



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "B"
Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Proceso número: 25000232600019930912302 (**28.055**)
Actora: Consorcio Bustamante Cárdenas Ltda.-Ingenieros Civiles e Ingenieros, Arquitectos y Técnicos Asociados Ltda. INART Ltda.
Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-
Acción: Contractual

Temas: Acción procedente para demandar los actos contractuales y de liquidación; incumplimiento como causal de nulidad de los actos administrativos contractuales de multas y liquidación unilateral.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 12 de mayo de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda (fl. 381, c. ppal, segunda instancia).

SÍNTESIS DEL CASO

El Consorcio Bustamante Cárdenas Ltda.-Ingenieros Civiles e Ingenieros, Arquitectos y Técnicos Asociados Ltda. INART Ltda., a través de su representante legal, pretende que se anulen las resoluciones n.ºs 603 y 317 del 3 de diciembre de 1991 y del 16 de julio de 1992, respectivamente, por medio de las cuales el Instituto de Desarrollo Urbano multó al mencionado contratista por

el incumplimiento del contrato de obra pública n.º 113 del 18 de octubre de 1989; igualmente, solicitó la nulidad de la resolución 070 del 30 de marzo de 1993 que liquidó unilateralmente el referido contrato de obra pública, y, por último, pidió la declaratoria de incumplimiento contractual por parte de la entidad pública contratante. En consecuencia, solicitó que le reconozcan todos los perjuicios causados.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El 26 de agosto de 1993 (fl. 86, c. 7), el representante legal del Consorcio Bustamante Cárdenas Ltda.-Ingenieros Civiles e Ingenieros, Arquitectos y Técnicos Asociados Ltda. INART Ltda.¹ presentó demanda en contra del Instituto de Desarrollo Urbano, en adelante IDU, en ejercicio de la acción contractual (fls. 3 a 86, c. 7).

1.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 7 a 42, c. 7):

1.1.1. El 18 de octubre de 1989, previo agotamiento del proceso de selección de licitación pública, el IDU y el Consorcio Bustamante Cárdenas Ltda.-Ingenieros Civiles e Ingenieros, Arquitectos y Técnicos Asociados Ltda. INART Ltda. suscribieron el contrato de obra pública n.º 113 para la construcción del Complejo Educativo Ciudad Bolívar, de conformidad con los requisitos y especificaciones del pliego de condiciones, planos, especificaciones de construcciones y condiciones del contrato en mención.

¹ La representación legal del Consorcio demandante fue dejada en cabeza del representante legal de la sociedad Bustamante Cárdenas Ltda.-Ingenieros Civiles (fls. 90 rev. y 91, c. 7, documento de constitución), quien fue el que presentó la demanda.

1.1.2. El 2 de mayo de 1990, las partes dieron por iniciada la ejecución de la obra.

1.1.3. El 4 de mayo de 1990, fue necesario suspender el contrato, toda vez que el lote donde se levantaría la obra se utilizó como botadero de tierra, razón por la cual resultaba necesario adecuarlo.

1.1.4. El 5 de junio de 1990, se levantó la suspensión del contrato; sin embargo, se dejó constancia que los diseños sobre la nueva nivelación y el nivel del proyecto no fueron entregados por la Subdirección de Programación. Además, le fue impuesta al contratista la obligación de retirar la arcilla expansiva existente en todo el terreno, así como su nivelación y relleno en material compacto, lo que significó una mayor cantidad de obra, no sólo por la ejecución de las actividades mencionadas, sino también porque comportó una modificación al diseño original.

1.1.5. La mora en la entrega de los diseños y planos, la ejecución de obras adicionales y el pago tardío generó que la ejecución de la obra no se realizara en los términos del programa de trabajo propuesto por el contratista.

1.1.6. El 27 de marzo de 1991, el contratista fue notificado personalmente de la resolución n.º 094 del 8 de marzo de ese mismo año, por medio de la cual el IDU le impuso una multa debido a los retrasos en el programa de ejecución de obra, sin justificación aparente.

1.1.7. El 5 de abril de 1991, el contratista repuso la anterior decisión. En esa oportunidad, expuso como defensa las circunstancias que quedaron explicadas en los anteriores numerales de esta providencia y que resultaban imputables al IDU.

1.1.8. El 14 de mayo de 1991, teniendo en cuenta que el plazo contractual vencía el 3 de junio del mismo año, el contratista solicitó al IDU una ampliación de 240 días adicionales para finalizar la ejecución del contrato de obra pública, sin dejar de advertir que debían subsanarse todos los incumplimientos de la contratante que afectaban de manera negativa la ejecución.

1.1.9. El 31 de mayo de 1991, las partes suscribieron el contrato adicional n.º 1, por medio del cual se prorrogó el plazo contractual en seis meses. El contratista dejó constancia de que salvaba su derecho al reconocimiento de los perjuicios causados hasta el momento.

1.1.10. El 23 de agosto de 1991, mediante resolución n.º 442, el IDU revocó la multa impuesta. En esa oportunidad, la contratante reconoció la mora en los pagos al contratista.

1.1.11. Los mismos problemas que impidieron la ejecución oportuna del contrato, se repitieron en el plazo adicional, en particular, la demora en los pagos.

1.1.12. El 16 de octubre de 1991, el contratista solicitó al IDU dar por terminado de mutuo acuerdo el contrato de obra pública, toda vez que la situación económica le resultaba insostenible.

1.1.13. El 3 de diciembre de 1991, día en el que se vencía el plazo contractual, el IDU profirió la resolución n.º 603 a través de la cual impuso una multa al contratista, principalmente, por el retraso en la ejecución de las obras.

1.1.14. El 3 de diciembre de 1991, el contrato terminó por vencimiento del plazo contractual, sin que se terminara la totalidad de la obra ejecutada.

1.1.15. El 16 de julio de 1992, mediante resolución n.º 603, el IDU confirmó su decisión de multar al contratista.

1.1.16. El 30 de marzo de 1993, mediante la resolución n.º 070, el IDU liquidó unilateralmente el contrato de obra pública n.º 113 de 1989, balance que arrojó un saldo a favor del IDU por la suma de \$7.608.010, sin que se consideraran las reclamaciones del contratista.

1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, la actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 4 a 7, c. 7):

PRIMERA: Que se declare la nulidad de la resolución número 603 del 3 de diciembre de 1991 proferida por el Director Ejecutivo del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU-, acto administrativo mediante el cual se impuso al consorcio BUSTAMANTE CÁRDENAS LIMITADA INGENIEROS CIVILES –INGENIEROS, ARQUITECTOS Y TÉCNICOS ASOCIADOS LTDA. INART ASOCIADOS LTDA. una multa equivalente al cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor del contrato 113 de 1989.

SEGUNDA: Que, así mismo se declare la nulidad de la resolución número 317 del 16 de julio de 1992, proferida por el Director Ejecutivo del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU, por medio de la cual se confirmó en todas y cada una de sus partes la decisión de que trata la pretensión anterior.

TERCERA: Que se declare la nulidad de la resolución número 070 del 30 de marzo de 1993 acto administrativo proferido por el Director Ejecutivo del IDU, por medio del cual se liquidó de oficio el contrato número 113 de 1989.

CUARTA: Que se declare que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU incumplió el contrato de obra pública número 113 del 18 de octubre de 1989, cuyo objeto fue la ejecución por el sistema de precios unitarios, de las obras necesarias para la construcción del Complejo Educativo Ciudad Bolívar, localizado en el programa de lotes con servicios de la Caja de Vivienda Popular de la Sierra Morena, de conformidad con los requisitos y especificaciones indicados en los pliegos y/o especificaciones de construcción y bajo las condiciones estipuladas en dicho contrato.

QUINTA: Que como consecuencia de la declaración anterior se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO a pagar al Consorcio “BUSTAMANTE CÁRDENAS LIMITADA INGENIEROS CIVILES – INGENIEROS, ARQUITECTOS Y TÉCNICOS ASOCIADOS LTDA. INART

ASOCIADOS LTDA.”, los perjuicios de todo orden que les ha causado con su incumplimiento contractual.

SEXTA: Que a modo de restablecimiento del derecho, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU debe indemnizar al Consorcio “BUSTAMANTE CÁRDENAS LIMITADA INGENIEROS CIVILES” – “INGENIEROS, ARQUITECTOS Y TÉCNICOS ASOCIADOS LTDA. INART ASOCIADOS LTDA” los perjuicios causados con razón o con ocasión de la expedición de los actos acusados, constituidos, entre otros, por los daños directos e indirectos, en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante; los perjuicios materiales y los sufridos en el “good will” o buen nombre empresarial de mi poderdante.

SÉPTIMA: Que los montos indemnizatorios deben corregirse monetariamente, a fin de que se compensen los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero (inflación) entre la época de causación del daño y la fecha del pago efectivo, y deben incrementarse con los correspondientes intereses comerciales o legales causados y que se causen hasta la fecha de la sentencia.

OCTAVA: Que se liquide judicialmente el contrato 113 de 1989, y en dicha liquidación se incluyan las indemnizaciones que resulten a favor del consorcio BUSTAMANTE CÁRDENAS LTDA. INGENIEROS CIVILES – INGENIEROS, ARQUITECTOS Y TÉCNICOS ASOCIADOS LTDA. INART ASOCIADOS LTDA.

NOVENA: Que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU, debe dar cumplimiento a la sentencia dentro del término de treinta días contados a partir de la fecha en que la providencia sea notificada.

DÉCIMA: Que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU pagará en favor de mi poderdante intereses comerciales sobre la cantidad líquida reconocida durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del fallo, e intereses moratorios después de ese término.

DÉCIMA PRIMERA: Que se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho en la cantidad que determine esa Honorable Corporación.

1.3. Concepto de la violación

Como fundamento de la nulidad de los actos administrativos demandados (fls. 49 a 65, c. 7), el consorcio actor estimó que fue la demandada quien incumplió el contrato y, por consiguiente, la multa y la liquidación unilateral deben reflejar esa realidad. En efecto, sostuvo que existieron defectos en la elaboración del

proyecto, en tanto la demandada no tuvo en cuenta las condiciones del terreno, toda vez que fue utilizado como botadero de materiales antes de la obra. Esa misma circunstancia determinó que la suspensión del contrato fuera ilegal, si se tiene en cuenta que quien la originó fue la misma entidad contratante. De esa irregularidad, el contratista sólo tuvo noticia cuando se inició la obra.

El consorcio actor advirtió que la entidad entregó tardíamente los planos necesarios para la construcción, al igual que los pagos. De la misma forma, los referidos incumplimientos de la demandada impidieron la terminación completa del contrato y, por consiguiente, se privó al contratista de las utilidades esperadas por su ejecución total. El incumplimiento de la demandada fue de tal entidad que impidió el cumplimiento de la carga obligacional de su contraparte, hasta el punto de configurar la excepción de contrato no cumplido.

La parte actora sostuvo que el comportamiento contractual de la demandada supuso la violación de los artículos 2, 3, 58 Superiores; asimismo, el artículo 20 del Estatuto de Contratación Administrativa; los artículos 294, 322 y 323 del Código Fiscal del Distrito. De la misma forma, estimó que esos incumplimientos demuestran la falsa motivación de los actos administrativos demandados.

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El IDU (fls. 149 a 159, c. 7) señaló que la nivelación del terreno fue solucionada a través de la División de Edificaciones, tal como lo reconoció la parte actora. De la misma forma, indicó que los planos en su mayoría fueron entregados oportunamente y tampoco sufrieron mayores modificaciones. En todo caso, precisó que el contratista, aun cuando tenía casi todos los planos, incumplió con las obras por falta de personal y material. Indicó que en donde faltaron los planos correspondientes, siempre se tuvo la colaboración de la interventoría para superar esa deficiencia.



Igualmente, la demandada aclaró que las cuentas y las mayores cantidades de obra fueron canceladas en su totalidad y en oportunidad, con todo y que existieron inconsistencias en la presentación de las cuentas.

La demandada precisó que si bien revocó la multa impuesta a través de la resolución n.º 442 del 23 de agosto de 1991, de ello no sigue que el contratista cumpliera el contrato, circunstancia que se dejó en evidencia en la revocatoria, sino que existieron otras razones de justicia y equidad para tomar esa decisión.

La entidad demandada explicó que para el 14 de mayo de 1991 entregó un anticipo de \$103.036.815 y canceló unas cuentas por valor de \$55.216.120, para un total de \$158.252.935, al tiempo que para el momento de la liquidación la obra ejecutada sólo alcanzó los \$179.572.678.

La parte demandada aclaró que fue el contratista quien abandonó la obra e impidió su finalización.

La demandada también mostró su inconformidad frente a los perjuicios reclamados, en tanto la liquidación determinó un saldo a su favor, el cual deberá desvirtuarse probatoriamente; tampoco existió mayor permanencia en la obra por la suspensión, en tanto el contratista en esa época adelantó las excavaciones correspondientes. Igualmente, no se descontaron los reajustes del tiempo de suspensión, razón por la cual el valor pagado fue superior al pactado; advirtió que el contratista renunció en la prórroga a cualquier reclamación por mayor permanencia en la obra. En todo caso, llamó la atención en torno a que en el plazo adicional el contratista debía ejecutar las obras faltantes que representaban un 56% y sólo cumplió el 2.7% de ellas. Lo anterior, a su juicio, demuestra la inviabilidad de cobrar por administración, equipos y personal disponible. Lo probado es que el contratista no puso a disposición de la obra lo necesario para cumplir.

Por último, propuso como excepciones (i) la falta de integración de la *litis*, en tanto sólo intervino uno de los integrantes del consorcio, y (ii) pleito pendiente, por cuanto la sociedad actora presentó demanda de arbitramento ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, con pretensiones idénticas a las formuladas en este proceso.

3. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, las partes, con base en las pruebas obrantes, reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 301 a 319, c. 7).

4. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA ANULADO

El 28 de octubre de 1999, el Tribunal *a quo* profirió fallo en el sentido de acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, así (fls. 325 a 362, c. 6)²:

En la solución a la primera de las pretensiones que tiene que ver con la nulidad del acto administrativo que impone la multa en virtud a que el contratista se demoró en la ejecución, es claro, que uno y otro, tuvieron que ver en aquél hecho, y que el IDU irresponsablemente generó la demora en el proceso constructivo, razón por la cual hay lugar a ordenar la restitución de los valores pagados por este concepto, debidamente actualizados, al licitar y contratar una obra, programada sobre un lote que no correspondía con aquél.

En relación al segundo grupo de pretensiones que tienen que ver con la nulidad de la liquidación unilateral del contrato, hay que negarlas porque no se trajo ningún medio probatorio que permita afirmar que el contratista haya hecho cantidades de obra diferentes a las reconocidas.

En tercer lugar hay lugar a declarar el incumplimiento del IDU por pago tardío de las cuentas de obra. De conformidad con lo probado en el proceso y visto

² Vale aclarar que la primera página del fallo en cita fue aportada dentro de la diligencia de reconstrucción (fl. 629 a 631, c. ppal).

que la mayoría de ellas se pagaron por fuera del mes de la radicación hay lugar a reconocer la depreciación e intereses por ese tiempo.

La anterior decisión fue apelada por ambas partes (fls. 364 y 365, c. 6).

Mediante auto del 27 de septiembre de 2001, esta Corporación decretó la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia del 28 de octubre de 1999, inclusive, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como consecuencia de la falta de integración del litisconsorte necesario por activa, toda vez que todas las sociedades integrantes del consorcio demandante debían comparecer al proceso (fls. 93 a 103, c. 6).

5. INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO POR ACTIVA

Mediante auto del 6 de febrero de 2002, el *a quo* citó “*como litisconsorte necesario por activa a la sociedad INGENIEROS, ARQUITECTOS Y TÉCNICOS ASOCIADOS Ltda.*” (fls. 324 y 325, c. 7). Ante la imposibilidad de notificar la anterior decisión personalmente, se emplazó a la sociedad vinculada (fls. 328 a 333, c. 7). Surtido el emplazamiento, se le designó curador *ad litem* (fls. 334, 337 y 340, c. 7).

El curador *ad litem* de la sociedad Ingenieros, Arquitectos y Técnicos Asociados Ltda. coadyuvó la demanda original, para lo cual respaldó los hechos y las pretensiones en ella formulada (fls. 343 a 348, c. 7).

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 12 de mayo de 2004 (fls. 360 a 381, c. segunda instancia), el *a quo* negó las pretensiones de la demanda. Para el efecto, sostuvo:

EXCEPCIONES (...)

En relación con las excepciones de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, faltar (sic) la Sociedad Ingenieros, Arquitectos y Técnicos Asociados Ltda. "INART ASOCIADOS LTDA" como parte del consorcio contratista y pleito pendiente en razón a que la sociedad Bustamante Cárdenas Ltda. Ingenieros Civiles, mediante apoderado presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, la demanda de arbitramento contra el IDU para que las pretensiones, que fueron incoadas en forma idéntica por el aquí actor, se sometan a la decisión del Tribunal de Arbitramento.

Al respecto, encuentra la Sala que las mismas no tienen vocación de prosperidad por cuanto frente a la primera el Consejo de Estado mediante providencia de 27 de septiembre de 2001 decretó la nulidad de lo actuado en el presente proceso a partir de la sentencia proferida por este Tribunal el 28 de octubre de 1999, inclusive, y citar, como lo hizo el despacho de origen mediante auto de 6 de febrero de 2002, que obra a folios 324 y 325 del cuaderno 1, como litisconsorte necesario por activa a la sociedad Ingenieros, Arquitectos y Técnicos Asociados Ltda., sociedad que mediante curador ad litem contestó la demanda el 1 de abril de 2003 y con quien se continuó el trámite procesal. De otra parte, en lo que se refiere al pleito pendiente obra en el expediente, a folio 274 del cuaderno 1, memorial del apoderado del actor mediante el cual anexa certificación expedida por la doctora MARCELA MONROY TORRES, en su calidad de Presidente del Tribunal de Arbitramento convocado por la sociedad Bustamante Cárdenas Ltda. contra el IDU, con ocasión del contrato de obra pública número 113 del 18 de octubre de 1989, sobre la pérdida de eficacia de la cláusula compromisoria, visible a folio 425 del cuaderno 2, en razón a que las partes no realizaron las consignaciones correspondientes a los honorarios de los árbitros.

CONSIDERACIONES DE LA SALA (...)

1. Sobre el incumplimiento (...)

Del material probatorio relacionado, la Sala infiere que en el presente litigio, lo demostrado conducente e idóneamente por las partes refleja que no aparece probado fehacientemente por parte de la demandante un incumplimiento imputable al IDU, en el contrato de obra n.º 113 de 1989; pues si bien es cierto el presunto incumplimiento en que pudo haber incurrido el IDU, se circunscribía a la entrega no oportuna de algunos planos del proyecto, este escollo fue subsanado por el interventor de la obra en la medida en que se fue ejecutando el objeto contractual para no afectar el cumplimiento del mismo, y del decurso normal de las obras.

Es abundante el cruce de correspondencia entre las partes contratantes y del mismo se colige que desde el mismo momento en que se dio inicio a las obras, el objeto contractual empezó a adolecer de inconvenientes, pues la misma suspensión de las obras motivadas por la cota del nivel del terreno, a priori, podría atribuirse a la entidad contratante un incumplimiento a la cláusula correspondiente a la fecha de iniciación del contrato, pero esta

suspensión fue motivada por la preparación adecuada de la cota del terreno, según lo demostró el IDU y que la misma no tuvo injerencia alguna para que el actor alegara la mayor cantidad de obra, adicionalmente esta suspensión no riñe con lo preceptuado con el artículo 57 del Decreto 222 de 1983, aplicable al contrato mencionado (...).

Pero las pruebas obrantes al expediente reflejan que el IDU, desde un comienzo estuvo al tanto de las inquietudes de su contratista y una por una las fue resolviendo a medida que este las presentaba; desde las directrices para ejecutar una parte específica de la construcción, pasando por el requerimiento de los planos, hasta las solicitudes del pago de mayor cantidad de obra.

Sobre estos puntos es importante destacar que el contratista cuando no había transcurrido ni siquiera un mes de la reiniciación de las obras, ya estaba presentando su primera cuenta de cobro en la cual incluía, desde ese entonces, la mayor cantidad de obra y cobraba ejecución de obra por el mes de mayo, cuando está perfectamente probado que durante ese mes la obra estuvo suspendida; de igual forma, las mayores cantidades de obra solicitadas desde un comienzo por el contratista, teniendo en cuenta su valor que fue cuantificado por este en la suma de \$62.972.207.28, indudablemente requerían del análisis juicioso de la entidad pues se modificaría ostensiblemente el valor inicial del contrato, de ahí que el IDU, en reiteradas ocasiones hizo devolución de las cuentas de cobro del contratista al incluir aquellos ítems donde cobraba mayor cantidad de obra que no había sido aceptada, aprobada y legalizada por los funcionarios competentes de la entidad, así como también porque las mismas no reunían los requisitos exigidos por el IDU. En consecuencia no se puede predicar un incumplimiento por el pago extemporáneo de las mismas por parte de la entidad demandada y máxime cuando existe prueba que el IDU le explicó al contratista la forma de diligenciar las cuentas con el lleno de los requisitos para evitar su devolución, lo cual fue reiterado en varias comunicaciones.

Lo anterior está demostrado y refleja la posición de la Sala, en el acta n.º 6 de 28 de septiembre de 1990, suscrita por el IDU, el contratista y el interventor de la obra, donde plasmó que el valor del contrato fue de \$343.456.050, el anticipo \$103.036.815, anticipo amortizado -0-, la mayor cantidad de obra ascendió a la suma de \$13.99.990.383 (sic) y la menor cantidad de obra y obra que no se ejecutaría ascendió a la suma de \$39.313.017, por lo que la mayor cantidad de obra se cancelaría con recursos del contrato (fls. 69 a 74, c. 2), es decir el contratista aceptó tal ecuación financiera reflejo indiscutible de la realidad contractual y por ende conllevaría al quebrantamiento del dicho del actor al reclamar un pronunciamiento sobre el incumplimiento del contratante en este aspecto.

Es importante hacer relevancia sobre la situación financiera del contratista por cuanto para el mes de septiembre de 1990, es decir aproximadamente a los cuatro meses de haberse iniciado la obra, y a tan sólo cinco de haber recibido el anticipo, acusaba ya crisis de liquidez y por ello sus incisivas y

reiteradas solicitudes para la aprobación de mayor cantidad de obra y el pago correspondiente, llegando incluso a inquirir a la entidad contratante, mediante comunicación del 24 de septiembre de 1990, en la cual le advirtió que en adelante cualquier actividad que se ejecutara, estaría afectada por mayores cantidades de obra y obras no previstas, sin legalizar hasta la fecha por el IDU (...).

Respecto del incumplimiento alegado por el actor por la no entrega de los planos o en su entrega tardía, la Sala considera que no puede imputarse un incumplimiento de las obligaciones del IDU generadas por esta situación, en razón a que en el expediente obra testimonio del interventor de la obra quien al ser interrogado por la parte actora, sobre este tema respondió "No porque los planos iniciales que se entregaron mostraban el sitio, las especificaciones para construir, faltaban detalles constructivos, como secciones de vigas generalmente de cubierta, las cuales se definían cuando la firma contratista solicitaba este detalle, sin embargo, como las vigas de cubierta corresponde en la programación de la obra, a actividades posteriores a la cimentación del edificio, daba lugar a que el detalle se entregara a tiempo" (fl. 52, c. 5), testimonio que coincide con la solicitud efectuada por el contratista al IDU, alegando su incumplimiento al no contar o recibir tardíamente los planos de despiece de vigas de amarre, despiece y corte típico de placa de entrepiso; de las vigas intermedias del vestier y de la placa zona de proyección de la administración; despiece de las escaleras de circulación de administración; de las placas y vigas intermedias de la zona de talleres; tanques enterrados; de despiece de la viga canal eje; de la placa de cubierta y domo del hall de administración; despiece de la viga de canal eje; de placa de cubierta y domo del hall de administración; despiece vigas sobre muros; acabado de pisos y enchapes; acometidas parciales hidráulicas y eléctricas; subestación eléctrica (fls. 77 a 81, c. 2).

Aunado a lo anterior, la Sala reitera que obran al expediente las comunicaciones del IDU al contratista absolviendo o dando instrucciones sobre la ejecución de la obra, lo cual traduce en que la entidad contratante no dejó a la deriva la marcha de la obra o hizo caso omiso a los requerimientos de su contratista, siempre hubo una respuesta a sus inquietudes e inclusive son voluminosas y reiterativas las comunicaciones dirigidas al contratista advirtiéndole sobre las inconsistencias en las cuentas de cobro, en el acabado de los trabajos y en la demora o paralización de las obras.

2. Sobre la nulidad de las resoluciones n.ºs 603 de 3 de noviembre de 1991, 317 de 16 de julio de 1992 y 070 de 30 de marzo de 1993 por presunta falsa motivación.

Evidenciado como se encuentra que el incumplimiento demandado no se configuró por parte del IDU y que por el contrario la entidad demandada demostró que quien incumplió fue el contratista, encuentra la Sala que el cargo formulado frente las resoluciones números 603 del 3 de diciembre de 1991 mediante la cual se impuso al contratista una multa equivalente al 0.5%

del valor del contrato 113 de 1989 y 317 del 16 de julio de 1992 que confirmó la anterior en todas y cada una de sus partes, por los mismos argumentos anteriores no se logró desvirtuar su presunción de legalidad porque la administración obró de acuerdo con lo pactado en las cláusulas contractuales y su motivación se ajusta a los hechos reales sobre la forma cómo se ejecutó el objeto del contrato cuestionado, por lo que desde ningún punto de vista se puede predicar una falsa motivación de los actos administrativos demandados.

Ahora bien, en lo que se refiere a la pretendida nulidad de la resolución n.º 070 del 30 de marzo de 1993 por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato citado, la Sala no encuentra probado que el contratista haya efectuado cantidades de obra diferentes a las reconocidas, pues como se demostró precedentemente las que hubo se imputaron por las partes al valor del contrato.

III. SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora apeló la decisión del *a quo*³. Para el efecto (fls. 391 a 404, c. segunda instancia), adujo (i) superficialidad de la sentencia de primera instancia, en tanto se desconocieron las pruebas obrantes, razón por la cual los fundamentos de la decisión fueron infundados y subjetivos; (ii) indebida valoración de las pruebas, en tanto su valoración permitía concluir claramente que la demandada incumplió el contrato de obra pública n.º 113 de 1989, debido a la falta de planeación, demora en la entrega de los planos y diseños, cambios en las condiciones contractuales y el pago tardío de las cuentas de cobro. Para respaldar estas afirmaciones se apoyó en similares argumentos a los expuestos en la demanda y en los alegatos de conclusión de primera instancia, además de citar varias fuentes constitucionales, legales, jurisprudenciales y doctrinales; (iii) improcedencia de la multa impuesta, en tanto las pruebas dan cuenta del sistemático incumplimiento de la demandada, quien siempre se mostró reacia a aceptarlo y trató de ocultarlo a través de infundadas imputaciones de incumplimiento de su contraparte, comportamiento que

³ El recurso fue interpuesto el 26 de mayo de 2004 (fl. 383, c. segunda instancia).

determinó la suerte del contrato; (iv) la ilegalidad de la liquidación del contrato, en tanto no se incorporaron todas las sumas adeudadas al contratista, reajustes definitivos, costos por mayor permanencia en la obra y la utilidad no percibida.

2. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, la parte demandada solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que las pruebas confirmaban el sentido de esa decisión (fls. 409 a 418, c. segunda instancia). La parte actora reiteró los argumentos de sus intervenciones (fls. 419 a 436, c. segunda instancia).

3. RECONSTRUCCIÓN DEL EXPEDIENTE

Mediante auto del 17 de abril de 2015, el Despacho sustanciador dispuso la iniciación del trámite de reconstrucción, toda vez que al revisar físicamente el expediente y los informes secretariales de primera y segunda instancia, se pudo constatar que, al parecer, faltaba un cuaderno de 349 folios (fls. 609 y 610, c. segunda instancia). Surtido el trámite correspondiente (fls. 611 a 625, c. segundan instancia), el 17 de septiembre de 2015 se llevó a cabo la audiencia de reconstrucción, en la cual la parte actora aportó algunos documentos. De la misma forma, las partes de común acuerdo señalaron que las pruebas solicitadas y practicadas se encontraban en el proceso, con las cuales se podía resolver de fondo el asunto (fl. 629 a 631, c. segunda instancia). Finalmente, mediante auto del 5 de octubre de 2015, el Despacho declaró reconstruido el expediente, en los términos del acta del 17 de septiembre del año en curso (fls. 633 a 635, c. segunda instancia).

IV. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente

1.1.1. En tanto uno de los extremos es una entidad pública, el Instituto de Desarrollo Urbano, establecimiento público del orden distrital⁴, es esta la jurisdicción a quien le corresponde asumir el presente asunto.

En todo caso, vale aclarar que en el contrato en estudio se pactó una cláusula compromisoria (cláusula décima novena, fls. 12 y 13, c. 4). Al respecto, el *a quo* al resolver la excepción de falta de jurisdicción, aunque se denominó como pleito pendiente, con base en lo certificado por la Presidenta del Tribunal de Arbitramento convocado en cumplimiento de la referida cláusula, donde certificó la pérdida de los efectos de la misma, ante la renuencia de las partes de consignar los gastos del Tribunal (fl. 425, c. 4), estimó que se había renunciado a esa cláusula. En efecto, la Presidenta del Tribunal de Arbitramento certificó:

1. El Tribunal de Arbitramento convocado para efectos del proceso del cual hago parte como presidente, quedó integrado además por los doctores Tafur Galvis y Pretel de la Vega.

2. El Tribunal estableció las sumas correspondientes para los gastos correspondientes y los honorarios de los árbitros.

3. No obstante, las partes no realizaron las consignaciones, lo que generó la pérdida de efectos de la cláusula compromisoria.

En efecto, en los términos del inciso cuarto del artículo 22 del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 105 de la Ley 23 de 1991⁵, vencidos “los términos previstos para efectuar la consignación total de los gastos y honorarios,

⁴ Según el artículo 1 del Acuerdo distrital n.º 19 del 6 de octubre de 1972, el I.D.U. se creó como un establecimiento público del orden distrital (fl. 290, c. 7). Visto en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=940>. El 12 de noviembre de 2015.

⁵ Artículo incorporado en el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998.

si ésta no se realizare, el tribunal declarará mediante auto concluidas sus funciones y se extinguirán los efectos del compromiso, o los de la cláusula compromisoria para este caso quedando las partes en libertad de acudir a la justicia ordinaria". En consecuencia, corresponde a esta jurisdicción conocer del presente asunto.

1.1.2. Ahora, es esta Corporación la competente para conocer del mismo, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, subrogado por el Decreto 597 de 1988, le asignaba el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos⁶.

1.1.3. De otro lado, frente a la acción pertinente, el Código Contencioso Administrativo, en el texto original del artículo 87 del Decreto 01 de 1984, disponía:

ARTICULO 87. ACCIONES RELATIVAS A CONTRATOS. Cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, podrá pedir un pronunciamiento sobre su existencia o validez, que se decrete su revisión, que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él.

La nulidad absoluta también podrá pedirse por el Ministerio Público y por quien demuestre interés directo en el contrato.

⁶ El numeral 8 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, subrogado por Decreto 597 de 1988 imponía el conocimiento en primera instancia a los Tribunales Administrativos de los procesos de contratos administrativos, interadministrativos y de los de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad, celebrados por la Nación y las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes. En ese orden, se tiene que la mayor pretensión fue por \$367.575.261 (fls. 42 a 48, 67 y 68, c. 7, valoración del menoscabo contractual). En consecuencia, para 1993, cuando se presentó la demanda (fl. 86, c. 7), la controversia contractual tenía un valor superior a \$6.860.000 y, por consiguiente, tenía vocación de doble instancia.

Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código (se destaca).

Ahora, el mismo código, en su artículo 136 prescribía, en su parte pertinente, que los “actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato”.

Frente al alcance de esas normas, la jurisprudencia precisó⁷:

a) Que se debía distinguir al interior de los actos contractuales, unos separables del contrato y otros que no lo eran.

b) Que los actos separables no se controlaban por medio de las acciones contractuales (artículo 87), sino por “las otras acciones” previstas en el Código, es decir las de nulidad (artículo 84) y de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85).

c) Que, sin embargo, dichos actos únicamente eran impugnables jurisdiccionalmente “una vez terminado o liquidado el contrato”.

d) De la regla anterior quedaba exceptuado el acto de adjudicación que era susceptible de ser impugnado según las reglas generales (artículo 136).

Igualmente, desde esa época y en vigencia de las normas en cita, la Sección precisó en relación con el cuestionamiento judicial de los actos contractuales, esto es, los de ejecución y liquidación, lo siguiente:

Los inconvenientes se presentaron cuando se trató de precisar lo que se debía entender por actos separables de los contratos; finalmente, la jurisprudencia definió que tal calificación estaba reservada para los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato, siendo los contractuales propiamente dichos (y por ende no separables), los que se produjeran en las etapas de ejecución y liquidación.

Deducido lo anterior, el régimen descrito, conforme se explicó antes, en los artículos 87 y 136 se aplicó a los actos previos; los actos contractuales se debían impugnar, en consecuencia, a través de las acciones del artículo 87.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 10 de marzo de 1994, exp. 9118, M.P. Juan de Dios Montes Hernández; igualmente, de la misma Sección, sentencia del 26 de abril de 2006, exp. 15.188, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

Ahora, las anteriores normas, fueron modificadas con la entrada en vigencia del Decreto 2304 de 1989, norma vigente a la presentación de la demanda; sin embargo, el cuestionamiento judicial de los actos separables (que eran únicamente los proferidos antes de la celebración del contrato) y los contractuales (los de ejecución y liquidación) se mantuvo incólume, salvo en cuanto se permitió la impugnación de la legalidad de los primeros sin que previamente se verificara la terminación o liquidación del contrato⁸.

En esos términos, los actos administrativos que impusieron las multas y liquidaron unilateralmente el contrato, para el momento en que se presentó la demanda, se consideraban como asuntos contractuales y, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, podía demandarse a través de la acción contractual, que fue la intentada en esta oportunidad (fls. 65 y 66, c. 7).

1.2. La legitimación en la causa

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son extremos de la relación contractual en estudio y creadores y destinatarios de los actos administrativos cuestionados.

1.3. La caducidad

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984, subrogado por el Decreto 2304 de 1989), dispuso que las acciones de controversias relativas a contratos caducarían a los dos años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvieran de fundamento. Ahora, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, norma aplicable al contrato en estudio, la jurisprudencia del Consejo de Estado estableció como plazo máximo para la

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 10 de marzo de 1994, exp. 9.118, M.P. Juan de Dios Montes.

liquidación de los contratos el de 6 meses a partir de su terminación: 4 meses para la bilateral y otros 2 meses para la unilateral, vencidos los cuales, empezaba a correr el término de caducidad de la acción. El plazo contractual vencía el 3 de diciembre de 1991, es decir que la liquidación debió producirse a más tardar el 6 de junio de 1992; a partir de esta fecha corrían los 2 años de caducidad de la acción, o sea hasta el 6 de junio de 1994. Como la demanda se presentó el 26 de agosto de 1993, fue oportuna.

2. EL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en dilucidar si están llamados a prosperar los cargos de nulidad propuestos por la parte actora en contra de las resoluciones n.ºs 603, 317 y 70 del 3 de diciembre de 1991, del 16 de julio de 1992 y del 30 de marzo de 1993, respectivamente, por medio de las cuales el IDU multó al consorcio contratista y liquidó unilateralmente el contrato de obra pública n.º 113 del 18 de octubre de 1989. Para el efecto, habrá que determinarse quién honró el referido contrato.

3. LA CUESTIÓN DE FONDO: EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL⁹

3.1. Del régimen jurídico del contrato de obra pública n.º 113 del 18 de octubre de 1989

Para el 18 de octubre de 1989, cuando se suscribió el contrato de obra pública en estudio, estaba vigente el Decreto Ley 222 de 1983. El mencionado decreto, fue expedido con base en las facultades otorgadas por la Ley 19 de 1982. El artículo 5 de la citada ley dispuso:

⁹ Vale aclarar que como el análisis de los cargos de nulidad de los actos administrativos demandados comporta un estudio de incumplimiento, no se analizará este último en un acápite separado, sino que quedará incorporado en los argumentos para desatar tales cargos de anulación.

Artículo 5º. En el desarrollo de la autonomía de los Departamentos y Municipios sus normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; para las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación están reservadas a la ley, así como las de inhabilidades e incompatibilidades.

De lo expuesto, se desprende que las entidades descentralizadas territoriales, incluidas claro está, sus entidades descentralizadas, como es el caso de la que aquí nos ocupa, podían disponer en sus normas fiscales sobre (i) formación, (ii) adjudicación y (iii) cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y necesidades del servicio; sin embargo, los demás temas, entre otros, (i) tipos de contratos, (ii) clasificación, (iii) efectos, (iii) responsabilidad, terminación e inhabilidades e incompatibilidades se reservarían a la ley.

En esa dirección, el artículo 1 del Decreto Ley 222 de 1983 dispuso:

Artículo 1º. De las entidades a las cuales se aplica este estatuto. Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos), y los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto.

Así mismo, se aplicarán a los que celebren las Superintendencias por conducto de los Ministerios a los cuales se hallen adscritas.

A las Empresas Industriales y Comerciales del estado y a las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades.

Las normas que en este estatuto se refieren a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el título IV, se aplicarán también en los Departamentos y Municipios.

La norma en cita también refirió a las cláusulas exorbitantes como un tema de ley, desarrolladas en el título IV del citado decreto.

De lo hasta aquí expuesto, se tiene que la normatividad del contrato en cita se remite a lo dispuesto en el Código Fiscal de la época, el Acuerdo 6 de 1985, que aunque es una norma de alcance local que no fue aportada al proceso, sí se puede consultar en el sitio *web* oficial del Distrito Capital¹⁰ y lo dispuesto por el Decreto Ley 222 de 1983, en los temas arriba advertidos. Disposiciones a las cuales se sujetará la Sala para decidir la cuestión propuesta.

3.2. De los hechos probados

Es dable aclarar que las pruebas que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. Igualmente, es preciso advertir que algunos documentos fueron allegados en copia simple, pero los mismos no fueron tachados por la demandada, razón por la cual se valorarán sin otra consideración, como la Sección lo tiene establecido¹¹.

3.2.1. Dentro de las condiciones generales de las licitaciones públicas internacionales que se abrirían para el desarrollo de la zona sur-occidental de Bogotá, en Ciudad Bolívar, se estableció (fls. 200 y 201, c. 3):

29.9.5. Planos de construcción, referencia y localización.

Los planos de la licitación no necesariamente corresponden en un todo a los planos de construcción. El interventor suministrará al contratista los planos de construcción y le indicará las referencias en el terreno que se requieran para la correcta localización y construcción de las obras.

Será obligación del contratista la correcta localización de las obras, la cual debe ser comprobada por el interventor.

¹⁰ En: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3049>. Visto el 12 de noviembre de 2015.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero.

Si el contratista encuentra discrepancias o errores en los planos o datos que le haya suministrado el interventor, o tiene dudas con respecto a la localización de las obras, su diseño o las condiciones locales que lo puedan afectar, deberá solicitar por escrito las aclaraciones satisfactorias del interventor, antes de iniciar la respectiva construcción y este deberá dar respuesta en forma rápida y escrita, dentro de los tres (3) días siguientes a la consulta.

El contratista deberá conservar las referencias en el terreno que se encuentren fuera de la zona de construcción y restablecerlas a satisfacción del propietario afectado, en caso de que sean destruidas por causa suya. Deberá colocar, basándose en la información dada en los planos y diseños o en las instrucciones recibidas del interventor, todas las referencias adicionales, estacas o tacos necesarios para la correcta ejecución de las obras.

El interventor podrá exigir al contratista, el suministro de planos detallados de formaleta, soportes, tablestacados y obras similares de carácter temporal antes de autorizar la construcción respectiva. La aprobación que dé el interventor a la obra temporal no eximirá al contratista de su responsabilidad por la correcta ejecución de las obras definitivas (...).

30. MODIFICACIONES DE PLANOS, ESPECIFICACIONES Y CANTIDADES DE OBRA

30.1 Generalidades

Durante la ejecución del contrato, el IDU podrá ordenar las modificaciones de planos, especificaciones y cantidades de obra, por factores de orden técnico. Estas modificaciones deberán acordarse mediante actas, de las cuales se remitirá copia al BID para su conformidad.

Si el contratista desea proponer cambios a planos o especificaciones originales, lo solicitará por escrito reservándose el IDU el derecho de aceptarlos o no (...).

30.5 Modificaciones al Programa de Trabajo e Inversiones

El IDU podrá ordenar la modificación parcial o total del programa de trabajo e inversiones, por factores de conveniencia o de orden técnico, mediante comunicación escrita al contratista.

Cuando las anteriores variaciones generen para el contratista costos adicionales o alteraciones del plazo, el IDU autorizará el mayor valor o la modificación del plazo.

En caso de que dichas órdenes se originen en hechos imputables al contratista, este no tendrá derecho a compensación económica alguna.

3.2.2. El 18 de octubre de 1989, previo agotamiento del proceso de selección de licitación pública, el IDU y el Consorcio Bustamante Cárdenas Ltda.-Ingenieros Civiles e Ingenieros, Arquitectos y Técnicos Asociados Ltda. INART Ltda. suscribieron el contrato de obra pública n.º 113 para la construcción del Complejo Educativo Ciudad Bolívar, de conformidad con los requisitos y especificaciones del pliego de condiciones, planos, especificaciones de construcciones y condiciones del contrato en mención. Dentro de sus estipulaciones contractuales se destaca (fls. 2 a 17, c. 4)¹²:

CLÁUSULA TERCERA. VALOR DEL CONTRATO: Para todos los efectos legales y fiscales, el valor del presente contrato se estima en la suma de TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CINCUENTA PESOS (\$343.456.050) MONEDA CORRIENTE, su valor definitivo será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra ejecutada por el precio de cada una de ellas. CLÁUSULA CUARTA. FORMA DE PAGO: El IDU pagará al CONTRATISTA el valor estipulado en la cláusula tercera así: a) Anticipo: Una suma equivalente al treinta por ciento (30%) del valor del contrato, previo perfeccionamiento de este documento y aprobados los programas de trabajos e inversiones PERT con señalización de la ruta crítica, el programa de inversión del anticipo ajustado, y una vez constituida y aprobadas por el IDU las garantías que más adelante se determinarán. Con los fondos provenientes del anticipo, el CONTRATISTA se obliga a abrir conjuntamente con el interventor, en un banco de esta ciudad, una cuenta bancaria a nombre de la obra, previamente autorizada por la Auditoría del IDU. Esta cuenta será independiente de la cuenta corriente del CONTRATISTA y será manejada conjuntamente por el CONTRATISTA y el interventor. El CONTRATISTA debe llevar un registro de la cuenta del anticipo que demuestre inequívocamente el saldo y las bases que lo conforman. Dicho registro deberá presentarlo a la Auditoría Fiscal del IDU, por conducto de la oficina de control de obras correspondientes, o de la dependencia que se le asigne tal función, con el extracto bancario y la conciliación en los términos y condiciones señalados en los reglamentos expedidos por Contraloría. Los dineros provenientes del anticipo solo serán invertidos en la correspondiente obra de acuerdo al programa de inversiones ajustado y debidamente aprobado por el IDU. En caso de que la interventoría se ejerza a través de un contratista interventor, la relación de gastos deberá autorizarse por la Subdirección de Construcciones. Cualquier diferencia entre los saldos bancarios que aparezcan en el extracto que el CONTRATISTA debe presentar al IDU y la relación de cuentas y gastos enviada para la aprobación de la interventoría, o cuando el IDU compruebe que a los dineros les fue dada una destinación diferente a la autorizada, será causal para

¹² La primera página del contrato en mención está en el folio 1 del cuaderno 3.

hacer efectiva la garantía de manejo del anticipo y declarar la caducidad administrativa del contrato. La cuenta del anticipo será saldada conjuntamente por el Interventor y el CONTRATISTA, previa anulación de los cheques no utilizados. B) Saldo: El saldo será cancelado mediante la presentación de cuentas de cobro mensuales por obra ejecutada, descontando el treinta por ciento (30%) para amortizar del anticipo y el tres por ciento (3%) en calidad de retención, como garantía adicional, el cual será cancelado una vez quede en firme la liquidación del contrato, se hayan constituido y aprobado las garantías respectivas y haya sido presentada la cartilla de conservación de la obra. CLÁUSULA QUINTA: REAJUSTA DE PRECIOS: Las cuentas de cobro por obra ejecutada y aceptada por el IDU están sujetas a reajustes en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos, mediante la aplicación de las fórmulas matemáticas consignadas en el numeral 29.8.1. del pliego de condiciones generales de la Licitación. CLÁUSULA SEXTA. OTRAS OBRAS: En el caso de que a juicio del IDU sea necesario ejecutar obras indispensables no contempladas en el contrato, las cuales por su naturaleza deban ser parte de la obra, el CONTRATISTA estará obligado a realizarlas a los precios unitarios pactados. Si no estuvieren pactados se determinarán utilizando los índices de precios de CAMACOL y/o del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, sin variar el porcentaje del A.I.U. de la propuesta. Si por la ejecución de estas obras resultare mayor valor del contrato, se procederá de acuerdo a lo establecido en el Código Fiscal Distrital vigente (...). CLÁUSULA NOVENA. TÉRMINO DEL CONTRATO: El término del presente contrato es de trece (13) meses contados a partir de la fecha del acta de iniciación de la obra, la cual se suscribirá dentro de los tres (3) días hábiles siguiente a la entrega del anticipo. Los primeros doce (12) meses constituyen el plazo con que cuenta el CONTRATISTA para ejecutar a entera satisfacción del IDU el objeto del contrato y el mes restante constituye el plazo máximo para efectuar la liquidación del mismo y la constitución de las pólizas respectivas. El CONTRATISTA se obliga a ejecutar las obras objeto del contrato, de acuerdo con los programas y cronogramas, fechas de trabajo e inversiones adjuntas a su propuesta actualizados y aceptados por el IDU (...) CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA. INTERVENTORÍA: La vigilancia de las obras de este contrato será ejercida por un interventor, quien representará al IDU ante el CONTRATISTA y cuyas funciones además de las consignadas en este documento serán determinadas por el IDU de acuerdo a los artículos 347, 348, 349 y 350 del Código Fiscal Distrital vigente. Las divergencias que se presenten entre el interventor y el CONTRATISTA relacionadas con la supervisión, control y dirección de la obra, serán dirimidas por el Subdirector de Construcciones del IDU. En caso de que ellas subsistan, intervendrá el Director o la persona que él asigne. Cuando se produzcan atrasos en la ejecución de las obras respecto al programa de trabajo, por causas imputables al CONTRATISTA, el interventor podrá solicitarle que se labore en horas nocturnas y en días feriados, sin costo adicional para el IDU (...) CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA. MULTAS: Si el CONTRATISTA faltare a alguna o algunas de sus obligaciones contractuales, el IDU podrá sancionar con multas hasta del dos por ciento (2%) del valor del contrato cada una, sin que en su totalidad excedan el diez por ciento (10%) del valor del contrato y

sus adicionales. Esta sanción podrá imponerse en relación con cada una de las obligaciones incumplidas, todas las veces que ello ocurriere. En caso de incumplimiento del plazo de ejecución del contrato, el IDU podrá aplicar la anterior sanción o cobrar una indemnización parcial por daños y perjuicios del dos por mil (2x1.000) del valor del contrato, por cada día calendario de mora en la entrega final de las obras. Las sanciones serán impuestas mediante resolución motivada, por el Director del IDU. El cobro de las multas e indemnizaciones se hará descontando su valor de los saldos a favor del CONTRATISTA, o con cargo a la garantía de cumplimiento del contrato, y si esto no fuere posible, se cobrará por jurisdicción coactiva. Queda entendido que el pago de las multas e indemnizaciones no exime al CONTRATISTA de ninguna de sus obligaciones contractuales ni de otras a que se hiciere acreedor, y que estas podrán cobrarse simultáneamente, si así ocurriere. El IDU puede optar de acuerdo con su criterio, entre imponer las sanciones aquí indicadas o declarar la caducidad del contrato (...)

CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO: *Por razones de fuerza mayor o caso fortuito, se podrá de común acuerdo entre las partes, suspender la ejecución del contrato mediante la suscripción de un acta en donde conste la circunstancia que lo origina, la fecha de suspensión y la fecha o el evento previsto para reiniciación de las obras, sin que para los efectos del plazo extintivo se compute el tiempo de la suspensión. Para reiniciar las obras se deberá suscribir el acta correspondiente y modificar las garantías a que haya lugar.*

CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA. ENTREGA DE LAS OBRAS: *A la terminación de las obras, el CONTRATISTA se obliga a efectuar la entrega de las mismas, a satisfacción del IDU, dentro del plazo contractual, en diligencia de la cual se levantará un acta relacionando las cantidades de obra ejecutadas y el estado en que se reciben, la cual será suscrita por el Interventor y el CONTRATISTA y llevará el visto bueno de la Subdirección de Construcciones y del Director Ejecutivo del IDU. En caso de que el contratista no efectúe oportunamente dicha entrega, el IDU tomará posesión de las obras en diligencia en la que intervendrá la oficina de control de obras del IDU, dejando constancia de la circunstancia que provoca la toma de posesión y dejando constancia además de que el valor de las obras en mal estado será descontado de los saldos a favor del CONTRATISTA.*

CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA. LIQUIDACIÓN: *Terminadas las obras o recibidas por parte de ellas o su totalidad en forma definitiva por el IDU, se procederá de inmediato a efectuar la liquidación del contrato mediante acta suscrita entre el CONTRATISTA y el IDU, dejando constancia de las sumas de dinero recibidas por el CONTRATISTA y de la ejecución de la prestación a su cargo. Se determinarán además las obligaciones a cargo de las partes. Si el CONTRATISTA no se presenta a liquidar el contrato en el término señalado para tal fin en la cláusula novena de este contrato. El IDU podrá efectuar la liquidación, la cual se expedirá mediante resolución motivada la que estará sujeta a los recursos ordinarios por la vía gubernativa. La liquidación del contrato implica la revisión de las actas de pago por obra aceptada, las cantidades ejecutadas, cotas y cubicaciones correspondientes. Las correspondientes a que haya lugar se incorporarán a dicha liquidación, la que debe ser aprobada por el Director del IDU y por el funcionario que ejerce el*

control interno. Una vez aprobada, el IDU pagará el saldo a la presentación de la respectiva cuenta debidamente legalizada.

3.2.3. El 20 de febrero de 1990, el interventor y el contratista firmaron el formato de inversión del anticipo, en el cual se describía el porcentaje de los *ítems* en que debía destinarse, así: (i) transporte de maquinaria (0.75%); (ii) pago de salarios, jornales y dirección de la obra (12.85%); (iii) alquiler de maquinaria (10%), y (iv) compra de materiales, combustible y lubricantes (76.40%) (fl. 224, c. 4).

3.2.4. El 2 de mayo de 1990, las partes dieron por iniciada la ejecución de la obra. En consecuencia, se consignó que las obras debían concluirse el 2 de mayo de 1991. Igualmente, se aprobó el programa de ejecución de los trabajos (fls. 19 y 20, c. 4).

3.2.5. El 4 de mayo de 1990, las partes suspendieron la ejecución del contrato. En el acta respectiva se dejó constancia que la suspensión obedecía al hecho de que no se había *“definido el nivel del proyecto, por cuanto el lote fue usado como botadero de tierra y varió la cota negra inicial ante esto, es necesario nivelar nuevamente para comparar con la inicial y localizar el proyecto en los ejes y niveles convenientes para evitar mayores cantidades de obra”* (fls. 21 y 22, c. 4).

3.2.6. El 5 de junio de 1990, se levantó la suspensión del contrato y se dejó constancia de que la *“obra se reinicia sin tener los diseños que la Subdirección de Programación debía entregar sobre la nueva nivelación y el nivel del proyecto, trabajo que realizó la comisión de topografía de la División de Edificaciones. // Es necesario retirar todo el neme o arcilla expansiva que existe en todo el terreno cuyo promedio es de 1.20 mtrs.”* (fl. 24, c. 4). Igualmente, se acordó que la nueva fecha de terminación del contrato sería el 3 de junio de 1991 (fls. 23 y 24, c. 4).

3.2.7. El 20 de junio de 1990, el IDU, a través del interventor y los Jefes de la Sección de Interventoría y División de Edificaciones de la referida entidad, devolvieron al contratista la cuenta radicada bajo el n.º 1-1325, toda vez que para esa fecha aún no se legalizaba la mayor cantidad de obra por el ítem “*de nivelación y adecuación del terreno a máquina*” (fl. 26, c. 4).

3.2.8. El 22 de junio de 1990, mediante acta n.º 4, las partes legalizaron las mayores cantidades de obra, entre otros, por el ítem de nivelación y adecuación de tierras (fls. 126 a 132, c. 2). Sin embargo, esa acta no fue aprobada por los Jefes de Control de Obras Civiles y Edificaciones y Control Interno del IDU, en tanto carecían de las cubicaciones (fl. 133, c. 2).

3.2.9. El 12 de julio de 1990, el contratista insistió al IDU en la aprobación de las mayores cantidades de obra contenidas en las cuentas n.ºs 1-1325 y 1-1454. Igualmente, anexó los precios unitarios de las obras necesarias para la finalización de la obra para su correspondiente estudio (fls. 27 a 36, c. 4).

3.2.10. El 13 de julio de 1990, el contratista solicitó al IDU el suministro de los planos de despiece y corte tipo de las placas de entepiso de la zona de administración, con el fin de construirlas en la semana siguiente (fl. 37, c. 4).

3.2.11. El 16 de julio de 1990, el IDU devolvió al contratista la cuenta n.º 3, recibo de obra n.º 219, radicación n.º 1-1450, en tanto todavía no las revisaba el interventor y las mayores cantidades consignadas en ellas aún no estaban autorizadas (fl. 38, c. 4). El 18 de julio siguiente, el IDU ratificó esa respuesta (fl. 39, c. 4).

3.2.12. El 19 de julio de 1990, el contratista insistió al IDU sobre el pago de las cuentas por mayores cantidades de obra, la entrega de los planos faltantes, la definición del corte típico de la placa de entepiso de la zona de administración y

la fijación de una fecha para la revisión de las cubicaciones de las cuentas devueltas (fl. 40, c. 4).

3.2.13. El 30 de julio de 1990, el IDU le manifestó al contratista lo siguiente (fls. 41 y 42, c. 4):

Con la presente nos permitimos devolver las siguientes cuentas:

- N.º 2R, recibo de obra n.º 223, radicación 1-1454 de julio de 1990, reajustes por obra ejecutada en mayo/90.

- N.º 3 Recibo de obra 233, radicación 1-1577 de julio 23/90 obra ejecutada en junio/90.

Lo anterior debido a los siguientes motivos:

1. La obra se inició el 2 de mayo de 1990 y estuvo suspendida del 4 de mayo al 5 de junio/90 razón por la cual también le fue devuelta la cuenta n.º 2 de obra ejecutada en mayo/90 por cuanto en ese mes estuvo suspendida la obra.

2. A la fecha está en trámite la aprobación por parte del IDU de las mayores cantidades de obra razón por la cual; hasta tanto no estén aprobadas y legalizadas mediante acta, no se podrá proceder al cobro de las mismas.

3. Cordialmente insistimos en lo solicitado con nuestro oficio n.º 422-058 de febrero 16/90 (radicación 1158) en relación con la presentación de las cuentas por obra ejecutada y por reajustes, y que a continuación aclaramos:

a. El corte de obra se hará del 25 al 30 de cada mes

b. Definida la cantidad de obra con sus cubicaciones debidamente aprobadas por las partes se elabora la preacta y se determina el valor de: obra ejecutada, amortización de anticipo, retención de garantía adicional y neto a pagar.

f. (sic) La cuenta respectiva se debe radicar en original y once (11) copias dentro de los diez (10) primeros días calendario del mes siguiente al de su ejecución y de acuerdo a la preacta aprobada por las partes.

d. Para las cuentas de reajustes se elabora la preacta una vez la Interventoría tenga copia del índice de Camacol.

4. Anexamos la cuenta n.º 2 (radicación 1-1325 de junio 8/90 la cual ya había sido devuelta con nuestro oficio n.º 422-380.

Muy comedidamente solicitamos tener en cuenta las anteriores observaciones con el objeto de llevar a buen término el objeto del contrato y evitar así las devoluciones innecesarias de las cuentas. A la fecha se deben definir con esta interventoría las cubicaciones por obra ejecutada en junio y julio/90.

3.2.14. El 31 de julio de 1990, las partes se reunieron en el Banco Popular para cancelar la cuenta corriente del anticipo (fls. 121 y 122, c. 2, acta n.º 5).

3.2.15. El 1 de agosto de 1990, los Jefes de Control de Obras Civiles y de Control Interno solicitaron al Subdirector de Construcciones, todos funcionarios del IDU, la presentación de las cubicaciones que explicaran las mayores cantidades de obra (fl. 43, c. 4).

3.2.16. El 28 de agosto de 1990, el IDU devolvió al contratista la cuenta n.º 3R, reajustes por obra ejecutada, en tanto no atendían las recomendaciones hechas en otras oportunidades (fls. 50 a 52, c. 4). Las cuentas devueltas fueron corregidas al día siguiente por el contratista (fl. 53, c. 4).

3.2.17. El 29 de agosto de 1990, el contratista puso de presente al IDU que las mayores cantidades de obra no estaban definidas, razón por la cual la mayoría de las cuentas tampoco se habían tramitado. Por lo expuesto, solicitó una pronta solución a la falta de pagos (fls. 54 y 54 A, c. 4).

3.2.18. El 11 de septiembre de 1990, el contratista reiteró al IDU que le entregara los planos estructurales de placas de entrepiso de administración y del tanque alto, así como los diseños y especificaciones del equipo hidroneumático. Advirtió que estos últimos, a su juicio, constituían mayores cantidades de obra, por cuanto no estaban listos para esa fecha. Por último, insistió en la aprobación de las mayores cantidades de obra (fl. 56, c. 4). El 24 de septiembre de 1990, el IDU respondió esa petición del contratista y precisó que los planos de entrepiso estaban en proceso de dibujo a tinta; que se podían iniciar las labores de cimentación de la zona de aulas y agilizar la construcción de las vigas de

cubierta, mientras se suministraban los planos de diseño faltante, con el fin de no entorpecer las obras; que el equipo hidroneumático no hacía parte de las obras a ejecutar, y que la interventoría estaba a la espera de que el IDU nombrara un delegado para definir las cubicaciones y, por ende, las mayores, menores y obras no previstas (fls. 67 y 68, c. 4).

3.2.19. El 17 de septiembre de 1990, el contratista envió al IDU la mayor cantidad parcial de obras y obras no previstas para su aprobación (fls. 57 y 58, c. 4).

3.2.20. El 19 de septiembre de 1990, el IDU, de conformidad con lo acordado en el día anterior, devolvió al contratista todas las cuentas por nivelación y adecuación de tierras del terreno a máquina y de relleno en material seleccionado compacto, así como todas aquellas que incorporaran cobros por mayores cantidades de obra, con el fin de que las presentara nuevamente sin esos cobros (fls. 59 y 60, c. 4). Al día siguiente, el contratista radicó las cuentas en la forma solicitada por el IDU. Igualmente, advirtió que las cuentas siempre se presentaron en forma y a tiempo (fls. 61 y 62, c. 4).

3.2.21. El 24 de septiembre de 1990, el IDU le manifestó al contratista que debía nombrar un delegado para adelantar la definición de las mayores, menores y/o obras no previstas; aclaró que la suspensión no se debió a las mayores cantidades de movimiento de tierra; que la cuenta n.º 2 no fue pagada porque correspondía a un periodo en el cual el contrato estuvo suspendido, y que las cuentas que estaban en trámite eran las de junio, julio y agosto y las correspondientes a los reajustes de junio y julio (fls. 64 a 66, c. 4).

3.2.23. El 28 de septiembre de 1990, el IDU y el contratista suscribieron el acta n.º 6 de mayor cantidad de obra. La mayor cantidad de obra se estableció en la

suma de \$13.990.383 y la menor cantidad de obra en el monto de \$39.313.017 (fls. 69 a 74, c. 4).

3.2.24. El 15 y 24 de enero, 12 de febrero, 1, 3 y 9 de abril de 1991, el IDU, a través de la interventoría y los funcionarios delegados solicitaron al contratista incrementar el ritmo de trabajo y mejorar la calidad del mismo. Igualmente, advirtieron que esos requerimientos se formularon en otras oportunidades, sin que hasta la fecha se atendieran (fls. 13 a 26, c. 2).

3.2.25. El 22 de enero de 1991, el contratista le manifestó al interventor del contrato en estudio su inconformidad porque desde un mes atrás le imputaba incumplimientos en el programa de trabajo. En esa oportunidad, ripostó que nunca tuvo los planos definitivos sobre el nivel del proyecto, al tiempo que advirtió que las indicaciones del interventor no los reemplazaban, por inexactas e ineficientes. Igualmente, esa falencia comportó la variación del diseño original y de las cantidades de obra iniciales. Todo ese panorama entorpeció el cumplimiento del cronograma inicial. Por último, llamó la atención de que a esa fecha, el IDU no había cancelado ninguna acta de obra y de reajuste (fls. 77 a 81, c. 4). El contratista reiteró su solicitud de pago el 28 de enero de 1991 (fls. 82 y 83, c. 4).

3.2.26. El 31 de enero de 1991, el IDU devolvió al contratista la cuenta n.º 8R debido a inconvenientes en su diligenciamiento (fl. 84, c. 4).

3.2.27. El 18 de febrero de 1991, el contratista presentó al IDU una nueva relación de mayores cantidades de obra (fls. 85 a 120, c. 4).

3.2.28. El 8 de marzo de 1991, mediante resolución n.º 094, IDU le impuso al contratista una multa debido a los retrasos en el programa de ejecución de obra, sin justificación alguna. De esa decisión se destaca (fls. 121 a 123, c. 4):

La Subdirección de Construcciones mediante memorando n.º 422-018 del 17 de enero de 1991 informó a la Subdirección Legal que el programa de trabajo presenta un incumplimiento equivalente al 16.32% con respecto al inicial.

Que mediante oficios números 422-709 del 17 de diciembre de 1990; 422-008 del 9 de enero de 1991 y 422-016 del 15 de enero de 1991, la Interventoría solicitó al contratista incrementar el ritmo de trabajo e la obra por el atraso que ella presentaba.

Que a pesar de las comunicaciones el contratista solicitándole su cumplimiento, este no ha justificado las causas del atraso.

Que en la cláusula décima séptima del contrato n.º 113 de 1989 se estipulan las multas que puede imponer el IDU al contratista en caso de que este facture a alguna o algunas de sus obligaciones contractuales. Estas multas serán hasta del 2% del valor del contrato, cada una. En la misma cláusula se provee que el cobro de las multas o indemnizaciones se hará descontando su valor de los saldos a favor del contratista, o con cargo a la garantía de cumplimiento del contrato y si esto no fuere posible se cobrará por jurisdicción coactiva.

3.2.29. El 5 de abril de 1991, el contratista interpuso recurso de reposición frente a la anterior decisión, para lo cual adujo incumplimientos de su contraparte (fls. 132 a 151, c. 4).

3.2.30. El 24 de abril de 1991, el IDU certificó la fecha de pagos de las cuentas presentadas por el contratista así (fls. 166 y 167, c. 4):

CONTRATO 113/89

<i>Orden de pago</i>	<i>Cuenta</i>	<i>Fecha de pago</i>
<i>I-519/90</i>	<i>Anticipo</i>	<i>Abril 27/90</i>
<i>I-1861/90</i>	<i>2</i>	<i>Marzo 14/91</i>
<i>I-2184/90</i>	<i>2R</i>	<i>Marzo 14/91</i>
<i>I-1862/90</i>	<i>3</i>	<i>Marzo 14/91</i>
<i>I-2177/90</i>	<i>3R</i>	<i>Marzo 14/91</i>
<i>I-1863/90</i>	<i>4</i>	<i>Marzo 14/91</i>
<i>I-2031/90</i>	<i>5</i>	<i>Marzo 14/91</i>
<i>I-2176/90</i>	<i>4R</i>	<i>Marzo 14/91</i>
<i>I-2175/90</i>	<i>5R</i>	<i>Marzo 14/91</i>
<i>I-2188/90</i>	<i>6</i>	<i>Marzo 14/91</i>

3.2.31. El 14 de mayo de 1991, teniendo en cuenta que el plazo contractual vencía el 3 de junio del mismo año, el contratista solicitó al IDU una ampliación de 240 días adicionales para finalizar la ejecución del contrato de obra pública, sin dejar de advertir que debían subsanarse todos los incumplimientos de la contratante que afectaban de manera negativa la ejecución, como lo son: (i) la falta de entrega de planos y diseños, (ii) la no aprobación de las mayores cantidades de obra y (iii) la falta de pago (fls. 198 a 221, c. 4).

En un documento sin fecha, los funcionarios del IDU y el interventor del contrato solicitaron al Director de esa entidad la ampliación del plazo del contrato. Esa solicitud la fundamentaron así (fls. 270 a 272, c. 4):

- 1. Se presentaron mayores cantidades de obra por las condiciones de nivelación encontradas en el terreno original ocasionados por el uso dado al lote el cual estaba convertido en botadero de materiales de excavación.*
- 2. La necesidad de ejecutar obras no previstas en la propuesta inicial, pero indispensables para cumplir con el objeto del contrato.*
- 3. Fue necesario realizar ciertas modificaciones en la cuantía del acero en los despieces estructurales para el correcto desarrollo del proyecto.*
- 4. Por ser una obra prioritaria para el desarrollo del sector, el IDU tiene el compromiso de efectuar la entrega de esta obra a la comunidad.*
- 5. Por las divergencias que se han presentado entre el IDU y la firma contratista relacionadas con el pago de cantidades de obra.*
- 6. Dada la proximidad del vencimiento del plazo del programa Ciudad Bolívar es indispensable esta ampliación ya que la obra quedaría sin financiación e inconclusa.*

3.2.32. El 23 de mayo de 1991, las partes suscribieron el acta n.º 7 por las mayores cantidades de obra (fls. 249 a 251, c. 4).

3.2.33. El 27 de mayo de 1991, las partes suscribieron el acta n.º 8 en la cual fijaron los precios no previstos y otras mayores cantidades de obra (fls. 252 a 254, c. 4).

3.2.34. El 31 de mayo de 1991, las partes suscribieron el contrato adicional n.º 1, por medio del cual se prorrogó el plazo contractual en seis meses. En la cláusula primera se pactó que la *“presente prórroga no generará reclamaciones posteriores por parte del consorcio contratista por mayor permanencia en la obra”* (fls. 255 y 256, c. 4). Igualmente, en el anexo n.º 1 a ese contrato adicional, el contratista manifestó que *“suscribe el contrato adicional número 1 de prórroga al contrato número 113 de 1989, dejando a salvo sus derechos al restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato, tanto por MAYOR PERMANENCIA como por cualquier otro perjuicio sufrido en desarrollo del mismo”* (fl. 257, c. 4).

3.2.35. El 14 de junio de 1991, el IDU, a través del interventor y los funcionarios delegados, devolvió al contratista la cuenta n.º 12, en tanto la obra allí relacionada no fue revisada por la interventoría y los revisores del IDU, lo cual fue advertido en su momento. En consecuencia, la comunicación finalizó que se devolvía la cuenta *“para evitar que se siguiera abusando de la buena fe y continuara haciendo de la obra lo que a usted le da la gana, creyendo que la figura del interventor es decorativa”* (fl. 395, c. 3). El 25 de junio siguiente, el IDU también devolvió la cuenta n.º 12R, en atención a la devolución de la cuenta n.º 12 (fl. 396, c. 3).

3.2.36. El 2 de julio de 1991, el contratista solicitó al IDU el reconocimiento de nuevas cantidades de obra (fls. 265 a 267, c. 4). El 15 de julio de 1991, el IDU respondió a la anterior solicitud, para lo cual señaló que la mayoría de las obras debían ceñirse a las especificaciones dadas por el interventor y que las mayores cantidades de obra ya estaban definidas, razón por la cual no existía motivo para

retrasos (fl. 268, c. 4). En la última fecha en mención, las partes suscribieron el acta n.º 9 de mayores cantidades de obra (fls. 275 a 283, c. 4). Vale referir que el 26 de septiembre de 1991, los funcionarios del IDU y el interventor suscribieron una nueva acta n.º 9, pero sin la firma del contratista (fls. 284 a 292, c. 4).

3.2.37. El 21 de agosto de 1991, el IDU, a través del interventor y los funcionarios delegados, manifestó al contratista que en razón de que no se habían atendido las recomendaciones para la corrección de las obras de estructura, mampostería, cubierta y pañetes se procedería a informar a la Subdirección Legal para que adoptaran las medidas correspondientes, con el fin de *“evitar que la obra presente malos acabados y para que complementen las obras ejecutadas ya canceladas”* (fl. 11, c. 2).

3.2.38. El 23 de agosto de 1991, mediante resolución n.º 442, el IDU revocó la multa impuesta a través de la resolución n.º 094 del 8 de marzo de ese mismo año. En esa oportunidad, la contratante sostuvo (fls. 152 a 156, c. 4):

En relación con los planos, la interventoría afirma que entregó en su oportunidad los juegos de copias necesarios de los planos suministrados por la Subdirección de Programación, a los cuales el contratista hizo algunas observaciones que fueron solucionadas sobre el terreno con lo cual se avanzó en la obra.

La suspensión de la obra fue necesaria porque no se habían definido los niveles del proyecto, en razón a que el lote había sido usado como botadero de tierra por lo cual la cota de inicial era diferente, originándose el desplazamiento del programa de trabajo.

La reiniciación de las obras se hizo dando indicaciones al contratista por parte de la interventoría, sobre los procedimientos de construcción para permitir una buena estabilidad de los trabajos a ejecutar.

Señalan además los oficios antes mencionados que los cambios del proyecto a que se refiere el consorcio contratista en su recurso, se relacionan con las mayores cantidades de obra y obras no previstas, que en cierta forma perturban su planificación y producen atrasos.

En relación con el no pago de las cuentas desde mayo de 1990 hasta marzo de 1991, expresan los mismos oficios que efectivamente no se registró en ese lapso pago alguno, lo que indiscutiblemente trastornó el flujo de fondos previstos por el contratista.

Dichos pagos a la fecha se han normalizado y como se concedió una ampliación al plazo de ejecución inicialmente pactado en seis meses más, se ha producido una reactivación en los trabajos que permite prever su terminación para el 3 de diciembre de 1991.

Se constató además la existencia de los oficios 400-046 de 7 marzo y 422-101 de 12 de abril de 1991 de la Subdirección de Construcciones, donde se reafirma el atraso en la programación de las actividades propias del contrato, y que a pesar de los constantes llamados de atención al consorcio contratista para que las reactive, la respuesta ha sido nula y la semana del 1 al 5 de abril, no se mostró actividad alguna, presentándose a la fecha un atraso del 30% en el programa de trabajo.

Lo anterior nos indica que existen razones válidas para afirmar que el consorcio no ha cumplido el programa de trabajo ocasionando con ello significativos atrasos en la ejecución de la obra, que no permiten reponer la medida adoptada por la administración en la resolución materia de este recurso.

Sin embargo es necesario tener en cuenta que la administración no cumplió con la obligación contractual de pagar las sumas a su cargo por concepto de actas de obra y reajustes apreciándose un evidente atraso en su cancelación oportuna, tal como consta en los oficios 422-304 y 400-145 de julio 19 y 25 respectivamente.

3.2.39. El 9 de septiembre de 1991, el contratista solicitó al IDU el pago de las siguientes cuentas (fl. 293, c. 4):

CUENTA N.º	RADICACIÓN	FECHA	MES EJEC.	VALOR
10R	1-0397	21-03-91	FEBRERO/91	\$11.336.086
11R	1-0559	24-04-91	MARZO/91	\$614.0440
12	1-1035	10-07-91	ABRIL/91	\$5.737.084
12R	1-1036	10-07-91	ABRIL/91	\$7.003.338
13	1-1037	10-07-91	MAYO/91	\$11.694.851
13R	1-1038	10-07-91	MAYO/91	\$5.911.084

3.2.40. El 1 de octubre de 1991, el IDU advirtió al contratista que el avance de obra para esa fecha era del 58% y que sólo se tenía un mes para finalizar el

plazo contractual. De la misma manera, señaló que ese incumplimiento resultaba imputable al contratista (fls. 1A y 2, c. 2).

3.2.41. El 3 de octubre de 1991, el IDU requirió al contratista para que corrigiera una serie de detalles constructivos, con el fin de realizar un recibo definitivo de esas obras (fls. 7 a 10, c. ppal).

3.2.42. El 16 de octubre de 1991, el contratista solicitó al IDU dar por terminado de mutuo acuerdo el contrato de obra pública, toda vez que la situación económica le resultaba insostenible, debido a la demora en la entrega de los planos, suspensión de la obra, variación de los diseños, mayores cantidades de obras no reconocidas y la reiterada mora en los pagos (fls. 294 a 313, c. 4).

3.2.43. El 28 de noviembre de 1991, el IDU devolvió al contratista las cuentas 14, 15, 16 y 17, en tanto incluían labores que estaban incompletas, unas que estaban contenidas en otras cuentas y se incluían conceptos que pertenecían a otros ítems (fls. 320 a 323, c. 4).

3.2.44. El 3 de diciembre de 1991, día en el que se vencía el plazo contractual, el IDU profirió la resolución n.º 603 a través de la cual impuso una multa al contratista, principalmente, por el retraso en la ejecución de las obras. En esa ocasión, la demandada sostuvo (fls. 2 a 7, c. 3):

Al tenor de lo estipulado en la cláusula novena del contrato, el contratista se obligó a ejecutar las obras objeto del contrato, de acuerdo con los programas y cronogramas, fechas de trabajo e inversiones adjuntos a su propuesta y aceptados por el IDU.

El avance de la obra a 10 de octubre de 1991 era de solo el 58%, lo cual representaba un considerable atraso si se tiene en cuenta que el vencimiento del contrato es el 3 de diciembre del presente año.

Dicho atraso afecta ítems tales como escaleras, instalaciones eléctricas, instalaciones hidráulicas, enchapes, estructuras, obra no prevista,

mampostería, cubiertas, pisos y pañetes, previéndose así la imposibilidad de ejecutarlos dentro del plazo faltante, con el agravante de que actualmente el avance de las obras es nulo.

A la firma contratista se la han formulado requerimientos a través de los oficios 422-395 de 3 de octubre y 422-388 de octubre 10 de 1991 solicitándole incrementar el ritmo de trabajo, laborar en horas nocturnas y en días feriados, utilizar personal en un número no inferior a 70 obreros para cumplir con el objeto contractual.

La Subdirección de Construcciones en comunicaciones 422-361 de 2 de septiembre, 422-382 de septiembre 25, 422-472 del 15 de noviembre 400-202 de 19 de noviembre y 422-490 del presente año, solicitó la aplicación de las sanciones previstas, en razón al considerable atraso que presenta la ejecución de las obras y al abandono en que se encuentran por parte del consorcio contratista, no obstante señalar igualmente “que la mayoría de los planos no los tuvo durante el proceso de la ejecución de la obra debidamente aprobados y además que los pagos que desvirtúa el sentido de su equilibrio económico no fueron cancelados a las fechas estipuladas; premisas estas que siendo imparcial con la problemática en la ejecución de la obra, se deben tener en cuenta para la determinación que debe tomar la Subdirección legal para aplicar las sanciones solicitadas por esta Subdirección” (...).

Habiéndose configurado el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el Consorcio Bustamante Cárdenas Ltda.-Ingenieros Civiles-Ingenieros, Arquitectos y Técnicos Asociados Ltda. Inart Asociados Ltda., es procedente imponer la sanción prevista en el contrato y dar aplicación a los dispuestos en los artículo 294 y 296 del Código Fiscal Distrital, en concordancia con las motivaciones anteriores.

3.2.45. El 3 de diciembre de 1991, según el acta n.º 10, firmada únicamente por el interventor y los funcionarios del IDU, no así por el contratista, el contrato terminó por vencimiento del plazo contractual, sin la entrega total de la obra, porque el contratista acusó insolvencia económica (fls. 325 a 327, c. 4). En todo caso, se “comprobó que los trabajos fueron ejecutados de acuerdo a los términos del contrato suscrito para tal efecto”; sin embargo, se consignó que los trabajos terminados no relevaban de responsabilidad al contratista (fl. 326, c. 4). En la misma fecha, el contratista dejó una anotación donde dejó constancia de que “no estoy de acuerdo con la apreciación contenida en el párrafo segundo de la misma [se refiere al acta n.º 10], según la cual “realizada la inspección de las obras, las cuales no pudieron ser terminadas porque la firma contratista acusó

insolvencia económica". Las causas que impidieron la terminación de las obras, que son conocidas por las dos partes, fueron los reiterados incumplimientos del IDU en sus obligaciones contractuales, como ha sido puesto de presente con anterioridad" (fl. 328, c. 4).

3.2.46. El 12 de diciembre de 1991, el contratista interpuso recurso de reposición frente a la resolución n.º 603 del mismo año, para lo cual adujo similares argumentos a los expuestos en la demanda presentada dentro del presente asunto (fls. 329 a 366, c. 4).

3.2.47. El 24 de diciembre de 1991, el contratista presentó ante el IDU la reclamación de los desequilibrios ocasionados por los incumplimientos contractuales de la contratante (fls. 226 a 273, c. 3).

3.2.48. El 4 de febrero de 1992, se levantó el acta n.º 11 de recibo de obras, la cual sólo fue firmada por el interventor y algunos de los funcionarios delegados del IDU, pero no por el Director de la demandada ni por el contratista. En esa acta se dejó constancia de que los trabajos fueron recibidos de conformidad con lo exigido en el contrato; sin embargo, se consignó que los trabajos terminados no relevaban de responsabilidad al contratista (fls. 56 a 81, c. 2); además, en esa misma fecha se levantó el acta de entrega física de las obras, en la cual se dejó constancia de la deficiencia de los trabajos de mampostería, eléctricos, tubería sanitaria, canaletas oxidadas, concretos deficientes y muros rotos. Esa acta no fue suscrita por el contratista, pero suscribió un anexo aclaratorio donde insistió en el incumplimiento del IDU (fls. 82 a 84, c. 2).

3.2.49. El 26 de febrero de 1992, el IDU requirió al contratista para que participara en el trámite de liquidación del contrato de obra pública, so pena de proceder unilateralmente (fl. 364, c. 4). El 3 de marzo de 1992, el contratista respondió al IDU su intención de suscribir el acta de liquidación del contrato, pero con las salvedades frente a sus reclamaciones (fls. 315 a 318, c. 4).

3.2.50. El 16 de julio de 1992, mediante resolución n.º 603, el IDU confirmó su decisión de multar al contratista. Para el efecto, afirmó (fls. 8 a 24, c. 3):

Los planos de construcción a los que se refiere el numeral 3, fueron entregados al Consorcio en la medida en que eran requeridos para el inicio de una actividad (...).

Si el programa de trabajo no se cumplió, como se cuestiona en el numeral 7, no fue por la falta de planos idóneos, pues las soluciones constructivas se entregaron oportunamente; ello obedeció a las mayores cantidades de obra y a las obras no previstas (...).

Las mayores cantidades de obra suscrita en actas fueron sometidas a la aprobación del Comité de Precios, y su trámite se vio entorpecido porque el representante legal del consorcio no firmó el acta correspondiente (...).

A pesar de haberse concedido la prórroga antes mencionada, los atrasos continuaron, y los trabajos que habían sido suspendidos no tuvieron ninguna reactivación por parte del contratista.

Habiendo el Instituto cancelado sus compromisos económicos al consorcio, este solicitó la liquidación del contrato por mutuo acuerdo antes de su vencimiento pretendiendo con esto evitar nuevas sanciones, pues para la fecha de la solicitud no había cumplido el programa del trabajo.

Los motivos que tuvo la interventoría para rechazar las cuentas de obra presentadas por la firma fueron las diferencias existentes en las cubicaciones, pues las medidas de obra debían hacerse conjuntamente con la interventoría y no en forma unilateral por el contratista; por lo tanto no se ajusta a la verdad lo expresado en el numeral 17 del recurso en estudio.

Las cuentas 14, 15, 16, 17 de obra 14R, 15R y 16R fueron devueltas porque el contratista incluyó en ellas obras inexistentes, obras que no cumplían las especificaciones de construcción y obras que no fueron autorizadas por la interventoría (...).

En relación con la parte eléctrica el contratista considera que el porcentaje del 70% sobre el precio del ítem es equivalente a la colocación de la tubería y su mano de obra, cuando en la realidad esto apenas alcanza al 20% del valor del ítem, pues lo más costoso es el cable eléctrico y los aparatos eléctricos.

No existe temeridad alguna en lo expresado por el interventor en relación con las instalaciones sanitarias pues estas continúan incompletas y los tramos

ejecutados están sin revisión y prueba; además las instalaciones que van por los muros están sin ajustes y sin remates.

En cuanto a las excavaciones el contratista indiscriminadamente relaciona unos ejes donde se ejecutó la obra, lugares pagados en cuentas anteriores con la cubicación contenida en la cartera del topógrafo al inicio de la obra.

Las cuentas 15, 16, 17 se devolvieron por razones similares pues mal podría pagar obras que se han presentado diferencias, otras que no se ejecutaron como el caso de las cañuelas donde la longitud que cobra es superior a la que realmente hay; el descapote no se hizo porque el contratista incluyó la maquinaria que ejecutó la excavación sin separar una cosa de la otra.

El contratista relaciona en cuentas posteriores, obras ejecutadas con antelación a la fecha de cobro, sin entenderse por qué no lo hizo en su oportunidad, teniendo en cuenta que estas obras no representaban mayores cantidades de las contratadas, máxime si alegaba una insolvencia económica.

El cobro de ítems con un precio diferente al de la propuesta, obedece a que las características de la actividad variaron produciendo un cambio de especificaciones y por consiguiente un nuevo precio; ítems como el casetón, malla de gallinero, machones para puertas y ventas fueron sometidos a concepto técnico por parte de la Subdirección de Programación.

El concepto emitido concluyó que dichos ítems estaban incluidos dentro de las especificaciones propias del concreto y la mampostería y por tal razón el Comité de Precios determinó que no debían pagarse (...).

El contratista solo ha demostrado su inexperiencia, la cual se refleja en el incumplimiento del contrato, en unos acabados deficientes, en la presentación de cuentas de cobro incluyendo en ellas obras no ejecutadas, en responsabilidad al interventor de las fallas de una mala residencia de obra y en la presentación de cuenta de cobro mal elaboradas.

3.2.51. El 30 de marzo de 1993, mediante la resolución n.º 070, el IDU liquidó unilateralmente el contrato de obra pública n.º 113 de 1989, balance que arrojó un saldo a favor del IDU por la suma de \$7.608.010, sin que se consideraran las reclamaciones del contratista (fls. 27 a 38, c. 3).

3.2.52. A folios 130 a 164 del cuaderno 2, obra el libro de obra del contrato en estudio, donde se detallan los desarrollos de las actividades.

3.2.53. El señor Jorge Alberto Pinedo Campo, interventor del contrato en estudio, declaró ante el *a quo* que entregó los planos que sirvieron de base para la presentación de la propuesta y que suministró los detalles constructivos de forma directa en la medida que se necesitaban, con lo cual permitió el desarrollo normal de la obra; refirió a la presencia de desniveles al principio de la obra; sostuvo que las mayores cantidades fueron canceladas al contratista; afirmó que al mes siguiente de la iniciación del contrato se le entregaron los planos definitivos del proyecto; señaló que el proyecto no presentó ningún cambio de diseño; que lo único que faltó fueron los detalles constructivos que el mismo despejó a lo largo de la ejecución; el contratista incumplió con los materiales y la mano de obra calificada, y que las cuentas de pago fueron tramitadas por él oportunamente, pero que desconocía la suerte del trámite interno (fls. 50 a 54, c. 3).

3.2.54. El 21 de febrero de 1994, el *a quo* decretó una prueba pericial, en lugar de la inspección judicial solicitada por la parte actora (fls. 81 a 84, c. 7), con el fin de establecer (i) las obras no ejecutadas y las razones que impidieron su ejecución; (ii) costos por la ejecución de mayores cantidades de obra; (iii) valor de los costos financieros por el pago tardío de las cuentas de obra y reajuste; (iv) costos por mayor permanencia en la obra; (v) utilidades por la no ejecución normal del contrato; (vi) costos fijos generales y de administración que se cubrían con las obras que no se ejecutaron, (vii) y el valor del lucro cesante o costo de la oportunidad por los pagos tardíos de la obra ejecutada y actas de reajustes (fls. 167 y 168, c. 7).

3.2.54.1. El 9 de agosto de 1996, los peritos Nelson Obando Montes y Manuel Arturo Ulloa Melo, ingenieros civiles, rindieron su experticia así (fls. 58 a 73, c. 3):

1. OBRAS NO EJECUTADAS Y LOS IMPEDIMENTOS QUE SE PRESENTARON PARA LA NO EJECUCIÓN DE LAS MISMAS

El valor de las obras no ejecutadas se puede obtener fácilmente de la resolución n.º 079 (sic) del 30 de marzo de 1993 emanda del IDU. Entre sus apartes más importantes figura: (...)

Valor obras no ejecutadas \$193.883.678

Del acta de recibo final de obra se constata que la mayoría de las obras pendiente de ejecución corresponden principalmente a instalaciones eléctricas, hidrosanitarias, aparatos sanitarios, carpintería metálica y de madera, obras especiales, vidrios y cerraduras, pinturas, enchapes, etc.

Impedimentos para la ejecución de las obras

Como sucede en todas las obras civiles, las cantidades presupuestadas y/o contratadas, son parámetros de control para estimativos de costos y de control, por lo tanto no implican que se tengan que ejecutar en sus cantidades exactas sino por el contrario, se ejecutan cantidades diferentes bien sea mayores o menores; y en algunos casos ni se ejecutan.

Mala identificación y/o cuantificación de las obras a ejecutar

En el proceso de la referencia se presentó una inadecuada identificación y/o cuantificación de las actividades, prueba de lo anterior fueron las causas que provocaron la paralización inicial del contrato por espacio de un mes debido a una capa de neme y de material de botadero que la firma contratante no identificó y mucho menos cuantificó.

No definición de planos y especificaciones de construcción

Dentro del proceso que nos ocupa queda claro que durante el desarrollo de la obra se presentaron atrasos en la entrega de los planos y diseños (...).

Cambio especificaciones

La no entrega de planos y especificaciones de construcción a tiempo, sino por el contrario en muchos casos entregados posteriormente al inicio de las actividades, es un elemento que crea a su vez cambio de especificaciones.

No pago oportuno y adecuado al contratista que lo lleve a un estado económico de total imposibilidad para culminar las obras objeto del contrato

Para el caso que nos ocupa queda claro que el IDU no pagó en forma oportuna al contratista las cuentas de cobro tal como consta en la resolución n.º 442 del 23 de agosto de 1991. El IDU claramente en uno de sus apartes reconoce que al contratista no le fueron efectuados los pagos entre mayo de 1990 y el 10 de marzo de 1991. Estas cuentas no pagadas corresponden a las n.º 2 hasta la n.º 11 incluyendo sus respectivas cuentas de reajuste y que sumadas dan un total de obra ejecutada por \$140.739.174.

Terminación unilateral del contrato

En el caso que nos ocupa queda claro que el contrato se terminó básicamente por el vencimiento del plazo contractual, y no por decisión unilateral de alguna de las partes (...).

Del análisis de todas las consideraciones anteriores se concluye:

1) Que el principal impedimento para la no ejecución de todas las obras objeto del contrato no fueron la mala identificación y/o cuantificación de las actividades a ejecutar, ni el cambio de especificaciones, ni la no definición de planos, ya que aunque se presentaron durante el desarrollo del proyecto, estos impedimentos se iban subsanando (a tiempo o no a tiempo), con el desarrollo de la obra, y adicionalmente, al contratista que inicialmente debía entregar las obras el día tres de junio de 1991, se le dio un plazo adicional de seis meses; plazo que cubre ampliamente los mayores tiempos de ejecución. Los inconvenientes anteriores más que impedir la ejecución de las obras demuestran los problemas de descoordinación, improvisación y no definición que se presentaron durante el desarrollo del contrato desde el punto de vista técnico.

2) El principal y real impedimento para la no ejecución de la obra fue el no pago oportuno al contratista, ya que los tiempos de ejecución y las cantidades de obra del proyecto se basan en un flujo de fondos acorde con el pago oportuno de las cuentas de cobro, en este caso por parte del IDU, entidad que incumplió en los pagos por obra ejecutada a lo largo del desarrollo del contrato lo que originó que la situación financiera del contratista se viera gravemente afectada.

2) COSTOS POR LA EJECUCIÓN DE MAYORES CANTIDADES DE OBRA (...)

Como la pregunta que hace el honorable magistrado es el costo de las obras adicionales realmente ejecutadas, de la comparación del cuadro n.º 1 obra adicional y del cuadro n.º 2 obra adicional según actas, se deduce que el costo de las obras adicionales realmente ejecutadas es de \$23.224.569 y el de las obras descontratadas corresponden a \$41.586.943. Con base en lo anterior se puede afirmar que el contratista no tuvo aumento real en la plata por mayor obra ejecutada, y antes por el contrario hubo disminución.

3) VALOR DE LOS COSTOS FINANCIEROS POR EL PAGO TARDÍO DE LAS ACTAS DE OBRA EJECUTADA Y REAJUSTE

Como se ha podido constatar con anterioridad, las cuentas de cobro número dos a la nueve, incluyendo las respectivas cuentas de reajuste, no fueron pagadas oportunamente por el IDU.

Las fechas de radicación y las de pago se pueden obtener fácilmente de las órdenes de pago, donde aparecen las fechas de radicación de las cuentas, los diferentes trámites dados por el IDU a la misma; hasta su pago definitivo. Con base en la información obtenida de las diferentes cuentas se elaboró el cuadro

n.º 3 (Que se presenta en la siguiente página, de costos financieros por el pago tardío de actas, que nos da un valor total por intereses de mora de:

Costos financieros por pago tardío de las cuentas: \$34.338.987.

4) COSTOS POR MAYOR PERMANENCIA TENIENDO EN CUENTA EL VALOR DE A.I.U. DE LA PROPUESTA

Del acta de liquidación del contrato se observa claramente que el contratista entre el dos de mayo del noventa (fecha de inicio de las obras), y el tres de diciembre del noventa y uno (fecha de culminación de las obras) (sic). El contratista efectuó obra por un valor de \$149.572.678 sin reajuste (Ver acta n.º 12 de liquidación del contrato).

Del análisis de la propuesta se observa que el valor de la administración corresponde a un porcentaje del 10.31%. Para efectos de los trece meses que es la duración inicial del contrato, el contratista incurriría en costos promedios mensuales de administración por un valor \$2.389.360/mes ($301.277.237 \times 0.1031/13$).

Total administración incurrida $19 \times 2.389.360 = \$45.397.845$
Total administración percibida ($149.572.678/1.14$) $0.1031 = \$13.527.143$
Total mayores costos administración mayor permanencia a dic. 3/91
\$31.870.702

5) UTILIDAD PROMEDIO MENSUAL QUE HABRÍA OBTENIDO LA SOCIEDAD DEMANDANTE POR LA EJECUCIÓN NORMAL DEL CONTRATO

Del análisis de la propuesta se observa que el valor de la utilidad corresponde a un porcentaje del 2.34%. Para efectos de los trece meses que es la duración inicial del contrato, el contratista obtendría ingresos promedios mensuales por un valor de \$542.299/mes ($0.0234 \times 301.277.327/13$).

6) COSTOS FIJOS GENERALES Y COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN QUE HABRÍAN SIDO CUBIERTOS CON LA FACTURACIÓN CORRESPONDIENTE A LAS OBRAS QUE NO SE EJECUTARON

Del análisis de la propuesta se puede observar claramente que los tipos de costos involucrados en las diferentes actividades son:

- Los costos directos que constituyen lo que es el valor de los materiales y la mano de obra y que son fácilmente cuantificables.

- Los costos indirectos que se subdividen en la administración, imprevistos y utilidad, no son tan fácilmente cuantificables, y en la mayoría de los casos, bien sea que se obtengan analíticamente o por experiencia del contratante se toman como un porcentaje del costo directo. Para el caso que nos ocupa, los

costos fijos generales de administración están contenidos dentro del valor de la administración de la propuesta cuyo valor es 10.31% del costo directo.

Aplicando el porcentaje anterior a la obra no ejecutada se obtiene el siguiente cuadro:

Valor total del contrato	\$343.456.050
Valor total obra ejecutada sin reajuste	\$149.572.678
Valor obra no ejecutada	\$193.883.372
Costo directo obra no ejecutada	\$170.073.133
Administración obra no ejecutada (10.31%)	\$17.534.540

Por lo tanto los costos fijos generales y de administración que habrían sido cubiertos con la facturación correspondiente a la obra no ejecutada son \$17.534.540.

7) VALOR DE LA UTILIDAD QUE EL CONSORCIO HABRÍA PERCIBIDO POR LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

Para el porcentaje de utilidad del 2.34% la utilidad total que hubiera percibido el consorcio contratista por la ejecución total del contrato sería:

Valor total del contrato	\$343.456.050
Costo directo del contrato (343.456.050/1.14)	\$301.277.237
Utilidad por ejecución del contrato (2.34%)	\$7.049.887

Aplicándole el porcentaje de utilidad al valor del costo directo de la obra no ejecutada ($\$170.073.133 \times 0.0231$) nos arroja un total de \$3.928.689 por concepto de utilidad no percibida a obra no ejecutada.

8) VALOR DEL LUCRO CESANTE O COSTO DE OPORTUNIDAD PARA LOS PAGOS, POR CONCEPTO DE OBRA EJECUTADA Y ACTAS DE REAJUSTE, SEGÚN EL SISTEMA DE AJUSTE DE PRECIOS ESTABLECIDO EN EL CONTRATO Y EN EL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN TENIENDO EN CUENTA LA CORRECCIÓN MONETARIA

Se entiende por lucro cesante los dineros o pagos no reconocidos al contratista. Para el caso que nos ocupa sería la suma de los montos de dinero obtenidos anteriormente. El resumen de valores y actualización se resume en el siguiente cuadro:

DESCRIPCIÓN	VALOR	FECHA	FACTOR CORRECCIÓN	VALOR A MARZO/96
Costos financieros por el pago tardío de actas	34.338.987	ABRIL/91	2.897	99.480.045
Costos administrativos por mayor	31.870.702	DIC/91	2.565	81.748.351

<i>permanencia en obra</i>				
<i>Utilidad no percibida por obra no ejecutada</i>	<i>3.928.689</i>	<i>DIC/91</i>	<i>2.565</i>	<i>10.077.087</i>
			<i>TOTAL</i>	<i>\$191.305.483</i>

3.2.54.2. Una vez se corrió traslado del dictamen (fl. 247, c. 7), la parte demandada solicitó su aclaración y complementación (fl. 248, c. 7), así: (i) precisar por qué en los antecedentes del peritaje se tienen como ciertas las afirmaciones de la contraparte y no se basan en las pruebas obrantes; (ii) en qué sustentaron que hubo inadecuada cuantificación de las actividades por parte del IDU; (iii) si los impases en la ejecución siempre fueron atendidos por esta entidad; (iv) aparte de la resolución n.º 442 de 1991, qué otras pruebas tuvieron en cuenta para determinar los pagos tardíos, y (v) si verificaron que las cuentas presentadas por el contratista fueron entregadas en debida forma.

Igualmente, la parte actora solicitó aclaración y complementación en los siguientes puntos (fls. 249 a 254, c. 7): (i) frente a la respuesta n.º 2, que se precisaran cuáles fueron las mayores cantidades ejecutadas por el contratista y que no fueron pagadas por el IDU; (ii) respuesta n.º 3, se incluyeran cálculos por perjuicios derivados del pago tardío de reajuste y sus garantías adicionales, ajuste pendiente de pago o reajuste definitivo de la cláusula quinta del contrato. Frente a esta misma pregunta, estimó que es errado el cálculo de intereses moratorios con base en triple de los intereses comerciales; respuesta n.º 4, precisaran si los valores son históricos a la fecha de la presentación de la propuesta o de valores actualizados. En el primer evento, proceder a la actualización. Igualmente, solicitó complementara la respuesta para determinar las utilidades dejadas de percibir por la ejecución normal del contrato y que no pudo obtener durante su mayor permanencia; respuesta n.º 6, se determinarían los costos en que incurren las compañías de ingeniería en su funcionamiento

general dentro de un contrato, y respuesta n.º 8, actualizaran todos los valores históricos calculados como sobrecostos.

3.2.54.3. El 13 de enero de 1996 (sic), los peritos rindieron su aclaración y complementación (fls. 74 a 97, c. 3). Con relación a la solicitud de la parte actora manifestaron: respuesta n.º 2, resultaba imposible establecer para la mayoría de los casos si la actividad se llevó a cabo, en tanto existían criterios enfrentados de las partes. Con todo, los peritos encontraron las siguientes actividades que fueron ejecutadas por el contratista, pero que no le fueron pagados por el IDU, a saber: (i) relleno en material seleccionado compacto, nivelación, (ii) adecuación del terreno a máquina y (iii) casetón para construcción de placas aligeradas y malla de gallinero, *ítems* que para junio de 1996 sumaban un valor de \$25.492.429.

Respuesta n.º 3, los peritos adicionaron las cuentas de reajustes, las cuales no se incorporaron inicialmente al dictamen inicial, en tanto se desconocía la fecha de presentación de esas cuentas. Asimismo, se corrigió el cálculo de los intereses moratorios; respuesta n.º 4, procedieron a actualizar los valores desde la fecha de la presentación de la oferta, agosto de 1989, hasta la aclaración; respuesta n.º 6, los peritos se ratificaron en su respuesta inicial, y respuesta n.º 8, se agregó el cálculo de las obras ejecutadas y reajustes no pagadas y la corrección de intereses.

En cuanto a las observaciones de la parte demandada, precisaron que (i) el análisis de los hechos y la documentación correspondía al juez y no a los peritos; (ii) como fundamento de la mala cuantificación de las obras, estimaron los peritos que estaba, además de lo indicado en el peritaje inicial, el acta n.º 2 de suspensión de obras, donde se dejó en evidencia la necesidad de nivelar el suelo para efectos de realizar las obras, las resoluciones 603 de 1991 y 070 de 1993; por último, (iii) las cuentas analizadas se tomaron desde el momento en que se radicaron de manera definitiva ante el IDU. En todo caso, la multiplicidad

de circunstancias que dieron lugar al rechazo de las cuentas, hizo imposible a los peritos determinar en qué casos se devolvía por una causa justa o no.

3.2.54.4. Una vez se corrió traslado de la aclaración (fl. 270, c. 7), la parte demandada objetó por error grave el dictamen, en tanto no se fundamentó en las pruebas obrantes en el proceso y en otros casos se tomaron cuentas que no son las definitivas; el material relleno seleccionado compacto fue cancelado en su totalidad, y, finalmente, las cuentas de reajuste tenían por finalidad paliar los efectos del paso del tiempo, razón por la cual resultaba inviable el reconocimiento de intereses moratorios (fls. 271 a 273, c. 7).

3.2.54.5. Frente a la objeción por error grave, la Sala considera que no está llamada a prosperar, toda vez que se trata de cuestionamientos frente a las conclusiones de fondo. Además, se critica de forma insistente la falta de fundamentación del dictamen, cuestión que se abordará en el análisis de fondo para definir el grado de convicción que arroja el peritaje frente a los perjuicios reclamados, situación que no inscribe en forma automática al dictamen en un error grave, sino en un problema de fundamentación que, como se dijo, tendrá como consecuencia la desestimación del mismo.

Esta Corporación ha distinguido el error grave de la falta de fundamentación, así¹³:

También ha dicho la jurisprudencia que no se deben confundir dos factores jurídicamente distintos: el error grave en un dictamen pericial y la deficiencia en la fundamentación del mismo.

*El error supone concepto objetivamente equivocado y da lugar a que los peritos que erraron en materia grave sean reemplazados por otros. La deficiencia en la fundamentación del dictamen no implica necesariamente equivocación, **pero***

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de mayo de 1973, exp. 1270, M.P. Carlos Portocarrero Mutis. Postura recogida por la Sala en la Subsección en la sentencia del 20 de febrero de 2014, exp. 23.482, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

da lugar a que dicho dictamen sea descalificado como plena prueba en el fallo por falta de requisitos legales necesarios para ello.

Como lo sostiene el proveído recurrido es al juzgador a quien corresponde apreciar el dictamen pericial, examinar si los juicios o razonamientos deducidos por los peritos tienen un firme soporte legal, o si los demás elementos de convicción que para apoyar las respectivas conclusiones del peritazgo, y que éste es precisamente el sentido natural y obvio del Artículo 720 del C. J. (se destaca).

En ese orden, en tanto los cuestionamientos de la objeción se encaminan a poner en duda las conclusiones e inferencias de los peritos, así como la falta de respaldo probatorio, eso no comparte un error grave, aunque dará lugar a desestimar la prueba a la hora de valorarla para los fines que corresponda. Además, tampoco se pidieron pruebas para desestimar las conclusiones de los peritos, tales como un nuevo dictamen que permita corroborar que alega la parte objetante.

En esos términos, se impone negar la objeción formulada por la parte actora.

3.3. DEL ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS CARGOS DE NULIDAD FRENTE A LA MULTA IMPUESTA

Con el fin de determinar la legalidad de las resoluciones n.ºs 603 del 3 de diciembre de 1991 y 317 del 16 de julio de 1992, por medio de las cuales el IDU le impuso una multa al Consorcio Bustamante Cárdenas Ltda.-Ingenieros Civiles e Ingenieros, Arquitectos y Técnicos Asociados Ltda. INART Ltda., la Sala considera necesario tener en cuenta que los cargos de la demanda y de la apelación se circunscriben al incumplimiento de la demandada como causante del incumplimiento del contratista y, por consiguiente, la imposibilidad de sancionarlo con una multa, cuando quien incumplió fue su contraparte.

Sobre el particular, los hechos probados relacionados anteriormente dan cuenta de que a tan sólo dos días de iniciada la ejecución el contrato debió

suspenderse. En efecto, el 4 de mayo de 1990, las partes suspendieron la ejecución porque el terreno donde se iba a realizar la obra no se encontraba en condiciones para su ejecución, toda vez que fue utilizado como botadero de residuos. En consecuencia, se necesitaba nivelar nuevamente el terreno (fls. 21 y 22, c. 4). Las obras se reiniciaron nuevamente el 5 de junio de 1990 (fls. 23 y 24, c. 4).

Igualmente, antes del 31 de mayo de 1991, fecha en que se firmó la prórroga del contrato de obra en estudio (fls. 255 a 257, c. 4), el contratista requirió insistentemente al IDU para la entrega de unos planos faltantes, particularmente, de despiece y corte tipo de placas de entrapiso (fls. 34, 40 y 56, c. 7, numerales 3.2.11, 3.2.12. y 3.2.18. *supra*).

Igualmente, está demostrado que antes de la prórroga del contrato el 31 de mayo de 1991, todas las cuentas causadas desde la iniciación de la obra, 2 de mayo de 1990, fueron rechazadas sistemáticamente por el IDU. La razón fundamental para ese rechazo fue la falta de acuerdo sobre las mayores cantidades de obra ejecutadas y la cubicación de las mismas. Sólo hasta el 19 de septiembre de 1990, las partes lograron un acuerdo para que las cuentas se presentaran sin esas mayores cantidades de obra, con el fin de proceder a su pago (fls. 59 a 62, c. 4). Esas cuentas finalmente fueron canceladas el 14 de marzo de 1991 (fls. 166 y 167, c. 4).

Ahora, aunque no se pactó un término para la cancelación de las cuentas dentro de la cláusula cuarta, lo cierto es que cada cuenta debía presentarse mensualmente, razón por la cual se desprende que las partes querían que dentro del interregno de la presentación de cada cuenta se cancelaran las presentadas en debida forma. Lo anterior en últimas equivalía a decir que la contratante tenía un mes para cancelar cada cuenta. A la misma conclusión llegaron los peritos (fls.

82 a 89, c. 3). Ese entendimiento es concordante con la tesis de esta Sección¹⁴, según la cual, cuando no se ha fijado un término para el pago de las cuentas, se entiende que es un mes de plazo de gracia, con base en lo dispuesto en el artículo 885 del Código de Comercio¹⁵. Con todo, vale aclarar que si bien la Subsección ha considerado inapropiada esa remisión, en tanto esa norma refiere a los suministros o ventas que se hagan al fiado y, por consiguiente, resulta diferente al objeto del contrato de obra¹⁶, lo cierto es que también se afirmó que habrá que estarse a lo pactado por las partes, como así lo honra la interpretación que se hace en esta oportunidad.

En consecuencia, toda vez que las cuentas presentadas en septiembre de 1990 fueron canceladas casi seis meses después, sin que obren pruebas de que fueran devueltas u objetadas, se impone concluir que su falta de pago resultaba injustificada. En suma, está demostrado que en los meses anteriores a la prórroga se presentaron serios incumplimientos de la demandada, tales como la falta de adecuación del terreno, el incumplimiento en la entrega de los planos y el pago tardío de las cuentas.

Sin embargo, si bien no se discuten esos incumplimientos (incluso en ese interregno el contratista fue sancionado (fls. 121 a 123, c. 4, numeral 3.2.28 *supra*), pero finalmente la entidad revocó esa decisión al admitir sus propios incumplimientos (fls. 152 a 156, c. 4, numeral

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2004, exp. 14292, M.P. María Elena Giraldo Gómez. En esa oportunidad se indicó: *“Otro punto que tendrá en cuenta la Sala son los reiterados pronunciamientos de esta Sección, en la aplicación del artículo 885 del Código de Comercio, referentes a partir de cuándo puede entenderse que la Administración o el contratista, según su caso, han incurrido en mora en el pago de cuentas de cobro: La jurisprudencia ha considerado en ese punto, con base en la ley, la existencia de un plazo de gracia, “un mes después de pasada la cuenta”, tratándose de pago de actas parciales de obra, en aquellos casos en los cuales no se haya estipulado plazo para el pago”.*

¹⁵ Esa norma dispone: *“INTERESES SOBRE SUMINISTROS O VENTAS AL FIADO. Todo comerciante podrá exigir intereses legales comerciales de los suministros o ventas que haga al fiado, sin estipulación del plazo para el pago, un mes después de pasada la cuenta”.*

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de septiembre de 2015, exp. 25.743, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

3.2.38 *supra*)), lo cierto es que todos ellos fueron anteriores a la prórroga del contrato e incluso a la imposición de la multa.

En ese orden, huelga recordar que la finalidad de la prórroga no era otra que subsanar todas esas irregularidades, tal como lo advirtieron los propios peritos (fl. 63, c. 3)¹⁷. Incluso, así lo dejaron expuesto el interventor y los funcionarios del IDU al solicitar al Director la adición del contrato (fls. 270 a 272, c. 4). De igual forma lo entendió el contratista, cuando en su demanda afirmó que “[c]on la ampliación del plazo del contrato y con los pagos que finalmente realizó el IDU (aunque en forma tardía), le fue posible al contratista reanudar la obra” (fl. 24, c. 7).

En consecuencia, la prórroga significó un corte de cuentas, al menos en lo que se refería al interregno comprendido entre la iniciación y la suscripción de la aludida prórroga. Cabe aclarar que lo anterior no significaba que los perjuicios ocasionados al contratista con esos incumplimientos siguieran la misma suerte, en tanto el contratista no renunció a los mismos, antes por el contrario dejó salvedad frente a esas reclamaciones en el anexo del contrato adicional n.º 1 (fl. 257, c. 4). Más adelante se volverá sobre el particular.

Teniendo en cuenta que con la prórroga se buscó solucionar lo ocurrido con el contrato hasta ese momento, precisa determinar si con posterioridad se repitieron los mismos incumplimientos, como lo afirma la parte actora. Al respecto, la Sala observa que nuevamente se devolvieron varias cuentas al contratista; igualmente, se tiene que el contratista el 16 de octubre de 1991 solicitó la terminación por mutuo acuerdo del contrato, porque a su juicio se seguían las demoras en la entrega de los planos, la suspensión de obra,

¹⁷ Los peritos afirmaron: “*estos impedimentos [refiere a la mala identificación o cuantificación de las actividades, el cambio de especificaciones, la no definición de los planos] se iban subsanando (a tiempo o no a tiempo), con el desarrollo de la obra y, adicionalmente, al contratista que inicialmente debía entregar las obras el día tres de junio de 1991, se le dio un plazo adicional de seis meses; plazo que cubre ampliamente los mayores tiempos de ejecución*” (fl. 63, c. 3).

variación de los diseños, mayores cantidades de obra no reconocidas y la reiterada mora en los pagos (fl. 294 a 313, c. 4).

No obstante lo anterior y en lo que respecta a la devolución de las cuentas, tampoco existen elementos en el expediente que permitan concluir que se trataba de exigencias injustificadas o caprichosas. Los peritos se limitaron a advertir su imposibilidad para hacerlo. En efecto, los expertos señalaron que *“las cuentas fueron devueltas en muchos casos por la no legalización de las mayores cantidades de obra o por errores de ortografía (...), quedando por los señores peritos prácticamente imposible determinar en qué caso la cuenta se devolvía por una causal justa o no”* (fl. 97, c. 3).

Ahora, vale precisar que si bien las afirmaciones de los peritos confirman que no hicieron el ejercicio de revisar las cuentas de cobro, la Sala considera necesario constatar si las devoluciones fueron injustificadas, al menos en tanto las limitaciones técnicas lo permitan. Así se tiene:

(i) El 14 de junio de 1991 el IDU devolvió la cuenta n.º 12 porque las cantidades allí consignadas no fueron revisadas por la interventoría y los funcionarios del IDU (fl. 395, c. 3, numeral 3.2.25. supra). La anterior devolución resulta razonable si se tiene en cuenta que la entrega de las obras y sus cantidades no pueden quedar al arbitrio del contratista, sino que debe tener una constatación por parte de la contratante. Lo contrario haría inane la figura del interventor y del supervisor, además de dejar a merced del contratista su propio cumplimiento. Situación que es a todas luces inaceptable. En todo caso, las pruebas sugieren problemas de entendimiento entre el contratista y la interventoría. Situaciones que debieron ser solucionadas en los términos de la cláusula décima primera, es decir, recurrir al Subdirector de Construcciones del IDU para que las dirimiera y si persistían al Director de esa misma entidad o al funcionario que este delegara, sin que el expediente dé cuenta del agotamiento de dicho trámite.

(ii) El 2 de julio de 1991, el contratista solicitó el reconocimiento de nuevas cantidades de obra (fls. 265 a 267, c. 4). El 15 de julio siguiente, el IDU negó ese reconocimiento, en tanto las mayores cantidades de obra no correspondían a las especificaciones dadas por el interventor, además que ya estaban definidas las mayores cantidades de obra (fl. 268, c. 4). En este punto, se echa de menos el juicio de los expertos para determinar quién tenía razón, no simplemente limitarse a decir que les resultaba imposible determinar lo injustificado de los rechazos¹⁸. En todo caso, la carga de la prueba recaía en la parte actora, sin que fueran suficientes las extensas explicaciones de su demanda, sino pruebas que permitieran definir quién tenía la razón. Aunque no se desconocen las comunicaciones cruzadas de las partes, cada una en defensa de su posición, se hacía necesario definir técnicamente el punto.

(iii) Además, el 21 de agosto de 1991 y 1 de octubre siguiente, el IDU advirtió al contratista sobre incumplimientos en obras de estructura, mampostería, cubierta y pañetes, así como en el progreso de la obra, que para la última fecha sólo alcanzaba el 58%, lo cual resultaba exagerado a menos de un mes de finalizarse la obra (fls. 1A a 11, c. 2). Lo anterior pone de presente que el incumplimiento del contratista no sólo se limitaba al retraso en el cronograma de la obra, sino también a la calidad de lo entregado. Los peritos tampoco se pronunciaron sobre lo fundado de esas observaciones. En gracia de discusión, de aceptarse que la demandada incumplió, nada justificaba que el objeto contractual no correspondiera a la calidad exigida.

¹⁸ En la aclaración al dictamen señalaron: *“Para los suscritos es imposible establecer para la mayoría de los casos si efectivamente la actividad se llevó a cabo, ya que hay criterios enfrentados entre las partes para lo cual se hubiese requerido de unas mediciones imparciales de las cantidades de obra y al mismo tiempo de conceptos técnicos sobre si algunas actividades estaban incluidas en otras actividades o no en la fecha de estas divergencias”* (fl. 76, c. 3). En todo caso reconocieron unas mayores cantidades de obra que correspondían a unos faltantes de la cuenta de cobro n.º 2.

(iv) El 28 de noviembre de 1991, el IDU devolvió al contratista las cuentas 14, 15, 16 y 17, en tanto incluían labores que estaban incompletas, unas que estaban contenidas en otras cuentas y se incluían conceptos que pertenecían a otros ítems (fls. 320 a 323, c. 4). Situación que, como se advirtió, los peritos tampoco ayudaron a clarificar.

(v) En esa misma dirección, los llamados de atención al contratista por parte del IDU sobre la calidad de las obras, se dejaron nuevamente evidenciados el 4 de febrero de 1992. En efecto, en el acta de entrega física de las obras, el interventor y los funcionarios delegados del IDU dejaron constancia de la deficiencia de los trabajos de mampostería, eléctricos, tubería sanitaria, canaletas oxidadas, concretos deficientes y muros rotos. Vale aclarar que esa acta no fue suscrita por el contratista, quien se limitó a suscribir un anexo aclaratorio donde insistió en el incumplimiento del IDU (fls. 82 a 84, c. 2). Con todo, las pruebas obrantes, se insiste, no permiten dilucidar el apoyo de una u otra posición. Sin embargo, en lo que respecta al período aquí analizado, está claro que los reparos mutuos de incumplimiento existieron. En esa dirección precisa recordar que lo exigido al contratista, además de probar el incumplimiento de su contraparte, también lo es probar su cumplimiento¹⁹.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 17.552, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. En esa ocasión se recordó: *“Es importante destacar que esa carga de la prueba que pesa sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos tiene una doble dimensión, tal y como lo ha explicado la Sala así: // “...tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde esta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante. // En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada (...).”* Reiterada recientemente por la Subsección en sentencia del 29 de abril de 2015, exp. 28.205, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.



De lo expuesto se puede concluir que las devoluciones de las cuentas no fueron injustificadas o al menos no se probó lo contrario. Igualmente, también existieron incumplimientos que tampoco fueron desvirtuados por la parte actora.

De otro lado, en lo que refiere a los demás problemas que la parte actora aduce como causantes de su incumplimiento, de aceptarse que persistieron los problemas que el contratista le imputaba a la demandada, los peritos concluyeron que el principal inconveniente para la inejecución del contrato fue la falta de pago oportuno, lo cual para el periodo que aquí se estudia quedó justificada o al menos no desvirtuada. En efecto, los expertos estimaron que la mala cuantificación de las cantidades de obra, el cambio de las especificaciones, la no definición de los planos fueron inconvenientes que se solucionaron durante el desarrollo del proyecto, razón por la cual no fueron determinantes en la suerte de la ejecución de la obra (fl. 63, c. 3).

En esas condiciones, los cargos de nulidad de la parte actora en contra de los actos administrativos que impusieron la multa, no quedaron probados, en tanto después de la prórroga, que significó un replanteamiento de las condiciones contractuales cumplidas hasta ese momento, la administración rechazó el pago de manera fundada o al menos se echan de menos pruebas de que no fuera así. En tal sentido, los expertos que pudieron determinar tal aspecto no lo hicieron, aun cuando contaban con documentos que contenían las razones del rechazo, por lo que nada impedía ese ejercicio, cuando en la misma aclaración por la parte demandada se solicitó. El juez tampoco puede entrar a juzgar aspectos técnicos que escapan a su alcance.

La solicitud de nulidad en estudio deberá despacharse negativamente.

3.4. LOS REPAROS DE NULIDAD FRENTE A LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL

El contratista sostuvo que en la liquidación unilateral contenida en la resolución 70 del 30 de marzo de 1993 no se consideraron sus reclamaciones sobre la (i) mayor cantidad de obra ejecutada y no pagada; (ii) el pago tardío de las cuentas; (iii) la mayor permanencia en la obra; (iv) los perjuicios ocasionados por la imposibilidad de ejecutar las obras que eran parte del contrato, y (v) la imposibilidad de ejecutar todo el contrato por el incumplimiento de su contraparte.

En esos términos, la Sala procederá al análisis de cada una de esas reclamaciones, con el fin de determinar su procedencia de incorporarla al ejercicio liquidatorio, el cual no fue controvertido, sino únicamente para efectos de adicionar los valores reclamados por el contratista.

3.4.1. Las mayores cantidades de obra

En cuanto al reconocimiento de las mayores cantidades de obra, es conveniente referir que los peritos estimaron que gran parte de esas reclamaciones resultaban de difícil constatación; sin embargo, después de un análisis de la documentación obrante en el expediente pudieron concluir que existían unas obras que el contratista ejecutó y que no le fueron pagadas. En efecto, en la aclaración al dictamen, los expertos precisaron (fls. 76 a 80, c. 3):

Para los suscritos peritos es imposible establecer para la mayoría de los casos si efectivamente la actividad se llevó a cabo, ya que hay criterios enfrentados entre las partes para lo cual se hubiese requerido de unas mediciones imparciales de las cantidades de obra y al mismo tiempo de conceptos técnicos sobre si algunas actividades estaban incluidas en otras actividades o no en la fecha de estas divergencias.

De la observación de la cuenta de cobro n.º 2 y su correspondiente acta de soporte (ver anexo de documentación, adjuntado al peritazgo) se encontraron ciertas actividades que si fueron efectuadas por el contratista y que no le fueron pagas en su totalidad. Estas actividades son:

Relleno en material seleccionado compacto

Del análisis de la cuenta de cobro n.º 2, radicada con el n.º 1-1648 de agosto 2 de 1990 (ver anexo de documentos, contenido el peritazgo), se observa que la interventoría aprobó y aceptó por primera vez el pago de 800 m3 al firmar esta cuenta, este ítem se vuelve a reconfirmar con la firma de las cuentas de cobro n.º 3 y 4 radicadas con el n.º 1-1696 y n.º 1-1880 respectivamente, las anteriores cuentas fueron devueltas aprobadas con la finalidad que se volvieran a radicar sin mayores cantidades de obra de movimiento de tierra para facilitar su pago, según se desprende de las razones dadas en el oficio n.º 422-588 (ver anexo de documentos, contenido en el peritazgo).

Cotejando la cantidad anterior de 800 m3 de relleno en material seleccionado compacto, con lo recibido y pagado por el IDU (ver acta n.º 11 de recibo final de obras, documentación anexa), en este caso 0.00 m3, se deduce que esta actividad quedó pendiente de pago.

Nivelación y adecuación del terreno a máquina

Del análisis de cuenta de cobro n.º 2, radicada con el n.º 1-1648 de agosto 2 de 1990 (ver anexo de documentos contenido en el peritazgo), se observa que la interventoría aprobó y aceptó por primera vez el pago de 7.070 m3 al firmar esta cuenta. Comparando la cantidad anterior con el total pagado según el acta n.º 11 de recibo final de obras, se observa que el total pagado por ítem fueron 6.448 m3, para un total faltante por pagar de 622 m3.

Resumiendo el valor de los ítems es:

DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO AGOSTO/89	TOTAL
RELLENO EN MATERIAL SELECCIONADO COMPACTO	M3	800	3600	2.880.000
NIVELACIÓN Y ADECUACIÓN DEL TERRENO A MÁQUINA	M3	622	1.090	677.980

El valor actualizado a junio de 1996 de la cantidad anterior es:

$$3.557.980 \times (418.63/96.16) = \$15.489.571 (...).$$

Casetón para construcción de placas aligeradas y malla de gallinero

Del análisis de los pagos efectuados por el IDU al contratista se observa claramente que para el caso de las placas aligeradas y para las macizas se

pagaban los mismos ítems a los mismos precios (concreto y acero de refuerzo).

Para el caso de las placas aligeradas hay un elemento adicional que es el casetón, del cual no figura pago alguno y que efectivamente se instaló.

Los peritos consideramos que la única forma viable en que se pudiera alegar que el precio del casetón estaba incluido dentro del precio del concreto es si el ítem de placa aligerada se hubiera pagado como un global por M2, caso en el cual incluiría el concreto, hierro, alambre, casetón, etc.

Como este no es el caso, y el pago de la placa aligerada se efectuó desglosando sus materiales (concreto y hierro (sic)), es claro que el ítem de casetón también tiene que ser pagado.

Para el caso de la malla de gallinero, se constató en el libro de obra o bitácora (ver anexo de documentación, adjunto al peritazgo), el día 6 de agosto de 1990 se autorizó lo siguiente:

“Esta interventoría en visita de julio 30/90, autoriza la instalación de malla de gallinero para la placa inferior de las losas aligeradas”.

De otra parte al revisar las cuentas de cobro n.º 3, 4, 16, 17 con sus respectivos soportes (ver documentación anexa). Se confirma la existencia del ítem de casetón para la placa aligerada y para la obtención de su cantidad se obtuvo con base en un promedio de metros cuadrado de casetón por M3 de contrato para placa aligerada pagada. Con la anterior podemos afirmar que el área de casetón es 1.478 m2, valor que también se aplica como cantidad a pagar de malla de gallinero.

Para establecer el precio unitario correspondiente al ítem de casetón promedio, podemos tomar como referencia el precio unitario de \$2.200, cobrado por el contratista como valor histórico a diciembre 24 de 1991. Basamos nuestro concepto anterior, en que hay reconocimientos hechos por el IDU de que el precio de este ítem es de \$2.737 como valor histórico al 17 de abril de 1991, según consta en el oficio n.º 442-016 (ver documentación anexa) de la división de Presupuestos y Licitaciones del IDU.

Para establecer el precio unitario correspondiente al ítem de malla de gallinero, podemos tomar como referencia el precio unitario de \$311. Basamos nuestro concepto anterior, en que hay reconocimientos hechos por el IDU de que el precio de este ítem es \$311 como valor histórico al 17 de abril de 1991 según consta en el oficio n.º 442-016 de la división de Presupuestos y Licitaciones del IDU.

Por lo anterior, el valor de los ítems anteriores es:

DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR	TOTAL
-------------	--------	----------	-------	-------

				UNITARIO DIC/91	
MALLA DE GALLINERO	M2	1,478		311	459.658
CASETÓN PLACA ALIGERADA	M2	1,478		2.200	3.251.600
				TOTAL	\$3.711.258

El valor actualizado a junio de 1996 de la cantidad anterior es:

$$\$3.711.258 \times (418.63/155.32) = \$10.002.858.$$

Como se observa, se trata de una estimación fundamentada, tanto en sus cantidades como en el valor otorgado a los ítems sin pago²⁰. En efecto, el dictamen no sólo se apoyó en los conocimientos de los expertos, sino que también sus conclusiones encontraron respaldo en los documentos que obran en el expediente y que los peritos anexaron a su dictamen. Así, se observa que se trata de conclusiones serias y fundadas, cuyas explicaciones son contestes con los antecedentes probatorios que analizó la Sala. En consecuencia, se reconocerá esos valores como mayores cantidades de obra, así:

DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO AGOSTO/89	TOTAL
RELLENO EN MATERIAL SELECCIONADO COMPACTO	M3	800	3600	\$2.880.000
NIVELACIÓN Y ADECUACIÓN DEL	M3	622	1.090	\$677.980

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 16.432, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En esa oportunidad, con base en la doctrina, la Sala precisó: “Al respecto la doctrina ha precisado que un dictamen pericial será eficaz cuando en él consten los fundamentos de las conclusiones, habida cuenta que “si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar ese aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a adoptarlo como prueba si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable”. Ha explicado también que las conclusiones del dictamen pericial deben ser claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos toda vez que “(...) la lógica relación entre ellas y los fundamentos que las respaldan debe existir siempre, para que merezcan absoluta credibilidad. Este requisito es consecuencia del anterior. Si unos buenos fundamentos van acompañados de unas malas conclusiones o si no existe armonía entre ellos o si el perito no parece seguro de sus conceptos, el dictamen pericial no puede tener eficacia probatoria”.

TERRENO A MÁQUINA				
MALLA DE GALLINERO	M2	1,478	311	\$459.658
CASETÓN PLACA ALIGERADA	M2	1,478	2.200	\$3.251.600

La sumatoria de las cantidades y valores arriba relacionados, con la actualización a la fecha indicada en el dictamen (junio de 1996), ascendía a la suma de \$25.492.429 (fl. 80, c. 3). Esa suma se actualizará desde julio de 1996 hasta la fecha de la presente sentencia, así:

$$\$25.492.429 \times \frac{124.62 \text{ (IPC final, oct. 2015)}}{36.16 \text{ (IPC inicial, jul. 1996)}} = \$88.855.821.00.$$

En consecuencia, se reconocerá como mayor cantidad de obra la suma de \$88.855.821.00. Esta suma se cruzará en el acápite de la liquidación del contrato, con el fin de determinar el balance definitivo del contrato.

3.4.2. La mora en el pago de las cuentas de cobro

Para el estudio de este cargo, la Sala considera necesario distinguir, como lo ha hecho hasta este punto, la ejecución antes de la prórroga y después de esta. Lo anterior con el fin de ser consecuentes con lo ya decidido en relación con la nulidad de la multa impuesta a través de resoluciones n.ºs 603 del 3 de diciembre de 1991 y 317 del 16 de julio de 1992.

En efecto, la prórroga del 31 de mayo de 1991 significó un nuevo cruce de cuentas, como quedó explicado. Ahora, como en ese período posterior a la adición del plazo no se logró establecer el estricto cumplimiento del contratista, sino que se constataron incumplimientos de su parte y rechazos justificados de las cuentas, se impone negar el reconocimiento de los intereses moratorios por el pago tardío, en tanto al contratista le correspondía demostrar el cumplimiento contractual, la entrega en forma de las cuentas y su pago extemporáneo. Sin



embargo, en los términos ya expuestos para este período no se tienen establecidos tales presupuestos y, en consecuencia, se impone negar los intereses por este período.

No ocurre lo mismo con las cuentas presentadas antes de esa prórroga, toda vez que están plenamente probados los incumplimientos de la contratante. En efecto, así lo dejó evidenciado la actuación administrativa, en la cual impuso una multa, resolución n.º 094 de 1991, revocada a través de la resolución n.º 442 del 23 de agosto de 1991, fecha para la cual, según se afirmó en esta última resolución, se habían regularizado los pagos. Como se observa la misma entidad demandada aceptó el pago tardío de las cuentas sin ninguna justificación, al menos en lo que corresponde a las cuentas presentadas antes de la prórroga del contrato.

En este punto, vale reiterar que aunque no se pactó un término para la cancelación de las cuentas dentro de la cláusula cuarta, se reitera que cada cuenta debía presentarse mensualmente. En ese orden, se desprende que las partes querían que dentro del interregno de la presentación de cada cuenta se cancelaran las presentadas en debida forma. Lo anterior en últimas equivalía a decir que la entidad tenía el término de un mes para cancelar cada cuenta debidamente presentada por el contratista, conclusión a la cual también llegaron los peritos (fls. 82 a 89, c. 3). Interpretación, que como quedó expuesto al resolver los cargos de nulidad de la multa, resulta acorde con el desarrollo jurisprudencial de la Sala sobre el término para el pago de las cuentas, cuando este no ha sido fijado expresamente.

Teniendo en cuenta lo anterior y revisado el cuadro acompañado con el dictamen, se tiene que en ellos se consideró un plazo de un mes para el pago. Desde el día siguiente, sin que se verificara el cumplimiento de esa obligación, los peritos calcularon los intereses moratorios.

Ahora, en el contrato en estudio nada se estipuló sobre las consecuencias generadas por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones de pago y, teniendo en cuenta que el Decreto Ley 222 de 1983, tampoco se ocupaba de la temática, es posible aplicar las normas del Código de Comercio, teniendo en cuenta la naturaleza mercantil del contrato de obra²¹. En esos términos, acorde con el artículo 884 de la codificación en cita²² el interés moratorio aplicable, en ese entonces, correspondía al doble del bancario corriente²³.

Ahora, la Sala sólo tendrá en cuenta para el reconocimiento de los intereses moratorios, las cuentas presentadas antes de la prórroga del contrato, como ha quedado expuesto, es decir, hasta la cuenta n.º 11R, como se ve en el siguiente cuadro resumen, que corresponde a los datos suministrados por los peritos en su aclaración y con base en los intereses comerciales de la época (fls. 82 y 83, c. 3):

FECHA DE RADICACIÓN	N.º CUENTA	FECHA DE PAGO	VALOR CUENTA	DÍAS DE MORA	INTERESES DE MORA
21 SEP 1990	2	14 MAR 1991	\$8.379.642	144	\$1.470.082
21 SEP 1990	2R	14 MAR 1991	\$1.218.316	144	\$310.933
21 SEP 1990	3	14 MAR	\$18.621.845	144	\$3.266.923

²¹ El artículo 20 dispone: “ACTOS, OPERACIONES Y EMPRESAS MERCANTILES - CONCEPTO>. Son mercantiles para todos los efectos legales: // (...) 15) Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones”.

²² Ese artículo, antes de la reforma introducida por la Ley 510 de 1999, prescribía: “Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será del doble y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses”.

²³ Antes de la reforma introducida por la Ley 510 de 1999. Sobre la aplicación de intereses moratorios corrientes, esta Corporación había sostenido: “Visto lo anterior y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 10, 13 numeral 1, 20 numeral 15, y 22 del Código de Comercio, citados en el literal c del presente acápite, no cabe duda de que las sociedades demandantes, que formaban el consorcio contratista, tenían la condición de comerciantes y que la actividad por ellas desarrollada tenía carácter mercantil. Así las cosas, el contrato de obra pública que celebraron con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá debía regirse, en lo no previsto por el Decreto 222 de 1983, por el Código de Comercio, y no por el Código Civil”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre de 2003, 13.412, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

		1991			
21 SEP 1990	3R	14 MAR 1991	\$2.829.962	144	\$722.250
21 SEP 1990	4	14 MAR 1991	\$26.358.063	144	\$4.624.126
17 OCT 1990	4R	14 MAR 1991	\$4.817.463	118	\$1.007.500
9 OCT 1990	5	14 MAR 1991	\$6.703.241	126	\$1.028.985
19 OCT 1990	5R	14 MAR 1991	\$1.294.128	116	\$266.060
6 NOV 1990	6	14 MAR 1991	\$5.945.367	98	\$709.837
6 DIC 1990	6R	17 MAY 1991	\$1.170.702	132	\$273.883
10 DIC 1990	7	5 JUN 1991	\$24.634.571	147	\$4.411.802
17 DIC 1990	7R	5 JUN 1991	\$4.933.566	140	\$1.224.147
10 ENE 1991	8	17 JUN 1991	\$5.207.181	128	\$812.019
8 FEB 1991	8R	5 JUN 1991	\$1.068.357	87	\$164.733
6 MAR 1991	9	5 JUN 1991	\$5.480.145	61	\$432.695
6 MAR 1991	9R	17 JUN 1991	\$1.489.174	73	\$204.701
8 MAR 1991	10	5 JUN 1991	\$6.578.588	59	\$502.395
21 MAR 1991	10R	25 SEP 1991	\$11.686.686	158	\$3.476.960
10 ABR 1991	11	28 AGO 1991	\$1.955.734	110	\$278.460
24 ABR 1991	11R	18 OCT 1991	\$633.443	147	\$175.338
				TOTAL	\$25.363.829

La cifra sin actualizar que corresponde a los intereses moratorios es la suma de \$25.363.829. Esa suma se actualizará desde la fecha en que se hizo el dictamen, junio de 1996, hasta la fecha de esta sentencia, así:

$$\$25.363.829 \times \frac{124.62 \text{ (IPC final, oct. 2015)}}{35.62 \text{ (IPC inicial, jun. 1996)}} = \$88.737.798.00.$$

En consecuencia, se reconocerá como intereses moratorios la suma de \$88.737.798.00. Esta suma se cruzará en el acápite de la liquidación del contrato, con el fin de determinar el balance definitivo del contrato.

Vale aclarar que no se reconocerá el valor actualizado dentro del peritaje de las sumas adeudadas por intereses moratorios (fls. 84 y 85, c. 3), en tanto el reconocimiento de esos intereses comporta una actualización en su cálculo. Tampoco se reconocerán otro tipo de perjuicios a título de lucro cesante, en

tanto no hay pruebas de que se hayan producido.

3.4.3. La mayor permanencia en la obra

Esta Corporación ha tenido la oportunidad de precisar frente a la mayor permanencia en la obra, lo siguiente²⁴:

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

De ahí que, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la Administración al contratista cumplido, siempre y cuando se acrediten esos mayores costos y se demuestre la afectación al equilibrio económico del contrato²⁵, esto es, que se encuentra el contratista en punto de pérdida²⁶.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido, entre otras: sentencias del 29 de abril de 1999, exp. 14.855, M.P. Daniel Suárez Hernández; 31 de marzo de 2003, exp. 12431, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; 11 de septiembre de 2003, exp. 14.781, M.P. Ricardo Hoyos Duque; 29 de enero de 2004, exp. 10.779, M.P. Alier Hernández Enríquez; 29 de agosto de 2007, exp. 14.854, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; 31 de agosto de 2011, exp. 18080, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, y 28 de septiembre de 2012, exp. 25.388, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

²⁵ Cita original: La Sala ha dicho que “para que resulte admisible el restablecimiento de tal equilibrio económico del contrato, debe probar que esos descuentos, representaron un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab - initio, que se sale de toda previsión y que le representó una mayor onerosidad de la calculada y el tener que asumir cargas excesivas, exageradas, que no está obligado a soportar, porque se trata de una alteración extraordinaria del álea del contrato; y esto es así, por cuanto no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, reiterada entre otras providencias por la Sentencia de 8 de marzo de 2007, Exp. 15052.

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

En el *sub lite*, está probado que en la cláusula novena del contrato de obra pública n.º 113 del 18 de octubre de 1989 se fijó que el mismo tendría un plazo de duración de 13 meses. Los 12 primeros meses serían para la ejecución del objeto contractual y el mes restante era el término para liquidar el contrato. Así lo entendieron las partes, cuando el 2 de mayo de 1990, al suscribir el acta de iniciación de la obra, fijaron como término para finalizar la obra el 2 de mayo de 1991 (fl. 19 y 20, c. 4). Como se observa se computaron los doce meses de ejecución.

En ese orden, debido a la suspensión del plazo contractual entre el 4 de mayo de 1990 (fls. 21 y 22, c. 4) hasta el 5 de junio de 1990 (fls. 23 y 24, c. 4), se fijó como nueva fecha de finalización de la obra el 3 de junio de 1991. Este último término fue adicionado por seis meses más, esto es, hasta el 3 de diciembre de 1991, mediante contrato adicional n.º 1 del 31 de mayo de ese mismo año (fl. 255 a 257, c. 4).

Entonces, es claro que el término de ejecución del contrato venció el 3 de diciembre de 1991.

²⁶ Cita original: Actualmente, el numeral 1 del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, determina que el restablecimiento de la ecuación financiera por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas debe hacerse “a un punto de no pérdida”.

En esos términos, está probada (i) la prolongación en el tiempo de la ejecución inicialmente pactada; (ii) igualmente, se tiene que esa prolongación se debió a la falta de planeación de la entidad demandada, como quedó evidenciado en el acta de suspensión del contrato del 4 de mayo de 1990, al señalarse que debido a que el lote fue utilizado como botadero se debía nivelar nuevamente el terreno (fls. 21 y 22, c. 4). De la misma forma, el interventor y los funcionarios del IDU que solicitaron al Director que se prorrogara el contrato dejaron de manifiesto que se debió a las mayores cantidades de obra que generó la nivelación del terreno, la modificación de las obras y las actividades no previstas y la demora en los pagos (fls. 270 a 272, c. 4). Aunado a la multa impuesta y revocada, donde se dejan en evidencia esas mismas razones.

Asimismo, (iii) está demostrado que el contratista había cumplido con su débito contractual antes de las circunstancias que dieron lugar a la prórroga del contrato, tal como fue aceptado en las resoluciones n.ºs 094 y 442 de 1991, por medio de las cuales se sancionó inicialmente al contratista por el retraso en el cronograma de la obra, pero finalmente se revocó porque la entidad aceptó las demoras que generaron las nuevas obras de nivelación y la mora en los pagos (fls. 152 a 156, c. 4). En esa medida, en lo que respecta al período antes de la prórroga, está probado que el contratista estuvo presto a cumplir. También vale advertir que el contratista no renunció a los reconocimientos por la suspensión y la prórroga, incluso en esta última dejó constancia expresa en contrario (fl. 257, c. 4).

Ahora, (iv) en cuanto a los perjuicios generados por la mayor permanencia en la obra, el dictamen pericial concluyó que estos correspondían al cálculo del valor de administración correspondiente a los meses que se prolongó la ejecución del contrato. En efecto, en el dictamen se explicó (fl. 69, c. 3):

Del análisis de la propuesta se observa que el valor de la administración corresponde a un porcentaje del 10.31%. Para efectos de los trece meses que



es la duración inicial del contrato, el contratista incurriría en costos promedios mensuales de administración por un valor \$2.389.360/mes (301.277.237x0.1031/13).

*Total administración incurrida 19 x 2.389.360= \$45.397.845
Total administración percibida (149.572.678/1.14) 0.1031 = \$13.527.143
Total mayores costos administración mayor permanencia a dic. 3/91
\$31.870.702*

Estos mismos costos por mayor permanencia de la obra, es decir, los \$31.870.702, fueron confirmados en la aclaración del dictamen, sólo que los expertos aclararon que deberían actualizarse desde agosto de 1989, fecha en que se presentó la propuesta del contratista (fls. 80 y 81, c. 3). Sin embargo, la Sala no comparte la apreciación de los peritos, en tanto los precios propuestos debían permanecer vigentes durante la ejecución del contrato, razón por la cual no hay razón para actualizarlos desde que se propusieron. En consecuencia, esa suma deberá actualizarse desde la finalización del contrato, esto es, diciembre de 1991, hasta la fecha de esta sentencia, así:

$$\$31.870.702 \times \frac{124.62 \text{ (IPC final, oct. 2015)}}{13.90 \text{ (IPC inicial, dic. 1991)}} = \$285.735.746.00.$$

En consecuencia, se reconocerá por mayor permanencia en la obra la suma de \$285.735.746.00. Esta suma se cruzará en el acápite de la liquidación del contrato, con el fin de determinar el balance definitivo del contrato.

3.4.4. Los perjuicios ocasionados por la imposibilidad de ejecutar las obras que eran parte del contrato y de ejecutar todo el contrato por el incumplimiento de su contraparte

Este reconocimiento habrá de ser denegado, toda vez que para reclamar el incumplimiento de la contraparte, quien así lo alega deberá a su vez demostrar el cumplimiento de su débito contractual. Sin embargo, la parte actora, al menos en lo que respecta al período después de la prórroga no demostró lo propio. Antes

por el contrario, como quedó visto en renglones anteriores, se dejaron evidenciados incumplimientos, en la calidad de las obras, que no pueden justificarse ni siquiera en el pago tardío de las cuentas, sin que este extremo esté demostrado para el referido período. En efecto, el rechazo de las cuentas tampoco se demostró que fuera injustificado.

Igualmente, se recalca que aquí se hace referencia a lo ocurrido después de la prórroga, toda vez que antes de esta, como se dejó sentado anteriormente dio lugar al reconocimiento de los perjuicios correspondientes.

Además, vale llamar la atención que el contrato se terminó por el vencimiento del plazo contractual y, por consiguiente, la entidad demandada no fue la que determinó esa suerte, incluso el contratista solicitó su terminación por mutuo acuerdo (fls. 294 a 313, c. 4).

3.5. La liquidación judicial del contrato

Teniendo en cuenta la suerte de los cargos analizados, la Sala observa que el balance final del contrato contenido en la resolución 070 del 30 de marzo de 1993 no incluyó algunos valores que debieron reconocerse. En consecuencia, se impone anular la referida resolución y proceder a la liquidación judicial en los siguientes términos:

(i) Un saldo a favor del IDU por la suma de \$7.608.010, el cual fue reconocido en la liquidación unilateral del contrato, sin que fuera atacado su balance, razón por la cual nada impide que aquí se reconozca. Esa suma se actualizará desde la fecha en que se dictó la resolución n.º 070 hasta la fecha de esta sentencia así:

$$\$7.608.010 \times \frac{124.62 \text{ (IPC final, oct. 2015)}}{13.90 \text{ (IPC inicial, mar. 1993)}} = \$50.191.117.00.$$

El saldo a favor del IDU es por la suma de \$50.191.117.oo.

(ii) Las siguientes sumas a favor del contratista, en los términos de la presente sentencia:

CONCEPTO	SUMA ACTUALIZADA A LA PRESENTE PROVIDENCIA
MAYOR CANTIDAD DE OBRA	\$88.855.821.oo
INTERESES MORATORIOS	\$88.737.798.oo
MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA	\$285.735.746.oo.
TOTAL	\$463.329.365

(iii) Una vez cruzados los saldos a favor de ambas partes (\$50.191.117, para el IDU, y \$463.329.365, para el consorcio contratista), se tiene que el saldo final a favor del Consorcio Bustamante Cárdenas Ltda.-Ingenieros Civiles e Ingenieros, Arquitectos y Técnicos Asociados Ltda. INART Ltda. es de \$413.138.248.oo.

En consecuencia, la Sala anulará la resolución n.º 070 del 30 de marzo de 1993, por medio de la cual el IDU liquidó unilateralmente el contrato en estudio, para en su lugar disponer que el balance económico del contrato de obra pública n.º 113 del 18 de octubre de 1989, suscrito entre el IDU y el Consorcio Bustamante Cárdenas Ltda.-Ingenieros Civiles e Ingenieros, Arquitectos y Técnicos Asociados Ltda. INART Ltda., arrojó un saldo a favor de este último consorcio por la suma de \$413.138.248.oo. En esos términos, se declara liquidado judicialmente el referido contrato.

Para el pago de estas sumas, el IDU deberá tener en cuenta el embargo de las mismas por parte de los Juzgados 27 y 23 Civil del Circuito de Bogotá (fls. 83, c. 6, y 205, c. 7). En consecuencia, deberá atenderse el orden de preferencia de tales

créditos, así como los efectos legales que correspondan para cada ejecución, en los términos que la ley disponga. Igualmente, por Secretaría se les comunicará a los referidos Juzgados de la presente providencia, para lo de su cargo.

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

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

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 12 de mayo de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, en los términos expuestos en esta sentencia.

SEGUNDO: En su lugar, **DECLARAR** no probada la objeción por error grave propuesta por el apoderado de la parte demandada.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

CUARTO: DECLARAR la nulidad de la resolución 070 del 30 de marzo de 1993, para en su lugar disponer que el balance económico del contrato de obra pública n.º 113 del 18 de octubre de 1989, suscrito entre el IDU y el Consorcio Bustamante Cárdenas Ltda.-Ingenieros Civiles e Ingenieros, Arquitectos y Técnicos Asociados Ltda. INART Ltda., arrojó un saldo a favor de este último



consorcio por la suma de cuatrocientos trece millones ciento treinta y ocho mil doscientos cuarenta y ocho pesos (\$413.138.248), moneda corriente. En esos términos, se declara liquidado judicialmente el referido contrato.

QUINTO: Para el pago de la anterior suma al Consorcio Bustamante Cárdenas Ltda.-Ingenieros Civiles e Ingenieros, Arquitectos y Técnicos Asociados Ltda. INART Ltda., el IDU deberá tener en cuenta el embargo de las mismas por parte de los Juzgados 27 y 23 Civil del Circuito de Bogotá (fls. 83, c. 6, y 205, c. 7). En consecuencia, deberá atenderse el orden de preferencia de tales créditos, la participación de los integrantes del consorcio, la parte ejecutada, así como los efectos legales que correspondan para cada ejecución, en los términos que la ley disponga. Igualmente, por Secretaría se les comunicará a los referidos Juzgados de la presente providencia, para lo de su cargo.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: SIN COSTAS, toda vez que no están probadas.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

