha sido terminada y hasta el día de hoy el atraso es de 253 días*" (folio. 17 cdno. No.3)

21) Con fecha 17 de abril de 1995 se expide por parte del FOSOP la Resolución No. 088, mediante la cual se sanciona con multa al contratista, bajo la siguiente argumentación (folios. 189 a 191 cdno.3):

...(...)

Que mediante acta de acuerdo celebrado (sic) entre el Director Ejecutivo del FOSOP y el contratista, suscrito (sic) el 19 de octubre de 1994, cláusula cuarta, se convino que el valor total proyectado de las obras es de \$ 318.055.229.00 Mcte. Así mismo, en acta de reunión celebrada en el despacho del Señor Secretario de Obras Públicas del Distrito Capital Santafé de Bogotá (sic) se acordó terminar las obras faltantes el día 17 de febrero de 1995, plazo que incumplió el contratista.

Mediante comunicación No. CB-136 de 10 de abril de 1995, la firma interventora del contrato No. 191 de 1993 CACERES BOLAÑOS CIA LTDA, informa a la Oficina Jurídica que el contratista tiene a la fecha un atraso de 253 días.

Que la firma CONSORCIO NACIONAL DE INGENIEROS S.A. CONIC no ha mostrado interés en cumplir con los compromisos contractuales, a pesar de las múltiples exigencias de la Dirección de la División de Interventoría de la SOP y de la firma interventora que ha solicitado la aplicación de la sanción correspondiente por el incumplimiento del contrato.

Que ante el incumplimiento del contrato la administración aplicará al contratista multa por incumplimiento, según la cláusula décima séptima literal b), del contrato y del acuerdo celebrado el 19 de octubre de 1994.

Por lo expuesto

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Sancionar con multa de **TREINTA MILLONES DE PESOS MCTE. (\$ 30.000.000.00)**, a la firma **CONSORCIO NACIONAL DE INGENIEROS S.A. CONIC**, responsable del contrato de Obra Pública No. 191 de 1993, FOSOP, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

ARTICULO SEGUNDO: Notificar personalmente esta Resolución a la firma **CONSORCIO NACIONAL DE INGENIEROS S.A. CONIC**, y al representante legal de la Compañía de Seguros Generales el Condor S.A., entregándoles copia auténtica y gratuita de la misma y de no efectuarse la notificación personal, surtirla en la forma prevista en el artículo 45 del Decreto 01 de 1984.

ARTICULO TERCERO: Requerir a la firma **CONSORCIO NACIONAL DE INGENIEROS S.A. CONIC**, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este proveído consigne en la Tesorería Distrital a favor del Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Santafé de Bogotá,. el valor de **TREINTA MILLONES DE PESOS MCTE. (\$ 30.000.000.00) ..."**

ARTICULO CUARTO: Contra la presente resolución procede el recurso de reposición.

...(...)

22) Con fecha 29 de abril de 1995, se suscribe entre el interventor y el contratista el Acta No. 14, de recibo final de obra (folios. 21 a 26 cdno. 3), de la cual se destacan los siguientes apartes:

Al final del folio 24, se lee:

"VALOR TOTAL OBRA RECIBIDA.. 206¿387.159.40"

Así mismo, en el folio 25 consta:

"Al contratista se concedieron durante el desarrollo del contrato tres prórrogas, la última de las cuales venció el 31 de julio de 1994, sin embargo el Contratista continuó trabajando hasta finalizar el mes de Abril de 1995.

"Después del 31 de julio de 1.994. El FOSOP concedió al contratista prórrogas extracontractuales con el ánimo de terminar la obra contratada y no dejar obras inconclusas, pero CONIC S.A. no terminó las obras. Al finalizar el mes de Abril de 1.995 el contratista abandonó la construcción quedando sin ejecutar las siguientes obras:

<i>Pavimento en concreto de cemento de 4000 psi m2 y 0.20 m. de espesor</i>	<i>167</i>	<i>19.984.65</i>	<i>3¿337.436.55</i>
<i>Juntas de dilatación en Asfalto</i>	<i>m 2.200</i>	<i>148.00</i>	<i>325.600.00</i>
<i>Sumideros de rejilla horizontal MOD 8 ¿IV-65</i>	<i>Und 7</i>	<i>145.000.00</i>	<i>1¿015.000.00</i>
<i>Sardineles integrales de 0.15 x 0.15 m.</i>	<i>m 345</i>	<i>3.520.00</i>	<i>1¿214.400.00</i>

SUMA			5¿892.436.55

"Por acuerdo celebrado entre las partes contratantes el 9 de octubre de 1.994 se excluyeron del contrato las obras contempladas en la Carrera 110 entre Calles 55 Sur y 48 Sur y por Acta suscrita el 27 de Enero de 1.995 se excluyó la Calle 48 Sur entre Carreras 105 y 110."

De otra parte, a folio 26 se indica:

"En constancia, una vez diligenciada la inspección (sic) de las obras ejecutadas y de haber comprobado que las mismas se realizaron de acuerdo con los términos del contrato suscrito para tal efecto, el contratista responsable hace entrega real y efectiva al interventor como representante del FONDO ROTATORIO VIAL DISTRITAL DE LA SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFE DE BOGOTA FOSOP, y este recibe los trabajos relacionados en la presente Acta.

El recibo por parte del FONDO ROTATORIO VIAL DISTRITAL DE LA SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFE DE BOGOTA FOSOP de los trabajos terminados, no releva al Contratista y al interventor de las acciones civiles y penales por sus acciones u omisiones en la actuación contractual a que hace hace (sic) referencia el contrato No. 91/93 y los artículos 52 y 53 de la Ley 80 de 1993.

Para constancia de lo anterior se firma la presente Acta, en Santafé de Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de Abril de mil novecientos noventa y cinco (1995) por los que en ella intervinieron:

MARIO SOCHA BARBOSA

CACERES BOLAÑOS Y CIA LTDA

REPRESENTANTE LEGAL

INTERVENTOR CONIC S.A.

HECTOR JOSE PAREDES TRUJILLO

DIRECCIÓN DIVISIÓN INTERVENTORIA

23) La Resolución 088 de 1995, se notifica mediante edicto, el cual se desfija el 16 de mayo de 1995 (flío. 20 vto cdno 2).

24) Contra la anterior resolución, con fecha 23 de mayo de 1995, el contratista presentó recurso de reposición (flíos. 24 a 27 cdno. 2).

25) Sin haberse aún ejecutoriado la Resolución No. 088 del 17 de abril de 1995, pues no se había resuelto el recurso de reposición interpuesto por el contratista, con fecha 06 de junio de 1995 se expide por parte del Director Ejecutivo del Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital, la Resolución No. 213, mediante la cual se declara el incumplimiento definitivo del contratista y se le hace efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada dentro del contrato. Sus considerandos más relevantes establecen (flíos. 42 a 44 cdno. No.3):

Que en desarrollo de lo establecido en el Art. 25 numeral 5 y Art. 40 de la Ley 80 de 1993, el FOSOP celebró dos acuerdos con el contratista con el fin de lograr que las obras tuvieran cabal finalización. Dichos compromisos se suscribieron el 19 de octubre de 1994, y el 27 de enero de 1995 quedando establecido el valor real del contrato en la suma de TRESCIENTOS DIECIOCHO MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS VEINTINUEVE PESOS MCTE (\$ 318.055.229.00).

Que mediante escrito No. CB-136/95 de abril 6 de 1995, la firma interventora CACERES BOLAÑOS Y CIA LTDA., solicitó la aplicación del incumplimiento (sic), ya que el contratista no ha hecho entrega de las obras incumpliendo así con el objeto del contrato.

Que como quiera que a pesar de los compromisos adquiridos con el contratista, éste continuó demostrando su falta de interés en cumplir con sus obligaciones, procede como medida obligatoria a hacer efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria declarando el incumplimiento del contrato, con amparo de la jurisprudencia sentada mediante fallo del 28 de enero de 1988, del Consejero Ponente de la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo (sic) Dr. Carlos Betancur Jaramillo, que señaló que la Administración podrá declarar el incumplimiento del contrato después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

Que por lo expuesto en los considerandos anteriores se procederá a declarar el incumplimiento del contrato No. 191 de 1993, lo que conlleva a ordenar hacer efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria y en consecuencia liquidar en firme esta providencia el contrato en el estado en que se encuentre (sic), efectuando las compensaciones respectivas si existieren saldos a favor del contratista, en caso contrario, se harán efectivas las garantías constituídas para el cumplimiento del contrato y si este no fuera posible, se cobrará por jurisdicción coactiva.

Por lo expuesto:

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento del contrato No. 191 de 1993, suscrito entre el Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Santafé de Bogotá FOSOP y la firma CONIC S.A.

ARTICULO SEGUNDO: Hacer efectiva la Cláusula Penal Pcuniaria por valor de **TREINTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS CINCO MIL QUINIENTOS VEINTITRÉS PESOS MCTE. (\$ 31.805.523.00)**, equivalente al diez (10%) por ciento del valor del contrato.

ARTICULO TERCERO: Una vez en firme la presente resolución se procederá a la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993.

ARTICULO CUARTO: Notificar personalmente esta resolución al Representante Legal de la Compañía de Seguros Condor S.A., entregándoles copia auténtica y gratuita de la misma, y de no poderse hacer la notificación personal, se surtirá en la forma prevista en el Artículo 45 del Decreto 01 de 1984.

...(...)...

26) Contra la Resolución anterior, el contratista presentó recurso de reposición (folios 86 a 90 cdno 3).

27) Mediante comunicación CB-250/95 del 12 de junio de 1995, la interventoría del contrato 191 de 1993, se dirige a la Dirección de la División de Interventorías de la Secretaría de Obras Públicas, con referencia al recurso de reposición presentado por el contratista contra la Resolución No. 088 del 17 de abril de 1995, reiterando los incumplimientos en que ha incurrido la firma CONIC S.A. (folios. 8 a 10 cdno. 3).

28) Mediante la Resolución No. 289 del 11 de julio de 1995, FOSOP resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 088 del 17 de abril de 1995, confirmándola en todas sus partes.

29) De otra parte, frente al concepto solicitado a la interventoría, en relación con el recurso de reposición interpuesto por la firma CONIC S.A., contra la Resolución No. 213 de 1995, con la cual se declara el incumplimiento del referido contrato, ésta responde mediante comunicación del 10 de agosto de 1995, manifestando que se debe imponer la multa (sic) al contratista, pues se incumplió el contrato debido a que no es cierto que el atraso en la ejecución de las obras se debió fundamentalmente a la no entrega por parte de la administración de las zonas para la ejecución de los trabajos, dado que el contratista contó con las Calles 8B entre carreras 7 y 4 y con la carrera 3 entre calles 8B y 12 (Bosa) para llevar a cabo los trabajos previstos en estas vías y fue tan notoria su ineficiencia que en un contrato previsto para ejecutar en 3 meses no se terminó la ejecución de la Calle 8B y la Carrera 3 en más de 15 meses. Según indica, sería absurdo pensar que el contratista pudiera trabajar en cuatro calles cuando era incapaz de hacerlo en dos, pues la razón fundamental para el atraso en la ejecución de las obras era la carencia de equipo y personal y su iliquidez a pesar de contar con un anticipo equivalente al 40% del valor del contrato. Puede decirse que la construcción de estas dos vías se pagó anticipadamente.

Recuerda que el contrato se redujo a dos vías únicamente, debido a la carencia de alcantarillado en las calles excluidas y además "... a la incompetencia, desorganización y carencia de equipo y de personal demostrada por el contratista" y aclara que la excusa del contratista según la cual, no pudo ejecutar las obras a lo largo de la urbanización Acuarela porque los urbanizadores estaban construyendo, no es válida, pues el contratista podía trabajar en las obras de la carrera 3 al norte de la urbanización y en la terminación de la calle 8B.

Finalmente y en lo que tiene que ver con las actas de recibo de obra hasta la fecha elaboradas, manifiesta que la interventoría elaboró las siguientes:

- *Acta No. 8 de obra no prevista y aceptación de precios unitarios (Enero 10/95)*
- *Acta No. 9 de Mayor y Menor Cantidad de Obra (Enero 10/95)*
- *Acta No. 10 de Recibo Parcial de Obra (Febrero 2/95)*
- *Acta No. 11 de Recibo Parcial de Obra (Febrero 10/95)*
- *Acta No. 12 de Recibo Parcial de Obra (Abril 28/95)*
- *Acta No. 13 de Ajustes Definitivos (Abril 29/95)*

- *Acta No. 14 de Recibo Final De Obra (Abril 29/95)*

Las Actas 8 a 13 fueron firmadas por el contratista, no así el Acta No. 14. El Contratista elaboró una nueva Acta No. 14, diferente a la preparada por la Interventoría, la cual fue enviada el 27 de junio de 1995 para que fuera firmada por la interventoría. Esta Acta No. 14 de recibo final de obra (la preparada por CONIC) no fue firmada por la interventoría y fue enviada a la Dirección de interventoría con la comunicación No. CB-283/95 de julio 3 de 1995.

Las diferencias entre el Acta No. 14 elaborada por CONIC y la preparada por la interventoría, son las siguientes:

CONIC no menciona en su Acta:

- 1. Que no terminó las obras a que había quedado reducido el contrato*
- 2. Que parte de la obra construida fue ejecutada después del vencimiento del plazo.*
- 3. No relaciona las obras faltantes en las dos vías a que se había reducido el contrato.*
- 4. No hace mención de las vías excluidas (sic) del Contrato mediante los convenios bilaterales de Octubre 9 de 1994 y 27 de enero de 1995.*

Las razones anteriores permiten concluir que existió incumplimiento del contrato y por tal motivo se debe imponer la multa al Contratista. (folios. 76 a 79 cdno. 3).

30) Con base en lo manifestado en la comunicación relacionada en el numeral anterior, FOSOP resolvió el recurso de reposición interpuesto, mediante la Resolución No. 372 del 11 de octubre de 1995, confirmándola en todas sus partes (folios. 46 y 47 Cdno.3).

31) A folios 142 a 147 del cuaderno 2, obran los testimonios de Julio Enrique Mutis Ascanio y Raúl Camargo Amezcuita, citados por la parte demandante, en los que se depone sobre la demora del FOSOP en entregar los diseños estructurales y las zonas para trabajar, las variaciones que tuvo el contrato, la adquisición de bienes por parte del contratista para la ejecución del mismo, el invierno que afectó las obras y la inexistencia de perjuicios a terceros.

32) De otro lado, a folios 148 a 150 del cuaderno 2, obra el testimonio del señor Gerardo Linares Cáceres, citado por parte del FOSOP, quien depone igualmente sobre la situación del contrato, pero contradice lo manifestado por los testigos anteriores, en el sentido de que no se requerían diseños geométricos para iniciar las obras pues eran calles existentes y el nivel y el ancho ya estaban determinados, y en cuanto a los estructurales le fueron entregados pero la carta del contratista era como una excusa para no iniciar las obras. Agrega que se entregaron dos de las zonas oportunamente para comenzar a pavimentar y en cuanto a las otras dos zonas no fueron entregadas, pero el contratista tenía suficiente trabajo con las ya entregadas y no obstante incumplió, siendo la causa principal la falta de personal y de equipo del contratista.

B . Análisis del recurso de apelación

Una vez establecidos los pormenores del contrato, la Sala encuentra que uno de los cargos se refiere concretamente a la falta de competencia de la administración para expedir los actos administrativos mediante los cuales se impusieron las sanciones que se discuten, por lo que abordará la Sala en primer lugar este cargo, pues de llegar a prosperar, no será necesario el estudio de los demás.

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

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

En materia de contratación estatal, la situación vigente no es distinta, en tanto la Ley 80 de 1993, se expidió como respuesta a una nueva concepción constitucional del Estado en su relación con los particulares que percibe la necesidad de éstos para el cumplimiento de sus fines, estableciéndose entonces una relación de derecho económico que requiere así mismo de criterios de igualdad, entre dos de sus actores más importantes, esto es, el Estado y el particular empresario, uno como garante de la prestación de los servicios públicos² y el otro como propietario o facilitador de los bienes necesarios para la prestación de tales servicios y que ve en las necesidades del Estado otro campo de inversión del cual puede derivar beneficios económicos, para lo cual, la ley introdujo a la contratación estatal el concepto de autonomía de la voluntad.

Así mismo, desde esta nueva visión, pretendió la Ley 80 apartarse de conductas perniciosas del pasado reflejadas en el Decreto 222 de 1983, y consignadas en la exposición de motivos de la misma ley, motivación ésta que, luego de identificar algunos vicios que llevaron al fracaso de las reformas implementadas para la contratación estatal, concluyó:

"Aunque sería injusto atribuir tantos males a la legislación vigente e iluso creer que las leyes por sí solas pueden lograr el bienestar y los cambios de conducta que requiere la sociedad, nos encontramos ante unas realidades que imponen la modificación de esa legislación.

"La primera, que no deben encasillarse en la ley las mecánicas administrativas, por esencia cambiantes; la segunda, que no puede prolongarse la vida de unos requisitos y unas exigencias que tan solo aumentan los costos de los servicios estatales, como las autorizaciones, revisiones, etc.; la tercera, que es necesario dar una mayor autonomía al administrador para que logre cumplir con los fines del mandato entregado; la cuarta, que deben defenderse los derechos del administrado contratista retornando el contrato a su noción original y despojando a la administración de un cúmulo de privilegios y facultades

omnímodas e innecesarias; y la quinta, que es indispensable hacer de la contratación estatal un acto de justicia y de responsabilidad tanto de la persona pública que contrata como del contratista."

Igualmente, en este sentido, en la ponencia para primer debate de Senado y Cámara, realizado conjuntamente por las comisiones cuartas de tales cámaras, se dijo:

Autonomía de la voluntad. Consensualidad

"Como se señala en la exposición de motivos del gobierno, la plena aplicabilidad de los preceptos del derecho privado, se convierte en la principal consecuencia de la instauración del postulado de la autonomía de la voluntad como principio cardinal en la contratación estatal (artículos 13 y 14), salvo, como es obvio, las materias que por pertenecer al ámbito público no pueden quedar al arbitrio de las partes.

"Lo anterior significa que ¿las relaciones entre el organismo estatal y el contratista deberán fundarse en el acuerdo de sus voluntades, del que emanarán las principales obligaciones y efectos del acto jurídico? (Exposición de motivos del gobierno).

"No parece encontrarse mejor instrumento que la autonomía de la voluntad para alcanzar los principios que fundamentan constitucionalmente la función administrativa (artículo 209 C.N.) La celebración de contratos por esencia pertenece a ella independientemente de la rama del poder público que los acometa.

"Por ello, debe resaltarse la importancia que tiene el punto que nos ocupa, como quiera que constituya parte esencial de la estructura del proyecto. En efecto, la consagración del postulado de la autonomía produce consecuencias diametralmente opuestas a las que se derivan de un régimen como el implantado en el Decreto 222 de 1983, caracterizado por la desigualdad contractual, por la preponderancia exorbitante de un Estado paquidérmico, con múltiples obstáculos que impiden la eficiencia y la eficacia en su gestión, carente de mecanismos ágiles de solución de las controversias contractuales, todo lo cual ha elevado considerablemente los costos de la contratación y ha generado traumatismos presupuestales.

"Cuánto tiempo y dinero no podrían ahorrarse las entidades oficiales si en ejercicio de la libertad contractual regulan sus relaciones, solucionan convencionalmente los conflictos y reconocen directamente los mayores costos que en forma justa y equitativa se deban a los contratistas.

"Es que la riqueza normativa susceptible de emerger de la actividad comercial desempeñada en forma libre es tan extensa, variada e incommensurable que resulta presuntuoso aspirar encauzarla y encasillarla en disposiciones fundadas en la desconfianza y en el detallismo formal."

Así, puede observarse entonces, que la ley 80 de 1993, que pretendió ser el estatuto único de contratación, constituye un conjunto de disposiciones que tienen la finalidad principal de seleccionar objetivamente al contratista y la regulación que del contrato mismo hace es meramente excepcional, según surge de lo previsto en los artículos 13 y 40 de dicha norma,

que establecen claramente que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la misma ley, así como, que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

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

*ARTICULO 60. DE LAS CLÁUSULAS QUE FORZOSAMENTE DEBEN CONTENER LOS CONTRATOS. Salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar. Así mismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto.*³ (Subraya la Sala).

Concretamente, en lo que atañe a la cláusula de multas y penal pecuniaria, los respectivos artículos que las regularon, establecieron que la imposición de aquellas se haría "...mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto"⁴ y que la imposición de ésta, es decir, la penal pecuniaria, se haría efectiva "directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento"⁵ y para los dos casos, estableció que los valores recaudados por tales conceptos ingresarían al tesoro de la entidad contratante y podría ser tomado directamente del saldo a favor del Contratista, si lo hubiere o de la garantía constituida y, si esto no fuere posible, se cobraría por jurisdicción coactiva⁶. Con ello, la entidad estatal quedaba plenamente facultada para, utilizando sus poderes excepcionales, declarar los incumplimientos e imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, según fuera el caso, lo cual, según se vio, claramente bajo la potestad de autotutela otorgada en las disposiciones previamente anotadas, podía hacer mediante acto administrativo.

Ello no ocurrió así con la Ley 80 de 1993. Esta norma, no solo derogó el Decreto 222 de 1983, anteriormente citado⁷, sino que restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria y dispuso de manera general⁸:

ART. 14. ¿De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral segundo de este artículo,

interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

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

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

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

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

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

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

No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998⁹ y del 20 de junio de 2002¹⁰, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.

En el caso que nos ocupa, atendiendo entonces a que las resoluciones demandadas fueron expedidas por el FOSOP, sin tener competencia asignada para el efecto, se encuentran

viciadas de nulidad y así se declarará por la Sala, acogiendo al respecto las pretensiones de la demanda.

En lo que se refiere a las pretensiones indemnizatorias, se abstendrá la Sala de hacer pronunciamiento alguno al respecto, atendiendo a que éste asunto no fue impugnado en el recurso de apelación que se resuelve y, en todo caso, no fueron demostrados perjuicios dentro del proceso.

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

FALLA:

PRIMERO: Revocar la sentencia del 16 de octubre de 1997, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: Declarar la nulidad de las Resoluciones Nos 088 del 17 de abril, 289 del 11 de julio, 213 del 6 de junio y 372 del 11 de octubre, todas de 1995 y proferidas por el Director Ejecutivo del Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Santafé de Bogotá ¿ FOSOP, conforme a las razones anotadas en el cuerpo de este proveído.

TERCERO: Una vez en firme la presente providencia, devuélvase al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE y CUMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO

Presidente de la Sala

GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR

ALIER E. HERNANDEZ ENRIQUEZ

Ausente

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA