



892

186

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B**

**Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de septiembre (09) de dos mil doce (2012)

**Proceso número:** 250002326000199309305-01 (24694)

**Actor:** Sociedad Interventorías y Estudios Técnicos-Intec S.A.

**Demandado:** Empresa de Energía de Bogotá

**Referencia:** Acción contractual

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 12 de febrero de 2003, para negar las pretensiones.

**I. ANTECEDENTES**

La sociedad Interventorías y Estudios Técnicos-Intec S.A. y la Empresa de Energía de Bogotá suscribieron el contrato n.º 4725 el 20 de abril de 1988, para la prestación de los servicios de ingeniería requerida en la construcción y modificación de unas subestaciones eléctricas y otros diseños. El contratista pretende que i) se anule la resolución n.º 22474 de 1993 proferida por la administración para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal, ii) se declare que la contratante incumplió las obligaciones a su cargo, iii) se la condene al pago de las cuentas de cobro insolutas, por el periodo comprendido entre enero y diciembre de 1992, con los intereses moratorios y iv) se liquide el contrato.

## 1. Primera Instancia

### 1.1. La demanda

#### 1.1.1. Pretensiones

La sociedad Interventorías y Estudios Técnicos-Intec S.A., a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción contractual demanda a la Empresa de Energía de Bogotá para que se hagan las siguientes declaraciones y condenas<sup>1</sup>:

2.1. Que es nula la Resolución número 22474 de 1993 (julio 12), expedida por el señor Gerente de la Empresa de Energía de Bogotá "por la cual se declara el incumplimiento parcial del contrato No. 4725 celebrado con la Sociedad Intec S.A. y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria.

2.2. Que la Empresa de Energía de Bogotá incumplió el contrato de consultoría No. 4725 de abril 20 de 1988, celebrado entre dicha empresa y la sociedad INTERVENTORÍA Y ESTUDIOS TÉCNICOS S.A-INTEC S.A., cuyo objeto principal consistió en la prestación por parte de INTEC S.A. a la Empresa de Energía de Bogotá, de los servicios de ingeniería general y de detalle para la construcción de nuevas sub-estaciones de 230 kW y 115 kW, relacionados en los anexos del contrato, así como para la realización de otros diseños considerados necesarios por la Empresa.

2.3. Que como consecuencia del incumplimiento del contrato por parte de la Empresa de Energía de Bogotá y de la Resolución demandada, INTEC S.A. sufrió perjuicios económicos apreciables en dinero.

2.4. Que la Empresa de Energía de Bogotá es responsable de los perjuicios causados a INTEC S.A., en la cuantía que se precise en la sentencia, conforme con las pruebas allegadas al proceso.

2.5. Que el monto de la liquidación a que se refiere el número anterior se actualizará hasta la fecha de ejecutoria del fallo.

2.6. Que la Empresa de Energía de Bogotá deberá cancelar a INTEC S.A. los intereses comerciales que se causen sobre la suma liquidada como perjuicios, a partir de la ejecutoria de la sentencia que se dicte en el proceso.

2.7. Que la Empresa de Energía de Bogotá debe cancelar a INTEC S.A. el valor de las siguientes cuentas, actualizado desde los ciento veinte (120) días calendario posteriores a su presentación a la Empresa y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia:

---

<sup>1</sup> La demanda fue presentada el 28 de octubre de 1993.

250002326000199309305-01 (24694)

Actor: Sociedad Interventorías y Estudios Técnicos-Intec S.A.

| Rad    | Fac INTEC S.A. | Fecha Rad | Mes-concepto    | Valor     |
|--------|----------------|-----------|-----------------|-----------|
| 70.199 | 1104-42        | 16.10.92  | s/do ser ene 92 | 3.112.456 |
| 70.200 | 1104-43        | 16.10.92  | s/do ser feb 92 | 2.721.879 |
| 70.201 | 1104-44        | 16.10.92  | s/do ser mar 92 | 998.617   |
| 70.202 | 1104-45        | 16.10.92  | s/do ser abr 92 | 1.316.922 |
| 70.203 | 1104-46        | 16.10.92  | s/do ser may 92 | 5.766.660 |
| 70.204 | 1104-47        | 16.10.92  | s/do ser jun 92 | 6.197.841 |
| 70.205 | 1104-48        | 16.10.92  | s/do ser jul 92 | 5.212.141 |
| 70.206 | 1104-49        | 16.10.92  | s/do ser ago 92 | 5.261.228 |
|        | 1104-50        | 26.2.93   | septiembre 92   | 2.289.082 |
|        | 1104-51        | 26.2.93   | octubre 92      | 1.898.037 |
|        | 1104-52        | 26.2.93   | Noviembre 92    | 1.730.345 |
|        | 1104-53        | 26.2.93   | Diciembre 92    | 4.005.298 |

2.8. Que la Empresa de Energía de Bogotá deberá cancelar a INTEC S.A. los intereses comerciales que se causen sobre las sumas actualizadas a que se refiere el punto anterior, a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando el pago se lleve a efecto.

2.9. Que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca liquide el contrato No. 4725 de 1988 celebrado entre la Empresa de Energía de Bogotá y la sociedad INTERVENTORÍAS Y ESTUDIOS TÉCNICOS S.A. INTEC S.A., teniendo en consideración los perjuicios causados y probados a esta última por razón del incumplimiento de la primera.

2.10. Que de conformidad con el artículo 140 del C.C.A. el señor Magistrado Ponente fije el monto de la caución que INTERVENTORÍA Y ESTUDIOS TÉCNICOS S.A. debe prestar para garantizar el pago del valor correspondiente a la cláusula penal pecuniaria, en caso de resultar procedente la misma.

2.11. Que se me reconozca como apoderado de la parte demandante en los términos del poder conferido.

### 1.1.2. Fundamento fáctico

La actora funda sus pretensiones, en síntesis, en la situación fáctica que a continuación se relaciona:

1.1.2.1. Previo concurso de méritos, el 20 de abril de 1988 la sociedad demandante y la Empresa de Energía de Bogotá celebraron el contrato de consultoría n.º 4725, por cuya virtud la contratista asumió los estudios y diseños de unas subestaciones del sistema de transmisión de energía eléctrica y las labores de ingeniería inherentes, por un total de \$119.834.782, cuyo valor final resultaría de aplicar las tarifas pactadas para los salarios y alquiler de equipos, conforme con la metodología convenida para establecer los tiempos de los empleados, la jornada laboral y los demás factores que incidían en los costos reembolsables al contratista.

1.1.2.2. En cuanto al pago del precio, las partes convinieron en que la entidad procedería previa presentación de cuentas mensuales, que se entendían aprobadas si la misma no formulaba observaciones dentro de los 30 días siguientes a su presentación.

1.1.2.3. La ejecución del contrato se inició el 1º de agosto de 1988, de conformidad con el acta suscrita con ese objeto y el plazo, prorrogado en seis oportunidades, hasta el 31 de diciembre de 1992. Las sucesivas prórrogas dieron lugar a que se modificara, igualmente, el valor contratado.

1.1.2.4. El 16 de julio de 1992 la contratista pidió una nueva prórroga, con modificación del valor del contrato y la suspensión de la ejecución mientras se decidía la solicitud; empero, la entidad demandada, se pronunció en contrario, exigiendo el cumplimiento del objeto, acorde con el plazo y valores convenidos.

1.1.2.5. El 16 de octubre de 1992, la contratista presentó las cuentas de cobro por la ejecución del objeto, durante el periodo comprendido entre enero y agosto del mismo año, las cuales fueron glosadas el 29 de diciembre siguiente, es decir extemporáneamente por la administración, por razones que resultan contrarias al sistema de reembolso de costos directos pactado para la remuneración. De donde se colige que la administración se rehusó a cancelar los valores correspondientes que se entendían aceptados, de conformidad con lo pactado.

1.1.2.6. El 23 de febrero de 1993, la actora presentó cuenta de cobro por el periodo transcurrido entre septiembre y diciembre de 1992, que la contratante pagó parcialmente, fundada en que "...el avance de los trabajos en desarrollo no se

*compadece con lo facturado por INTEC" –fl. 10-, es decir incumpliendo con el sistema de remuneración convenido, en función de las "hojas de tiempo", el personal y los costos reembolsables e imponiendo unilateralmente un sistema de pago contra resultados específicos y concretos, propio de contratos distintos al celebrado.*

1.1.2.7. La suspensión de la ejecución por parte del contratista y la finalización del plazo sin la conclusión del objeto obedecieron a la negativa de la entidad contratante a adicionar el valor inicialmente contratado y, en esas condiciones, no le era dado a la administración exigirle al actor el cumplimiento del objeto, sin remuneración, como lo dispuso caprichosamente en la resolución demandada.

### **1.1.3. Los cargos contra el acto demandado**

Sostiene la actora que la entidad demandada expidió la resolución n.º 4725 del 20 de abril de 1988 con violación i) del artículo 295 del Código Fiscal del Distrito Capital, en cuanto hizo efectiva la cláusula penal sin existir incumplimiento total, como lo precisa esa norma para aplicar la sanción y ii) de los artículos 259 y 261 *ibídem* y 1602 del Código Civil, porque resulta contrario a sus disposiciones pretender que la obligación del contratista solo se satisface con el *"total cumplimiento del objeto y alcance del contrato dentro del plazo y valor estipulados en el contrato principal y adicionales celebrados"*, como se sostiene en los fundamentos del acto demandado.

Asimismo, la actora apoyó sus pretensiones en las disposiciones de los artículos 1496, 1546, 1602 1603, 1604, 1605 y 1613 del Código Civil.

## **1.2. Intervención pasiva**

La Empresa de Energía de Bogotá, por intermedio de apoderado, se opuso a las pretensiones y dijo estarse a los hechos que resulten probados.

Señaló que i) el plazo del contrato era de 36 meses, a partir del 1º de agosto de 1988, para llevar a cabo las obras de ingeniería general y de detalle para la

construcción y ampliación de diez proyectos de subestaciones debidamente especificados; ii) durante la ejecución las partes suscribieron seis contratos adicionales, así: el primero por un valor de \$31.186.817, para completar los diseños de los proyectos Noroeste, Calle 67, San Façon, Tunal y Veraguas incluidos en el objeto; el segundo por \$10.308.470 para el diseño de una subestación provisional en Noroeste; el tercero por la suma de \$8.324.525 y una prórroga de 5 meses, con el fin de integrar las señales de las subestaciones de potencia al centro de control; el cuarto para extender el plazo en 8 meses; el quinto por valor de \$18.478.247 para concluir los diseños de las subestaciones de Noroeste, Calle 67 y Tunal y el sexto para ampliar el plazo en cuatro meses, razón por la que al 31 de diciembre de 1992 el contratista debía entregar la totalidad del objeto; iii) con la última modificación del plazo --sexto contrato adicional- el contratista también solicitó incrementar el valor contratado, argumentando que había gastado más recursos en los diseños de la subestación Calle 67 y en la integración de las señales de las subestaciones de potencia al centro de control; empero, la contratante convino únicamente en la ampliación del plazo, dado que el contratista debía concluir los diseños faltantes con el valor pactado en el quinto contrato adicional, como se convino en esa oportunidad; iv) entre octubre y diciembre de 1993 las partes revisaron conjuntamente los mayores gastos incurridos, según la contratista, en el proyecto de la Calle 67 y en la integración de las señales de las subestaciones al centro de control, así como los recursos asignados y el avance del diseño de las subestaciones de Noroeste y Tunal, encontrando que lo ejecutado (41.2% y 29.8%) no guardaba relación con los recursos facturados por el contratista; el balance arrojó un total de recursos adicionales gastados en la subestación de la Calle 67 y en la integración de las señales al centro de control, en favor de la contratista por la suma de \$9.654.773 y de \$19.274.241 en su contra por recursos asignados a las subestaciones del Tunal y Noroeste, sin que hubiera entregado los trabajos correspondientes, lo cual llevó a que la entidad demandada glosara las cuentas de cobro radicadas bajo los n.º 1104-42 a 1104-53, condicionando su pago a la entrega de los diseños completos y definitivos, como debía hacerlo la contratista en cumplimiento del contrato; v) los diseños de la subestación provisional de Noroeste y de la conversión de la ubicada en la Calle 67 entregados por la contratista no pudieron ser utilizados por la contratante, en tanto no cumplen las especificaciones técnicas y vi) la contratante no está obligada a pagar al

contratista valores adicionales a los convenidos y que no fueron modificados de conformidad con lo establecido en el artículo 227 del Código Fiscal -fls. 62 a 70, c.p.-.

### **1.3. Llamado en garantía**

La Empresa de Energía de Bogotá llamó a la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia y/o Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A., en su condición de garante del contrato n.º 4725 celebrado con la actora.

La compañía aseguradora se opuso al llamado. Sostuvo que en tanto aseguró a la contratista, no le corresponde garantizar la condena que llegare a imponerse a la llamante, por las pretensiones formuladas en su contra. Además de que propuso la excepción de inexistencia de la obligación, fundada en que la cobertura expiró el 28 de junio de 1993 y el siniestro amparado, esto es el incumplimiento del contratista, sobrevino el 12 de julio siguiente, cuando la entidad contratante expidió irregularmente, con ese objeto, la resolución cuya nulidad se demanda en el *sub lite* - fls. 24 a 31, cdn. llamamiento en garantía-.

### **1.4. Alegatos de conclusión**

#### **1.4.1. Demandante**

La actora reiteró que la resolución n.º 22474 de 1993 debe ser anulada, porque con ella la contratante exigió la cláusula penal, sin que existiera incumplimiento total del contrato, como lo disponía el artículo 295 del Acuerdo 6 de 1985 expedido por el Concejo Distrital de Bogotá para adoptar el Código Fiscal y, además, porque ella adquirió una obligación de medio que la administración transformó en de resultado para así, arbitrariamente, justificar el incumplimiento.

En esta oportunidad la actora acusó de falsa motivación el acto demandado. Sostuvo que contrario a lo afirmado por la entidad no se abstuvo de entregar los planos, mientras que la demandada se negó a adicionar el contrato en el valor de manera que no resultó posible concluir el objeto contratado.

Agregó que la contratante incumplió sus obligaciones, dado que no pagó las cuentas de cobro, valiéndose de glosas formuladas extemporáneamente que desconocían la remuneración, convenida en función de los costos incurridos y sujetando, unilateralmente, los pagos a las unidades producidas. Finalmente, adujo que con el acto demandado la administración ordenó que el contrato se liquidara, sin que hubiera sobrevenido alguna de las causales previstas en la ley para tal fin -fl. 228 a 233-.

#### 1.4.2. Demandada

La Empresa de Energía de Bogotá, a través de apoderado, señaló que i) podía hacer efectiva la cláusula penal por el incumplimiento parcial, como procedió con la resolución demandada, de conformidad con lo convenido en la cláusula vigesimoseptima del contrato; ii) en tanto no formuló cargos de falsa motivación contra el acto *sub judice*, la demandada aceptó que efectivamente incurrió en el incumplimiento parcial; iii) no está obligada a pagar las cuentas de cobro por los diseños en cuanto el contratista no entregó los planos completos y definitivos como se obligó y iv) limitado el valor contratado y aceptado que concluiría el objeto con la suma adicionada en el quinto contrato, no le asiste derecho al actor para reclamar el pago de las cuentas presentadas, pues estas exceden el valor acordado -fls. 234 a 241-.

#### 1.5. Sentencia de primera instancia

La Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió negar las pretensiones. Al efecto consideró que i) si bien, de conformidad con el artículo 295 del Código Fiscal de Bogotá, la cláusula penal no puede hacerse efectiva sino frente al incumplimiento total, la administración podía proceder como lo hizo, dado que el contratista no entregó los planos completos, con sujeción a las especificaciones técnicas y las partes así convinieron en los términos de la cláusula vigesimoseptima del contrato y ii) la contratante pagó las facturas n.º 42



53, en tanto de una parte, exceden el valor contratado y de otra, el contratista no concluyó el objeto.

## **2. Segunda instancia**

### **2.1 Recurso de apelación**

El apoderado de la parte actora impugna la decisión, para que sea revocada y se acceda a las pretensiones –fls. 262 a 263, c, ppal-. Al efecto sostiene que el Tribunal *a quo* i) dejó de aplicar las disposiciones del artículo 295 del Código Fiscal y de la cláusula trigesimocuarta que no permiten la aplicación de la sanción pecuniaria por el incumplimiento parcial y ii) no tuvo en cuenta que la contratante está obligada a pagar las cuentas de cobro que aceptó, al tenor de la cláusula sexta del contrato, en tanto transcurrió en silencio el término allí convenido para formular las glosas.

### **2.2 Alegatos finales**

#### **2.2.1 Demandante**

En esta etapa concurrió la actora, a través de apoderado, para reiterar que la resolución n.º 22474 de 1993 es ilegal, porque i) la contratante la expidió para hacer efectiva la cláusula penal, al margen de que solo procede cuando el incumplimiento es total, como lo prevé el artículo 295 del Código Fiscal de Bogotá, norma que prevalece conforme con la cláusula trigesimocuarta del contrato, a cuyo tenor “...en caso de incongruencia entre las estipulaciones de este contrato y las disposiciones del código rigen estas últimas” y ii) el incumplimiento provino de la demandada, pues aprobadas las facturas n.º 50 a 53 -al vencer el término de 30 días sin glosarlas-, la contratante, en lugar de pagarlas se negó a adicionar el valor contratado, impidiendo la ejecución del objeto convenido, aunado a que tampoco pagó las facturas n.º 42 a 49, que glosó parcialmente. Para concluir, destaca que la entidad no podía exigir a la contratista el cumplimiento como lo pretendió con la expedición del acto demandado – fls. 274 a 279-.

250002325000199309305-01 (24694)

Actor: Sociedad Interventorias y Estudios Técnicos-Intec S.A.

### 2.2.2 Demandada

Por su parte, la Empresa de Energía de Bogotá, a través de apoderado, solicitó que se declare desierta la alzada, habida cuenta que el recurrente manifestó, inicialmente, que haría *"uso de los espacios procesales pertinentes para sustentar el recurso interpuesto"* y no obstante haberse omitido el traslado pertinente, guardó silencio. Concluye, entonces, la entidad que la recurrente no cumplió con la carga de sustentar lo que da lugar a no estudiar la impugnación, como lo exigen las garantías constitucionales de defensa y de igualdad.

En subsidio, sostuvo que la sentencia recurrida debe mantenerse, en tanto la contratista no desvirtuó el incumplimiento en el que se fundamentó la sanción pecuniaria impuesta. Además, califica de censurables los cargos de violación formulados contra el acto en cuanto apuntan a desconocer las cláusulas sexta y vigesimoséptima que le permitían a la administración glosar las cuentas en la oportunidad que lo hizo y hacer efectiva la sanción por el incumplimiento parcial. Finalmente, pone de presente que la actora pretende imponer a la administración obligaciones por valores que exceden lo convenido -fls. 280 a 286-.

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1 Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en proceso de doble instancia, seguido ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como lo dispone el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> El 28 de octubre de 1993, cuando se presentó la demanda, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción contractual fuera de doble instancia era de \$ 6 860 000 -artículos 129 y 132 del C.C.A. subrogados por el Decreto 597/88- y el actor estimó la mayor de las pretensiones en un valor superior a \$50 000 000 -fl. 22-.

## 2.2 Asunto que la Sala debe resolver

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 12 de febrero de 2003 para negar las pretensiones, por considerar infundados los cargos formulados contra el acto demandado.

Lo anterior, porque i) la sociedad actora al tiempo que plantea la ilegalidad de la resolución n.º 22474 de 1993 que le hizo exigible la cláusula penal, al margen de las previsiones del artículo 295 del Acuerdo n.º 006 del Concejo Distrital de Bogotá, asegura que el incumplimiento provino de la contratante, en tanto no pagó las facturas aprobadas y ii) la entidad demandada aduce que procedió de conformidad con las reales ejecuciones de la contratista y acorde con lo convenido, además de que no está obligada a pagar sumas superiores a las pactadas.

Procede, en consecuencia, analizar lo relativo a la naturaleza y régimen del contrato *sub judice*, para luego decidir lo que corresponda sobre la exigencia de la cláusula penal y el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes.

## 2.3 Cuestiones previas

Antes de abordar el estudio de los cargos formulados, la Sala se pronunciará en lo que tiene que ver con el cumplimiento del requisito de sustentación del recurso y el alcance de la decisión.

Solicita la Empresa de Energía de Bogotá se declare desierta la apelación, por no cumplir el requisito de sustentación. Empero, observa la Sala que, por auto del 15 de mayo de 2003 –fl. 271-, se admitió y se lo consideró sustentado mediante decisión ejecutoriada; amén de que, como se constata en la foliatura que le antecede –fls. 262 y 263-, efectivamente, al interponer la impugnación, la actora expresó dos motivos de

inconformidad con la sentencia de primera instancia, suficientes para cumplir la carga que amerita su estudio y decisión.

Así las cosas, en tanto el recurso de apelación fue interpuesto y sustentado oportunamente, huelga concluir la improcedencia de la declaratoria de desierto, invocada por la empresa demandada.

Ahora, como lo reitera la jurisprudencia de esta Corporación<sup>3</sup>, la competencia del superior funcional está delimitada, entre otros, por los principios dispositivo, de congruencia y de la *no reformatio in pejus*, por cuya virtud, en segunda instancia, solo se puede conocer de los aspectos que fueron objeto del recurso, en el entendido que cada una de las partes recurre aquello que le resulta desfavorable y que siendo apelante única no será desfavorecida, en todo caso.

En este sentido, prescribe el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil:

*La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.*

Corresponde, entonces, a la Sala decidir lo relativo a la aplicación de la sanción pecuniaria por el incumplimiento parcial y al no pago de las cuentas de cobro, exigibles por haber transcurrido en silencio el término convenido para formular las glosas, según lo expuesto en el recurso, sin que sea dable pronunciarse sobre aspectos no propuestos en la impugnación.

## 2.4 Naturaleza y régimen jurídico del contrato 4725 de 1988

Se conoce, porque así se señaló en el documento suscrito por las partes, que la Empresa de Energía de Bogotá, en calidad de “*Establecimiento Público*

<sup>3</sup> Cfr., entre otras, sentencia proferida por la Sección Tercera, el 11 de agosto de 2010, radicación 25000-23-26-000-1996-02533-01(18894).

250002326000199309305-01 (24694)

Actor: Sociedad Interventoría y Estudios Técnicos-Intec S.A.

*Descentralizado del Orden Distrital*", organizado por los Acuerdos n.º 18, 30 y 129 de 1959 y 34 de 1967 de Concejo Distrital de Bogotá, con sujeción al Código Fiscal del Distrito, celebró con la sociedad Interventoría y Estudios Técnicos-INTEC S.A. el contrato n.º 4725 del 20 de abril de 1988, por cuya virtud la contratista asumió los estudios y diseños de ingeniería de varias subestaciones del sistema de transmisión de energía eléctrica de la contratante –fls. 28 a 42, c. prb-.

La referida codificación distrital, adoptada mediante el Acuerdo 06 de 1985<sup>4</sup> del Concejo Distrital<sup>5</sup>, contiene las normas que rigen los aspectos presupuestales y de celebración de los contratos de las entidades de este nivel territorial, que en lo sustancial reproducen las previsiones del Decreto ley 222 de 1983. Específicamente, en lo relativo a las potestades excepcionales de interpretación, modificación y la terminación unilateral, el Código Fiscal del Distrito remite expresamente al aludido estatuto contractual<sup>6</sup>.

El Código Fiscal de 1985 fue expedido por el Concejo Distrital en ejercicio de las facultades que le otorgó el ordinal 16 del artículo 13 del Decreto ley 3133 de 1968, para "[d]ictar los códigos para el Distrito en materia de policía, fiscal, de tránsito y transportes, de construcción y administración". Empero, debe tenerse en cuenta que la Ley 19 de 1982, artículo 5º, reservó a la ley lo relativo a la tipología contractual, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación, así como a las inhabilidades e incompatibilidades.

Preceptúa esta norma –se destaca–:

*En el desarrollo de las 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*

<sup>4</sup> Conforme al artículo 4 del Acuerdo 06 de 1985, el Código Fiscal del Distrito Capital se aplica a la Administración Descentralizada, que comprende "...los establecimientos públicos, las Empresas Industriales y Comerciales, las Sociedades de Economía Mixta del orden distrital y los Fondos Rotatorios constituidos como Entidades Descentralizadas. Los demás Fondos Rotatorios pertenecientes a las Entidades Descentralizadas forman parte de las mismas".

<sup>5</sup> Este Código Fiscal fue expedido por el Concejo Distrital en ejercicio de las facultades que le otorgó el ordinal 16 del artículo 13 del Decreto ley 3133 de 1968, para "[d]ictar los códigos para el Distrito en materia de policía, fiscal, de tránsito y transportes, de construcción y administración".

<sup>6</sup> El artículo 301 del Código Fiscal dispone que, "[l]a aplicación de estos principios en el ámbito distrital se hará conforme a lo dispuesto en el Título IV del Decreto Ley 222 de 1983".

250002326000199309305-01 (24694)

Actor: Sociedad Interventorías y Estudios Técnicos-Intec S.A.

las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación están reservados a la ley, así como las de inhabilidades e incompatibilidades.

En el mismo sentido, el artículo 1º del Decreto 222 de 1983 estableció que sus disposiciones en lo referido a tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV, se aplicaban a nivel nacional y territorial.

Al tenor del artículo 115 del Decreto 222 de 1983, el de consultoría es un contrato que tiene como objeto "...los estudios requeridos previamente para la ejecución de un proyecto de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos especificados así como las asesorías técnicas y de coordinación (...), la interventoría, la asesoría misma en el desarrollo de los contratos de consultoría y la ejecución de estudio, diseños, planos, anteproyectos, proyectos, localización, asesorías, coordinación o dirección técnica y programación de obras públicas".

Quiere decir, entonces, que, en tanto contrato de la administración, el de consultoría que dio lugar a la controversia que se resuelve estuvo sujeto i) en lo relativo a los aspectos presupuestales y a la celebración del contrato al Acuerdo 06 de 1985, ii) en cuanto a las potestades excepcionales, efectos y responsabilidad al Decreto 222 de 1983 y iii) en los aspectos no previstos en el Código y en el Decreto a las normas que rigen las relaciones contractuales entre particulares.

## 2.5 Estudio de los cargos

A continuación se ocupará la Sala de los cargos formulados por la actora contra la resolución n.º 22474 de 1993, esto es en contra del acto expedido por la demandada para sancionar por incumplimiento al margen de las previsiones del artículo 235 del Código Fiscal de Bogotá y sin perjuicio del incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

### **2.5.1 La entidad contratante impuso la sanción pecuniaria con sujeción contrato y al ordenamiento superior**

Acorde con las cláusulas vigésima séptima y trigésima cuarta del contrato *sub judice* las partes convinieron en una cláusula penal pecuniaria, que la entidad contratante podía hacer efectiva mediante acto motivado, con sujeción a lo dispuesto en la materia por el Código Fiscal. Dicen así las estipulaciones pertinentes -fl. 40-:

*CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA. En caso de que el Consultor faltare al cumplimiento de las obligaciones en forma parcial o total, o sea declarada la caducidad o incumplimiento del presente contrato, le pagará a la empresa la suma del 5% del valor del contrato por concepto de indemnización, sin perjuicio de la imposición de multas y la declaración de caducidad o de incumplimiento del contrato. El cobro de esta sanción no limita el derecho de la Empresa a demandar por los demás perjuicios sufridos por los eventos señalados ni extingue la obligación principal a cargo del Consultor. PARÁGRAFO 1. La Empresa hará efectiva las multas y la cláusula penal pecuniaria mediante resolución motivada que será dictada por su Gerente General. En firme la respectiva providencia, el valor correspondiente lo podrá descontar la Empresa de las sumas que adeuda al Consultor, si ello no fuere posible lo tomará de la garantía y fianza y en último lugar, por medio de la jurisdicción coactiva. Dicho valor ingresará a los fondos de la empresa.*

*DISPOSICIONES DEL CÓDIGO FISCAL DEL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTÁ. El Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá, expedido mediante el Acuerdo número seis (6) de mil novecientos noventa y cinco (1995), forman parte (sic) del presente contrato en cuanto a las disposiciones que tienen relación con esta modalidad. En caso de incongruencias entre las estipulaciones de este contrato y las disposiciones del Código rigen estas últimas.*

Cláusula que la Empresa de Energía de Bogotá debía pactar conforme al artículo 295 del referido Código Fiscal y hacer efectiva, directamente, en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total de las obligaciones del contratista -se destaca-:

*En todo contrato que no fuere de empréstito deberá estipularse la cláusula penal pecuniaria que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total del contrato. La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.*

*El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial de los perjuicios causados a la entidad contratante.*

250002326000199309305-01 (24694)

Actor: Sociedad Interventorias y Estudios Técnicos-Intec S.A.

En relación con esta norma ha señalado la Corporación que el calificativo "total" que condiciona el incumplimiento contractual a efectos de imponer la sanción pecuniaria, se ocupa de asuntos reservados a la ley y contraría abiertamente lo dispuesto por el artículo 72 del Decreto 222 de 1993, lo que impone su inaplicación conforme lo preceptúa el artículo 4º constitucional.

Así se señaló en anterior oportunidad<sup>7</sup>:

*Observa la Sala que la sanción pecuniaria por el incumplimiento es un tema propio de los efectos y de la responsabilidad en materia contractual de la administración, asuntos éstos que la Ley 19 de 1982 sometió a reserva del legislador y sobre los cuales el Distrito Capital, sujeto para entonces al mismo régimen de los municipios, tenía que consultar las previsiones del Decreto 222 de 1983 –como lo exigía su artículo 1º-.*

*Sobre la cláusula penal el decreto dispuso –se destaca-:*

*ARTICULO 72. DE LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.*

*La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.*

*El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante<sup>8</sup>.*

*De la simple confrontación del artículo 295 del Acuerdo 06 de 1985 expedido por el Distrito Capital con el artículo 72 del Decreto 222 de 1983, se observa que aquél restringió la aplicación de la cláusula penal pecuniaria para el incumplimiento total del contrato, limitante que no contiene el estatuto general de contratación de la administración, razón que impone la inaplicación del calificativo "total" contenido en el artículo 295 del Código Fiscal del Distrito y así conducirse lo pactado en la citada cláusula decimotercera del contrato n.º 265 de 1990.*

Y, en lo que tiene que ver con la aplicación de la cláusula penal, la jurisprudencia ha sostenido, reiteradamente, que, en vigencia del Decreto 222 de 1983, la administración podía declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la sanción, una vez vencido el plazo de ejecución del contrato, por tratarse de la

<sup>7</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de agosto de 2011, consejera ponente Stella Conto Díaz del Castillo, expediente 25000232600019930896701(20910).

<sup>8</sup> Esta norma fue derogada por el artículo 81 de la ley 80 de 1993.



valoración anticipada de los perjuicios, establecida por las partes frente al incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista<sup>9</sup>:

*En efecto, tal y como lo estableció la jurisprudencia de la Sala<sup>10</sup> al interpretar el contenido de la norma, el artículo 72 del Decreto Ley 222 de 1983<sup>11</sup> autorizaba a las entidades estatales para declarar el incumplimiento del contrato una vez había vencido el plazo estipulado para su ejecución, para los solos efectos de proceder al cobro de la cláusula penal pecuniaria.*

Huelga concluir, entonces, en los términos del artículo 72 del Decreto ley 222 de 1983, que la Empresa de Energía de Bogotá podía hacer efectiva la sanción pecuniaria al contratista por el incumplimiento en el que incurrió al no concluir el objeto contratado, como efectivamente aconteció mediante el acto demandado.

### 2.5.2 No se acreditó el incumplimiento de la contratante

La actora también cuestiona la resolución n.º 22474 de 1993, fundada en que la entidad contratante no pagó las cuentas de cobro que la misma se abstuvo de glosar oportunamente.

La Sala ha señalado, con fundamento en la *exceptio non adimpleti contractus* prevista en el artículo 1609 del Código Civil, que cuando la entidad contratante incurre en grave incumplimiento pierde la facultad de declararlo, pues el contratista queda facultado para no ejecutar la obligación a su cargo.

Conforme con esta jurisprudencia, para que la excepción del contrato no cumplido enerve la facultad de la entidad pública de declarar el incumplimiento se requiere i) que el contrato genere obligaciones recíprocas, ii) que el incumplimiento de

<sup>9</sup> Sección Tercera, Sentencia del 23 de julio de 2010, radicación 17667.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; sentencias del 29 de enero de 1988, expediente 3616; del 29 de enero de 1989, expediente 3615; del 30 de septiembre de 1994, expediente 9280; del 7 de octubre de 1997, expediente 10874.

<sup>11</sup> **"Art. 72.- De la cláusula penal pecuniaria.-** En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.// La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.// El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante".

250002326000199309305-01 (24694)

Actor: Sociedad Interventorías y Estudios Técnicos-Intec S.A.

la administración sea cierto, real, grave, determinante y de gran significación<sup>12</sup>, de tal manera que se traduzca en una razonable imposibilidad de cumplir para el contratista y iii) que este último no haya tenido a su cargo la ejecución de una prestación primeramente incumplida<sup>13</sup>.

Al respecto se ha señalado<sup>14</sup> —se destaca—:

*En el evento de que se prueben las condiciones que configuran la excepción de contrato no cumplido a favor del contratista, se desdibuja el incumplimiento del contratista que justifica el ejercicio de algunos de los poderes exorbitantes, como lo son la declaratoria de incumplimiento, la caducidad del contrato, la imposición de multas, etc; toda vez que, conforme lo establece el artículo 1609 del C.C., el contratista no está obligado a ejecutar sus prestaciones cuando la otra parte incumplió las propias.*

*Se tiene entonces que cuando se cumplen los supuestos de hecho que representan la existencia real de la excepción de contrato no cumplido, y se concluye que el contratista no estaba obligado a cumplir la prestación que pendía de un comportamiento contractual de la Administración, ésta pierde la facultad de declarar el incumplimiento del contrato o la caducidad del mismo, si el motivo determinante de esta decisión lo era precisamente el incumplimiento del contratista<sup>15</sup>.*

Ahora, los medios de convicción obrantes en el proceso ofrecen convicción a la Sala sobre los siguientes hechos relevantes para la decisión:

2.5.2.1 El 20 de abril de 1988, las partes acordaron la ejecución de los servicios de consultoría acorde con lo convenido en el contrato n.º 4725 celebrado en esa fecha, en un plazo de 36 meses, por un valor de \$119.834.782, modificable conforme con los requerimientos del objeto, previo acuerdo de las partes, sin perjuicio de que el contrato tendría una vigencia de 42 meses.

Así lo refiere el documento contractual suscrito —se destaca—:

<sup>12</sup> Así lo precisó la Sala en sentencia proferida el 21 de febrero de 1992, expediente 5857.

<sup>13</sup> Así lo precisó la Sala en sentencia proferida el 16 de febrero de 1984, expediente 2509.

<sup>14</sup> Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 2001, radicación número 52001-23-31-000-1993-5282-01(12722).

<sup>15</sup> En igual sentido se pronunció la Sala en sentencia proferida el 15 de marzo de 2001; expediente 13415.

*PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO: El consultor se compromete a prestar a la Empresa los servicios de ingeniería general y de detalle para la construcción de nuevas subestaciones de 230 Kv y 115 Kv y ampliaciones de subestaciones de 230 Kv y 115 Kvm, los cuales se relacionan en el Anexo No. 1, así como la realización de otros diseños que la Empresa considere necesarios (...).*

*SEGUNDA. ALCANCE DE LOS TRABAJOS: El alcance de los trabajos incluye los estudios y diseños para subestaciones de transmisión del sistema de la EEB que conforman el Sexto Programa de Ensanche. Incluye además aquellas labores inherentes a un contrato de servicios de ingeniería, o las que la Empresa ordene o considere conveniente ordenar (...).*

*TERCERA. El plazo total para la ejecución de los trabajos objeto del presente contrato es de 36 meses contados a partir del día en que la empresa dé la orden de iniciar los trabajos. La vigencia del presente contrato es de 42 meses, término dentro del cual el presente contrato debe ser liquidado.*

*CUARTA. VALOR DEL CONTRATO: El valor de este contrato se estima, para todos los efectos legales y fiscales en la suma de ciento diez y nueve millones ochocientos treinta y cuatro mil setecientos ochenta y dos pesos con 00/100 Mtce (\$119.834.782). Sin embargo, teniendo en cuenta la naturaleza y forma de pago del presente contrato, el valor final será el que resulte del cómputo del pago de los servicios de ingeniería y los costos reembolsables, estipulados en la cláusula quinta del presente contrato (...).*

*DÉCIMA PRIMERA. CRONOGRAMA Y ÓRDENES DE TRABAJO: Los trabajos a ejecutar de este contrato deben orientarse de acuerdo con el objeto y alcance de los trabajos convenidos entre la Empresa y el Consultor como se establecen en las cláusulas primera y segunda. Sin embargo, es responsabilidad del Consultor recomendar oportunamente a la Empresa las modificaciones y aclaraciones que sean necesarias para cumplir el objeto del contrato. Antes de iniciar los trabajos de que tratan las cláusulas primera y segunda, se debe convenir el programa general para la ejecución de éstos, el cual es obligatorio y no puede modificarse de manera sustancial en sus alcances, recursos empleados, plazos iniciales y/o plazos finales, sin la autorización de la empresa (...).*

*DÉCIMA SEGUNDA. INFORMES: El consultor debe presentar mensualmente, dentro de los diez (10) días calendario siguientes al vencimiento del mes, un informe donde se describan los trabajos y se analice la ejecución de los programas y el avance de cada una de las actividades. En estos informes se someterán a consideración de la empresa los ajustes necesarios a los programas semestrales, de acuerdo con los avances obtenidos. Mensualmente se debe presentar con la factura correspondiente, un sumario de las actividades desarrolladas en el mes, que incluya cuadros de utilización del personal, control financiero de la actividad y avance de actividades. El Consultor debe presentar además, memorandos sobre los distintos aspectos técnicos del estudio que permita (sic) a la empresa enterarse y juzgar sobre los resultados de las investigaciones y trabajos en curso. Al terminar cada una de las actividades parciales de acuerdo con lo establecido en los programas y cuando sea necesario tomar decisiones básicas se*

250002326000199309305-01 (24694)

Actor: Sociedad Interventorías y Estudios Técnicos-Intec S.A.

debe presentar informes con la descripción de los trabajos, los resultados y conclusiones; la presentación de estos informes debe hacerse dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la terminación de los trabajos o con anticipación suficiente para el análisis de la decisión. A la terminación de los trabajos, el Consultor debe presentar un informe final en el que se recopilen los trabajos ejecutados con las sugerencias, recomendaciones y conclusiones que sean necesarias. El informe final debe ir acompañado de copia de las memorias de cálculos realizados y de copias de los trabajos parciales entregados durante el desarrollo del contrato -fls. 2 a 10, c.2-.

2.5.2.2 Asimismo, las partes convinieron en que los pagos se efectuarían mensualmente, contra los avances de ejecución del objeto, conforme con las cuentas de cobro que debía presentar debidamente sustentadas el contratista, las cuales podían ser glosadas por la contratante, en cuyo caso el pago dependía de que el contratista atendiera las observaciones efectuadas.

Así se convino en la cláusula sexta:

FORMA DE PAGO, ANTICIPO, AVANCES Y CUENTAS MENSUALES. El Consultor presentará cuentas de cobro mensuales a la Empresa en las cuales se incluirán todos los documentos necesarios y soportes solicitados por la Empresa para respaldar los pagos de salarios por las horas-hombres efectivamente trabajadas y costos reembolsables de acuerdo con la cláusula quinta. La Empresa hará las observaciones que estime necesarias a las cuentas de cobro del Consultor, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a su radicación. Si la empresa no hace observaciones dentro de dicho término, las cuentas se consideran aprobadas. Aprobada la cuenta la Empresa la pagará dentro de los ciento veinte (120) días calendario siguientes a su radicación... 1) ANTICIPOS... 2) AVANCES. Dentro de la primera semana de cada mes, a partir del segundo mes de ejecución contractual y durante el plazo de este contrato, el Consultor podrá presentar una cuenta de avance, equivalente al sesenta por ciento (60%) del valor bruto de la última cuenta mensual aprobada por la Empresa. No se podrán pagar otros avances hasta tanto no se legalice el ya solicitado (...). PARÁGRAFO 2. Las glosas que la Empresa haga a las cuentas mensuales del Consultor no implican el no pago de tales cuentas en cuanto su cuantía no glosada, las cuales se pagarán por la Empresa dentro de los plazos estipulados en esta cláusula. La parte objetada será enviada nuevamente por el Consultor en cuenta separada, cuando a ello haya lugar, con las debidas aclaraciones, de acuerdo con las observaciones de la Empresa -fls. 5 y 6, c.2-.

2.5.2.3 La ejecución del objeto inició el 1º de agosto de 1988, de conformidad con el acta suscrita por las partes el 15 de julio anterior. El contrato *sub lite* fue adicionado en seis oportunidades, así -fls. 68 a 73, c.2-:

250002326000199309305-01 (24694)

Actor: Sociedad Interventorías y Estudios Técnicos-Intec S.A.

| n.º | Fecha contrato adicional | Objeto                                                                                                                                                                                                                      |
|-----|--------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1   | Jun-9/90                 | Adicionar el valor en \$31.186.817                                                                                                                                                                                          |
| 2   | Nov-9/90                 | Adicionar el valor en \$10.308.470                                                                                                                                                                                          |
| 3   | Oct-23/91                | Adicionar el valor en \$19.626.938; ampliar el plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 1991 y en 6 más la vigencia del contrato, según lo aprobado por la contratante el 25 de julio de 1991 (acta n.º 986, fl. 117) |
| 4   | May-02/92                | Prorrogar el plazo de ejecución hasta el 31 de agosto de 1992 y en 6 meses más la vigencia del contrato, según la aprobación impartida por la contratante el 18 de noviembre de 1991 (acta n.º 997, fl. 117)                |
| 5   | Jul-28/92                | Adicionar el valor en \$53.600.000                                                                                                                                                                                          |
| 6   | Set-18/92                | Prorrogar el plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 1992                                                                                                                                                            |

Como consta en el contrato adicional n.º 5, el valor acordado se amplió "... con el objeto de concluir todos los trabajos faltantes correspondientes al objeto y alcance del contrato". Igualmente, en el adicional n.º 6, las partes prorrogaron el plazo, acordando que "...las demás cláusulas, literales, numerales, adicionales y anexos del contrato principal no sufren modificación alguna" -fls. 72 y 73, c.2-.

El 28 de agosto de 1992, la contratista solicitó prorrogar el plazo, ampliar el valor contratado y suspender la ejecución mientras se decidía su petición, no obstante la entidad no accedió a la solicitud. Respondió al respecto:

*(...) les manifestamos que la Empresa, teniendo en cuenta sus planes de inversión, ha decidido no suspender el contrato ni prorrogar la vigencia del mismo.*

*De acuerdo con lo anterior, comedidamente solicitamos dar total cumplimiento al objeto y alcance del contrato dentro del plazo y valor estipulados en el contrato principal y adicionales -fl. 129, c.2-.*

Según estos elementos probatorios, para la Sala resulta claro que al 31 de diciembre de 1992 el contratista debía entregar los informes finales, con los estudios y diseños completos para las subestaciones del sistema de transmisión de energía

250002326000199309305-01 (24694)

Actor: Sociedad Interventorias y Estudios Técnicos-Intec S.A.

eléctrica incluidas en el "Sexto Programa de Ensanche", por un valor final que no podía exceder el inicialmente pactado, con las cuatro adiciones convenidas, concluyendo así el objeto contratado.

2.3.2.4 El 18 de junio de 1992, la contratista radicó las cuentas de cobro n.º 42 a 47, por los avances mensuales del periodo comprendido entre enero y junio del mismo año, las cuales fueron devueltas por la demandada dentro de los treinta días siguientes -13 de julio-, por considerar que *"...no se ajustan a un programa de recursos y carecen del visto bueno de la interventoría técnica de la empresa"* -fls. 110 y 111, c. prb 2-.

El 3 de septiembre posterior, la actora presentó nuevamente las cuentas de cobro n.º 42 a 47, además de las 48 y 49, correspondientes a los meses de julio y agosto del año en cita, las cuales fueron glosadas oportunamente por la contratante, esto es el 1º de octubre de 1992, así:

*"De acuerdo con el informe presentado por la interventoría del diseño (cuadro anexo), el avance de los trabajos ejecutados en desarrollo del contrato no se compadece con lo facturado por INTEC.*

*De acuerdo con lo anterior, devolvemos sin el visto bueno de la Empresa, las facturas de la referencia [enero a agosto de 1992], las cuales no serán aceptadas hasta tanto el avance de los diseños acredite las respectivas facturas.*

*Además le recordamos que las facturas carecen de los soportes solicitados por la Empresa y estipulados en la cláusula décima segunda del contrato -fl. 136, c. prb. 1-.*

El 16 de octubre de 1992, la contratista radicó nuevamente, por tercera vez las cuentas de cobro por el mismo periodo -enero a agosto- las cuales fueron igualmente glosadas por la contratante, esta vez mediante comunicación del 21 de diciembre siguiente, esto es después del plazo convenido, con un cuadro anexo de los aspectos técnicos faltantes del avance facturado, sin perjuicio del pago de los valores no objetados.

Estos elementos probatorios dan cuenta de que las facturas por el periodo comprendido entre enero y agosto de 1992 fueron glosadas en tres oportunidades y

por las mismas razones, aunque la tercera vez lo hizo la Empresa de Energía de Bogotá por fuera del término de treinta días convenido. Empero, de esto último no puede concluirse el incumplimiento que le enrostra la actora a la contratante, si se considera que no existen elementos de juicio que acrediten que el 29 de diciembre de 1992 la demandada haya glosado esas cuentas por razones distintas a los reparos formulados oportunamente en las dos primeras oportunidades y que, habiendo atendido el contratista la observaciones formuladas, la contratante se haya negado a pagar los valores objetados oportunamente.

En esas condiciones, contrario a lo afirmado en la demanda, es dable sostener que en cuanto la Empresa de Energía de Bogotá glosó en los términos convenidos las cuentas de cobro n.º 42 a 49, correspondientes a los primeros 8 meses de 1992 y el contratista no satisfizo las observaciones, no incurrió en el incumplimiento de la obligación de pago que le tilda la actora.

2.5.2.5 El 26 de febrero de 1993, la sociedad demandante presentó las cuentas de cobro n.º 50 a 53, por el periodo comprendido entre septiembre y diciembre de 1992, las cuales fueron devueltas por la empresa demandada, dos días después de vencido el plazo convenido para presentar glosas, esto es el 31 de marzo de siguiente. Para el efecto sostuvo –se destaca–:

*“Hacemos referencia a sus facturas números 50, 51, 52 y 53 correspondientes a los presuntos costos causados durante los meses de septiembre a diciembre de 1992.*

*Al respecto les manifestamos que la Empresa se abstiene de considerar dichas facturas, dado que ésta no ha aceptado ni autorizado un mayor valor al contractualmente pactado y estipulado en el contrato principal y sus adendos –fl. 116, c. prb. 2–.*

Ahora, para la Sala resulta claro que, conforme con las cláusulas decimoprimera y decimosegunda, las partes convinieron en que las facturas se entendían aprobadas después de vencidos los treinta días calendario, siguientes a la radicación sin que hubieran sido glosadas, empero, de ello no se sigue que la sola demora hacía exigible el pago, cualquiera fuere el contenido de los documentos, sin perjuicio del deber de solventar los perjuicios, que la aludida demora hubiere ocasionado. Esto es así

250002326000199309305-01 (24694)

Actor: Sociedad Interventorias y Estudios Técnicos-Intec S.A.

porque los contratos se convienen y ejecutan de buena fe, de suerte que ha de entenderse que las prestaciones se deben cuando efectivamente se causan, en el marco de lo convenido.

De manera que desdice de la lealtad debida, tratar de constituir la obligación de pagar, en orden a enervar las facultades de la presunta obligada, con fundamento en que las cuentas no se glosaron oportunamente, al margen de que las mismas pretendían hacer efectiva una prestación no convenida; en tanto se basan en una modificación en que la contratante no consintió y así se lo hizo conocer a la proponente, oportunamente.

En armonía con lo expuesto, no resultan de recibo los planeamientos de la actora relativos al incumplimiento de la demandada, como quiera que si bien la entidad no pagó algunas de las facturas presentadas, las que además no glosó oportunamente, lo cierto tiene que ver con que no tenía que pagarlas, sin perjuicio de su deber de responder por los perjuicios que su demora hubiere causado, los que, en todo caso aunado a que no se alegaron, tampoco fueron probados.

En suma, valorado en su conjunto, el material probatorio ofrece suficiente convicción a la Sala en cuanto a que i) la administración podía imponer la sanción pecuniaria convenida por el incumplimiento definitivo en el que incurrió la contratista, conforme con lo autorizado por el artículo 72 del Decreto 222 de 1993, ii) la entidad demandada glosó oportunamente las cuentas de cobro n.º 42 a 49, correspondientes al periodo de ejecución enero-agosto de 1992, sin que la actora haya acreditado que atendió las observaciones formuladas de las cuales dependía el pago de las sumas parcialmente objetadas y iii) si bien las facturas n.º 50 a 53, no se glosaron oportunamente, este solo hecho adolece de la falta de entidad requerida para constituir incumplimiento, en cuanto con ellas se pretendía cobrar sumas en exceso al valor contratado.



## 2.6 Conclusión

Habiéndose establecido que i) la cláusula penal pecuniaria, acordada en el contrato n.º 4725 de 1988, responde a lo previsto en el ordenamiento, ii) el actor no desvirtuó los hechos constitutivos del incumplimiento que le fue imputado con los actos enjuiciados y iii) no se acreditó que la entidad contratante hubiera incumplido la obligación de pagar el precio convenido, se impone confirmar la sentencia.

De conformidad con las disposiciones del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la ley 446 de 1998, no se condenará en costas, por cuanto no se evidencia que la actora haya actuado con temeridad o mala fe.

## III. DECISIÓN

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

**PRIMERO. INAPLICAR** para este asunto, el calificativo "total" contenido en el artículo 295 del Acuerdo 06 de 1985, en tanto el vocablo limitaba la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, desconociendo las previsiones del artículo 72 del Decreto 222 de 1983.

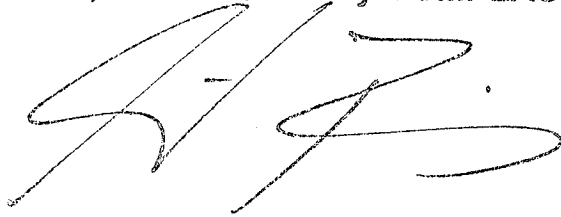
**SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia del 12 de febrero de 2003 proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso promovido por la sociedad Interventorías y Estudios Técnicos-Intec S.A. contra la Empresa de Energía de Bogotá.

250002326000199309305-01 (24694)

Actor: Sociedad Interventoría y Estudios Técnicos-Intec S.A.

En firme esta providencia, REMÍTASE la actuación al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**



**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Presidente de la Subsección



**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Magistrada