

MULTAS EN CONTRATOS ESTATALES – Noción

Ad inicio conviene señalar que la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación han considerado que las multas estipuladas en los contratos estatales tienen como objeto compeler, constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, es decir, que al ser su función conminatoria y no sancionatoria, es evidente que no se persigue indemnizar o reparar los daños ocasionados por el incumplimiento del contratista, sino requerirlo para que cumpla lo pactado, y con ello se garantice la adecuada ejecución del contrato.

MULTAS EN CONTRATOS ESTATALES – Competencia

En vigencia del Decreto 222 de 1983, la facultad de las entidades para imponer multas al contratista en caso de mora, o incumplimiento, se encontraba prevista en el artículo 71. (...) la Ley 80 de 1993 no consagró expresamente dicha figura, como parte de las potestades excepcionales de la entidad, lo cual dio lugar a que se presentaran diversas interpretaciones y posiciones jurisprudenciales acerca de la facultad de las entidades para imponer y hacer efectivas las multas que hubieren sido pactadas en el contrato. (...) todas estas posiciones fueron recogidas y aclaradas con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, ya que ésta, en su artículo 17, consagró la posibilidad de que las entidades impusieran y exigieran unilateralmente las multas, señalando, expresamente, que sería aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a su expedición, siempre y cuando los actos administrativos contentivos de las multas se proferieran después de su entrada en vigencia, es decir, a partir de enero del año 2008.

NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO – Procedencia

Al verificar las fechas en que fueron proferidos los actos administrativos mediante los cuales se impuso la multa, es evidente que la norma vigente para la época de los hechos y aplicable a este caso concreto, es la Ley 80 de 1993, que no consagró expresamente la facultad para que las entidades impusieran multas y las hicieran exigibles unilateralmente. Así las cosas, al encontrar que la entidad carecía de competencia para imponer y hacer exigible unilateralmente, las multas por incumplimientos parciales del contratista, las Resoluciones 2133 de 1996 y 0968 de 1997, devienen nulas y así habrá de declararse en la parte resolutive de esta providencia. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las resoluciones acusadas y teniendo en cuenta que en el plenario obra copia del recibo de pago de la multa efectuado por el contratista, el 9 de enero de 1998, se ordenará la devolución de la suma que fue cancelada a la entidad, la que será actualizada con la fórmula utilizada por esta Corporación.

TEORÍA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO – Noción

El equilibrio económico del contrato, constituye una regla contenida en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, bajo cuyo tenor, en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, que resulta de la aplicación del principio de conmutatividad, contenido en el contrato y que vincula a las partes; cuando dicha igualdad se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento.

DESEQUILIBRIO ECONOMICO DE CONTRATO ESTATAL – Circunstancias imprevisibles

Se predica el desequilibrio económico del contrato en los eventos en que durante la ejecución se presentan circunstancias que afectan gravemente su economía y conducen a que la entidad adopte las medidas pertinentes para tratar de restablecer al contratista a la condición inicialmente pactada, para lo cual deberá verificarse dicha ecuación en cada caso, frente a las obligaciones contenidas en el contrato, ya que sólo puede predicarse el desequilibrio en contratos conmutativos y de tracto sucesivo, y ello, cuando de manera posterior a la celebración del mismo se alteran las condiciones pactadas en su celebración.

ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO – Factores

De tiempo atrás se ha reconocido que la ecuación financiera del contrato puede alterarse durante su ejecución por las siguientes causas: 1) actos o hechos imputables a la administración contratante, por incumplimiento de las obligaciones contractuales; 2) actos de la administración ya

no como contratante sino como Estado, analizados a luz de la teoría del hecho del príncipe; y 3) actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevinientes, abordados generalmente desde la perspectiva de la teoría de la imprevisión.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02422-01(32428)

Actor: CONSORCIO VIAS 96

Demandado: SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS DE BOGOTA

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Resuelve la Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 1 de diciembre de 2004, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

Mediante escrito presentado el 20 de agosto de 1998, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el Consorcio Vías 96, por intermedio de apoderado, presentó demanda solicitando se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: Que es nula la Resolución No. 2133 del 13 de noviembre de 1996, mediante la cual el DISTRITO CAPITAL DE SANTA FÉ DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE OBRAS PUBLICAS DE SANTA FÉ DE BOGOTÁ –SOP -, impuso una multa por valor de \$867.444.94 M/CTE el contratista CONSORCIO VÍAS 96 en desarrollo del contrato de obra No. 1-140 de junio 5 de 1996.

SEGUNDA: Que es nula la Resolución 0968 de marzo 3 de 1997, mediante la cual el DISTRITO CAPITAL DE SANTA FÉ DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS DE SANTA FÉ DE BOGOTÁ –SOP-, confirmó la Resolución 2133 del 13 de Noviembre de 1996 por la cual multó al CONSORCIO VÍAS 96.

TERCERA: Que se declare que la entidad demandada incumplió el contrato de obra pública 1-140 de junio 5 de 1996, celebrado con el CONSORCIO VÍAS 96, por las siguientes causas: 3.1) Haber entregado tardíamente aprobados los diseños de las vías materia de la recuperación y mantenimiento objeto del contrato celebrado. 3.2) No haber entregado los planos de localización de las redes de acueducto, alcantarillado, teléfonos, eléctricos, etc., correspondientes a las vías materia de la recuperación y mantenimiento objeto del contrato celebrado 3.3) No haber restablecido el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida para el contratista por la presencia de hechos ajenos al contratista que perturbaron dicho equilibrio, primero, con ocasión del retardo en que incurrió la demandada en el trámite y adjudicación de la Licitación Pública numero I-SOP-003 de 1996, lo que condujo a la desactualización de los precios de la propuesta presentada por el CONSORCIO VÍAS 96 y, segundo, en virtud de los imprevistos surgidos durante la ejecución de las obras contratadas no imputables al consorcio contratista.3.4). No haber pagado el sobreacarreo de 930.55 M³ de material procedente de las excavaciones y demoliciones de más de 5 Km. 3.5) No haber pagado los perjuicios causados por la acción de las lluvias, al haber tenido que reponer el Consorcio Contratista 126.92 M³ de relleno en material seleccionado B-200. 3.6) No haber pagado los costos indirectos A.I.U. gastos y perjuicios económicos, por personal, por maquinaria y equipo, por la mayor permanencia de la firma al frente de las obras y en la administración, debido al tiempo de prórroga de treinta y seis (36) días, hasta la fecha del Acta de Recibo Final de Obra. 3.7) No haber pagado oportunamente las Actas No. 7 de Noviembre 18 de 1996 (su pago ocurrió el día 17 de febrero de 1998) y No. 8 de mayo 27 de 1997 (su pago ocurrió el día 17 de febrero de 1998).

CUARTA: Que el CONSORCIO VÍAS 96 presentó un atraso de siete (7) días en la ejecución de las obras contratadas, por causa exclusiva del incumplimiento de la entidad demandada.

QUINTA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al DISTRITO CAPITAL DE SANTA FÉ DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS DE SANTA FÉ DE BOGOTÁ –SOP- al pago de todos los perjuicios causados a mis representados, que resulten probados dentro del proceso, con ocasión de la declaratoria de nulidad de las resoluciones demandadas y del incumplimiento del contrato de obra pública número 1-140 de junio 5 de 1996, incluyendo daño emergente y lucro cesante, de conformidad con los medios de prueba que se anexan y piden en el capítulo respectivo, los que en principio se discriminan como sigue:

POR LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES

5.1. La suma de \$867.444.97 M/CTE por concepto del valor de la multa pagada a la demandada.

5.2. La suma de \$73.024.763,61, o la que fijen peritos en el dictamen pericial que adelante se pide, por concepto de los perjuicios causados por la pérdida de la oportunidad de contratar con el DISTRITO CAPITAL DE SANTA FÉ DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS DE SANTA FÉ DE BOGOTÁ –SOP- que el Ing. RÓMULO TOBO USCÁTEGUI padeció como consecuencia de la

imposición de la prementada multa al CONSORCIO VÍAS 96, cuando la demandada rechazó la propuesta que el CONSORCIO PAVIMENTOS Y CONCRETOS del cual hizo parte el citado ingeniero, dentro de la Licitación Pública No. SOP 011 -97 de 1997, al dejar de recibir el valor de la utilidad calculada en dicha propuesta.

Sobre cada una de las anteriores sumas de dinero la demandada pagará el valor de los intereses de la Ley 80 de 1993, desde la fecha de ejecutoria de las Resoluciones 2133 de 1996 (sic) y Resolución 0968 de 1997, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO:

5.3. La suma de \$22.852.222,30 o la que determinen peritos en el dictamen pericial que adelante se pide, por concepto del no restablecimiento de la ecuación económica del contrato a favor del CONSORCIO VÍAS 96, en razón del retardo en que incurrió la entidad demandada en el trámite y adjudicación de la licitación fuente y origen del contrato de obra pública número 1-140 de junio 3 de 1996 celebrado con el CONSORCIO VÍAS 96, y de los imprevistos surgidos durante la ejecución del contrato no imputables al consorcio contratista (Reclamación No.1).

5.4. La suma de \$3.610.172.73, o la que determinen peritos en el dictamen pericial que adelante se pide, por el no pago de sobreacarreos de 930.55 M³. de material procedente de las excavaciones y demoliciones a más de 5 Km en una distancia de 3.0 Km (Reclamación No. 2).

5.5. La suma de \$3.091.241,18, o la que determinen peritos en el dictamen pericial que adelante se pide, por el no pago de los perjuicios causados por la acción de las lluvias, al haber tenido que reponer 126.92 M³ de relleno en material seleccionado B-200 (Reclamación No. 3).

5.6. La suma de \$48.301.102.16, o la que determinen peritos en el dictamen pericial que adelante se pide, por el no pago de los costos indirectos A.I.U. gastos y perjuicios económicos, por personal, por maquinaria y equipo, por la mayor permanencia de la firma al frente de las obras y en la administración, debido al tiempo de prórroga de treinta y seis (36) días, (Reclamación No. 4).

5.7. Sobre la suma de dinero inmediatamente anterior la demandada pagará el valor de los intereses de la Ley 80 de 1993 desde la fecha de la liquidación final del contrato 1-140 de junio 5 de 1996, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

5.8. La suma de \$4.625.853,53, o la que determinen peritos en el dictamen pericial que adelante se pide, por concepto de los intereses moratorios por el pago tardío del valor de las Actas número 07 de noviembre 18 de 1996 y número 8 de mayo 27 de 1997, causados hasta la fecha de presentación de esta demanda y por la suma de dinero de los que se causen posteriormente hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que pongan fin al presente proceso, liquidados conforme a la Ley 80 de 1993 y el Decreto 679 de 1994. (Reclamación No. 5).

SEXTA: Que todas las sumas de dinero a que se condene y ordene pagar a la demandada y a favor de mis representados por los conceptos y valores que se desprendan de las pretensiones inmediatamente anteriores, sean actualizadas monetariamente conforme a los parámetros fijados por la reiterada jurisprudencia

emanada tanto del ese H. Tribunal como del H. Consejo de Estado, en sus Secciones Terceras, respectivamente.

SÉPTIMA: Que se condene al DISTRITO CAPITAL DE SANTA FÉ DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS DE SANTA FÉ DE BOGOTÁ –SOP – al pago de las costas, agencias en derecho y demás gastos del proceso, en especial si la parte demandada queda incurso en la conducta procesal prevista en el Parágrafo 3° del artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

OCTAVA: A la sentencia que le ponga fin al presente proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, devengando intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud de cumplimiento y obediencia de la sentencia, acompañada con los índices de precios al consumidor y moratorios luego, y que éste valor que resulte sea actualizado monetariamente hasta la fecha del pago real y efectivo de las misma”.

Con la presentación de la demanda, en escrito separado, se solicitó además, la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, con los mismos argumentos expuestos en las pretensiones y hechos.

1.2. Hechos

Las pretensiones tienen fundamento en los siguientes hechos:

1. El consorcio demandante celebró con la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá, el contrato de obra No. 1-140, el 5 de junio de 1996, cuyo objeto principal fue la recuperación y mantenimiento de la Vía, Instituto Nacional de Ciegos desde la avenida calle 11 sur hasta la calle 13 sur; Carrera 1 Este desde la Avenida 1 de mayo, calle 22 sur hasta frente al predio No. 18 - 51 más 33 metros, a precios unitarios fijos. El valor pactado ascendió a la suma de \$123.920.706. El plazo de la obra fue de 90 días y la duración del contrato quedó convenida en 120 días.

2. Mediante la Resolución 2133 del 13 de noviembre de 1996, la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá impuso una multa al contratista, la cual era ilegal porque la Secretaría de Obras carecía de facultades para ello y además fue extemporánea, teniendo en cuenta que fue notificada personalmente, el 29 de noviembre de 1996, y el plazo del contrato se venció el 13 de noviembre del mismo año.

3. Contra el anterior acto administrativo, el contratista interpuso recurso de reposición y mediante Resolución 0968 del 3 de marzo de 1997, fue confirmada la

multa. Este acto fue notificado por edicto el 12 de marzo de 1997 y una vez en firme, la multa fue pagada por el consorcio.

4. Durante la ejecución del contrato se presentaron circunstancias que incidieron en su ejecución, por ejemplo, al excavar el lugar de las obras se encontraron tuberías de presión de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado que podían afectarse en caso de ejecutarse los trabajos con las especificaciones contratadas, lo cual dio lugar a que se variaran los diseños y condiciones de la obra y se necesitaran obras adicionales que exigían la aprobación previa de la entidad, todo lo cual demoró la ejecución del contrato, al igual que el fuerte invierno que se presentó en esa época y que implicó la pérdida de material de la obra.

5. Además de lo anterior, el contratista tuvo que asumir el costo que implicaba el acarreo de los desechos a una distancia mayor a la pactada en la cláusula primera del contrato (5 km.) y ello implicó un menor rendimiento del tiempo invertido en la obra.

6. El consorcio Vías 96 en varias oportunidades solicitó la prórroga del contrato por 30 días, o la suspensión del mismo, pero sólo se le autorizó verbalmente la ampliación del plazo por 17 días, tiempo que de antemano, se sabía, sería insuficiente. No obstante, el 14 de noviembre de 1996, cuando ya había expirado el plazo de ejecución del contrato, el interventor informó que se autorizaban obras complementarias por valor de \$3.800.000, con lo cual hubo una prórroga tácita y unilateral del plazo.

7. Como consecuencia de estos hechos, se rompió el equilibrio económico del contrato, porque los precios fueron calculados para el plazo establecido en el contrato y finalmente se amplió dicho término, con lo cual se afectaron los precios pactados con el contratista.

8. Mediante acta No. 8 del 27 de mayo de 1997, las partes, de común acuerdo, liquidaron el contrato de obra, oportunidad en la cual el contratista solicitó el restablecimiento económico del mismo, a lo cual no accedió la entidad contratante. En el acta se dejó constancia sobre las reclamaciones elevadas a la Secretaría de Obras Públicas del Distrito.

9. Con la imposición de la multa se causaron graves perjuicios a los contratistas, en especial al Ingeniero Rómulo Tobo Uscátegui, a quien, como persona natural y como integrante del consorcio Pavimentos y Concretos, le fueron rechazadas las propuestas que presentó en las licitaciones SOP 006-97 y SOP 011-97, privándolo de la oportunidad de celebrar los respectivos contratos.

10. Por otra parte, los valores correspondientes a las Actas No. 7, calendada el 18 de noviembre de 1996, y No. 8 del 27 de mayo de 1997, sólo fueron pagadas por la Secretaría de Obras Públicas del Distrito, el 17 de febrero de 1998, porque no se constituyó, oportunamente, la reserva presupuestal para la mayor cantidad de obra ejecutada, requisito que se cumplió el 12 de noviembre de 1997.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora señaló como normas violadas los artículos 1602, 1603, 1608, 1610-3, 1613 a 1617 del Código Civil; artículos 3, 5, 11, 12, 13, 23, 24 numerales 2, 7 y 8, 25 numerales 3 a 10, 26, numeral 1, 28, 32, 39, 40, 75 y 77 de la Ley 80 de 1993. Artículos 35, 38 numeral 15, 39 y 40 del Decreto Ley 1421 de 1993 y artículos 3, 5, y 8 de la Ley 58 de 1982; artículos 2, 28, 34 y 35 del C.C.A.

Los cargos formulados contra los actos administrativos fueron los siguientes:

Cargo Primero: Falta de competencia funcional de la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá para imponer la multa, porque si bien en el contrato se pactó esta posibilidad, la persona facultada para ello era el Alcalde Mayor, toda vez que el contrato fue celebrado directamente con dicho funcionario.

Manifestó el contratista, que según el Estatuto Orgánico de Bogotá, corresponde al Alcalde la celebración de los contratos de la administración Distrital, facultad que puede ser delegada en los Secretarios y Jefes de Departamento Administrativo, pero la Secretaría de Obras Públicas es una simple dependencia que no puede representar legalmente al Distrito y mucho menos tiene capacidad para celebrar contratos o imponer multas, aparte de que oficialmente no se conoce el acto administrativo de delegación.

Cargo Segundo: Extemporaneidad de la multa, la cual fue impuesta por fuera de la vigencia o plazo del contrato, teniendo en cuenta que el plazo para la ejecución

venció el 14 de octubre de 1996, y el término del contrato fue hasta el 13 de noviembre, mientras que la resolución que impuso la multa fue notificada personalmente el 29 de noviembre de 1996, momento en que el acto administrativo era oponible al contratista sancionado, sin que pueda aceptarse que hubo una prórroga del mismo, ya que el acuerdo sobre ese punto nunca fue elevado a escrito.

De acuerdo con la jurisprudencia, la multa tiene la finalidad de compeler al contratista para que cumpla el contrato, razón por la cual debe imponerse antes de su vencimiento, pero en este caso la Secretaría de Obras recibió las obras dejando constancia expresa del cumplimiento de las obligaciones contractuales y sólo al día siguiente le envió un oficio citatorio para que compareciera a notificarse de la resolución acusada.

Tercer Cargo: Expedición irregular del acto, por carencia de motivación detallada y precisa de la Resolución 2133 de 1996, ya que no se analizaron las causas por las cuales se le endilgó al contratista un atraso de siete días en la terminación de las obras sin tener en cuenta que sólo el 30 de septiembre de 1996 fue aprobada el acta de modificación de obra y el 18 de octubre del mismo año se autorizó el cambio de diseño de la vía, lo cual incidió en el plazo de ejecución de la obra.

Es decir, que la entidad demandada hizo a un lado las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se presentaron durante la ejecución del contrato, las cuales constituían antecedentes esenciales de la conducta contractual de las partes, que no se reflejaron en la Resolución 2133 de 1996, sino que vinieron a ser analizadas en los considerandos de la Resolución 0968 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición.

Cuarto Cargo: Violación del derecho de defensa, audiencia y contradicción, porque la sanción fue impuesta de plano, con vulneración del debido proceso, ya que la actuación anterior a la imposición de la multa no fue conocida por el contratista y tampoco se le dio oportunidad de ser escuchado y de controvertir el memorando 2032 del 8 de noviembre de 1996, mediante el cual el Jefe de la División de Interventoría solicitó imponer la multa.

Adicionalmente, para la imposición de la multa solo se tuvieron en cuenta dos conceptos técnicos que no existían previamente, puesto que fueron emitidos con

posterioridad a ella, es decir, el memorando 018 de enero 8 de 1997, y el oficio No 534 de enero 14 de 1997, que el consorcio no tuvo oportunidad de controvertirlos y que no fueron expuestos en la resolución sancionatoria.

Cargo Quinto: Desvío de poder, que se evidencia en que la entidad sancionó al contratista sin tener en cuenta que ella no cumplió con sus obligaciones contractuales, o lo hizo de manera tardía. Es decir, que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, se configura un desvío de poder, cuando se sanciona al contratista haciendo caso omiso de su propio incumplimiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil.

En efecto, al verificar el texto de la Resolución 0968 de 1997, se evidencia que la entidad no cumplió con la entrega de los planos y diseños de las redes de servicios de la vía contratada, y además modificó el diseño de la vía, con lo cual impidió al contratista cumplir oportunamente con la ejecución de las obras contratadas.

A lo anterior se suma, que la entidad demoró casi 70 días en aprobar los cambios en las obras, y sólo concedió al contratista una prórroga de 17 días, que era a todas luces insuficiente para cumplir el objeto contractual, razón por la cual se multó un atraso inexistente, en la medida en que los días que se tomó la Secretaría de Obras Públicas para definir el diseño de la vía, debieron sumarse al plazo del contrato, en cumplimiento de los principios de equidad y buena fe contractual.

1.4. Trámite en primera instancia y contestación de la demanda

Mediante auto del 15 de octubre de 1998, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados, dispuso integrar el contradictorio vinculando al proceso a la compañía de Seguros Generales Cóndor S.A., admitió la demanda, ordenó fijar en lista y notificar a las partes¹.

¹ Fls. 60 a 67.

Contra la anterior providencia, el apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación, oponiéndose a la vinculación de la aseguradora e insistiendo en la suspensión provisional de los actos administrativos demandados².

Mediante providencia del 28 de septiembre de 2000, el Consejo de Estado decidió el recurso de apelación interpuesto por el demandante, revocando el literal b) del numeral 1 del auto admisorio que ordenó vincular como litisconsorte a la compañía Seguros El Condor S.A. y confirmó la negativa de la suspensión provisional solicitada³.

Al verificar que se omitió la fijación en lista, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto del 31 de julio de 2002, dispuso nuevamente fijar en lista por el término de diez días, para la contestación de la demanda⁴.

El Distrito Capital contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, alegando que la entidad sí estaba facultada para multar al contratista porque así se pactó en el contrato y por ello podía imponerla unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez del contrato, ya que ésta no es una cláusula excepcional, sino del derecho común⁵.

Adujo también que la causa para imponer la multa fue el incumplimiento del plazo acordado, como se estableció en la cláusula XVI del contrato, y no se vulneró el derecho de defensa, porque el contratista tuvo oportunidad de controvertir las decisiones de la entidad, a través de la interposición de los recursos en la vía gubernativa.

En lo relacionado con el desequilibrio económico del contrato, manifestó que durante su ejecución, se mantuvo la igualdad y equivalencia de las obligaciones contractuales, al punto que se reconocieron nuevos precios, y que durante el desarrollo de la licitación, la adjudicación y la suscripción del contrato no hubo un lapso tan amplio que pudiera perjudicar al contratista, además de que las obras extras fueron pagadas por la entidad para que el proyecto no quedara inconcluso y para no lesionar al contratista.

² Fls. 71 a 85.

³ C.3.

⁴ Fls 125.

⁵ Fls. 127 a 138.

Por otra parte, señaló que las demoras en la ejecución de la obra fueron imputables al contratista pese a la suspensión del término concedido por la Secretaría de Obras, amén de que la pérdida o deterioro del material por causa de la lluvia, obedeció a la falta de cuidado del contratista.

Finalmente, expuso, que los actos administrativos fueron expedidos acogiendo las disposiciones legales vigentes y las cláusulas pactadas en el contrato. Propuso como excepción la ausencia de causales que invaliden los actos administrativos y la genérica del C.C.A.

Con auto del 5 de junio de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó las pruebas solicitadas por las partes⁶. Vencido el periodo probatorio, por providencia del 5 de febrero de 2004, ordenó correr traslado para alegatos de conclusión, término que transcurrió sin manifestación de las partes⁷.

1.5. Sentencia de primera instancia

El Tribunal de Cundinamarca profirió sentencia el 1 de diciembre de 2004, en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda⁸.

El Tribunal de instancia negó la pretensión orientada a anular el acto administrativo mediante el cual se impuso multa al contratista, para lo cual analizó cada uno de los cargos formulados por el demandante.

Respecto de la falta de competencia, manifestó que de acuerdo con las pruebas, la Secretaría de Obras Públicas del Distrito recibió la delegación del Alcalde Mayor para la celebración del contrato y para todos los actos relacionados con el mismo, de modo que estaba debidamente facultada para adoptar la decisión sancionatoria.

En cuanto a la extemporaneidad, señaló que la multa fue impuesta cuando ya se habían entregado las obras, pero todavía no se había liquidado el contrato, siendo éste el momento en que la entidad podía evaluar el cumplimiento o no de las obligaciones a cargo del contratista, de manera que en este caso, la sanción fue

⁶ Fls 197 y 198.

⁷ Fl. 218.

⁸ Fls. 223 a 246.

oportuna. La providencia advirtió que en el acta de liquidación ninguna salvedad se incluyó respecto de la imposición de la multa.

En lo relacionado con la ausencia de motivación detallada y precisa, consideró el Tribunal que el motivo de la multa era sencillamente un atraso en el cronograma de trabajo y por ello, con fundamento en el informe remitido por la interventoría, resolvió sancionar al contratista sin que se requiriera una mayor motivación o justificación.

El fallador de la instancia descartó que se hubiera violado el derecho de defensa y de contradicción del contratista, por considerar que éste se garantizó al habersele otorgado la posibilidad de impugnar el acto administrativo, exponiendo las razones de su disenso.

Finalmente, el a-quo consideró que no se acreditó probatoriamente el desvío de poder, ni que la entidad hubiera proferido los actos administrativos con un interés particular y no en beneficio del buen servicio, sin que pueda aceptarse la tesis según la cual, existe desvío cuando la entidad contratante exige al contratista el cumplimiento de sus obligaciones, a pesar de haber incumplido las suyas.

De otro lado, en cuanto al incumplimiento del contrato por parte de la entidad contratante, se analizaron los siguientes aspectos: 1) retardo de la adjudicación de la licitación y en la entrega de los planos y diseños, lo cual dio lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato. 2) El no pago del sobreacarreo del material de escombros de la obra. 3) El no pago de costos indirectos generados por la mayor permanencia en la obra debido a la prórroga del contrato y, 4) El pago tardío del valor de las actas número 7 y 8, correspondientes al recibo final de la obra y liquidación del contrato, respectivamente.

En cuanto al primero de los puntos antes relacionados, encontró el Tribunal que no hubo alteración del equilibrio económico del contrato, porque el término transcurrido entre la presentación de la oferta y la suscripción del contrato fue razonable, al igual que la diferencia existente entre el plazo pactado en el contrato y el tiempo real de ejecución de la obra, aparte de que en el pliego de condiciones, se advirtió a los proponentes que los precios debían incluir los incrementos de costos que podían presentarse durante la ejecución de las obras, además de que el 5 de junio de 1996, se suscribió el acta 3, sobre las obras no previstas y la

aceptación de precios unitarios convenidos para los nuevos ítems de obra, documento que fue aceptado plenamente por el contratista, ya que se elaboró con base en el presupuesto presentado por él.

En lo tocante al pago del sobreacarreo, estimó el fallador de la instancia, que desde el principio, el contratista conoció la ubicación de la obra y libremente aceptó la distancia de 5 Km., establecida en los pliegos del contrato, de modo que si luego tuvo que transportar los escombros a una distancia mayor porque no existía un botadero cercano, esa circunstancia debió preverla antes de celebrar el contrato.

Respecto del no pago de los gastos por mayor permanencia en la obra, resaltó el a-quo la contradicción existente entre el reclamo porque no se autorizó la prórroga del contrato en 30 días, sino sólo por 17 días, y luego, la inconformidad porque tuvo que incurrir en gastos de administración, por ese número de días; en definitiva, esta pretensión fue desestimada, por considerar que no se probó que el atraso en las obras fuera imputable a la entidad contratante.

Finalmente, estimó el Tribunal, que solo hubo incumplimiento de la entidad en el pago tardío de las actas 7 y 8 del contrato, porque fueron canceladas casi 9 meses después de suscribirse el acta de liquidación, frente a lo cual, la Secretaría de Obras manifestó que se presentaron problemas presupuestales, pero esta circunstancia no podía ser trasladada al contratista, ni era una carga que éste tenía que soportar, razón por la cual se condenó a la entidad al pago de los intereses causados durante la mora en el pago de las cuentas, los cuales se liquidaron de acuerdo a lo señalado en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, para un total de \$1.119.215.

1.6. Recurso de apelación y trámite en segunda instancia

Contra la anterior decisión la parte actora presentó recurso de apelación⁹.

Con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, como un argumento adicional no incluido en la demanda inicial, el impugnante manifestó que la administración no tenía competencia para aplicar

⁹ Fls. 285 a 304.

unilateralmente las multas pactadas en el contrato, sino que debía dirigirse al juez, para que éste las impusiera, ya que esa facultad desapareció con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, tal como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia. Adicionalmente reiteró que la Secretaria de Obras Públicas de Bogotá, no tenía tampoco competencia para imponer la multa, porque dicha facultad estaba radicada en cabeza del Alcalde Mayor y no se conocía, oficialmente, la preexistencia de un acto de delegación de esa función.

Por otra parte, señaló como motivo de inconformidad la extemporaneidad de la sanción impuesta, por cuanto ella se hizo por fuera del límite establecido, es decir, durante la vigencia del plazo contractual, que era de 120 días, y en consecuencia venció el 13 de noviembre de 1996, cuando la entidad recibió las obras, mientras que la multa fue notificada el 29 del mismo mes y año; así, si la imposición de una multa tenía la finalidad de compeler al cumplimiento del contrato, debió sancionarse cuando todavía era posible cumplir y no cuando se había agotado toda posibilidad para ello.

De igual forma, insistió en los argumentos planteados en la demanda acerca de la expedición irregular del acto, por ausencia de motivación detallada y precisa de la Resolución 2133 de 1996, violación al derecho de defensa y contradicción, porque no se le comunicó previamente la existencia de un procedimiento sancionatorio y no tuvo oportunidad de controvertir el memorando 2032 del 8 de noviembre de 1996, emanado de la interventoría y que sirvió de fundamento para la imposición de la multa, amén de que para confirmar la sanción, la administración se apoyó en dos conceptos técnicos, proferidos con posterioridad a la notificación del acto sancionatorio.

El impugnante reiteró lo expuesto en la demanda respecto del desvío de poder, porque exigió al contratista el cumplimiento de sus obligaciones, a pesar de no haber cumplido ella las suyas (Art. 1609 del C.C.).

Como argumentos del recurso, el apoderado de la parte actora también trajo a colación lo expuesto en la demanda sobre el incumplimiento de la Secretaría de Obras Públicas, al no reconocer el desequilibrio económico del contrato, no pagar el sobreacarreo del material procedente de excavaciones y demoliciones a más de 5 kilómetros, los perjuicios causados por la acción de las lluvias, la mayor permanencia del contratista en las obras, lo adeudado por la mora en el pago del

acta No.7 que equivocadamente no fue reconocido en la sentencia, y el valor de la liquidación efectuada en el acta No. 8, teniendo en cuenta que, según los peritos, la suma correspondiente a la mora de las dos actas era de \$7.731.535.36, con corte al 30 de junio de 2003, y no la que se indicó en la providencia apelada, y el reconocimiento de la indemnización debida al ingeniero Rómulo Tobo Uscátegui, por la pérdida de la oportunidad de contratar con la Secretaría de Obras, al ser rechazada la propuesta que presentó el Consorcio Pavimentos y Concretos, como consecuencia de la imposición de la multa al Consorcio Vías 96.

Mediante auto del 28 de abril de 2006, se admitió el recurso de apelación y en providencia del 21 de enero de 2005, se concedió término para presentar alegatos de conclusión¹⁰.

La parte demandada alegó de conclusión con los mismos argumentos expuestos en el recurso de apelación¹¹.

De igual manera, el apoderado de la entidad demandada describió el traslado para alegar de conclusión, solicitando confirmar la decisión de primera instancia, porque en su concepto el demandante no acreditó el perjuicio que se le causó con la imposición de la multa, es decir, no probó que su oferta fuera rechazada y tampoco que no se le adjudicara el contrato por esta causa, no hubo incumplimiento de la entidad contratante y además, el acto que impuso la multa fue oportunamente proferido, debidamente motivado y gozaba de presunción de legalidad¹².

Mediante auto del 17 de abril de 2013 se dispuso citar a las partes para audiencia de conciliación¹³.

El Ministerio Público emitió concepto positivo sobre la viabilidad de la conciliación, tomando como base la condena en primera instancia, al considerar que la multa fue impuesta por funcionario competente, de manera oportuna, no hubo violación del derecho de defensa, porque fue advertido por la entidad de sus

¹⁰ Fls. 306 y 308.

¹¹ Fls. 309 a 328.

¹² Fls. 309 a 336.

¹³ Fls. 380.

incumplimientos y de la posibilidad de ser multado como consecuencia de ello y no hubo desvío de poder¹⁴.

De igual forma, la Agencia Fiscal conceptuó que el término transcurrido entre la adjudicación del contrato y su ejecución real, no afectó la ecuación económica del contrato, y además que los precios del mismo fueron revisados posteriormente, según consta en el acta 3 de septiembre 30 de 1996.

Finalmente, estimó también, que de acuerdo con las pruebas, el sobreacarreo fue cancelado por la entidad; que la prórroga del contrato por 17 días, era imputable al contratista, por haber insistido en la ampliación del plazo; y que el atraso se debió a desorganización de éste.

El día 17 de octubre de 2013, se llevó a cabo la diligencia de conciliación la cual fracasó por inasistencia de la parte demandada¹⁵.

I. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación¹⁶.

2.2. Pruebas obrantes en el proceso

Las pruebas relevantes para el caso son las siguientes:

1. Dictamen pericial rendido en el proceso, según el cual, se estimó la suma a cancelar por intereses en \$7.731.535.36, como resultado de multiplicar el valor a pagar, por 420 días de mora, tomando como fecha de iniciación, 30 días después de que se culminaron las obras, es decir, a partir del 18 de diciembre de 1996¹⁷.

¹⁴FIs 386 a 415.

¹⁵ FI .419.

¹⁶ La pretensión de la demanda es de \$73.024.763.61 y para la época de presentación de la demanda año 1998, la mayor cuantía era de \$18.850.000.

¹⁷ FIs. C. pruebas 8.

2. Documentos relacionados con la Licitación SOP-011 de 1997, entre otros, copia auténtica del pliego de condiciones y de la audiencia de adjudicación realizada el 15 de mayo de 1997, en la cual, el consorcio Pavimentos y Concretos, en el que participaba el Ingeniero Tobo Uscátegui, fue rechazado por haber sido multado, y porque según el acta, cambió la descripción y las unidades del último ítem. Se allegó también la propuesta presentada por el citado consorcio y fotocopia autenticada de los cuadros de evaluación y calificación¹⁸.

3. Copia autenticada de la Licitación SOP3 de 1996, correspondiente al contrato 1-140 de 1996, incluyendo propuesta del consorcio Vías 96, evaluación de la misma y resolución de adjudicación¹⁹.

4. Copia autenticada de la Resolución 2133 de 1996, mediante la cual se impuso al contratista una multa de \$867.444.94 así:

“Que: Según memorando No. 2032 del 8 de noviembre de 1996 el Jefe de la División de Interventoría solicita la imposición de la multa por mora en el cumplimiento al plazo del contrato contenida en el literal f) de la Cláusula Décima Sexta del contrato al Consorcio Vías 96, al haber presentado un atraso de siete (7) días en la terminación de las obras.

Que: La cláusula Décima Sexta del Contrato No. 1-140 de 1996, literal f) establece “Multas por mora en el cumplimiento al plazo del contrato. Si el contratista no termina las obras dentro del plazo previsto (...) deberá pagar a la SOP, por cada día calendario de atraso así: Primer mes el 0.1% diario del valor del contrato...”.

Que aplicando lo pactado en el contrato, la multa a imponer es la siguiente: valor del contrato \$123.920.706.00 X 0.1% X 7 días de atraso, de donde el valor de la multa es de \$867.444.94 Mcte”.

El acto fue notificado personalmente, el 29 de noviembre de 1996 y el Consorcio interpuso recurso de reposición por considerar que el retardo sufrido en la ejecución del contrato se presentó por causas imputables al contratante, quien no

¹⁸ C. 7. Y fls.

¹⁹ Fls 200 a 566 c. pruebas 2, y 119 a 316, c. pruebas 3.

suministró los planos de localización de redes de servicio público y además hizo cambiar los diseños de la vía²⁰.

5. Copia autenticada de la Resolución No. 0968 de marzo 3 de 1997, mediante la cual, se resolvió el recurso de reposición presentado por el Consorcio Vías 96, contra la multa impuesta por la Secretaría de Obras, confirmando la sanción al contratista. El acto fue notificado el 12 de marzo de 1997, y la multa se canceló el 9 de enero de 1998 con recibo 360423²¹.

6. Copia autenticada del contrato 1-140 del 5 de junio de 1996, celebrado entre las partes, cuyo objeto era *“la recuperación y mantenimiento de la VÍA INSTITUTO NACIONAL DE CIEGOS DESDE LA AV/CLL 11 SUR HASTA FRENTE (SIC) PREDIO No. 18-51 MÁS 33 METROS, a precios unitarios fijos de acuerdo con los requisitos y especificaciones indicados, por la SOP (...)”*²².

7. Copia autenticada del acta de iniciación de la obra, calendada el 17 de julio de 1996, y del cheque girado por concepto de anticipo²³.

8. Copia autenticada del Acta No. 2 de recibo parcial de obra, con fecha julio 30 de 1996, de la orden de pago, y del cheque girado por ese concepto²⁴.

8. Copia autenticada del Acta No. 3 de obra no prevista y aceptación de precios unitarios en donde se consignó:

“Debido a que después de iniciadas las excavaciones se encontraron dos tuberías de presión de la EAAB, una de diámetro 42”, AMERICAN PIPE a una profundidad de 1.00 metros con relación a la rasante propuesta y otra tubería de diámetro 24”, en acero, a una profundidad de 0.80 metros; se requiere garantizar la estabilidad de las tuberías. Por lo tanto se hace necesario el cambio de pavimento flexible a pavimento rígido, con el fin de efectuar una excavación de 0.50 metros.

El cambio de especificaciones fue aceptado por la SOP mediante oficio No. 115-330-1306 del 30 de julio de 1996.

*En consecuencia de lo anterior los ítems y cantidades no previstas son los siguientes:
(...).*

²⁰ Fls. 1 a 4 y 81 a 84, c. pruebas 2

²¹ Fls. 5 a 15, c. pruebas 2.

²² Fls. 16 a 20, c. pruebas 2.

²³ Fls. 24 a 27, c. pruebas 2.

²⁴ Fls. 28 a 32, c. pruebas 2.

Se pagarán los nuevos precios unitarios convenidos para los nuevos ítem de obra, previa presentación por parte del contratista, revisión por el interventor, calificación por el Director de la División de Interventoría y aprobación por el Secretario de Obras Públicas”.

Se deja constancia de la aceptación y aprobación de obra no prevista y aceptación de precios unitarios”²⁵.

9. Copia autenticada del Acta No. 4 de mayor y menor cantidad de obra, calendada el 5 de junio de 1996, en donde se consignó:

“Se presentó mayor cantidad de obra debido a la necesidad de ajustar las cantidades de acuerdo a las metas físicas y a los precios no previstos dentro del contrato.

(...)

Se presentó menor cantidad de obra debido a el (sic) cambio de especificaciones en algunas vías y a la necesidad de ajustar las cantidades a las condiciones reales de las vías.

(...)

Se deja constancia de la aprobación y aceptación de la Mayor y Menor cantidad de obra, objeto de la presente acta”.

En términos similares se elaboró el acta No. 6, con fecha octubre 31 de 1996²⁶.

10. Copia autenticada de las actas de recibo parcial de obra No. 5, de noviembre 8 de 1996 y No. 7, de recibo final de obra, con fecha noviembre 18 de 1996. En esta última se consignó²⁷:

“En constancia, 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 SOP- No. 1-140-96, suscrito para tal efecto, el constructor responsable hace entrega real y efectiva al Representante de la SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS EL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ y éste recibe los trabajos enumerados anteriormente.

La Secretaría de Obras Públicas, Distrito Capital mediante oficio 2526 del 14 de noviembre de 1997, suscrito por el Ingeniero Jefe de la División de Interventoría ANTONIO ENRIQUE BERMÚDEZ CAJALE, autorizó efectuar los trabajos faltantes

²⁵ Fls. 33 a 35, c. pruebas 2.

²⁶ Fls. 36 a 39 y 45 a 48, c. pruebas 2.

²⁷ Fls. 40 a 44 y 49 a 55, c. pruebas 2.

para cumplir con las metas físicas del contrato, por valor de \$3.800.000.- y garantizar la estabilidad de la obra.

Los ítems y cantidades que se pagarán con los recursos autorizados corresponden a Concreto para Pavimento Rígido Mr=41 kg/cm² y Sobreacarreo de material compacto a más de 5 kilómetros, en las siguientes cantidades: ...”.

11. Copia autenticada del Acta No. 8 de Liquidación, fechada el 27 de mayo de 1997, en la cual se incluyó la suma de \$3.126.689,21 por concepto de mayor cantidad de obra y el contratista dejó constancia sobre las reclamaciones formuladas a la Secretaría, en comunicaciones 140-CVSB-010-97 y 140-CVSB-005-97²⁸.

12. Documento constitutivo del Consorcio Vías 96 y de su posterior modificación²⁹.

13. Copia autenticada del oficio No. 277 del 8 de octubre de 1996, mediante el cual, la interventoría manifestó su preocupación porque el contrato no contaba con la organización adecuada que asegurara su ejecución y cumplimiento. Allí se dijo:

“Desde el pasado 30 de septiembre se llegó a un acuerdo con la SOP con relación a los precios unitarios no previstos, requeridos por la obra; y en reunión celebrada con esta interventoría el pasado 3 de octubre se comprometió a incrementar el ritmo de los trabajos, colocar el equipo y suministrar los materiales necesarios. Sin embargo, de acuerdo a los informes diarios reportados por el personal de interventoría en campo, de los cuales anexo copia, no se observa un cambio significativo en el avance de la obra. Entre los días 2 de octubre y 7 de octubre solo se ha contado con la presencia de una motoniveladora durante 5 horas y un compactador durante 7 horas, menos de una hora diaria en promedio, tiempo que considero totalmente insuficiente para realizar los trabajos requeridos; con relación a la mano de obra solo se ha contado con un inspector y dos obreros, personal que no permite obtener los rendimientos necesarios para ejecutar los sumideros localizados.

El estado que presenta la obra actualmente es fiel imagen de la falta de interés y desorganización para atender las actividades de la obra, perjudicando gravemente los habitantes de la zona; de continuar así, esta interventoría procederá a solicitar a la SOP la imposición de una multa por incumplimiento del contrato de acuerdo a lo establecido en la Cláusula Décima Sexta del contrato en referencia”³⁰.

Es de anotar, que esta comunicación fue respondida por el contratista mediante oficio del 15 de octubre de 1996, en la que manifestó:

²⁸ Fls. 56 a 60, c. pruebas 2.

²⁹ Fls. 158, c. pruebas 2 y 319, c. pruebas 6.

³⁰ Fl. 364 y 365, c. pruebas 6.

“El contrato en referencia si cuenta con una organización adecuada y acorde que garantiza su ejecución y cumplimiento.

Usted hace referencia a que “desde el 30 de septiembre se llegó a un acuerdo con la SOP con relación a los precios unitarios no previstos, requeridos para la obra...” Esto es cierto, pero también es cierto que a la fecha no nos ha sido suministrada una copia del Acta respectiva, debidamente firmada que nos permita conocer sobre su legalización. Continúa usted diciendo que “...no se observa un cambio significativo en el avance de la obra...”. Es claro que estamos soportando una época invernal y por ello el rendimiento en la ejecución de las obras se reduce, no por causas imputables al Contratista, sino por razones de fuerza mayor. Adicionalmente, el sector de las obras, por gravedad recibe un gran caudal de aguas lluvias de otras vías cercanas, lo cual ha ocasionado que en varias ocasiones los finos del material seleccionado B-200 hayan sido arrastrados y llevados por las altas corrientes de agua. Por si fuera poco frente al No. 18ª-27 de la carrera 2ª Este Sur, el pozo existente se encuentra colmado y las aguas que llegan allí se rebosan, desviándose exactamente hasta el lugar de las obras, ayudando a deteriorar el material seleccionado B-200. Esto no es responsabilidad del Contratista, sin embargo hemos repuesto en varias ocasiones, los finos perdidos, sobre lo cual solicitamos el reconocimiento y pago del material B-200.

El Consorcio Contratista tiene todo el interés y organización para atender las actividades de la obra, prueba de ello lo constituyen hechos tales como el haber ejecutado actividades de obra sin pactar precios no previstos; a la fecha, a pesar de haberlo solicitado en varias ocasiones no se ha pactado el precio no previsto de sobreacarreo del material procedente de las excavaciones; con lo que la obra eventualmente pudo haberse paralizado pero ello no ocurrió”³¹.

14. Copia autenticada del oficio 0226 del 04 de septiembre de 1996, suscrito por el interventor, en el que se abstiene de autorizar giros del anticipo, y sobre el avance de la obra se señaló:

“En relación con el estado de la obra reitero mi preocupación por la parálisis en que esta se encuentra; de acuerdo al programa de inversiones, el pasado 26 de agosto se cumplió la 6ª semana de ejecución y se debería llevar una inversión de 25.03 millones de pesos en actividades que tienen precios unitarios dentro del contrato; las actividades ejecutadas a satisfacción no ascienden a 15 millones de pesos y los materiales granulares existentes en la vía no cumple (sic) con la especificación B 200-67, como le informé en mi oficio No. 219 de agosto 30 de 1996. De continuar esta situación se procederá a solicitar la imposición de la sanción establecida en la CLÁUSULA DÉCIMA: MULTAS, Literal c)”³².

15. Copia autenticada del oficio 201 de agosto 21 de 1996, suscrito por el interventor en la que consignó:

“Esta interventoría desea manifestar su preocupación por el estado de parálisis que presenta el frente de trabajo de la carrera 1 Este, tal como se pudo observar

³¹ Fls. 588 y 589, c. pruebas 3.

³² Fls. 335 y 336, c. pruebas 6.

en la visita de obra realizada en la fecha, para lo cual solicité su presencia o la del Ing. Residente, quienes no asistieron a la reunión.

De acuerdo al estado de la obra le solicito con carácter urgente terminar la excavación hasta el paramento de la Avda. 1 de Mayo y terminar la compactación de la primera capa de subbase (sic) granular para continuar con la colocación del espesor requerido de este material y entregarlo en niveles definitivos y listo para poder recibir las placas de concreto”³³.

16. Copia autenticada del oficio 338 A, suscrito por el interventor del contrato donde se consignó:

“Por medio de la presente me permito recordarle que el contrato de la referencia venció el pasado 31 de octubre de 1996; la obra ejecutada a esta fecha era de \$88.5 millones de pesos y aún en la fecha no se han terminado de ejecutar las obras objeto del contrato.

A la fecha del 8 de noviembre se había realizado obra por \$122.16 millones de pesos, sin descontar la obra mal ejecutada entre las abscisas K0+142 a K0+109.45 equivalente a 33.15 M² de placas de concreto consignadas en el oficio No. 326; faltando por ejecutar la suma de \$1.76 millones de pesos correspondiente a la terminación de 20 M² de placa de concreto y 42.5 MI de sardinel integral.

Además de lo anterior desde la fecha del 9 de noviembre no se ha presentado personal alguno con el fin de terminar las obras faltantes a sabiendas de que se está incumpliendo en la programación de la obra e incurriendo reiteradamente en sanciones imputables por incumplimiento del contrato de la referencia.

En consecuencia de lo anterior me permito solicitarle terminar las obras faltantes de la vía objeto del contrato”³⁴.

17. Copia autenticada del oficio 327 del 6 de noviembre de 1996, suscrito por el interventor en el que manifestó:

“Con base en la evaluación realizada por esta interventoría y con conocimiento por parte del ingeniero residente de obra, veo con preocupación los bajos rendimientos que se han continuado presentando en la obra por falta de equipos y de disponibilidad por terminar las obras del contrato en referencia.

A la fecha del 31 de octubre se realizó la preacta correspondiente de este mes, suscrita por los ingenieros residentes y totalizando las cantidades de obra realmente ejecutadas y recibidas a la fecha, se obtiene como resultado el valor de la obra ejecutada equivalente a 88.5 millones de pesos, lo que refleja un atraso en la programación del 28.51%.

En consecuencia de lo anterior me permito comunicarle que está incurriendo en incumplimiento del contrato y se podrán implantar multas de acuerdo a la cláusula sexta: multas, inciso f) Multas por mora en el incumplimiento del plazo del

³³ Fls. 325, c. pruebas 6.

³⁴ Fl. 161, c. ppal.

contrato. Si el Contratista no termina las obras dentro del plazo previsto en la cláusula respectiva o del plazo de la prórroga deberá pagar a la SOP por cada día calendario de atraso así: Primer mes: El 0.1% diario del valor del contrato”³⁵.

18. Copia autenticada del oficio 01024 del 24 de febrero de 1997, en el que la Secretaría de Obras Públicas, en respuesta a la reclamación sobre el rompimiento del equilibrio contractual y el pago de \$12.389.684,54 solicitado por el contratista, debido a una presunta mora en la adjudicación de la Licitación Pública SOP-003-96, manifestó que de acuerdo con lo establecido en los pliegos, el plazo para la adjudicación podía ser prorrogado como en efecto se hizo, para garantizar una adecuada evaluación de las propuestas y finalmente, aunque la entidad tenía plazo hasta el 3 de julio para la adjudicación, ésta se realizó el 23 de mayo de 1996 y el 5 de junio se perfeccionó el contrato, pero desde el primer momento en que se conoció el pliego, cada proponente debió calcular los precios y costos a fin de no salir perjudicado con la variación de los mismos³⁶.

19. Copia autenticada del oficio 016977 del 17 de octubre de 1997, en que el Jefe de la División de Interventoría de la Secretaría de Obras informó al contratista que las actas No. 7 y 8 habían sido tramitadas, pero como lo cobrado allí excede el presupuesto del contrato, era necesario tramitar una nueva disponibilidad por la suma faltante³⁷.

20. Declaración rendida por el ingeniero José Leonidas Narvaez Morales, quien fungió como interventor del contrato y manifestó que la ejecución de éste estuvo marcada por una serie de incumplimientos de parte del contratista, siendo uno de los factores que más afectaban el rendimiento de los trabajos, la falta de equipo y personal en la obra, así como el desorden en la administración de la misma³⁸.

En el presente asunto, observa la Sala que los medios de prueba relacionados, fueron solicitados con la demanda, decretados en el auto de pruebas de primera instancia y allegados al proceso dentro de periodo probatorio, es decir, de manera oportuna y regular, razón por la cual, conforme al precedente de esta Subsección, serán valorados teniendo en cuenta los principios que informan la sana crítica.

2.3. Caso concreto

³⁵ Fls. 163, c. ppal.

³⁶ Fls. 148 a 151, c. ppal.

³⁷ Fl. 561, c. pruebas 3.

³⁸ Fls. 210 a 212, c. ppal.

La primera de las pretensiones de la demanda, se orienta a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 2133 de 1996 y 0968 de 1997, mediante los que se impuso multa al contratista por incumplimiento en la entrega de la obra, contra los cuales formuló cinco cargos diferentes, pero se detendrá la Sala en el análisis de la competencia de la entidad para la imposición de la multa.

2.4. Nulidad de las Resoluciones 2133 de 1997 y 0968 de 1997

2.4.1. Competencia de la entidad para imposición de multas al contratista

Ad inicio conviene señalar que la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación han considerado que las multas estipuladas en los contratos estatales tienen como objeto compeler, constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, es decir, que al ser su función conminatoria y no sancionatoria, es evidente que no se persigue indemnizar o reparar los daños ocasionados por el incumplimiento del contratista, sino requerirlo para que cumpla lo pactado, y con ello se garantice la adecuada ejecución del contrato.

En vigencia del Decreto 222 de 1983, la facultad de las entidades para imponer multas al contratista en caso de mora, o incumplimiento, se encontraba prevista en el artículo 71, que disponía:

“Art. 71 De la cláusula sobre multas.

En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.

Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto”.

Posteriormente, la Ley 80 de 1993 no consagró expresamente dicha figura, como parte de las potestades excepcionales de la entidad, lo cual dio lugar a que se presentaran diversas interpretaciones y posiciones jurisprudenciales acerca de la facultad de las entidades para imponer y hacer efectivas las multas que hubieren sido pactadas en el contrato.

Así, en providencia reciente de esta Subsección, sobre este punto se dijo³⁹:

“Primera postura:

La hipótesis jurisprudencial que puso en duda la existencia de una potestad sancionatoria en cabeza de la administración para imponer multas ante el incumplimiento de los contratistas fue la que dio lugar a que se considerara que su imposición sólo era posible por vía judicial, lo que en términos prácticos condujo a que se generara una ruptura en el carácter coercitivo, casi inmediato del que se encontraban revestidas todas las decisiones relativas a las multas.

Así en un principio, se estimó que aunque fuera posible que las partes pudieran pactar cláusula de multas en los contratos celebrados por la administración, teniendo en cuenta que éstas no habían sido definidas por la Ley 80 de 1993 como verdaderas potestades excepcionales al derecho común, no era posible que las entidades estatales pudieran imponerlas y hacerlas exigibles de forma unilateral, sino que para ello debían acudir al juez del contrato.

(...)

Segunda Postura:

Conforme a ésta postura, se consideró que si bien la Ley 80 de 1993 no había definido las multas como potestades excepcionales al derecho común, la posibilidad de que las partes convinieran su imposición y exigibilidad se encontraba autorizada por normas de derecho privado que regulaban la materia.

Pero además de que se aceptara la posibilidad de que las partes convinieran la posibilidad de que la administración impusiera multas ante incumplimientos parciales en los que incurriera el contratista, ésa también ostentaba la facultad para hacerlas exigibles de forma unilateral sin necesidad de acudir al juez para ello, facultad que se derivaba del carácter ejecutivo de los actos administrativos según el artículo (sic) 64,77 y 23 del Código Contencioso administrativo y de los artículos 4° ordinal 2°, 22 inciso 5°, 22.1, y 13 de la ley 80 de 1993.

(...)

Tercera Postura:

Con sujeción al principio de legalidad se estimó que si bien las partes sí tenían la posibilidad de convenir multas ante incumplimientos parciales en los que pudiera incurrir el contratista, no era posible que en vigencia de la Ley 80 de 1993 la administración pudiera imponerlas y hacerlas efectivas de forma unilateral “por carecer de la atribución legal de una competencia expresa que las habilitara para el ejercicio de ese poder sancionatorio y exorbitante”.

No obstante, todas estas posiciones fueron recogidas y aclaradas con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, ya que ésta, en su artículo 17, consagró la posibilidad de que las entidades impusieran y exigieran unilateralmente las multas, señalando, expresamente, que sería aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a su expedición, siempre y cuando los actos administrativos

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de junio de 2015, rad. 38797. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

contentivos de las multas se profirieran después de su entrada en vigencia, es decir, a partir de enero del año 2008.

En el sub judice, el contrato fue celebrado el 5 de junio de 1996 y con fundamento en los incumplimientos del contratista en la ejecución del contrato, la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá, el 13 de noviembre de 1996, profirió la Resolución 2133 mediante la cual le impuso una multa por valor de \$867.444.94. Contra este acto el Consorcio Vías 96 interpuso recurso de reposición y mediante Resolución 0968 del 3 de marzo de 1997, la entidad confirmó su decisión.

De esta manera, al verificar las fechas en que fueron proferidos los actos administrativos mediante los cuales se impuso la multa, es evidente que la norma vigente para la época de los hechos y aplicable a este caso concreto, es la Ley 80 de 1993, que no consagró expresamente la facultad para que las entidades impusieran multas y las hicieran exigibles unilateralmente.

Así las cosas, al encontrar que la entidad carecía de competencia para imponer y hacer exigible unilateralmente, las multas por incumplimientos parciales del contratista, las Resoluciones 2133 de 1996 y 0968 de 1997, devienen nulas y así habrá de declararse en la parte resolutive de esta providencia.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las resoluciones acusadas y teniendo en cuenta que en el plenario obra copia del recibo de pago de la multa efectuado por el contratista, el 9 de enero de 1998, se ordenará la devolución de la suma que fue cancelada a la entidad, la que será actualizada con la fórmula utilizada por esta Corporación.

$$Va = Vh \frac{(\text{ind. final} - \text{junio de 2015})}{\text{Ind inicial} - \text{enero de 1998}}$$

$$Va = \$867.444,94 \frac{122,08}{45.51}$$

$$Va = \$2.326.910.$$

2.5. Declaratoria de incumplimiento del contrato por parte de la entidad

La tercera pretensión de la demanda persigue la declaratoria de incumplimiento del contrato por la entidad contratante, por las siguientes causas:

1. Por entregar tardíamente aprobados los diseños de las vías objeto del contrato y no suministrar los planos de localización de los ductos de servicios públicos, de modo que cuando empezaron a excavar encontraron tubos del acueducto, lo que obligó a la suspender las obras hasta tanto se solucionara el problema.

Al respecto, al resolver el recurso de reposición, se afirmó que según los documentos allegados al proceso, el impase de los planos fue solucionado por la interventoría del contrato quien mediante oficio 139 del 12 de julio de 1996, dio respuesta a las inquietudes técnicas planteadas por el contratista y le ofreció alternativas para que facilitaran la ubicación de las redes. Así mismo, en su declaración, el interventor manifestó que *“en las vías existentes era fácil identificar el sitio real de las redes de servicio, puesto que se dejan elementos característicos y típicos que permiten su ubicación, en el caso de las redes de teléfono se pueden ubicar mediante la existencia de las cámaras telefónicas; en el caso de las redes de alcantarillado, los pozos de inspección y los sumideros permiten identificar la presencia, su profundidad y diámetro de las redes de estos servicios, información que se puede corroborar en los planos de las empresas de servicio público, en el caso de tuberías de presión (acueducto), aunque la situación es más difícil existen válvulas que permiten su identificación”*.

De igual forma, con memorando 145 del 16 de julio (un día antes de suscribir el acta de iniciación), la interventoría informó al contratista el cambio de diseño, que incluía la utilización de un sistema de pavimento rígido con el fin de solucionar el problema presentado con los tubos del acueducto.

2. No haber restablecido el equilibrio económico del contrato por la presencia de hechos ajenos al contratista, tales como el retardo en que incurrió la demandada en el trámite y adjudicación de la Licitación Pública 003 de 1996, lo que condujo a la desactualización de los precios de la propuesta presentada, además de la presencia de imprevistos no imputables al contratista.

El equilibrio económico del contrato, constituye una regla contenida en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, bajo cuyo tenor, en los contratos estatales se mantendrá

la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, que resulta de la aplicación del principio de conmutatividad, contenido en el contrato y que vincula a las partes; cuando dicha igualdad se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento.

Se predica el desequilibrio económico del contrato en los eventos en que durante la ejecución se presentan circunstancias que afectan gravemente su economía y conducen a que la entidad adopte las medidas pertinentes para tratar de restablecer al contratista a la condición inicialmente pactada, para lo cual deberá verificarse dicha ecuación en cada caso, frente a las obligaciones contenidas en el contrato, ya que sólo puede predicarse el desequilibrio en contratos conmutativos y de tracto sucesivo, y ello, cuando de manera posterior a la celebración del mismo se alteran las condiciones pactadas en su celebración.

De tiempo atrás se ha reconocido que la ecuación financiera del contrato puede alterarse durante su ejecución por las siguientes causas: 1) actos o hechos imputables a la administración contratante, por incumplimiento de las obligaciones contractuales; 2) actos de la administración ya no como contratante sino como Estado, analizados a luz de la teoría del hecho del príncipe; y 3) actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevinientes, abordados generalmente desde la perspectiva de la teoría de la imprevisión.

El caso en estudio se adecua a la primera de las causas antes descritas, esto es, a la existencia de actos o hechos imputables a la administración por incumplimiento de las obligaciones contractuales, toda vez que el actor señaló, que el desbalance financiero fue consecuencia del retardo en el trámite de la licitación pública y de los imprevistos surgidos en la ejecución del proceso.

En relación con este tema, se allegó al proceso copia autenticada del oficio 01024 del 24 de febrero de 1997, en que la Secretaría de Obras Públicas contestó la reclamación elevada por el Consorcio, señalando que desde el inicio, en el pliego de condiciones se fijaron las condiciones y las fechas de la licitación, estableciendo la posibilidad de prorrogar el término para la evaluación de las propuestas.

La anterior circunstancia es corroborada con el contenido de los pliegos de condiciones, donde se evidencia que fueron incluidos términos precisos, de manera que el tiempo máximo transcurrido desde la apertura de la licitación hasta la celebración del contrato estaba predeterminado y debió ser tenido en cuenta por el contratista para efectos de calcular los precios incluidos en su propuesta, de manera que el presunto detrimento económico por este concepto no puede ser imputado a la administración, sino a la propia incuria del contratista, que no fue diligente al realizar la proyección de los costos y gastos del contrato.

Otro de los motivos aducidos como incumplimiento del contratista fue la demora en aprobar el cambio de precios unitarios, lo cual se hizo hasta el 30 de septiembre de 1996, pero del análisis de las pruebas se evidencia que ello se debió fundamentalmente a que los nuevos precios presentados por el contratista, no fueron aprobados por la interventoría quien consideró que en muchos ítems, sin justificación alguna, éstos superaban el doble del valor comercial y en consecuencia, la discusión sobre ese punto prolongó en el tiempo la aprobación final de los precios hasta que se hicieron los ajustes necesarios.

Adicionalmente, se observa que los nuevos precios y las obras no previstas, fueron reconocidas y pagadas al contratista tal como consta en el acta No. 3, donde expresamente se reseñó lo acontecido con las tuberías de la Empresa de Acueducto que obligaron a modificar el pavimento utilizado en la obra; De acuerdo con las actas No. 4 y 6, también la entidad aceptó las mayores cantidades de obra debido a la necesidad de ajustar las cantidades a las metas físicas y a los precios no previstos en el contrato.

Advierte la Sala que estos documentos fueron suscritos por el contratista sin que en ese momento presentara observación sobre su contenido, motivo por el cual, cualquier reclamación posterior resulta extemporánea, y no es procedente, ya que ello vulneraría el principio de buena fe contractual, toda vez que en cumplimiento del deber de lealtad, las partes deben informar oportunamente a su cocontrante de las vicisitudes en la ejecución del contrato que den lugar a reclamaciones o asuntos pendientes.

Es decir, cuando las partes llegan a un acuerdo sobre la existencia de circunstancias que pueden alterar el equilibrio económico del contrato, es en ese

momento que deben manifestar las reclamaciones, salvedades u objeciones que tengan. Así lo ha dicho la Sala:

“En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.

Ello porque se vulneran los deberes de claridad y lealtad negociales al guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización”⁴⁰.

3. En cuanto al reconocimiento del sobreacarreo que fue solicitado por el contratista en varias oportunidades pero sólo fue aceptado por la entidad después de entregadas las obras, se tiene que según lo consignado en la Resolución 0968, puede considerarse que la entidad no fue diligente en tramitar el pago de las sumas solicitadas por este concepto, pero el mismo interventor conceptuó que este ítem tenía una mínima incidencia en el aspecto económico, porque dicha cantidad era el equivalente al 0.6% del valor total del contrato, lo cual es razón suficiente para considerar que no hubo un incumplimiento grave de la entidad en este aspecto, sobre todo teniendo en cuenta que finalmente la entidad reconoció una suma por concepto de acarreos, los cuales fueron pagados al contratista, según consta en los documentos aportados al plenario y si existió una diferencia entre el monto solicitado y el pagado por la entidad, debe precisarse que ninguna prueba se aportó, con miras a acreditar debidamente el transporte de una mayor cantidad de sobrantes y escombros.

4. Acerca del no pago de los perjuicios causados al contratista por la acción de las lluvias al tener que reponer 126,92 M² de relleno de material seleccionado B-200, petición negada por la entidad, debe precisarse que dicha circunstancia no fue extraordinaria, ni imprevisible, al punto de considerar que se presentó un evento constitutivo de fuerza mayor que impidiera al consorcio adoptar las medidas necesarias para la preservación de los materiales utilizados en la vía, tal como lo afirmó el interventor del contrato, que al emitir concepto técnico sobre esta reclamación, precisó que el atraso de las obras y los inconvenientes presentados

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia agosto 31 de 2011, rad 18080.

en la ejecución de las mismas no podían ser atribuidos a las precipitaciones y que el alto nivel de lluvias no ameritaba la suspensión del contrato, dado que en las obras aledañas se presentó el mismo fenómeno natural y sin embargo las obras no se vieron afectadas.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el valor reclamado por este concepto no podía ser considerado una seria afectación de la economía del contrato o un incumplimiento grave de las obligaciones de la contratante que dieran lugar a tal declaratoria.

De lo antes expuesto se colige que la entidad no está llamada a responder de las pérdidas sufridas por el contratista por este concepto.

5. En lo tocante al pago de los perjuicios causados por costos indirectos derivados de la mayor permanencia en la obra, por la prórroga de 17 días, considera la Sala que dicha pretensión no está llamada a prosperar por cuanto fue el mismo contratista el que, en varias oportunidades, solicitó que el contrato fuera prorrogado por 30 días ante la imposibilidad de cumplir con el plazo de entrega pactado. Así lo solicitó mediante oficios del 2 y 28 de octubre de 1996, petición que fue avalada por la interventoría y tramitada por la entidad, no siendo razonable entonces que ahora se pretenda trasladar a la contratante la responsabilidad y el pago de los valores por mayor permanencia de la obra, cuando ésta no es imputable a la entidad, ya que a nadie le es permitido alegar en su favor su propia culpa.

6. En relación con la mora en el pago de las actas Nos. 7 y 8 del contrato, el Tribunal de instancia declaró el incumplimiento del contrato, al verificar que estas fueron canceladas varios meses después de haber sido suscritas, pero sólo reconoció el equivalente al valor del acta No. 8, por estimar que los valores del acta No.7 no podían ser cancelados hasta tanto no se entregaran las obras pendientes de ejecución.

Acerca de este punto, el impugnante manifestó que la Secretaría de Obras Públicas pagó, el 17 de febrero de 1998, la suma correspondiente al acta No. 7 de recibo final de obra, suscrita el 18 de noviembre de 1996 y el valor del acta No. 8 que se suscribió el 27 de mayo de 1997, y esta mora obedeció al hecho de no haberse constituido oportunamente la reserva presupuestal para cubrir esos

pagos, lo cual sólo se hizo el 12 de noviembre de 1997, como se acreditó con el certificado de reserva presupuestal.

En contra de lo consignado en la providencia, el apelante señaló que los trabajos que se entregaron con el acta No. 7, fueron por valor de \$10.027.966.10 y quedaron recibidos ordenándose su pago definitivo, mientras que los trabajos faltantes para cumplir con las metas físicas del contrato, autorizados por la Secretaría en esa oportunidad, por valor de \$3.800.000, fueron facturados en el acta de liquidación final del contrato.

Además de lo anterior, la exigencia de que se hubiera elaborado y firmado previamente el acta de liquidación era condición indispensable para el pago final del contrato y ello se cumplió, pues la suma mencionada correspondió al pago final que se hizo, aunque con retardo, motivo por el cual era procedente el reconocimiento de los intereses moratorios del acta No. 7.

Revisada el acta, encuentra la Sala que el valor a reconocer en el acta No. 7 era de \$10.027.966,10 y el saldo por amortizar era de \$4.011.328,00, a continuación del balance, se dejó consignada la conformidad de las partes con las cuentas pertenecientes al acta de entrega, en los siguientes términos:

“En constancia, 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 SOP- No. 1-140-96, suscrito para tal efecto, el constructor responsable hace entrega real y efectiva al Representante de la SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ y éste recibe los trabajos enumerados anteriormente.

Posteriormente se incluyó lo correspondiente a las obras faltantes, expresando:

“La Secretaría de Obras Públicas, Distrito Capital mediante oficio 2526 del 14 de noviembre de 1997, suscrito por el Ingeniero Jefe de la División de Interventoría ANTONIO ENRIQUE BERMÚDEZ CAJALE, autorizó efectuar los trabajos faltantes para cumplir con las metas físicas del contrato, por valor de \$3.800.000.- y garantizar la estabilidad de la obra.

Los ítems y cantidades que se pagarán con los recursos autorizados corresponden a Concreto para Pavimento Rígido Mr=41 kg/cm² y Sobreacarreo de material compacto a más de 5 kilómetros, en las siguientes cantidades: (...).”

Ahora bien, al contener el acta No. 7 el pago final del contrato, le era aplicable la estipulación contractual según la cual, para el pago final, debía suscribirse el acta de liquidación.

Así las cosas, si el acta de liquidación fue firmada el 27 de mayo de 1997, y el pago efectivo de las dos actas se realizó el 17 de febrero de 1998 -debido a los problemas presupuestales que presentaba la entidad contratante- ciertamente hubo una mora en el pago, y en consecuencia era procedente el reconocimiento de los intereses correspondientes, tal como se hizo en la providencia de primera instancia, cuando se señaló que *“el pago final por concepto de estas dos cuentas se ordenó el 31 de diciembre de 1997, efectuándose dicha operación finalmente solo hasta el día 18 de febrero de 1998” (subrayas del texto)*. Y se corrobora con la suma que el Tribunal tomó como base para la liquidación de los intereses causados durante el tiempo en que se presentó la mora, que asciende a \$8.549.011,31, los cuales al ser multiplicados por el número de días de mora, a la tasa vigente para esa época, dan como resultado el guarismo que en esta oportunidad la Sala actualizará con la fórmula utilizada por esta Corporación:

$$Va = vh \frac{\text{Ind. final (junio de 2015)}}{\text{Ind. inicial (nov de 2004)}}$$

$$Va = \$1.119.215 \frac{122,08}{80,20}$$

$$Va = \$1.703.663.$$

Suma total a reconocer por concepto de intereses = \$1.703.663.

7. En lo tocante al pago de los perjuicios causados al contratista por la pérdida de la oportunidad de contratar, por razón de la imposición de la multa -aspecto que no fue abordado por el Tribunal de instancia- el apelante solicitó se accediera a la indemnización deprecada, puesto que el Ingeniero Rómulo Tobo Uscátegui, con posterioridad a la culminación del contrato objeto de este proceso, integró el consorcio Pavimentos y Concretos que participó en la licitación pública No. SOP 011 de 1997 y su propuesta fue rechazada por razón de la inhabilidad derivada de la sanción impuesta.

Analizadas las pruebas, encuentra la Sala, que efectivamente entre las razones aducidas para el rechazo de la propuesta estuvo la inhabilidad por la imposición de la multa por incumplimiento del contrato 0-141 de 1996, pero adicionalmente figura otra sanción impuesta al contratista con ocasión de la ejecución de un

contrato diferente, además de que en la motivación de la decisión, registrada en las evaluaciones correspondientes se anotó que *“el proponente cambió la descripción de las unidades del último ítem”*.

De lo anterior se deduce entonces, que no siendo ésta la única causa, ni la fundamental para el rechazo de la propuesta, no es viable reconocer indemnización alguna por este concepto, ya que no se acreditó suficientemente la existencia del perjuicio, y que éste tuviera origen en la actividad sancionatoria adelantada por la entidad al imponer la multa.

8. Finalmente, la Sala se abstendrá de imponer condena en costas en esta instancia, por no encontrar que se hayan configurado las causales para su procedencia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 171 del C.C.A.

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

FALLA

Modificar la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 1 de diciembre de 2004, la cual quedará así:

PRIMERO: Declarar la nulidad de las Resoluciones 2133 de 1996 y 0968 de 1997, proferidas por la Secretaría de Obras Públicas Distrital, mediante las cuales se impuso multa al Consorcio Vías 96, de acuerdo con lo consignado en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, ordenar a la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá, devolver al demandante lo cancelado por concepto de la multa impuesta, con la correspondiente actualización, equivalente a la suma de \$2.326.910, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

TERCERO: Declarar que la Secretaría de Obras Públicas Distrital incumplió parcialmente el contrato 0-141 de 1996, celebrado con el Consorcio Vías 96, únicamente respecto de la mora en el pago de las actas número 7 y 8 de entrega

final y liquidación del contrato, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración condenase a la entidad a pagar al Consorcio Vías 96, la suma de \$1.703.663, por concepto de mora en el pago de las actas número 7 y 8 del contrato 0-141 de 1996.

QUINTO: Negar las otras pretensiones de la demanda.

SEXTO: Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, al apoderado que ha venido actuando en el proceso.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: En firme esta providencia envíese el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA