

FORMULACIÓN DE LAS EXCEPCIONES PROCESALES – Alcance – Clase

Las denominadas excepciones de fuerza mayor, plazo prorrogado, contrato cumplido, inexistencia de la obligación y del siniestro e inexigibilidad de la obligación carecen de tal connotación, pues no configuran un medio exceptivo, ya que ninguna de ellas se encuentra dirigida a enervar las pretensiones procesales o a extinguirlas y su formulación tiene como propósito más bien reargüir los supuestos fácticos en que se erige la acción, en virtud del legítimo derecho de defensa que le asiste a las demandadas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUB SECCIÓN A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá D. C., seis (6) de mayo de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02921-01(20182)

Actor: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - I.D.U.-

Demandado: ESTUDIOS TÉCNICOS Y ASESORÍA S.A. Y OTRO

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 30 de enero de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. El 4 de octubre de 1996, el Instituto de Desarrollo Urbano, mediante apoderada judicial y en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda contra la sociedad denominada “Estudios Técnicos y Asesorías S.A. E.T.A. S.A.” y la Compañía Latinoamericana de Seguros S.A., con el objeto de obtener la declaratoria de incumplimiento de contrato 074 del 28 de diciembre de 1995.

En la demanda, se formularon las siguientes pretensiones (fol. 9 C. 1) (el texto se transcribe exactamente igual al presentado en la demanda):

“PRIMERA: Que se declare que la firma Estudios Técnicos y Asesorías, ETA S.A., incumplió el contrato 076 (sic) del 28 de diciembre de 1995 celebrado con el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, cuyo objeto fue realizar los Estudios y Diseños de los siguientes proyectos:

“Mejoras Intersección Calle 134 por avenida 19, pontón Río Fucha por Transversal 78 pontones quebrada Chizacá, Yomasa, Santa Librada para comunicar los barrios de Usme; Pontón sobre la quebrada de morales por Transversal 11 Este, dos pontones sobre el canal de San Cristóbal entre la Avenida Autopista del Sur y Avenida Batallón Caldas y línea férrea; dos pontones sobre el Canal Albina entre la Autopista del Sur y la Avenida Primero de Mayo; pontón sobre el Río Tunjuelito en Villa del Río, pontón de la Transversal 80 por el río tunjuelito, poton Diagonal 51 B sur sobre el canal Nuevo Muzú; ponton carreras 54 por calle 3º, de conformidad con los términos de referencia que forman parte del contrato No. 074 de 1995.

“SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene a la firma Estudios Técnicos y Asesorías S.A.: E.T.A. S.A., y/o a la compañía Latinoamericana de seguros S.A., a pagar el equivalente al 10% por ciento del valor del contrato, fijado como cláusula penal pecuniaria en caso de incumplimiento del contrato.

“TERCERA: Que se condene a la firma Estudios Técnicos y Asesorías S.A., ETA S.A. y/o a la Compañía Latinoamericana de Seguros S.A. al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho en la cantidad que determina esa H. Corporación”.

Como fundamento fáctico de las pretensiones, la parte actora adujo, en síntesis, lo siguiente (folios 10 y 11 C.1):

a.- El 28 de diciembre de 1995 se celebró el contrato 074, entre el Instituto de Desarrollo Urbano y la firma Estudios Técnicos y Asesorías S.A., cuyo objeto fue la realización de los estudios y diseños de los proyectos mencionados en las pretensiones de la demanda, por un valor de doscientos setenta y siete millones ciento veintisiete mil ochocientos treinta y seis pesos (\$277'127.836.00). El cumplimiento de las obligaciones del contrato fue garantizado con la póliza única de cumplimiento No. 248342 expedida por la Compañía Latinoamericana de Seguros S.A.

b.- En la cláusula séptima del contrato se pactó una sanción penal pecuniaria, equivalente al 10% del valor de éste, que se haría exigible en caso de incumplimiento o de declaratoria de caducidad.

c.- De conformidad con el acta No. 1, la ejecución del objeto del contrato inició el 8 de febrero de 1996.

d.-El Ingeniero Mauricio Belmonte L, Gerente de Pontones y quien se encontraba encargado de ejercer la supervisión del contrato junto con la ingeniera Luz Stella Vargas, comunicó, mediante oficio 411 GA 001 del 6 de marzo de 1996, que encontró diferencia en los programas remitidos por la contratista y los solicitados por la entidad, e informó en esa misma oportunidad sobre la necesidad de efectuar reuniones semanalmente para coordinar temas relativos a la ejecución del contrato.

e.- Mediante oficio 411 G4 030 de 12 de abril de 1996, se insta a la firma contratista para que cumpla con el objeto contractual, conforme a las reuniones de coordinación efectuadas.

f.- La contratista E.T.A. S.A., mediante comunicación 8177 del 6 de mayo de 1996, solicitó una prórroga de 51 días para entregar los diseños. Dicha solicitud fue aceptada y se concedió una prórroga por 45 días, a través del contrato adicional No. 1; de esa manera, el vencimiento del plazo pactado se extendió hasta el 22 de julio de 1996.

g.- El 28 de mayo de 1996, el I.D.U. suscribió el contrato de interventoría No. 054 con el señor José Gustavo Martínez Murcia, quien, a partir del 3 de junio de ese mismo año, según el acta No. 2 de esa misma fecha, empezó a ejercer la interventoría del contrato 074, en reemplazo del Ingeniero Mauricio Belmonte L, Gerente de Pontones.

h.- Mediante comunicaciones 038 de 22 de julio, 053 de 31 de julio, 087 del 12 de septiembre y 089 de 13 de septiembre, todas de 1996, el interventor contratado indicó que el contrato venció el 22 de julio y que, al 12 de septiembre de 1996, no se había entregado la totalidad de los estudios y diseños contratados, quedando pendiente la ejecución de un 35 % del contrato, razón que esgrimió para solicitar una prórroga de 30 días de su contrato de interventoría.

3. Admitida y notificada la demanda (fol. 22 y 23 C. 1), la sociedad Estudios y Asesorías S.A. y la Compañía Latinoamericana de Seguros S.A. la contestaron oportunamente.

La primera de ellas se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, señalando que (fol. 29 a 39 C.1):

"...ETA S.A. entregó a la Interventoría dentro del plazo contractual, los estudios correspondientes a los sectores 1 y 2 y respecto del sector tres se entregó una parte dentro del plazo contractual y la restante, por causas no imputables a ETA S.A., cinco días hábiles después de vencido el segundo plazo, según consta en el cuaderno 4 de anexos, folios 1, 68 a 71, 72 a 74, y 125 a 127. El interventor, quien devolvió hasta cinco veces los estudios entregados dentro del plazo contractual, no permitía la continuación de los estudios y diseños hasta tanto no se observaran las 'correcciones' que exigía, lo que evidentemente iba extendiendo de manera tácita la ampliación del término de ejecución de los trabajos. Aún de manera expresa y según consta en oficio No. B435/96 de fecha 17-09-96 (cuaderno de anexos No. 1, folio 11 a 14), la interventoría dejó constancia escrita de los plazos definidos para revisiones y entregas de estudios y diseños. Diferente al 'incumplimiento' es que a la fecha de contestación de esta demanda, la firma ETA S.A. haya tenido que satisfacer exigencias inócuas (sic) solicitadas por parte de la interventoría en oficios que se extienden hasta el 14 y 17 de enero de 1997, con plazos nuevos fijados por el interventor que se extienden hasta el 24 de enero de 1997".

En relación con los hechos de la demanda, reconoció como ciertos los relativos a la existencia del contrato y su valor, la fijación de una cláusula penal pecuniaria y la fecha en que se inició su ejecución. De los restantes dijo que no le constaban y que se atenía a lo que resultara probado.

Propuso las excepciones de "*fuerza mayor*", "*plazo prorrogado*" y "*contrato cumplido*".

Por su parte, la Compañía Latinoamericana de Seguros solicitó negar las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones las de "*inexistencia de la obligación por no imposición de la cláusula penal*", "*inexistencia del siniestro*" e "*inexigibilidad de la obligación*", esta última fundamentada en que el contrato 074 de 1995 fue liquidado mediante acta de 16 de julio de 1997 y dicha liquidación arrojó un saldo a favor del contratista de \$76'758.878.00, que debe ser compensado con el valor de la cláusula penal que se pretende (fol. 72 a 78 C.1).

4. El proceso se abrió a pruebas mediante auto del 10 de noviembre de 1997 (fol. 88 C.1). Vencido este período, se corrió traslado a las partes (fol. 101 C.1), para

que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto.

5. Dentro del término para alegar de conclusión, el apoderado de la Compañía Latinoamericana de Seguros reiteró los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda y solicitó, específicamente, declarar probadas las excepciones que en esa oportunidad propuso (fol. 104 C.1).

El apoderado de la entidad demandante, el apoderado de ETA S.A. y el agente del Ministerio Público guardaron silencio.

6. Mediante sentencia de 30 de enero de 2001, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B negó las súplicas de la demanda (fol. 107 a 113 C. principal), decisión en contra de la cual fue interpuesto recurso de apelación por la apoderada del I.D.U. (fol. 115 a 118 C. principal).

7. Mediante auto de 29 de mayo de 2001, fue admitido el recurso por esta Corporación (fol. 124 C. principal) y, posteriormente, mediante auto de 14 de junio de 2001, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (fol. 137 C. principal).

En esta última oportunidad, el apoderado de la Compañía Latinoamericana de Seguros S.A. solicitó la confirmación de la decisión apelada y reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda (fol. 138 C. principal).

Por su parte, la apoderada del I.D.U. instó la revocatoria de la sentencia, conforme a las razones que la motivaron a proponer el recurso de apelación que ahora se decide (fol. 139 a 141 C. principal).

La apoderada de la sociedad demandada solicitó la confirmación de la sentencia, advirtiendo previamente que ningún supuesto de incumplimiento se ha probado (fol. 143 a 146 C.1)

El agente del Ministerio Público rindió concepto el 28 de noviembre de 2001. En esa oportunidad, consideró que las pretensiones de la demanda debían ser negadas y el fallo apelado, confirmado; al respecto, dijo:

“En el presente caso, en que el IDU prefirió recurrir al Tribunal Contencioso Administrativo para obtener la declaratoria de incumplimiento del contratista limitando las pretensiones indemnizatorias al porcentaje establecido en la cláusula penal pecuniaria del contrato, se echa de menos la prueba del incumplimiento **culpable** del contratista respecto de sus obligaciones, por lo cual las pretensiones no estaban llamadas a prosperar.

“Por lo expuesto, esta Delegada considera que el fallo de primera instancia merece **confirmación** y en tal sentido, reitera su solicitud inicial”.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B negó las pretensiones de la demanda. En esa oportunidad, sostuvo:

“Del recuento de las pruebas y de hechos que resultan establecidos se concluye que el IDU demoró la designación de un interventor independiente hasta pocos días antes de finalizar el plazo inicial el (sic) contrato y que estuvo reclamando aún después de vencido el plazo nuevas correcciones a los proyectos, poniendo en evidencia que con su conducta dió (sic) pié a que la firma contratista no pudiera realizar los estudios, proyectos y planos en el término acordado, tal como lo dice el demandado.

“Entratándose (sic) de un contrato de diseño de puentes, sujetos a la aprobación del interventor y donde éste presentó sucesivas observaciones a las distintas alternativas que se le presentaban no puede entenderse que haya un incumplimiento por parte del contratista quien presentó sus diseños originales dentro de los plazos acordados.

“Decir lo contrario, y tener las observaciones del interventor como razones de incumplimiento, es darle a ésta (sic) parte la potestad de determinar subjetivamente el incumplimiento de la otra.

“En el presente caso ETA S.A. entregó al IDU los proyectos, atendió las observaciones del interventor, asistió a las diversas reuniones, hizo las correcciones que le fueron exigidas y por tanto no puede entenderse que incumpliera el contrato en la forma grave y seria que la cláusula penal exige”.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada de la parte demandante, dentro del término legal y en el recurso de apelación, afirmó que el Tribunal de primera instancia erró al proferir el fallo (fol. 115 a 118 C. principal):

"Así las cosas, mal puede el Magistrado de instancia considerar que no existió incumplimiento cuando reconoce que evidentemente si (sic) existieron demoras, observaciones a las alternativas presentadas por la firma contratista demandada, y que si bien es cierto las pruebas que demuestran tales incumplimientos son los informes de interventoría los cuales constituyen plena prueba para determinar que el contratista demoro (sic) la entrega de los diseños, no es menos cierto que hasta la suscripción del acta de liquidación la cual fue aportada al proceso, no habían sido aprobados los diseños incumpliendo así el contrato y los términos de referencia, los cuales hacían parte del mismo.

"De otra parte es importante manifestar que comoquiera que a la fecha de la presentación de la demanda, los hechos sobre las cuales se presento (sic) la misma se consideraban como fechas actuales para la ejecución y cumplimiento del contrato suscrito, por petición de la subdirección de construcciones, se solicito (sic) como pretensión la declaratoria de incumplimiento del contrato suscrito...".

IV. CONSIDERACIONES:

1.- LO QUE SE PRETENDE:

La demandante pretende la declaratoria de incumplimiento del contrato 074 del 28 de diciembre de 1995, celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU - y la sociedad Estudios Técnicos y Asesorías - ETA S.A. -.

Como consecuencia de dicha declaratoria, solicita la condena contra la demandada, en una cuantía equivalente al 10% del valor del contrato aludido, que corresponde a lo pactado como cláusula penal.

2.- LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS:

Previo a resolver el fondo del asunto, se decidirá lo correspondiente a las excepciones propuestas por Estudios Técnicos y Asesorías - ETA S.A. - (fuerza mayor, plazo prorrogado y contrato cumplido) , así como a las planteadas por la Compañía

Latinoamericana de Seguros (inexistencia de la obligación por no imposición de la cláusula penal, inexistencia del siniestro e inexigibilidad de la obligación).

Las denominadas excepciones de fuerza mayor, plazo prorrogado, contrato cumplido, inexistencia de la obligación y del siniestro e inexigibilidad de la obligación carecen de tal connotación, pues no configuran un medio exceptivo, ya que ninguna de ellas se encuentra dirigida a enervar las pretensiones procesales o a extinguirlas y su formulación tiene como propósito más bien reargüir los supuestos fácticos en que se erige la acción, en virtud del legítimo derecho de defensa que le asiste a las demandadas.

Por consiguiente, no prosperan las que los demandados denominaron excepciones.

3.- INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO 074 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 1995:

En primer lugar, se debe advertir que, de los hechos que se narran en la demanda, solamente uno de ellos se refiere al incumplimiento que, parece ser, se erige como fundamento único de la acción promovida. En esa oportunidad se dijo (se transcribe tal cual aparece en la demanda):

"DECIMO QUINTO: En comunicaciones de la interventoría contratada No. 038 del 22 de julio de 1996, 053 del 31 de julio de 1996, 087 del 12 de septiembre de 1996 y 089 del 13 de septiembre del mismo mes y año; con el memorando 411 G4 047 del 8 de agosto del presente año, se puede observar que el último vencimiento era el 22 de julio y aún al 12 de septiembre, no habían entregado la totalidad de los estudios y diseños contratados informando a la interventoría contratada que al vencimiento del contrato quedaba pendiente el 35 % del objeto (053-96) hecho que obligo a la interventoría contratada a solicitar una prórroga de 30 días según escrito 065 del 20 de agosto de 1996".

De la lectura del hecho transcrito, tal y como fue presentado en la demanda, no es posible establecer de manera certera si lo que allí se indica tiene como propósito documentar una prórroga al contrato de interventoría, o si se está denunciando el incumplimiento del contratista; sin embargo, pese a la dificultad para entender lo que quiso la apoderada de la entidad, la Sala, como es su obligación, interpreta que allí se alude al incumplimiento consistente en que la

ejecución del objeto del contrato no se cumplió dentro del plazo pactado, que venció el 22 de julio de 1996.

Conforme a lo anterior, el análisis del incumplimiento del contrato se ceñirá a ese específico episodio, debido a que en la demanda – bastante escueta - no se formulan, por parte alguna, otros cargos sobre el particular.

Dentro de las pruebas que fueron allegadas al expediente y que guardan relación con el hecho señalado como el generador del incumplimiento, se encuentran:

1.- Fotocopia auténtica del contrato 074 de 1995, celebrado entre el I.D.U. y E.T.A. S.A., cuyo objeto fue realizar los estudios y diseños para "...mejoras Intersección Calle 134 por avenida 19, pontón Río Fucha por Transversal 78 pontones quebrada Chizacá, Yomasa, Santa Librada para comunicar los barrios de Usme; Pontón sobre la quebrada de morales por Transversal 11 Este, dos pontones sobre el canal de San Cristóbal entre la Avenida Autopista del Sur y Avenida Batallón Caldas y línea férrea; dos pontones sobre el Canal Albina entre la Autopista del Sur y la Avenida Primero de Mayo; pontón sobre el Río Tunjuelito en Villa del Río, pontón de la Transversal 80 por el río tunjuelito, pontón Diagonal 51 B sur sobre el canal Nuevo Muzú; pontón carreras (sic) 54 por calle 3º, objeto del concurso de méritos IDU – CM – SPV – 13 -95 de conformidad con los términos de referencia que forman parte integrante del presente contrato y bajo las condiciones estipuladas en este documento. **PARÁGRAFO: OBJETIVO DE LOS ESTUDIOS.**- La realización de los estudios y diseños son: a) Estudios de tráfico, capacidad vial y nivel de servicio, b) Estudios para la elaboración de plan de manejo ambiental, c) Estudio de suelos, d) Diseño espacio público y e) Diseños viales".

En la cláusula cuarta del contrato, se estableció como valor del mismo la suma de doscientos setenta y siete millones ciento veintisiete mil ochocientos treinta y seis pesos (\$277'127.836.00); en la cláusula séptima, que el plazo de ejecución sería de cuatro (4) meses contados a partir de la fecha en que se suscribiera el acta de inicio; y, en la cláusula décimo segunda, que la cláusula penal pecuniaria sería el equivalente al 10% del valor del contrato (fol. 5 a 13 C.2).

2.- Acta de inicio, del 8 de febrero de 1996, donde se señaló que el plazo pactado para el contrato fenecería el 8 de junio de 1996 (fol. 14 a 16 C.2).

3.- Oficio B-177-96, dirigido al Instituto de Desarrollo Urbano I.D.U. y suscrito por el señor Alfredo Carrizosa, Gerente de E.T.A. S.A., donde se solicita una ampliación

de 51 días al plazo total del contrato de la referencia, por las siguientes razones (fol. 29 y 30 C. 2):

"1. El cronograma original de actividades contemplaba que la actividad de solicitud y obtención de datos técnicos de las redes de acueducto y alcantarillado, incluidas las de canales y ríos, duraría 5 días contados a partir de la iniciación de los trabajos, hasta el 12 de febrero de 1996. Para lograr tal efectividad ETA solicitó tales datos técnicos a la EAAB mediante el oficio B -587 - 95 del 28 de diciembre de 1995, con 41 días de antelación a la iniciación de los trabajos, lo cual significaba realmente una duración estimada de 46 días, plazo amplio y suficientemente conservativo.

"2. Los primeros datos técnicos fueron entregados por la EAAB para 9 de los 16 pontones mediante oficio 7200-96-210-1653 del 15 de abril de 1996, y los restantes mediante oficio 7200962101737 del 23 de abril de 1996, con un atraso total de 71 días respecto a lo programado, como se demuestra en las copias que adjuntamos.

"3. La obtención de los datos técnicos de los canales y ríos estaba lógicamente en la ruta crítica de la programación, por cuanto los levantamientos topográficos de los sitios y de las vías de acceso contemplaban simultáneamente los de las redes existentes. Para un plazo tan corto de cuatro meses, los levantamientos estaban programados para ser terminados en los primeros 46 días. También contemplaba la programación que los datos técnicos de alcantarillado eran requisito para poder elaborar y presentar las alternativas de diseño geométrico y estructural, toda vez que los gálibos sobre los niveles de aguas máximas debían ser respetados.

"4. Por otra parte, los levantamientos topográficos del sitio del pontón de Nuevo Muzú, sector 2, tuvieron que ser repetidos ante la negativa de la comunidad a aceptar su localización tal como estaba previsto en los términos de referencia. La nueva localización pudo ser definida en principio por el IDU en la reunión de comité semanal del 27 de marzo, y anunciada su aprobación por escrito en la reunión de comité semanal del 17 de abril, 50 días después de la fecha prevista la (sic) iniciación.

"Presentamos a ustedes formalmente la Reprogramación del Cronograma de Actividades, que ya habíamos analizado, donde hemos comprimido algunas actividades con el fin de recuperar hasta 20 días, y solicitar solamente la ampliación del plazo en 51 días. Según lo consignado en la reprogramación hemos planteado la entrega de planos de licitación para los pontones del sector 1 el día 7 de junio de 1996, siguiente a la terminación de las actividades 80

(7.10.1 – Revisión de los cálculos estructurales hasta aprobación de la interventoría) y 56 (6.1.3a – Diseño detallado de alcantarillado de aguas lluvias y negras), antes de la aprobación definitiva de la EAAB; la entrega de planos de licitación para los pontones del Sector 2, con excepción del de Nuevo Muzú, el día 19 de julio, antes de la aprobación definitiva de la EAAB. Y la entrega final el 28 de julio de 1996".

4.- Contrato adicional 1, que prorrogó el plazo pactado inicialmente para el contrato 074 de 1995. Allí consta, expresamente, que el plazo pactado en la cláusula séptima del contrato principal se extendía 45 días más, es decir, hasta el 22 de julio de 1996 (fol. 20 C.2).

5.- Oficio 038-96 de 22 de julio de 1996, dirigido a la Gerencia de Pontones del Instituto de Desarrollo Urbano, suscrito por el ingeniero José Gustavo Martínez Murcia - interventor del proyecto – (fol. 31 a 35 C.2), donde se lee lo siguiente:

"Por medio del presente, me permito hacerle entrega de un informe de desarrollo de entregas del contrato en referencia, con el objeto de dar trámite a la multa correspondiente.

"Se está solicitando, (sic) una multa del dos por ciento (2%) de acuerdo con la cláusula décima del contrato, por el incumplimiento de la firma consultora en la entrega de los trabajos objeto del contrato.

"El valor de la multa de un dos por ciento (2%), se discrimina de la siguiente manera:

"Dentro del tiempo contractual el contratista hizo entrega, el día 12 de junio de 1996, de cuatro pontones de prioridad uno (1). Una vez revisados por la interventoría, se entregaron las correcciones en planos el día 14 de junio de 1996, ya que la información no era suficiente para utilizarla como planos de licitación; el 19 de junio de 1996, en las oficinas de ETA S.A., se nos entregaron los planos y documentos para una revisión completa, la fecha inicialmente pactada para este grupo fue el día 08 de junio de 1996, por lo tanto hay incumplimiento al objeto del contrato, por lo anterior se considera una multa del uno por ciento (1%).

"Dentro del tiempo contractual, también se determino (sic) la entrega parcial de los pontones de prioridad dos para el día 08 de julio de 1996; (sic) día en el cual se efectuó otra reunión en las oficinas de ETA S.A., se entregaron parcialmente

cuatro (4) pontones de este grupo, sin documentos y sin planos estructurales, (sic) el día 11 de julio de 1996, en oficinas de ETA S.A., se entregaron los planos faltantes y documentos del segundo grupo de pontones, quedando pendiente (sic) los pontones localizados sobre e río Tunjuelito en Villa del Río y sobre el río Tunjuelito con Transversal 80, Barrio Nuevo Chile, (sic) por lo tanto hay incumplimiento al objeto del contrato, por lo anterior se considera una multa del uno por ciento (1%).

"Adicionalmente también se acordó conjuntamente, la entrega del tercer grupo de pontones para el día 22 de julio de 1996 a las 4:30 p.m.

"Es de aclarar que mediante oficio No. 019-96 del 03 de julio de 1996, se entregaron los pontones del primer grupo, con correcciones a los planos y documentos, los cuales se recibieron planos corregidos los días 14 de julio de 1996 y anexo a documentos (sic) de este grupo el día 15 de julio de 1996.

"En resumen a la fecha hace (sic) falta por entregar los siguientes proyectos:

"Grupo prioridad uno:

"Corregir tercera versión de observaciones a los planos

"Grupo prioridad dos:

"Pontón río Tunjuelito Villa del Río

"Pontón Transversal 80 por Río Tunjuelito. Barrio Nuevo Chile.

"Grupo prioridad tres:

"Mejoras intersección Calle 134 por Av. 19.

"Pontón Río Fucha por Tr. 78

"Pontón Quebrada Chizaca, Yomasa, Santa Librada para comunicar los barrios de Usme.

"Pontón sobre Quebrada Morales por Tr. 11 Este

"Se aclara que el pontón Dg. 51 B Sur por Canal Nuevo Muzú, (sic) fue entregado con el grupo de pontones de prioridad dos".

Para la Sala, el anterior documento es el único que existe dentro del expediente que, en principio, devela un incumplimiento del contrato por parte de la contratista, además de ser, igualmente, el único en el que podría hallarse la prueba de ese hecho; sin embargo, un análisis minucioso de lo que allí se informa impide que se tenga por cierta la existencia del alegado incumplimiento, pues, igual que en la demanda, la información sobre el desarrollo del contrato, las fechas de entregas, las materias que abordaban los estudios entregados y las

observaciones o correcciones pendientes de realizar o realizadas sobre los trabajos entregados por parte del interventor delegado, resulta precaria, ambigua y lacónica.

En efecto, obsérvese que en el informe transcrito simplemente se relacionan una fecha y la anotación correspondiente sobre el cumplimiento o no del contratista respecto de la entrega de los proyectos con sus ajustes, modificaciones o correcciones, pero ello nada indica sobre un eventual incumplimiento en la entrega de los proyectos iniciales dentro de los plazos pactados; en cambio, en por lo menos dos oportunidades se afirma en aquél que hubo entregas “dentro del tiempo contractual”.

De esta manera, de la lectura minuciosa del aludida informe del 22 de julio de 1996 – fecha en la que venció el plazo pactado para cumplir el objeto del contrato -, no se puede deducir objetivamente la falta de ejecución de las labores encomendadas dentro de los plazos señalados, pues, por ejemplo, se informa sobre la entrega de proyectos o la falta de entrega, pero no se establece de forma cierta si se trataba de la entrega inicial de un proyecto o de una segunda, tercera, cuarta o hasta quinta entrega (que, de hecho, la hubo) con correcciones efectuadas por indicación del interventor y si, en uno u otro caso, la entrega inicial lo fue dentro del plazo o fuera de él. Tampoco se indica, en el caso de ser entrega con correcciones, cuánto tiempo del plazo pactado que tenía el contratista para ejecutar el contrato utilizó el interventor para estudiar el proyecto y solicitar correcciones, adiciones o complementaciones, pues, en ese escenario, el tiempo que el interventor tardó en el análisis de los proyectos presentados no puede computarse en desmedro del contratista, ya que, en tal caso, no estaba dentro de sus posibilidades administrar los tiempos de trabajo para controlar el plazo que se le había concedido.

Aunado a lo anterior, a través del contrato 074 se encargaron varias tareas que conjuntamente se convertían en un proyecto: a) estudios de tráfico, capacidad vial y nivel de servicio, b) estudios para la elaboración de plan de manejo ambiental, c) estudio de suelos, d) diseño de espacio público y e) diseños viales; y, para ello, se requería de la intervención de diferentes autoridades del Distrito, como fue el caso de la entonces Secretaría de Tránsito y Transportes, de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, de la Empresa de Energía de Bogotá, de la comunidad, etc., situación que no mereció ningún comentario ni observación

de la interventoría delegada, que tampoco dejó constancia acerca de qué estudio de qué proyecto se entregaba o se dejaba de entregar, o se devolvía.

En síntesis, el informe del interventor, elaborado el mismo día en que feneció el plazo pactado para el contrato, no contiene datos de, ni prueba hechos constitutivos de incumplimiento, por falta de especificidad, oportunidad, claridad conceptual, individualización de ítems, estudios y proyectos presentados o no presentados, así como de los tiempos que fueron utilizados por terceros y por el mismo interventor y que se contabilizaron en detrimento del contratista, tiempos que necesariamente requería para cumplir la labor encomendada.

Tampoco se tuvo en cuenta para la elaboración del informe que, para avanzar con el contrato, se requería de la colaboración de las autoridades y de las comunidades involucradas en los proyectos y que, al parecer, su participación no se produjo oportunamente, por causas no imputables al contratista.

La forma indiscriminada, lacónica y vaga en que se acusó el incumplimiento del contratista en la demanda impide que sus pretensiones tengan éxito, todo ello como resultado de la falta de ponderación de las contingencias presentadas por la necesaria intervención de diferentes autoridades distritales para el desarrollo del contrato y de las empresas de servicios públicos, además de la tardía designación de un interventor (el contrato de interventoría inició cuando faltaban 5 días para el vencimiento del plazo inicial del contrato que se debía supervisar, es decir, el contrato de interventoría inició el 2 de junio y el primer vencimiento del contrato de consultoría vencía el 8 de junio de 1996).

Así que el hecho de la demanda que sirve de fundamento a la pretensión de incumplimiento del contrato, por causas imputables a la empresa contratista, no se halla probado y, por esa razón, la sentencia apelada será confirmada en su totalidad.

COSTAS:

No habrá lugar a condena en costas, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, de conformidad con las previsiones del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

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

FALLA:

PRIMERO. CONFÍRMASE la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

TERCERO.- Sin costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

ANA LUCÍA URIBE LÓPEZ
Conjuez

GUSTAVO QUINTERO NAVAS
Conjuez

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA