

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Acción – Oportunidad – Caducidad

Comoquiera que se trata de una acción encaminada a que se declare el incumplimiento de un contrato sujeto a liquidación y dado que según la información que obra en el plenario ese acto se realizó de común acuerdo por las partes, la caducidad de la acción deberá contarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal c) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984. (...) dado que la liquidación del contrato se suscribió el 9 de febrero de 1999, el término para interponer la demanda empezó a correr en esa fecha y feneció el día 9 de febrero de 2001 y comoquiera que el libelo se presentó ese mismo día, se concluye que el ejercicio del derecho de acción fue oportuno.

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Liquidación bilateral – Definición

Probada como está la liquidación del contrato cuyo incumplimiento se pretende, resulta imprescindible proceder a realizar el estudio de ese acto contractual, para determinar el alcance y efectos que tiene frente a las pretensiones de la parte demandante. De manera reiterada se ha señalado que la liquidación bilateral corresponde al balance, finiquito o corte de cuentas que realizan y acogen de manera conjunta las partes del respectivo contrato, por tanto, esta modalidad participa de una naturaleza eminentemente negocial o convencional. (...) la liquidación que surge del acuerdo de las partes tiene las características de un negocio jurídico que como tal resulta vinculante para ellas. Este negocio jurídico que se materializa en el acta de liquidación debe contener, si los hubiere, los acuerdos, salvedades, conciliaciones y transacciones a que se llegare para poner fin a las divergencias presentadas y dar por finiquitado el contrato que se ejecutó. La fuerza jurídica del acuerdo liquidatorio, que surge de todo un proceso de discusión, es tan importante dentro de la nueva realidad jurídica que se creó entre las partes del contrato, que la misma se presume definitiva y las obliga en los términos de su contenido. (...) Se ha precisado también que la acción contractual sólo puede versar sobre aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el demandante hubiere manifestado su desacuerdo al momento de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo con fundamento en las siguientes razones: La primera se sustenta en el artículo 1602 del Código Civil (...) La segunda se funda en el “principio de la buena fe”

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Acta de liquidación – Salvedades

Las salvedades dejadas en el acta de liquidación tienen como finalidad salvaguardar el derecho del contratista a reclamar en el futuro ante la autoridad judicial el cumplimiento de obligaciones que considera quedaron pendientes durante la ejecución del contrato, razón por la cual deben ser claras y concretas. A propósito del preciso alcance que corresponde a las salvedades o reservas que respecto de una liquidación bilateral formula alguna de las partes del contrato, la Jurisprudencia de esta Corporación ha advertido “(...) que las salvedades u objeciones que el contratista deja en el acta de liquidación del contrato deben ser claras y concretas; de otra manera, su inclusión resulta ineficaz”. (...) De acuerdo con lo anterior, se tiene que cuando las partes de un contrato estatal liquidan de mutuo acuerdo el negocio jurídico, la posibilidad de que sus pretensiones prosperen en vía judicial está condicionada a que la parte interesada hubiere dejado constancia en el documento respectivo acerca de las observaciones o salvedades que existan y hayan surgido al momento de la suscripción del acuerdo y que hubiere tenido la oportunidad de conocer hasta ese instante, identificando de manera clara los asuntos y razones de su discrepancia en relación con el contenido de la liquidación. (...) el hecho de no dejar constancia en relación con las reclamaciones, las salvedades u observaciones que, teniendo relación con el negocio jurídico, no hubieren surgido o existido al momento de suscribir la liquidación, así como tampoco respecto de aquellas que no se hubieren podido conocer al momento de la celebración del acuerdo, supuesto de excepción cuya acreditación corre a cargo de la parte interesada.

CONTRATO DE INTERVENTORÍA – Marco normativo

De acuerdo con lo previsto en el numeral 1º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales tienen a su cargo la dirección general y la responsabilidad de ejercer las funciones de control y vigilancia en la ejecución de los contratos que celebren, control y vigilancia que pueden ser desarrolladas a través de alguno de sus funcionarios o, de acuerdo con lo previsto en el numeral 2º del artículo 32 ibídem, a través de una persona externa a la entidad. (...) Si bien en la Ley 80 de 1993 no se definió lo que debía entenderse por contrato de Interventoría, dado que la finalidad del negocio jurídico no ha variado, para entender su naturaleza y alcance es posible remitirse a lo previsto en el Decreto 222 de 1983, norma que en su artículo 120 disponía que para “verificar la ejecución y cumplimiento de los trabajos contratados”, la entidad pública podía contratar la interventoría con personas naturales o jurídicas especializadas que poseyeran experiencia en la materia y que estuvieran registradas, calificadas y clasificadas como tales. (...) En ese mismo sentido el contrato de interventoría fue definido en el inciso 3º del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, en los siguientes términos: “La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría”.

INTERVENTOR – Alcance obligaciones

Esta Corporación ha precisado que las labores del interventor no pueden llegar al extremo de representar a la entidad como parte contratante, toda vez que esa competencia le está expresamente asignada a su jefe máximo o a quien éste hubiere delegado para tales efectos en legal forma, por lo tanto, no le está dado al interventor introducir modificación alguna al negocio jurídico sobre el cual ejerce su función, puesto que esa materia es del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista. (...) Ha de concluirse también que el interventor no puede sustituir al contratista del negocio jurídico sobre el cual ejerce el control y vigilancia en el cumplimiento de sus deberes, puesto que sus obligaciones se limitan a verificar la ejecución y cumplimiento de los trabajos contratados. En cuanto a la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores, en el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, (...), se dispuso que deben responder civil y penalmente “tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, por hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades (...).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D.C., nueve (9) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00311-01(36189)

Actor: DISTRITO CAPITAL

Demandado: MANUEL ALBERTO ESPINOSA NIÑO

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Tema: Incumplimiento contrato de interventoría. Liquidación bilateral: las salvedades que deben dejarse en el acuerdo de liquidación bilateral son aquellas que hayan existido y surgido al momento de su suscripción, así como aquellas que se hubieren podido conocer hasta ese mismo instante.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida 17 de julio de 2008 por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se despacharon negativamente sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 9 de febrero de 2001, el Distrito Capital de Bogotá, actuando en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas en contra del señor Manuel Alberto Espinosa Niño:

“PRIMERA: Que se declare el incumplimiento por parte del Señor MANUEL ALBERTO ESPINOSA NIÑO, identificado con cédula de ciudadanía número (...), de las obligaciones contraídas con el Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Hacienda, mediante la Orden de Consultoría No. 196 del 20 de marzo de 1998, de acuerdo con los hechos y fundamentos de derecho que se exponen.

SEGUNDA: Que se condene al Señor MANUEL ALBERTO ESPINOSA NIÑO, identificado con cédula de ciudadanía número (...), a pagar al Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Hacienda, la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$250.000.000.00), por concepto de los perjuicios materiales sufridos por mi representada como consecuencia del incumplimiento contractual por su parte como responsable de la Orden de Consultoría No. 169 del 20 de marzo de 1998.

TERCERA: La condena respectiva será actualizada en su valor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha de incumplimiento hasta la de ejecutoria de la sentencia definitiva.

CUARTA: La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso, en los términos de los artículos 176 y 177 del Código

Contencioso Administrativo”.

1.1. Los hechos.

Como sustento de sus pretensiones la parte actora expuso, en síntesis, los siguientes hechos:

El Distrito Capital de Bogotá, como entidad responsable de la administración del edificio conocido como Centro Administrativo Distrital - C.A.D. - y ante la necesidad de independizar la medición del consumo de energía eléctrica del inmueble, procedió, previo cumplimiento de los trámites establecidos por la Ley 80 de 1993, a suscribir con la firma INVERTELCO LTDA. la orden de consultoría No. 140 del 3 de marzo de 1998, con el propósito de que la empresa asesorara a la Secretaría de Hacienda del Distrito en la elaboración de los pliegos de condiciones y especificaciones técnicas requeridas para el efecto, de conformidad con el estudio entregado a esa dependencia por esa misma sociedad en desarrollo del contrato de consultoría No. 40 de 1997.

De acuerdo con la demanda, en la cláusula décimo tercera de la orden de consultoría No. 140 se estableció que para el control de su ejecución el Distrito contrataría un interventor, el cual, entre otras, tendría a su cargo las siguientes funciones: *“1) Velar por el cumplimiento técnico, administrativo y financiero del objeto de la presente orden, 2) Proyectar y elaborar el acta de liquidación de la presente orden de servicio, 3) Certificar para efectos del pago la correcta prestación del servicio durante el período respectivo, 4) Dar el visto bueno (Vo. Bo.) a los informes que sobre la ejecución de la misma presente quien presta el servicio”.*

Relató la parte actora que el 20 de marzo de 1998 celebró con el ingeniero Manuel Alberto Espinosa Niño el contrato de consultoría contenido en la orden de trabajo No. 196, cuyo objeto consistió en la prestación de sus servicios para velar por el cabal cumplimiento técnico, administrativo y financiero de la orden de consultoría No. 140 del 3 de marzo de 1998 suscrita con INVERTELCO LTDA., de conformidad con lo señalado en la propuesta presentada el 5 de marzo de 1998 y la Resolución No. 1000 del 8 de agosto de 1997, expedida por la Secretaría de Hacienda del Distrito. Así mismo, se indicó que las funciones del contratista quedaron expresamente estipuladas en la cláusula segunda de la orden 196 y que el valor del contrato se pactó en la suma de \$9'280.000.

Dijo la parte actora que con base en los estudios, "*el pliego de condiciones y los términos de referencia*" preparados por la firma INVERTELCO LTDA., bajo la supervisión del señor Manuel Alberto Espinosa Niño, el 30 de diciembre de 1998, el Distrito Capital celebró con la Unión Temporal integrada por las sociedades Disnaequipos S.A., Disico Ltda., y Plec Ltda., el "*contrato de obra con suministro de materiales No. 22*", cuyo objeto consistió en desarrollar y ejecutar el proyecto de repotenciación e independización del servicio de energía eléctrica del C.A.D., por un valor de \$910'046.341. Igualmente, se indicó que para la interventoría de este contrato se suscribió la orden de consultoría No. 119 del 19 de marzo de 1999.

Aseveró, también, que a pesar de que en los numerales 3 y 10 de la cláusula segunda de la orden de consultoría No. 140 de 1998 celebrada con INVERTELCO Ltda. se estableció que era obligación de la sociedad "*hacer los trámites y diligencias requeridos por CODENSA para el desarrollo del objeto de la orden...*" y "*elaborar y hacer aprobar los planos definitivos del proyecto, requeridos por CODENSA y por la Secretaría de Hacienda Distrital*"; en los términos de referencia que elaboró para contratar la ejecución de proyecto incluyó tales obligaciones a cargo del contratista que lo iba a desarrollar, lo que, según dijo, originó retrasos en la ejecución del contrato No. 22 de 1998 celebrado con la unión temporal, lo cual habría implicado la necesidad de celebrar unos contratos adicionales y, a su vez, habría generado una mayor permanencia en la obra por parte del interventor del contrato No. 22.

Adujo, además, que en las consideraciones del contrato adicional No. 2 del 8 de octubre de 1999 al contrato de obra No. 22, así como en los oficios suscritos por su interventor, se consignaron fallas encontradas en el diseño presentado por la firma INVERTELCO LTDA. que obligaron a adicionar el valor del contrato No. 22 en \$235'878.629 y a prorrogar su plazo hasta el 13 de diciembre de 1999, así como también a prorrogar el contrato del interventor de la obra y a reconocerle un mayor valor por concepto de honorarios -\$13'741.641,50-.

Agregó la parte actora que en desarrollo del contrato No. 22 también se estableció que la firma INVERTELCO LTDA. no contempló el remplazo del cable tríplex XLP 2/0 para 15 Kva que se encontraba deteriorado y que, además, pertenecía a CODENSA, lo cual, según aseveró, era requisito indispensable para el normal funcionamiento de las subestaciones, toda vez que, en las condiciones en que se

encontraba, representaba un altísimo riesgo para el edificio.

Señaló la parte demandante que no obstante todo lo anterior, el ingeniero Manuel Alberto Espinosa Niño expidió las certificaciones de cumplimiento a satisfacción y diligenció la respectiva acta de liquidación del contrato de consultoría No. 140, afirmando que INTERVELCO LTDA. había cumplido el objeto del contrato, apartándose de la realidad de lo ocurrido en el desarrollo del proyecto.

En consecuencia, concluyó que la responsabilidad por las fallas “*protuberantes*” evidenciadas en los diseños entregados por INTERVELCO LTDA. debe recaer sobre el Ingeniero Manuel Alberto Espinosa Niño, y que habría de ser así por haber incumplido sus obligaciones en relación con la supervisión del contrato No. 140, pues a él le correspondía el control técnico de los trabajos adelantados en desarrollo de ese negocio jurídico. Igualmente, señaló que dicho incumplimiento le generó al Distrito perjuicios que superan la suma de \$250'000.000, valor obtenido de las mayores cantidades de dinero que tuvo que destinar para cumplir los pagos adicionales a los contratistas encargados de ejecutar las obras y de realizar la interventoría del proyecto de repotenciación e independización de la energía eléctrica del edificio C.A.D.¹

2. Actuación procesal.

La demanda presentada el 9 de febrero de 2001², previa corrección³, fue admitida mediante proveído del 26 de abril de 2001⁴, notificada al Ministerio Público el día 30 de abril de 2001⁵ y al señor Manuel Alberto Espinoza Niño el 10 de agosto de 2001⁶.

3. La contestación de la demanda.

El señor Manuel Alberto Espinosa Niño contestó la demanda para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones. Al pronunciarse en relación con los hechos, expresó, en suma, las siguientes razones de defensa:

¹ Folios 2 a 10 del expediente.

² Folio 10 del expediente.

³ Folios 13 a 18 del expediente.

⁴ Folios 20 y 21 del expediente.

⁵ Reverso folio 21 del expediente.

⁶ Folio 24 del expediente.

Señaló que el contrato No. 140 respecto del cual prestó sus servicios de interventoría se celebró para “asesora” a la Secretaría de Hacienda en la elaboración de los pliegos, condiciones y especificaciones técnicas correspondientes a los procesos de contratación para el mejoramiento del sistema de energía del edificio C.A.D. y para prestar “asistencia” en la publicación de los avisos respectivos, preparación de las respuestas a los oferentes, evaluación y calificación de las propuestas y recomendaciones para la adjudicación.

En relación con las obligaciones contenidas en los numerales 3 y 10 de la cláusula segunda del contrato No. 140, dijo que INVERTELCO LTDA. ejecutó las diligencias y los trámites requeridos por CODENSA, específicamente, la presentación del proyecto ante la Asociación Colombiana de Ingenieros Electricistas, Electrónicos y Mecánicos - ACEIM - y que, en tal virtud, se obtuvo la orden preliminar de servicios No. 9231306 y se entregaron las memorias de cálculo.

Sobre ese particular, expresó que los trámites que debían adelantarse habían sido reglamentados por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, la cual, en uso de sus facultades estatutarias y de acuerdo con lo previsto en la Ley 142 de 1994, expidió la “*DECISION DE GERENCIA NUMERO 0133 DEL 11 DE ABRIL DE 1997*”, por medio de la cual se adoptó el reglamento de servicios de la empresa, documento que en su artículo primero dispuso que estaban obligados a acatarlo toda persona natural o jurídica que solicite o utilice el servicio de energía eléctrica, todo trabajador de la empresa, todo personal autorizado para el diseño e inspección de instalaciones eléctricas.

Asimismo, se indicó en la contestación de la demanda que en el artículo 2º del reglamento se señaló que a través suyo se adoptaban las normas y los requisitos de carácter administrativo, técnico y de procedimiento que debía cumplir el personal autorizado y todo suscriptor y/o usuario del servicio de la empresa y que en el artículo 46 se dispuso que era el constructor el que, con base en las condiciones del servicio determinadas por la empresa y en la respuesta preliminar, debía contratar el diseño eléctrico respectivo, el cual debía ser elaborado por un ingeniero electricista, y que, una vez concluido el diseño, el constructor debía solicitar la asignación de un ingeniero inspector ante la entidad competente. Agregó que de acuerdo con el artículo 85, el ingeniero inspector contratado por el suscriptor o constructor era el responsable de que el diseño eléctrico cumpliera con las normas técnicas vigentes.

Con fundamento en lo anterior, adujo la parte demandada que antes de la construcción o ejecución e implementación del proyecto procedía la aprobación preliminar del servicio eléctrico a solicitar, pero que el resto de los trámites eran de cargo del constructor y que esa fue la razón que llevó a incluir en el pliego de condiciones, como obligación a cargo del contratista, el diligenciamiento y pago de tales trámites, por lo cual, según dijo, no podía aceptarse como cierto que la necesidad de adelantarlos justificara retrasos en la ejecución del contrato No. 22.

Adicionalmente, la parte accionada aseveró que a pesar de que en el contrato objeto de la interventoría se incluyó, a cargo de INVERTELCO LTDA., la aprobación de los planos definitivos, tal obligación, en razón de lo reglamentado por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, era de imposible cumplimiento, pues, según dijo, de acuerdo con el reglamento, ese acto únicamente lo habría podido llevar a cabo el constructor de la obra eléctrica en la etapa de ejecución. Indicó que, en todo caso, entre las obligaciones del interventor se dispuso la de *“prestar de manera puntual y eficiente los servicios que constituyen el objeto de la presente orden, actuando de conformidad con las prácticas legales pertinentes”*.

En ese mismo orden de ideas, argumentó que el constructor podía y debía trabajar sobre los diseños de la aprobación preliminar, pero que su responsabilidad, según lo regulado por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, le imponía el deber no solo de contratar el diseño definitivo, sino también de tramitar su revisión y aprobación definitiva.

En ese sentido, arguyó que en el contrato celebrado entre el Distrito e INVERTELCO LTDA. se estipuló una obligación que era contraria a las normas de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, las cuales habían sido expedidas con un año de antelación a la celebración del mencionado negocio jurídico, lo cual, según dijo, constituyó una culpa en cabeza de la entidad contratante que no podía ser alegada en su propio beneficio.

Indicó, además, que ante las anotadas circunstancias y durante la ejecución del contrato 140, INVERTELCO LTDA. aclaró a la Secretaría de Hacienda Distrital el trámite que debía seguirse, especificando que el proyecto de repotenciación debía ser inscrito ante ACEIM y que el contratista ejecutor debía pagar los respectivos derechos y los honorarios del inspector que fuera nombrado.

En cuanto a las presuntas fallas en los diseños elaborados para la aprobación preliminar que, según la demandante, habrían dado lugar a las prórrogas del contrato No. 22, dijo la demandada que no era posible realizar tal afirmación, puesto que no podía hablarse de fallas en un trabajo que estaba sujeto a un diseño para aprobación definitiva y, además, señaló que las modificaciones que se hubieran podido introducir al proyecto pudieron ser innecesarias y motivadas por el contratista y el interventor para hacer más cuantiosa la ejecución de los trabajos. Al respecto, destacó que la segunda adición del contrato No. 22 se pretendió justificar en razón de nuevas fallas en el diseño presentado por INVERTELCO Ltda., pero que la adición se suscribió el 8 de octubre de 1999, mientras que el diseño definitivo fue aprobado por CODENSA el 1 de septiembre de 1999.

En relación con el cable tríplex XLP2/0 AWG 15 KV, anotó que estaba energizado y en servicio cuando se hicieron los diseños preliminares en 1998 y no había ninguna exigencia de cambio por parte de CODENSA. Agregó que si el cable era de propiedad de CODENSA no tenía que ser cambiado a costa del Distrito.

En relación con la supuesta inconsistencia del diseño original por falta de proyección a largo plazo, dijo la parte demandada que la proyección de la demanda de potencia eléctrica necesaria para determinar la capacidad óptima de los transformadores se estimó de acuerdo con los requerimientos expresados por cada una de las dependencias que funcionaban en el C.A.D. Señaló que de acuerdo con lo expresado en el estudio de consultoría No. 40 de 1997, las cargas representativas no eran susceptibles de aumentar, dado que el edificio no se iba a ampliar, ni aumentar el número de pisos o de ascensores, por lo que el crecimiento esperado únicamente obedecía al aumento de equipos de cómputo y de UPS, además, en ese mismo documento se mencionó la intención de adelantar un proyecto de ahorro de energía y de la necesidad de buscar otra sede para la Secretaría de Educación por falta de espacio, por lo cual, según aseveró, no tenía fundamento técnico alguno aplicar una tasa de crecimiento anual a toda la carga demandada para el proyecto.

Igualmente, señaló que para determinar la cargabilidad de los transformadores se debía tomar como base la carga promedio y no la carga máxima, puesto que el equipo estaba diseñado para soportar sobrecargas permanentes de un 10% y momentáneas hasta de 30%, además de que las medidas que se tomaron en el curso de ejecución del contrato 140 siempre estuvieron por debajo de la carga

máxima, mientras que el sobre-diseñar excesivamente los transformadores hubiera llevado a que el Distrito asumiera las pérdidas en vacío, toda vez que la medida del consumo se toma en el lado de la medida de tensión, lo cual representa un mayor valor que debe pagar el propietario en cada factura de cobro mensual.

Manifestó la parte accionada que los diseños cuestionados fueron los mismos que utilizó la Unión Temporal como base para obtener la aprobación por parte de CONDENA. Asimismo, señaló que la Subdirección Administrativa de la parte demandante certificó que el señor Manuel Alberto Espinosa Niño cumplió a satisfacción con lo estipulado en el contrato y que se encontraba en trámite el acta de liquidación correspondiente.

Finalmente, se propusieron las excepciones de *“FALTA INTEGRACION DEL LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO”*, con fundamento en que los diseños respecto de los cuales se alega deficiencia fueron elaborados por INVERTELCO LTDA., por lo que debía ser llamada a responder por los perjuicios; *“IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR CON UNA OBLIGACION CONTRACTUAL, POR OPOSICION A DISPOSICION DE CARÁCTER LEGAL OBLIGATORIO”*, con sustento en lo relatado anteriormente sobre este aspecto; *“LIMITACION DE RESPONSABILIDAD A LA CUANTIA DE LA GARANTIA DE CUMPLIMIENTO”*, advirtiendo que sin aceptar responsabilidad alguna, la responsabilidad de interventor sería máximo por la cuantía de la garantía de cumplimiento, esto es, la suma de \$928.000, o, en su defecto, por el valor de los honorarios percibidos⁷.

3.1. Llamamiento en garantía.

En escrito separado y estando dentro del término de fijación en lista, la parte actora solicitó que se vinculara al proceso, en calidad de llamada en garantía, a la sociedad INVERTELCO LTDA., con fundamento en que el cumplimiento de las obligaciones que estuvieron a su cargo respecto del contrato No. 140 eran de su exclusiva responsabilidad y la presencia de un interventor para el control de su cabal ejecución no la relevaba del cumplimiento de ninguna de ellas.

Adujo, además, que en caso de demostrarse algún incumplimiento en la ejecución del contrato de consultoría No. 140 el primer llamado a responder era

⁷ Folios 33 a 48 del expediente.

el contratista, sin perjuicio de la responsabilidad que, de llegarse a demostrar, pudiera caberle al interventor, por lo cual señaló que la no comparecencia de INVERTELCO LTDA. generaría una nulidad del proceso por falta de integración del litisconsorcio necesario pasivo⁸.

La solicitud fue aceptada a través de proveído del 7 de febrero de 2002⁹, por medio del cual se ordenó notificar personalmente la admisión de la demanda a la sociedad INVERTELCO LTDA., acto que se llevó a cabo el 9 de mayo de 2002¹⁰.

La sociedad INVERTELCO LTDA. intervino en el proceso para manifestar su oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Señaló que las obligaciones emanadas del contrato No. 140 eran de asesoría, más no de construcción, mientras que los perjuicios a los que se aludió en la demanda se produjeron como resultado del desarrollo y ejecución de la obra.

Adicionalmente, indicó que de acuerdo con la cláusula segunda del contrato No. 140, los diseños que fueron contratados con INVERTELCO LTDA. debían cumplir con las exigencias de CODENSA y con los parámetros establecidos en el Código Eléctrico Nacional y que así se hizo, pues de lo contrario no habría sido posible su aprobación y puesta en ejecución. Agregó que, según lo acordado por las partes en la cláusula décima tercera del contrato, las obligaciones eran de medio y no de resultado.

Dijo, también, que cumplió a cabalidad con sus obligaciones, pero que el trabajo realizado por ella fue modificado, puesto que la construcción se llevó a cabo en un momento posterior.

Expresó que, en todo caso, la responsabilidad era del interventor, porque a él se le encomendó la labor de velar por el cabal cumplimiento técnico, administrativo y financiero del contrato No. 140.

Po último, propuso las excepciones de “*CADUCIDAD*”, con fundamento en que al vencimiento de los 90 días que se otorgaron a INVERTELCO LTDA. para

⁸ Folios 25 a 28 del expediente.

⁹ Folios 50 a 52 del expediente.

¹⁰ Folio 55 del expediente.

comparecer al proceso ya había operado la caducidad de la acción, por lo cual no podría derivarse ningún efecto jurídico de su vinculación al proceso, pues, según dijo, el contrato No. 140 se liquidó “a finales de 1998 o enero de 1999”; “LIMITACION DE LA RESPONSABILIDAD SUJETA AL OTORGAMIENTO DE LA GARANTÍA UNICA”, con fundamento en que el contrato se amparó con una póliza de cumplimiento equivalente al 10% de su valor total; “FALTA DE INTEGRACION DEL LITISCONSORCIO NECESARIO POR PASIVA”, por considerar que al proceso también debieron vincularse a los miembros de la unión temporal que ejecutó la obra, pues, a su juicio, ellos serían los llamados a responder por los cambios a los trabajos inicialmente desarrollados por INVERTELCO LTDA., sociedad a la que nunca se le consultó por las modificaciones realizadas al diseño que entregó en desarrollo del contrato de consultoría No. 140¹¹.

Mediante proveído del 7 de junio de 2007, el Tribunal negó la vinculación al proceso de los miembros de la unión temporal que ejecutó la obra¹².

4. La sentencia impugnada.

La Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 17 de julio de 2008, negando las pretensiones de la demanda. Para expresar las razones de su decisión, el *a quo*, después de resolver negativamente acerca de la excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario por pasivo propuesta por el señor Manuel Alberto Espinosa Niño, de relacionar las pruebas que obran en el proceso y de analizar su contenido, concluyó, con base en tal estudio, que el demandado no incumplió sus obligaciones, básicamente, por las siguientes razones:

En relación con los trámites que debían adelantarse ante CODENSA, encontró el Tribunal que, de acuerdo con lo pactado en el contrato No. 140, dicha obligación recaía sobre INVERTELCO LTDA., e implicaba la aprobación definitiva de los diseños; sin embargo, a pesar de los requerimientos que realizó el Ingeniero interventor para el cumplimiento de ese deber contractual, el Distrito Capital, a través de la Secretaría de Hacienda, aceptó que dichos trámites fueran trasladados al constructor del proyecto, tal y como finalmente quedó establecido en los pliegos

¹¹ Folios 243 a 247 del expediente.

¹² Folios 434 a 436 del expediente.

de condiciones que rigieron la licitación pública que se adelantó para contratar la ejecución de la obra, con lo cual, según dijo, implícitamente se relevó la función del interventor en relación con ese aspecto, pues, en razón de la mencionada circunstancia, no tenía sentido que el ingeniero continuara exigiendo el cumplimiento de esa labor.

En lo que concierne a las presuntas inconsistencias en el diseño elaborado por INVERTELCO LTDA., el Tribunal, apoyado en el dictamen pericial rendido en el proceso sobre esa materia, concluyó que los trabajos realizadas durante la ejecución del contrato No. 22 obedecieron a obras adicionales resultantes de modificaciones innecesarias respecto de las contempladas en el diseño original y no a errores en el diseño que hubiera podido advertir el interventor, por lo cual, tampoco respecto de este punto era predicable un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el señor Espinosa Nieto en virtud del contrato No. 196.

Dado que el Tribunal no encontró acreditado el incumplimiento del Interventor del contrato No. 140, no se pronunció en relación con los argumentos de defensa de la sociedad llamada en garantía por él¹³.

5. El recurso de apelación.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora interpuso recurso de apelación en su contra para solicitar que se revocara la sentencia y que, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su oposición expresó que el interventor demandado no cumplió a cabalidad con las obligaciones contenidas en la cláusula segunda del contrato No. 196 de 1998, pues a pesar de que INVERTELCO LTDA. incumplió la obligación de adelantar los trámites y las diligencias requeridas por CODENSA para el desarrollo del proyecto, así como la de hacer aprobar los diseños definitivos y, en lugar de ello, las trasladó al contratista que debía ejecutar la obra, el Ingeniero Espinosa Niño certificó que la empresa consultora realizó satisfactoriamente el

¹³ Folios 440 a 470 del expediente.

pliego de especificaciones de acuerdo con los requisitos exigidos por la Secretaría de Hacienda Distrital para adelantar la licitación SH-007-98.

En ese sentido, señaló que en las consideraciones del contrato adicional No. 1, así como en los oficios suscritos por el interventor del contrato de obra, constan las primeras fallas que se encontraron en el diseño presentado por INVERTELCO LTDA. que obligaron a prorrogar el plazo de ejecución del proyecto. Igualmente, manifestó que en la parte considerativa del contrato adicional No. 2, así como en los oficios presentados por el interventor del contrato de obra, se relacionaron las “nuevas” fallas encontradas al diseño original que implicaron adicionar el contrato en \$235'878.629 y, consecuentemente, obligaron a prorrogar y a adicionar el contrato de interventoría del contrato de obra en la suma de \$13'741.641,50.

Agregó la parte demandante que se probó en el proceso que, a pesar de ser indispensable para el buen funcionamiento de la subestaciones, en desarrollo del contrato No. 22 se logró establecer que la firma INVERTELCO LTDA. no contempló el remplazo del cable triplex XLP 2/0 para 15Kva que se encontraba deteriorado y que pertenecía a CODENSA.

Dijo, también, que las fallas en las que incurrió INVERTELCO LTDA. en relación con la falta de proyección del proyecto de repotenciación a largo plazo del sistema de energía eléctrica del edificio se encuentran plenamente acreditadas con el informe rendido el 23 de diciembre de 1999 por el interventor del contrato de obra No. 22, en el que, además, se indicó que ese hecho había implicado que la ejecución del proyecto no se realizara en el tiempo ni en las condiciones previstas inicialmente, pues fue necesario adoptar correctivos, adicionar el contrato y reformar el proyecto presentado por la consultara para poder concluir la obra.

Igualmente, aseveró que en las observaciones que presentó el interventor del contrato de obra el 3 de junio de 2000 al diseño realizado por INVERTELCO LTDA. se dejó constancia en cuanto a que los planos y las memorias de cálculo entregados reflejaban una ingeniería conceptual y no de detalle como se requería y que dicho documento demostraba también que el hecho de no haber radicado el proyecto para su aprobación definitiva causó demoras para dar inicio a las obras civiles en las subestaciones.

Adujo que el proyecto, en la versión elaborada por INVERTELCO LTDA. fue objetado por CODENSA por carecer del sistema de transferencia de media tensión de un totalizador general, además, que la empresa solicitó un estudio de coordinación de protecciones y que exigió dotar de protecciones los circuitos de transferencia de las plantas de emergencia. Señaló que el dimensionamiento de las celdas que albergaban los condensadores era inadecuada, pues se habían considerado protegidas con fusibles tipo cañuela y no equipados con seccionadores tripolares de operación bajo carga, con fusibles limitadores de corriente de rango total, todo lo cual, según dijo, trajo como consecuencia la necesidad de redimensionar y relocalizar los equipos de las subestaciones, cambiando, en casi todos los casos, el diseño local de la subestación.

Concluyó la parte demandante que en el fallo de primera instancia no se realizó una valoración del conjunto probatorio que se recopiló a lo largo del proceso y que dejó de lado las pruebas que conducen a establecer las omisiones en las que incurrió la empresa consultora y que fueron pasadas por alto por el ingeniero Manuel Alberto Espinosa Niño, el que, en lugar de advertirlas, certificó el cumplimiento de INVERTELCO LTDA. en el desarrollo del contrato No. 140.

Finalmente, expresó la parte actora que si bien la tarea encomendada al interventor no reemplaza las obligaciones de la entidad contratante, ésta si puede exigirle el cumplimiento de sus compromisos, por lo cual no era suficiente, de acuerdo con lo pactado en el contrato No. 196, que se limitara a alertar al Distrito acerca de los incumplimientos parciales de INVERTELCO LTDA., pues sus obligaciones iban mucho más allá de esa sola actuación¹⁴.

6. Actuación en segunda instancia.

Mediante proveído del 17 de febrero de 2009¹⁵ se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 17 de julio de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. A través de auto del 30 de marzo de 2009 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de

¹⁴ Folios 513 a 530 del expediente.

¹⁵ Folio 532 del expediente.

fondo¹⁶, término procesal del que hicieron uso las partes para insistir en los argumentos expuestos por cada una de ellas a lo largo del presente proceso¹⁷.

El Ministerio Público rindió concepto dentro del presente proceso para solicitar que se confirmara la sentencia de primera instancia. Para tales efectos, expuso que pese a las aclaraciones del Interventor demandado, el Distrito, a través de la Secretaría de Hacienda, decidió incluir en los pliegos de condiciones y en el contrato No. 22 de 1998, a cargo del contratista de la obra, la obligación de *“repotenciación del sistema de energía eléctrica e independización del sistema interno de facturación, mediante el montaje, instalación y remodelación de subestaciones eléctricas y la puesta en operación de un centro de administración de facturación del Centro Administrativo Distrital”*, lo que implicaba necesariamente la aprobación del proyecto por parte de CODENSA, de conformidad con el Reglamento de Servicios de Energía Eléctrica -Decisión de Gerencia 0133 de 1997 -, pues, según dijo, ello suponía la puesta en marcha de las obras y, por tanto, la unión temporal era la llamada a efectuar la construcción del proyecto, cosa que no era del resorte de INVERTELCO LTDA., pues su labor se limitaba a prestar el servicio de consultoría.

Adicionalmente, indicó el Ministerio Público que la Subdirección Administrativa de la Secretaría de Hacienda del Distrito certificó que el Ingeniero Manuel Alberto Espinosa Niño cumplió a satisfacción con lo estipulado en el contrato No. 196. Igualmente, dijo que, de acuerdo con la prueba pericial obrante en el plenario, los diseños elaborados por INVERTELCO LTDA. fueron acertados y las modificaciones posteriores eran innecesarias¹⁸.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Sala es competente para conocer el asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 17 de

¹⁶ Folio 534 del expediente.

¹⁷ Folios 536 a 570 del expediente.

¹⁸ Folios 577 a 587 del expediente.

julio de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en doscientos cincuenta millones de pesos (\$250'000.000), mientras que el monto exigido al momento de la interposición del recurso de apelación - 1 de agosto de 2008¹⁹ -, era de quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, monto que, según el salario mínimo mensual vigente para la fecha de presentación de la demanda - 9 de febrero de 2001 -²⁰, ascendía a ciento cuarenta y tres millones de pesos (\$143'000.000).

Sumado a lo anterior, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, más precisamente de las normas que regulan competencias, se observa que su artículo 75²¹ prescribe, expresamente, que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa y comoquiera que en este caso el contrato cuyo incumplimiento se pretende se celebró entre un particular y el Distrito Capital de Bogotá, dable es concluir que esta Jurisdicción es competente para asumir el conocimiento de la demanda instaurada en su contra.

2. Ejercicio oportuno de la acción.

Comoquiera que se trata de una acción encaminada a que se declare el incumplimiento de un contrato sujeto a liquidación y dado que según la información que obra en el plenario ese acto se realizó de común acuerdo por las partes²², la caducidad de la acción deberá contarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal c) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 - que literalmente señala:

“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

¹⁹ Folio 472 del expediente.

²⁰ El salario mínimo legal mensual vigente para el año 2001 era de \$286.000.

²¹ Art. 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

²² Folios 193 a 195 del cuaderno No. 8. La prueba fue allegada junto con el dictamen pericial rendido en el proceso el 9 de julio de 2003 y comoquiera que de la experticia se dio traslado a las partes (Folio 321 del expediente), se garantizó su contradicción, por lo cual, de acuerdo con los principios de buena fe y lealtad procesal, la Sala lo tendrá en cuenta como prueba dentro del proceso.

(...)

C. En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta”.

Así entonces, dado que la liquidación del contrato se suscribió el 9 de febrero de 1999, el término para interponer la demanda empezó a correr en esa fecha y feneció el día 9 de febrero de 2001 y comoquiera que el libelo se presentó ese mismo día, se concluye que el ejercicio del derecho de acción fue oportuno.

3. Las pruebas que obran en el expediente.

3.1. Documentales. En relación con el asunto objeto de debate obran en el proceso las siguientes:

- Certificado de existencia y representación de INVETELCO LTDA.²³
- Propuesta presentada por la sociedad INVERTELCO LTDA. para la contratación de la asesoría y asistencia a la Secretaría de Hacienda en la invitación pública para la contratación de la independización y medición discriminada del consumo de energía por circuitos, así como para la contratación de la repotenciación del sistema de energía del edificio C.A.D.²⁴.
- Orden No. 140 del 3 de marzo de 1998, contentiva del contrato de consultoría celebrado entre el Distrito Capital y la sociedad INVERTELCO LTDA. para brindar asesoría y asistencia a la Secretaría de Hacienda en la invitación pública para la contratación de la independización y medición discriminada del consumo de energía por circuitos, así como en la licitación pública para la contratación de la repotenciación del sistema de energía del edificio C.A.D., más 3 modificaciones al contrato²⁵.
- Orden No. 196 del 20 de marzo de 1998, contentiva del contrato de consultoría celebrado entre el Distrito Capital y el señor Manuel Alberto Espinosa Niño, para velar por el cabal cumplimiento técnico, financiero y administrativo del contrato de

²³ Folios 4 del cuaderno No. 3.

²⁴ Folios 531 a 533 AZ.

²⁵ Folios 5 a 15 AZ.

consultoría No. 140. Más modificación²⁶.

- Actas de comités de ejecución del contrato de consultoría No. 140 de 1998²⁷.

- Actas Nos. 9 y 14 de la Junta de Licitaciones y Adquisiciones de la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital, en las que se discutieron temas respecto de los términos de referencia que venían siendo elaborados por INVERTELCO LTDA. en desarrollo del contrato No. 140²⁸.

- Informes y comunicaciones de INVERTELCO LTDA. en relación con la ejecución del contrato No. 140 de 1998²⁹.

- Informes presentados por el señor Manuel Alberto Espinosa Niño en desarrollo del contrato No. 196 respecto de la interventoría realizada sobre la ejecución del contrato No. 140³⁰.

- Invitación pública, términos de referencia y documentos de evaluación de las propuestas para la repotenciación e independización del sistema interno de facturación del edificio C.A.D.³¹.

- Constancia expedida el 28 de octubre de 1998, por el Ingeniero Manuel Alberto Espinosa Niño, por medio de la cual certificó que recibió los pliegos de especificaciones elaborados por INVERTELCO LTDA. en desarrollo de contrato No. 140, y que éstas cumplían a satisfacción con los requisitos de la Secretaría de Hacienda del Distrito³².

- Constancia expedida el 12 de enero de 1999, por el Ingeniero Manuel Alberto Espinosa Niño, por medio de la cual certificó que la firma INVERTELCO LTDA. cumplió con todo lo exigido en el contrato No. 140 y que, por esa razón, era procedente realizar el pago final³³.

²⁶ Folios 16 a 20 AZ.

²⁷ Folios 32 a 76 del cuaderno No. 3 y 89 a 130 del expediente.

²⁸ Folios 77 a 87 del cuaderno No. 3 y 131 a 141 del expediente.

²⁹ Folios 88 a 135 del cuaderno No. 3 y 141 a 188 del expediente.

³⁰ Folios 239 a 272 AZ y 136 a 212 del cuaderno No. 3 y 189 a 222 del expediente....

³¹ Folios 84 a 230, 516 a 530 AZ y cuaderno No. 4.

³² Folio 230 del expediente.

³³ Folio 232 del expediente.

- Constancia expedida por la Subdirectora Administrativa de la Secretaría de Hacienda de Bogotá el 10 de febrero de 1999, por medio de la cual certificó que el ingeniero Manuel Alberto Espinosa Niño cumplió a satisfacción con lo estipulado en la orden de consultoría No. 196 y que se encontraba en trámite el acta de liquidación de ese negocio jurídico³⁴.
- Acta de inicio, acta de entrega de planos, acta de finalización y acta de liquidación del contrato No. 140 de 1998³⁵.
- Oficio del 21 de agosto de 2001, por medio del cual la Directora Ejecutiva de Asociación Colombiana de Ingenieros - ACEIM -, en respuesta a petición de señor Manuel Alberto Espinosa Niño, certificó, entre otras cosas, que el procedimiento establecido para la aprobación de las obras eléctricas y civiles complementarias en la zona de influencia de CONDENSA S.A., para 1998 era el establecido en el artículo 46 de la Decisión de Gerencia No. 0133 del 11 de abril de 1997 de la Empresa de energía de Bogotá³⁶.
- Contrato No. 22 del 30 de diciembre de 1998, celebrado entre el Distrito Capital y la Unión Temporal Dinasequipos S.A., Disico Ltda., y Plec Ltda. para la repotenciación del sistema de energía eléctrica e independización del sistema interno de facturación del edificio C.A.D., más contratos adicionales³⁷.
- Propuesta presentada por el señor Hernán Calderón Rodríguez para la interventoría del contrato No. 22 de 1998³⁸.
- Orden No. 119 del 19 de marzo de 1999, contentiva del contrato de consultoría celebrado entre el Distrito Capital y el señor Hernán Calderón Rodríguez para realizar la interventoría, control, seguimiento y ejecución del contrato No. 22, más modificaciones³⁹.
- Programaciones de obra, actas de recibo de obra e informes presentados por el interventor del contrato No. 22 de 1998⁴⁰.

³⁴ Folio 21 de cuaderno No. 3.

³⁵ Folios 233 a 228 del expediente.

³⁶ Folios 5 a 20 del cuaderno No. 3.

³⁷ Folios 23 a 67 AZ.

³⁸ Folios 618 a 708 AZ.

³⁹ Folios 68 a 83 AZ.

⁴⁰ Folios 275 a 515 AZ.

- Comunicación fechada el 3 de junio de 2000, por medio de la cual el interventor del contrato No. 22 presentó ante la Secretaría de Hacienda Distrital observaciones al diseño realizado por INVERTELCO LTDA. para la convocatoria y ejecución del contrato de repotenciación e independización de la energía eléctrica el edificio C.A.D.⁴¹.

- Oficio del 30 de octubre de 2001, por medio del cual la División de Ingeniería y Obras de CODENSA, en respuesta a comunicación presentada por el señor Manuel Alberto Espinosa Niño, certificó acerca de la factibilidad del servicio No. 9231306 CAD Cra 30 No. 24-90, señalando que fue solicitado como incorporación de cuentas y que el 9 de junio se le asignaron como condiciones la presentación de un proyecto de remodelación de las subestaciones existentes y que al vencerse la factibilidad se la revalidó con la No. 9235489, a la cual se le asignaron condiciones el 19 de septiembre de 1999 en el sentido de presentar un proyecto eléctrico para remodelación de las subestaciones existentes y de solicitar la instalación de una celda de medida en MT. Se señaló que el diseño del proyecto eléctrico se aprobó el 1 de septiembre de 1999 y que las obras fueron recibidas el 8 de septiembre de 2000⁴².

- Oficio sin número del 11 de agosto de 2003, por medio del cual la Gerencia Jurídica de CODENSA, dando cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal de primera instancia mediante oficio 03-HAM-1037, remitió con destino al proceso copas de solicitud de factibilidad o preliminar de servicio, planos del proyecto aprobado, documentos del proyecto: cálculos, autorizaciones, protocolos de transformadores y acta de recibo de obra⁴³.

- Oficio sin número del 1 de agosto de 2005, por medio del cual la Directora Jurídica del Distrito Capital, dando cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal de primera instancia mediante oficio 05-HAM-254, remitió con destino al proceso varias órdenes de pago correspondientes al contrato No. 22 de 1998, así como acta de mayor cantidad de obra, cuadro de mayores cantidades, resumen de obras y valores del contrato adicional, acta de interventoría, informe final de interventoría y acta de liquidación final de ese negocio jurídico⁴⁴.

⁴¹ Folios 534 a 538 AZ.

⁴² Folios 23 y 24 del cuaderno No. 3.

⁴³ Cuaderno No. 5.

⁴⁴ Cuaderno No. 7.

3.2. Testimoniales.

En el proceso rindieron testimonio las siguientes personas: Clara Inés Páez Jaimes⁴⁵, León Darío Ramírez Valencia⁴⁶, Juan Manuel Betancur⁴⁷.

3.4. Dictamen pericial.

En el proceso se rindió un dictamen pericial cuyo objeto consistió en determinar si los estudios, diseños, planos y demás especificaciones técnicas realizadas por la firma INVERTELCO LTDA. en desarrollo del contrato No. 140 fueron correctamente elaborados, así como para establecer si la labor de interventoría desarrollada por el Ingeniero Manuel Alberto Espinosa Niño sobre tal contrato se cumplió según lo pactado en el contrato No. 196. Igualmente, el dictamen consistió en determinar las cantidades y la calidad de las obras ejecutadas en desarrollo del contrato No. 22 de 1998 y sus adicionales y en comparar las memorias de cálculo y preliminar aprobada por CONDESA con las memorias de cálculo y diseños finalmente aprobados, para conceptuar si las reformas efectuadas por el contratista ejecutor del proyecto eran indispensables, en qué consistieron y qué efecto tuvieron en la ejecución del proyecto. También se procedió a determinar si los diseños presentados por la Unión Temporal eran indispensables de acuerdo con las condiciones del edificio o si los elaborados por INVERTELCO LTDA. eran suficientes y si era necesario, o no, ampliar los plazos y los valores de los contratos 22 de 1998 y 119 de 1999⁴⁸.

Una vez corrido el traslado de la prueba⁴⁹, la parte demandada la objetó por error grave, únicamente en lo relacionado con el cumplimiento de las labores del Ingeniero Manuel Alberto Espinosa Niño. Además, pidió que se aclarara el dictamen, requerimiento que fue debidamente contestado por los peritos⁵⁰. La objeción por error grave fue resuelta negativamente en la sentencia.

Igualmente, se rindió un dictamen pericial cuyo objeto consistió en determinar los perjuicios que habría sufrido el Distrito Capital en razón de los mayores valores que

⁴⁵ Folios 14 a 17 del cuaderno No. 9.

⁴⁶ Folios 21 y 22 del cuaderno No. 9.

⁴⁷ Folios 55 a 57 del cuaderno No. 9.

⁴⁸ Cuaderno No. 6.

⁴⁹ Folio 321 del expediente.

⁵⁰ Folios 346 a 351 del expediente.

tuvo que pagar en la ejecución de los contratos 22 de 1998 y 119 de 1999⁵¹.

Actuando dentro de la oportunidad legal dispuesta para ello⁵², la parte actora objetó por error grave el dictamen pericial, a la vez que solicitó que se aclarara y complementara⁵³, requerimiento que fue debidamente contestado por los peritos⁵⁴. La objeción por error grave fue resuelta negativamente en la sentencia.

4. Aspecto preliminar: La liquidación bilateral del contrato No. 196 de 1998.

Una vez revisadas en su integridad las pruebas que obran en el expediente, se encontró que junto con el dictamen pericial rendido en el proceso el 9 de julio de 2003, se anexó el acta de liquidación bilateral del contrato No. 196 de 1998 suscrita entre el Distrito Capital y el señor Manuel Alberto Espinosa Niño el 9 de febrero de 1999, por tanto, debe considerarse que el documento en cuestión hace parte de la mencionada prueba pericial.

Así entonces, comoquiera que del dictamen y, en consecuencia, de sus soportes, se corrió el debido traslado a las partes⁵⁵, dable es concluir que respecto de la referida prueba se surtió el derecho de defensa y contradicción y, por tanto, en atención a los principios de buena fe y lealtad procesal, el documento deberá ser valorado en el proceso.

Ahora bien, probada como está la liquidación del contrato cuyo incumplimiento se pretende, resulta imprescindible proceder a realizar el estudio de ese acto contractual, para determinar el alcance y efectos que tiene frente a las pretensiones de la parte demandante.

De manera reiterada se ha señalado que la liquidación bilateral corresponde al balance, finiquito o corte de cuentas que realizan y acogen de manera conjunta las partes del respectivo contrato, por tanto, esta modalidad participa de una naturaleza eminentemente comercial o convencional.

En términos generales, la liquidación que surge del acuerdo de las partes tiene las

⁵¹ Cuaderno No. 8.

⁵² Folio 321 del expediente.

⁵³ Folios 329 a 331 del expediente.

⁵⁴ Folios 366 a 368 del expediente.

⁵⁵ Folio 321 del expediente.

características de un negocio jurídico que como tal resulta vinculante para ellas. Este negocio jurídico que se materializa en el acta de liquidación, debe contener, si los hubiere, los acuerdos, salvedades, conciliaciones y transacciones a que se llegare para poner fin a las divergencias presentadas y dar por finiquitado el contrato que se ejecutó. La fuerza jurídica del acuerdo liquidatorio, que surge de todo un proceso de discusión, es tan importante dentro de la nueva realidad jurídica que se creó entre las partes del contrato, que la misma se presume definitiva y las obliga en los términos de su contenido. Al respecto ha afirmado la Corporación:

“... El acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él. ...”⁵⁶.

Así pues, en tanto la liquidación bilateral constituye un negocio jurídico de carácter estatal, para declarar su nulidad es necesario que se configure alguna de las causales previstas bien sea en la respectiva ley de contratación de la Administración Pública o en el derecho común. La Jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido desde tiempo atrás⁵⁷, que una vez que el contrato haya sido liquidado de mutuo acuerdo entre las partes, dicho acto de carácter bilateral solo podría ser enjuiciado por vía jurisdiccional cuando se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Sobre el tema ha sostenido lo siguiente:

*“(...) se tiene que la liquidación efectuada de común acuerdo por personas capaces de disponer constituye, entonces, un verdadero negocio jurídico bilateral, que tiene, por tanto, fuerza vinculante, a menos que se demuestre la existencia de un vicio del consentimiento”.*⁵⁸

⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de junio 22 de 1995; Exp. No. 9965, M.P. Daniel Suárez Hernández.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, entre otras sentencias se citan las siguientes: Sentencias de 25 de noviembre de 1999, Exp. 10893; de 6 de mayo de 1992; Exp. 6661, de 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165, de 30 de mayo de 1991, Exp. 6665, de 19 de julio de 1995, Exp. 7882; de 22 de mayo de 1996, Exp. 9208.

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

También en Sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10608, con ponencia del Consejero Daniel Suárez Hernández, esta Corporación había sostenido lo siguiente:

“La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía privada de aquellos que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo”.

De otra parte, si dicha liquidación ha sido suscrita con salvedades y en ese mismo momento, que constituye la oportunidad para objetarla, alguna de las partes presenta reparos a la misma, por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o porque considera que deben incluirse algunos conceptos que no fueron tenidos en cuenta, debe manifestar con claridad que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que precisamente hubiere sido motivo de inconformidad⁵⁹, pero únicamente respecto de los temas puntuales materia de discrepancia que quedaron consignados en ella. En relación con este aspecto la Sala ha dicho lo siguiente:

“Como puede observarse en la etapa de liquidación de un contrato, las partes deben dejar sentado en acta sus pretensiones para que sean consideradas por la otra parte, es ese el momento del contrato, en el cual la parte adquiere legitimación para reclamar en vía judicial o extrajudicial, las pretensiones que la otra parte no acepte. Las divergencias que existan al momento de liquidar el contrato, que sean enunciadas en acta, y no aceptadas estructuran la base del petitum de una eventual demanda. Por el contrario la parte que no deje anotada en el acta de liquidación final, la existencia de alguna pretensión para que la otra parte la considere en esa vía, NUNCA PODRA pretenderlas judicialmente. Lo que se traslada al proceso judicial son las pretensiones que la contraparte del contrato no acepte reconocer”⁶⁰ (Se destaca).

En ese sentido, se ha precisado también que la acción contractual sólo puede versar sobre aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el demandante hubiere manifestado su desacuerdo al momento de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, con fundamento en las siguientes razones⁶¹:

La primera se sustenta en el artículo 1602 del Código Civil, aplicable a los contratos celebrados por la Administración Pública, según el cual *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. No puede perderse de vista que el acta de liquidación bilateral comparte la misma naturaleza del contrato, tanto por su formación como por sus efectos, de modo que lo allí acordado produce las

⁵⁹ En la actualidad, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, el contratista particular tiene derecho a dejar las constancias a que haya lugar. Según el inciso final de esta norma: *“Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral sólo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo”*.

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁶¹ Sobre este tema ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 6 de 2005. Expediente 14.113. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

consecuencias a que se refiere el artículo citado; desde este punto de vista, cuando no se deja en el acta constancia concreta de reclamación, se entiende que no existe inconformidad, al tiempo que su adopción comporta una liberación, una declaración de paz y salvo, recíproca entre las partes.

La segunda se funda en el “*principio de la buena fe*”⁶², el cual inspira, a su vez, la denominada “*teoría de los actos propios*”, cuyo valor normativo no se pone en duda⁶³, pues se funda, en primer lugar, en el artículo 83 de la C.P., según el cual “*las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante estas*”, y, en forma específica, en materia contractual, en los artículos 1603 del Código Civil, según el cual “*los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella*” y 871 del Código de Comercio que en idéntico sentido dispone que “*los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural*”⁶⁴.

Así pues, las salvedades dejadas en el acta de liquidación tienen como finalidad salvaguardar el derecho del contratista a reclamar en el futuro ante la autoridad

⁶² La Jurisprudencia ha definido la buena fe dentro del siguiente contexto:

“*La expresión “buena fe” o (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad, trátese de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente...*” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 23 de junio de 1958.) En el mismo sentido, encontramos las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Sentencia de 8 de septiembre de 1987, Exp. 4884, M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Sección Tercera; Sentencias de 25 de noviembre de 1999, Exp. 10893; de 6 de mayo de 1992, Exp. 6661, de 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165, de 30 de mayo de 1991, Exp. 6665, de 19 de julio de 1995, Exp. 7882; de 22 de mayo de 1996, Exp. 9208. entre otras.

⁶³ En forma bastante clara LUIS DÍEZ-PICAZO aborda esta misma inquietud -la de la duda acerca de la naturaleza normativa del principio de la teoría de los actos propios-, y afirma que no se trata de un principio general del derecho, ni de una regla del derecho y que tampoco es una norma jurisprudencial.

No obstante esto, entiende que actuar en sentido contrario a un proceder o conducta previa, es sin duda alguna una actitud desleal y digna de reproche jurídico; de modo que, concluye diciendo, “*Así se comprende que la inadmisibilidad de ‘venire contra factum proprium’, que no es sostenible como un autónomo principio general de derecho, sea fácilmente viable como derivación necesaria e inmediata de un principio general universalmente reconocido: el principio que impone un deber de proceder lealmente en las relaciones de derecho (buena fe). Esta conclusión nos puede permitir volver a situar la doctrina de los actos propios dentro de la doctrina legal (...).*” (La doctrina de los propios actos. Ed. Bosch. Barcelona. 1963. Págs. 133-134)

⁶⁴ Incluso la ley 80 de 1993 dice, en el artículo 28, recogiendo el principio de la buena fe a nivel legal, que, “*la interpretación de las normas sobre contratos estatales... y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración... los mandatos de la buena fe...*”

judicial el cumplimiento de obligaciones que considera quedaron pendientes durante la ejecución del contrato, razón por la cual deben ser claras y concretas. A propósito del preciso alcance que corresponde a las salvedades o reservas que respecto de una liquidación bilateral formula alguna de las partes del contrato, la Jurisprudencia de esta Corporación ha advertido “(...) *que las salvedades u objeciones que el contratista deja en el acta de liquidación del contrato deben ser claras y concretas; de otra manera, su inclusión resulta ineficaz*”⁶⁵.

La Sección Tercera, al señalar que la pauta jurisprudencial a la que viene de hacerse referencia resulta igualmente aplicable en aquellos eventos en los que la demanda tenga por objeto que se declare la nulidad de actos administrativos contractuales, precisó también que las reclamaciones, constancias o inconformidades que deben quedar contenidas en la liquidación son las existan o hayan surgido a más tardar al momento de la suscripción del acuerdo. Sobre el particular, ha dicho:

*“Al respecto, la Sala quiere enfatizar la siguiente idea: **las reclamaciones, constancias o inconformidades que deben constar en el acta son todas las que existan y hayan surgido a más tardar para el instante en que se suscribe la liquidación bilateral del contrato**, de allí que si alguna parte del negocio estima que una decisión, actitud, comportamiento o hecho de la otra parte le causó un daño, debe ponerlo en conocimiento en ese momento, para que, eventualmente, se solucione el problema, y en caso de no lograrlo, para que la constancia le permita, posteriormente, acceder a la jurisdicción. **Sin embargo, la excepción a esta regla se presenta cuando los hechos ocurren con posterioridad a la liquidación**”⁶⁶⁶⁷ (Destaca la Sala).*

Finalmente, considera la Sala necesario reiterar que, como ya en otras oportunidades se ha manifestado⁶⁸, la liquidación bilateral no se constituye en un requisito para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; no se trata de una condición para el ejercicio del derecho de acción, por cuanto la Constitución Política garantiza el acceso a la Administración de Justicia en las condiciones establecidas por la ley y, en este caso, la ley no ha señalado las salvedades formuladas al acta de liquidación bilateral como requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción; se trata entonces de un presupuesto de orden material, dentro del marco de la legitimación en la causa por activa, el cual incide de manera directa y puntual en la prosperidad de las pretensiones

⁶⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁶⁶ Sentencia de mayo 20 de 2009, exp. 16.076 -CP. Mauricio Fajardo Gómez-

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 17322.

⁶⁸ Al respecto ver sentencia del 20 de mayo de 2009, proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 16796.

formuladas.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que cuando las partes de un contrato estatal liquidan de mutuo acuerdo el negocio jurídico, la posibilidad de que sus pretensiones prosperen en vía judicial está condicionada a que la parte interesada hubiere dejado constancia en el documento respectivo acerca de las observaciones o salvedades que existan y hayan surgido al momento de la suscripción del acuerdo y que hubiere tenido la oportunidad de conocer hasta ese instante, identificando de manera clara los asuntos y razones de su discrepancia en relación con el contenido de la liquidación.

En ese sentido y como lo impone la justicia y, además, el sentido común, no constituirá impedimento frente a las pretensiones de la demandante, el hecho de no dejar constancia en relación con las reclamaciones, las salvedades u observaciones que, teniendo relación con el negocio jurídico, no hubieren surgido o existido al momento de suscribir la liquidación, así como tampoco respecto de aquellas que no se hubieren podido conocer al momento de la celebración del acuerdo, supuesto de excepción cuya acreditación corre a cargo de la parte interesada.

5. El contrato de interventoría.

Dado que la controversia gira en torno al cumplimiento de las obligaciones del contrato No. 196, por medio del cual se contrató al Ingeniero Manuel Alberto Espinosa Niño para “*velar por el cabal cumplimiento técnico, administrativo y financiero*” del contrato de consultoría No. 140, para resolver de fondo dicha controversia, que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, resulta pertinente exponer las siguientes consideraciones respecto del contrato de interventoría en materia estatal.

De acuerdo con lo previsto en el numeral 1º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales tienen a su cargo la dirección general y la responsabilidad de ejercer las funciones de control y vigilancia en la ejecución de los contratos que celebren, control y vigilancia que pueden ser desarrolladas a través de alguno de sus funcionarios o, de acuerdo con lo previsto en el numeral 2º del artículo 32 *ibídem*, a través de una persona externa a la entidad. En efecto, al referirse al contrato de Consultoría la norma señala:

“2o. Contrato de Consultoría.

Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”. (Destaca la Sala).

Si bien en la Ley 80 de 1993 no se definió lo que debía entenderse por contrato de Interventoría, dado que la finalidad del negocio jurídico no ha variado, para entender su naturaleza y alcance es posible remitirse a lo previsto en el Decreto 222 de 1983, norma que en su artículo 120 disponía que para “*verificar la ejecución y cumplimiento de los trabajos contratados*”, la entidad pública podía contratar la interventoría con personas naturales o jurídicas especializadas que poseyeran experiencia en la materia y que estuvieran registradas, calificadas y clasificadas como tales.

En ese mismo sentido el contrato de interventoría fue definido en el inciso 3º del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, en los siguientes términos: “*La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría*”.

De acuerdo con lo anterior, es posible concluir que las actividades del interventor se concretan, básicamente, en adelantar una función de verificación y control de la ejecución de otro negocio jurídico, el que, por lo tanto, constituye el marco dentro del cual debe llevarse a cabo la función de Interventoría.

Ahora bien, esta Corporación ha precisado que las labores del interventor no

pueden llegar al extremo de representar a la entidad como parte contratante, toda vez que esa competencia le está expresamente asignada a su jefe máximo o a quien éste hubiere delegado para tales efectos en legal forma, por lo tanto, no le está dado al interventor introducir modificación alguna al negocio jurídico sobre el cual ejerce su función, puesto que esa materia es del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista. Así lo ha expresado:

“17. Resulta claro entonces, que la función del interventor es de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato y no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación comercial”⁶⁹.

En ese mismo sentido, ha de concluirse también que el interventor no puede sustituir al contratista del negocio jurídico sobre el cual ejerce el control y vigilancia en el cumplimiento de sus deberes, puesto que sus obligaciones se limitan a verificar la ejecución y cumplimiento de los trabajos contratados.

En cuanto a la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores, en el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, hoy modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, se dispuso que deben responder civil y penalmente **“tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría”** (Destaca la Sala).

6. El caso concreto.

Dado que el objeto del contrato que celebró el Ingeniero Manuel Alberto Espinosa Niño con el Distrito Capital consistió en **“velar por el cabal cumplimiento técnico, administrativo y financiero”** del contrato de consultoría No. 140, celebrado por el Distrito el 3 de marzo de 1998 con la firma INVERTELCO LTDA., para establecer si

⁶⁹ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B. Sentencia del 28 de febrero de 2013, proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 25199.

el interventor cumplió, o no, con sus funciones, es necesario analizar el contenido de ambos negocios jurídicos.

En la cláusula segunda del contrato No. 196 celebrado el 20 de marzo de 1998 entre el Distrito Capital y el Ingeniero Espinosa Niño se pactaron las siguientes obligaciones a cargo del contratista y en relación con la veeduría del contrato No. 140:

“SEGUNDA: OBLIGACIONES DE QUIEN PRESTA EL SERVICIO: *En desarrollo de la orden quien presta el servicio tendrá las siguientes obligaciones: 1) Revisar los planos, memorias, cantidades de obra y especificaciones técnicas presentadas por el contratista. 2) Verificar el cumplimiento de cada una de las actividades y tiempos del cronograma propuesto por el contratista. 3) Hacer reuniones periódicas con el contratista y representantes de la Secretaría de Hacienda cuando fuere necesario o se advierta cualquier tipo de irregularidad en el desarrollo de la orden de consultoría No. 140 de 1998. 4) Velar porque los diseños y trabajos presentados en desarrollo de la orden de consultoría No. 140 de 1998, se ajusten estrictamente a las normas del código eléctrico nacional y de la Empresa de Energía de Bogotá. 5) Elaborar las actas de avance, finalización, liquidación final y demás documentos que se requieran para el desarrollo de la presente orden. 6) Certificar para efectos de pago la correcta prestación de los servicios contratados. 7) Aprobar los informes mensuales que debe presentar el contratista. 8) Controlar el correcto manejo de anticipo e informar a la Secretaría el incumplimiento de éste. (...).”* (Destaca la Sala).

Mediante comunicación del 11 de junio de 1998⁷⁰, el Ingeniero Espinosa Niño presentó ante la Secretaría de Hacienda Distrital un resumen de las principales actividades que debía realizar en desarrollo del contrato No. 196, entre las cuales señaló la de **“Revisar, corregir y finalmente aprobar los diseños y especificaciones técnicas presentadas por el contratista de acuerdo a los requerimientos de la orden de consultoría No. 140”**. (Destaca la Sala).

El objeto del contrato No. 140 del 3 de marzo de 1998 celebrado entre el Distrito Capital y la sociedad INVERTELCO LTDA. se pactó para brindar *“asesoría a la Secretaría de Hacienda en la elaboración de los pliegos de condiciones y especificaciones técnicas correspondientes a los procesos de contratación para el mejoramiento del sistema de energía del edificio C.A.D. y prestar asistencia en la publicación de los avisos respectivos, preparación de las respuestas a los oferentes, evaluación y calificación de las propuestas y recomendaciones para la adjudicación*

⁷⁰ Folio 137 de cuaderno No. 3.

de las mismas, de conformidad con la propuesta presentada el día 6 de febrero de 1998 y estudio entregado a la Secretaría de Hacienda Distrital en desarrollo de contrato 40 de 1997”.

Para el desarrollo de esa labor, las partes pactaron, entre otras, las siguientes obligaciones a cargo de la firma INVERTELCO LTDA.:

“SEGUNDA - OBLIGACIONES DE QUIEN PRESTA EL SERVICIO: En desarrollo de la orden quien presta el servicio tendrá las siguientes obligaciones: (...). **2) Asesorar a la entidad en la elaboración de los términos de referencia y pliegos de condiciones que permitan hacer las contrataciones mencionadas en el parágrafo de la cláusula primera de la presente orden. 3) Hacer los trámites y diligencias requeridos por CODENSA para el desarrollo del objeto de la orden. (...). 9) Efectuar el diseño y las especificaciones técnicas para el mejoramiento del sistema de energía del edificio, el cual comprende los siguientes aspectos, así: a) **La independización y medición discriminada del consumo de energía por circuitos,** efectuando las labores que a continuación se relacionan: 1. Efectuar el diseño para la implementación de los contadores de medición 2. Elaborar el dimensionamiento de equipos de medición, listas de materiales y cantidades de obra. 3. Efectuar las especificaciones técnicas para la invitación pública en mención. b) **La repotenciación del sistema de energía en el edificio,** que comprende las siguientes actividades: 1. Elaborar los esquemas y diagramas unifilares de las torres A y B del edificio y efectuar el levantamiento del sistema eléctrico existente. 2. Hacer la medición de los parámetros eléctricos, específicamente carga activa y reactiva, en las subestaciones existentes, complementarias y actualizar las mediciones del estudio efectuado en desarrollo del contrato No. 140 de 1997. 3. Efectuar la medición y determinación sobre las nuevas cargas eléctricas a instalar que resultaron posteriores al estudio efectuado por Invertelco en 1997, como es el caso de los ajustes en las redes del Departamento Administrativo de Catastro Distrital, Departamento Administrativo de Planeación Distrital y Secretaría de Educación, además de todas las proyecciones que se tengan contempladas en las dependencias residentes en el edificio del CAD. 4. Hacer el respectivo cuadro de cargas. 5. Estudiar las cargas nuevas y futuras proyectadas para ser adicionadas a los análisis entregados con el estudio efectuado en desarrollo del contrato 40 de 1997. 6. Presentar el proyecto a CODENSA, para efectos de definir si es posible pasar a una sola cuenta y a tarifas reguladas con alimentación a 11.4 Kv o 34.5 Kv. 7. Efectuar el diseño de la subestación eléctrica de 34.5 Kv nueva, si CODENSA así lo exige. 8. Diseñar las nuevas subestaciones eléctricas a 11.4 Kv. 9. Reformar el diseño de las subestaciones eléctricas de 11.4 Kv existentes. 10. Elaborar y hacer aprobar los planos definitivos del proyecto, requeridos por CODENSA y la Secretaría de Hacienda Distrital. 11. Presentar las listas de materiales y servicios para las adquisiciones del proyecto. 12. Elaborar las memorias de cálculo de los diseños de las subestaciones de cualquiera de las alternativas presentadas. 13. Elaborar y definir el presupuesto en coordinación con quien ejerce el control de ejecución. 14. Efectuar las visitas y definir los espacios para la implementación del proyecto. 15. Las demás relacionadas con el**

*desarrollo del objeto de la presente orden. **PARAGRAFO: Los diseños contratados deben cumplir con las exigencias de CODENSA y con los parámetros establecidos en el Código Eléctrico Nacional**.*
(Subrayas fuera de texto).

Ahora bien, de acuerdo con lo manifestado por la parte actora en la demanda y en el recurso de apelación, el incumplimiento en el que habría incurrido el Ingeniero Manuel Alberto Espinosa Niño en la ejecución del contrato No. 196 de 1998, habría consistido en expedir las certificaciones de cumplimiento a satisfacción - lo cual hizo a través de constancia que expidió el 28 de octubre de 1998⁷¹ y de oficio del 12 de enero de 1999⁷² - y haber diligenciado el acta de liquidación, afirmando que la sociedad INVERTELCO LTDA. cumplió a satisfacción con el objeto del contrato No. 140 de 1998, a pesar de que, según dijo, dicha sociedad no cumplió con las siguientes obligaciones:

Las indicadas en los numerales 3 y 10 de la cláusula segunda antes transcrita, toda vez que en lugar de ejecutarlas las trasladó al contratista que debía desarrollar el proyecto, pues así lo contempló en el pliego de condiciones que elaboró.

Las relacionadas con la elaboración de los diseños del proyecto, por cuanto los entregados por la INVERTELCO LTDA. habrían tenido fallas originadas en *“inconsistencias presentadas en el diseño original”* y *“falta de proyección a largo plazo del proyecto de repotenciación”*.

Adicionalmente, dijo que INVERTELCO LTDA. desconoció las obligaciones del contrato No. 140 de 1998, por no haber contemplado el cambio del cable triplex XLP 2/0 para 15 KV que se encontraba deteriorado y que, siendo indispensable para el funcionamiento de las subestaciones, representaba un altísimo riesgo para el edificio.

- En relación con las obligaciones indicadas en los numerales 3 y 10 de la cláusula segunda del contrato No. 140 de 1998.

Las obligaciones a las que se refieren los numerales en mención, consistían en adelantar los trámites y diligencias requeridos por CODENSA para el desarrollo del contrato No. 140, es decir para la independización y repotenciación del sistema de

⁷¹ Folio 178 del cuaderno No. 3.

⁷² Folio 180 del cuaderno No. 3.

energía del edificio C.A.D., así como elaborar y hacer aprobar los diseños definitivos del proyecto, requeridos por CODENSA y por la Secretaría de Hacienda Distrital.

Considera la Sala que, dada la naturaleza de las mencionadas obligaciones, para establecer el cumplimiento de la labor del interventor frente a éstas únicamente se requería verificar la existencia de la aprobación de los diseños por parte de CODENSA y, en caso de no existir, de los requerimientos realizados por el Interventor en tal sentido, así como la constancia que hubiere dejado en relación con el incumplimiento de esa labor por parte de INVERTELCO LTDA., lo cual podía y debía constatarse al momento de la terminación y liquidación del contrato.

No obstante lo anterior, lo que se encuentra probado en el proceso es que el 9 de febrero de 1999⁷³, esto es, con posterioridad a la fecha de terminación del contrato No. 196 de 1998 celebrado con el Ingeniero Espinosa Niño, así como a la terminación del contrato No. 140 de 1998 celebrado con INVERTELCO LTDA. - 12 de enero de 1999⁷⁴ - la Subdirectora Administrativa de la Secretaría de Hacienda de Bogotá⁷⁵, certificó que el Ingeniero Espinosa Niño prestó los servicios correspondientes y que éstos fueron recibidos a satisfacción por el Distrito⁷⁶, por lo cual, según consta en el acta de liquidación, la entidad contratante manifestó estar a paz y salvo con el interventor y no dejó salvedad alguna u observación en relación con el cumplimiento de ninguna de sus obligaciones.

Al respecto, resulta oportuno destacar que en razón a que el marco dentro del cual debía llevarse a cabo la función del Interventor lo definían las obligaciones del contrato No. 140 de 1998, las constancias emitidas por la Subdirectora Administrativa de la Secretaría Hacienda Distrital como encargada de ejercer el control sobre la ejecución del contrato No. 196 de 1998⁷⁷, suponían la comprobación del cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el primero de los señalados negocios jurídicos, lo cual, como ya se dijo, para el caso de las obligaciones contenidas en los numerales 3 y 10 de la cláusula segunda del contrato, no requería el empleo de mayores análisis ni de conocimientos técnicos específicos, pues la comprobación podía realizarse con un simple ejercicio de verificación.

⁷³ Así se señaló en el acta de liquidación del contrato No. 196 de 1998. (Folio 195 cuaderno No. 6).

⁷⁴ Folios 14 y 20 Az.

⁷⁵ De acuerdo con lo estipulado en cláusula décima cuarta del contrato No. 196 de 1998 la Subdirectora Administrativa de la Secretaría de Hacienda era la persona encargada de ejercer el control sobre su ejecución.

⁷⁶ Dicha certificación fue expedida por la misma funcionaria en dos ocasiones más, el 10 de febrero de 1999 (Folio 27 del cuaderno No. 3) y el 4 de marzo de esa misma anualidad (Folio 196 de cuaderno No. 6).

⁷⁷ Cláusula décima cuarta del contrato.

Adicionalmente, observa la Sala que el incumplimiento que se atribuye al Interventor lo fundamentó la parte actora sobre el supuesto de que INVERTELCO LTDA., en lugar de desarrollar las obligaciones contenidas en los numerales 3 y 10 de la cláusula segunda de contrato No. 140, las trasladó al contratista que debía ejecutar el proyecto, a través de la disposiciones que en ese sentido quedaron contenidas en el pliego de condiciones.

Para la Sala la anterior circunstancia pone de presente que el presunto incumplimiento se hizo evidente desde el momento mismo en que se realizó la entrega de los pliegos de condiciones a la entidad contratante, hecho previo a la apertura del proceso de selección para cuyo acompañamiento también se celebró el contrato No. 140 de 1998.

Es más, se encuentra que la entidad contaba con la suficiente información respecto de lo sucedido en relación con el cumplimiento de las referidas obligaciones desde mucho antes a la fecha de liquidación del contrato, toda vez que al aprobar el pliego de condiciones en la forma que fue planteado por INVERTELCO LTDA., cuya función, de acuerdo con el objeto pactado en el contrato No. 140 de 1998 era asesorar a la Secretaría de Hacienda Distrital en la elaboración de ese documento, aceptó también que las actividades referidas a adelantar los trámites y hacer aprobar los planos definitivos ante CODENSA fueran trasladadas al contratista ejecutor del proyecto, por las siguientes razones:

De acuerdo con la Decisión de Gerencia No. 0133 de 1997, por medio de la cual se adoptó el reglamento de la Empresa de Energía de Bogotá y se reguló el procedimiento para el suministro de energía, la aprobación de los diseños definitivos estaba a cargo de un ingeniero electricista en calidad de inspector designado por esa Empresa, el que tenía a su cargo la obligación de verificar que el diseño cumpliera con las condiciones generales y específicas contenidas en ese reglamento, con las demás disposiciones que rigen la materia y con las condiciones de servicio solicitadas por la empresa, posteriormente, durante la ejecución de la obra, el ingeniero debía verificar el cumplimiento de las normas técnicas exigidas por la empresa, asegurándose que se ajustaran al diseño respectivo y, finalmente, debía certificar que las obras cumplieran con las normas generales y específicas de la empresa. Una vez cumplido ese requisito y realizado el pago de los derechos

respectivos, se podía tramitar la solicitud de suministro de energía⁷⁸.

Según comunicación del 21 de agosto de 2001⁷⁹, emitida por la Directora Ejecutiva de la Asociación de Ingenieros Electricistas, Mecánicos - ACEIM -, desde el 27 de julio de 1994 hasta 29 de enero de 1999, la Asociación sostuvo un contrato con la Empresa de Energía de Bogotá, que posteriormente fue cedido a CODENSA, en virtud del cual ACEIM designaba un grupo de ingenieros electricistas, quienes en calidad de ingenieros inspectores se encargaban de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Decisión de Gerencia No. 0133 de 1997 y de expedir una certificación para que la Empresa de Energía de Bogotá y, posteriormente, CODENSA procediera a la conexión del servicio eléctrico en el respectivo inmueble.

Con base en lo anterior, incluso desde la presentación de su propuesta, INVERTELCTO LTDA. señaló que la actividad de *“Tramitología y diligencias ante CODENSA”* incluía *“la asignación de un ingeniero matriculado **para la realización de los trámites preliminares** de solicitud de carga, análisis de posibilidad de conexión y realización de todas las gestiones pertinentes a CODENSA para la aprobación del proyecto”* y que se ***“EXCLUYEN: pagos por derechos de conexión a CODENSA, radicación ante ACEIM y costos del inspector ACEIM, los cuales deben ser cancelados directamente por la SHD al iniciar y durante la ejecución del proyecto”***. (Destaca la Sala).

La aclaración fue también expresada por INVERTELCO LTDA. en reuniones del comité de ejecución⁸⁰, integrado por un representante de la sociedad consultora, por el Interventor del contrato y por un representante del Distrito, al señalar que el proyecto de repotenciación debía ser inscrito ante la Asociación Colombiana de Ingenieros Electricistas, Mecánicos y, además, al indicar que el contratista ejecutor de la obra era quien debía pagar los respectivos derechos, así como asumir los costos del inspector, lo cual quedó también consignado en el informe rendido por el interventor el 28 de agosto de 1998⁸¹ y, finalmente, quedó así incorporado en los pliegos de condiciones, cuyo contenido fue aprobado por la entidad sin ninguna observación en lo que a ese aspecto concierne⁸²:

⁷⁸ Artículos 39 y 46 de la Decisión de Gerencia No. 0133 de 1997. (Folios 7 a 20 del cuaderno No. 3).

⁷⁹ Folio 5 de cuaderno No. 3.

⁸⁰ Actas: 9 del 12 de junio de 1998 y 16 del 28 de julio de 1998 (Folios 48, 49, 63 y 64 del cuaderno No. 3).

⁸¹ Folios 194 a 196 del cuaderno No. 3.

⁸² Folios 4 y 5 del cuaderno No. 4.

**“CAPITULO II
INSTRUCCIONES PARA LOS LICITANTES**

(...)

II.2. ALCANCE DEL OBJETO DEL CONTRATO:

El alcance del objeto del contrato será el siguiente, dividido en dos grupos:

1. Repotenciación

(...)

- *Así mismo el proponente deberá presentar el proyecto de Subsetación Serie 3; Incorporación de cuentas, Remodelación Subsetaciones a ACEIM, debiendo realizar los trámites correspondientes y efectuar el pago que ocasionen así como los honorarios del inspector.*
- *(...)”.*

En este punto de la providencia, resulta evidente que para el momento en que se llevó a cabo la liquidación del contrato cuyo incumplimiento se demandó, la entidad contratante no solo contaba con la información suficiente para haber dejado las salvedades que hubiere considerado pertinentes en el acta de liquidación bilateral del contrato 196 de 1998 en lo que concierne a las obligaciones contenidas en los numerales 3 y 10 de la cláusula segunda del contrato No. 140 de 1998, sino que, además, fue ella misma la que, al aprobar los pliegos, aceptó, con suficiente conocimiento, que tales obligaciones fueran trasladadas al contratista ejecutor de la obra.

Así las cosas, dado que se encuentra establecido que el hecho sobre el cual la parte actora sustentó el incumplimiento de las obligaciones del interventor, en relación con las obligaciones de INVERTELCO LTDA., contenidas en los numerales 3 y 10 de la cláusula segunda del contrato No. 140 de 1998, surgió y se conoció antes de que las partes suscribieran de mutuo acuerdo la liquidación de contrato No. 196 de 1998, y en razón a que, pese a ello en el acta de liquidación bilateral la entidad demandada no dejó salvedad alguna al respecto, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda en lo que a este aspecto concierne, de acuerdo con lo expresado de manera reiterada y pacífica por la jurisprudencia de esta Corporación en relación con las observaciones que deben dejarse consignadas en la liquidación del contrato para, posteriormente, acudir a su reclamación en vía judicial.

En todo caso, aun cuando en gracia de discusión se pasara por alto la existencia de la liquidación bilateral del contrato, observa la Sala que la pretensión de la parte actora, en lo que a este aspecto concierne, no está llamada a prosperar, puesto que si bien el Interventor venía adelantando un seguimiento al cumplimiento de tales actividades y, en tal virtud, expresó a la entidad contratante sobre el retraso que

presentaba INVERLECTO LTDA. en los trámites que debían adelantarse ante CODENSA⁸³, requirió también al contratista en ese sentido⁸⁴ informó que la sociedad consultora había iniciado los trámites ante CODENSA, pero que apenas había obtenido la aprobación preliminar⁸⁵, lo cierto es que el Distrito Capital, con pleno conocimiento, aceptó que tales obligaciones fueran desarrolladas por el contratista ejecutor de la obra, por lo cual carecía de sentido, por ser inane, que el Interventor continuara exigiendo el cumplimiento de una obligación que debía ser realizada en un negocio jurídico diferente a aquél sobre el cual debía desarrollar su función.

Además, si bien, según el contenido del contrato adicional No. 1 de obra contrato No. 22 de 1998⁸⁶, por medio del cual se prorrogó el plazo de ejecución del negocio jurídico, la ampliación del plazo se sustentó sobre la base de los presuntos inconvenientes que se habrían presentado en los diseños originales, así como en la falta de aprobación de los diseños por parte de CODENSA, lo cierto es que, de acuerdo con lo señalado por las partes en la cláusula segunda del documento, *“la prórroga no causa erogación adicional alguna al Distrito y en favor del Contratista”*.

- En relación con las presuntas fallas en los diseños entregados por INVERTELCO LTDA.

En lo que a este aspecto concierne, considera la Sala necesario precisar que a pesar de que el contrato de interventoría No. 196 se liquidó de manera bilateral el 9 de febrero de 1999 y que, como ya se vio, el Distrito Capital no dejó salvedad alguna respecto de su contenido, las reclamaciones que en este proceso se hacen en relación con la calidad de los diseños tienen por fundamento aspectos de carácter técnico, que, según la demanda, sólo se hicieron evidentes después de la terminación del contrato de interventoría y con la ejecución del contrato de obra No. 22 de 1998.

En ese sentido, dado que el contrato de interventoría se celebró, justamente, para verificar, entre otras cosas, que los planos y los diseños se realizaran de acuerdo con las especificaciones técnicas requeridas, así como para velar que éstos se

⁸³ Folio 156 de cuaderno No. 3.

⁸⁴ Folio 155 del cuaderno No. 3.

⁸⁵ Folios 166 y 167 del cuaderno No. 3.

⁸⁶ Folios 49 a 54 Az.

ajustaran estrictamente a las normas del Código Eléctrico Nacional y de la Empresa de Energía de Bogotá, y que, en ese sentido, era al Interventor, con base en sus conocimientos, al que le correspondía revisar, corregir y aprobar tales diseños y especificaciones técnicas presentadas por INVERTELCO LTDA., los cuales, posteriormente, servirían para la ejecución del proyecto, considera la Sala que, en lo que a este aspecto concierne, no le era exigible al Distrito dejar las salvedades respectivas en la liquidación del contrato, pues, por la especialidad de los conocimientos que se debía tener para determinar la calidad de los diseños, las fallas que a éstos se imputan, si existieron, sólo se pudieron conocer en la ejecución del proyecto.

Ahora bien, de acuerdo con la demanda, en lo que a este aspecto atañe, el incumplimiento del Interventor habría consistido en certificar el cumplimiento de las obligaciones de INVERTELCO LTDA. respecto de las elaboraciones de los planos y diseños del proyecto, a pesar de que, según dijo la parte actora, el contrato de consultoría No. 140, no se desarrolló de manera técnica, puesto que en la ejecución de la obra se pudo comprobar que los diseños eran inadecuados, lo cual habría determinado la necesidad de rediseñar el proyecto, generando mayores tiempos para su ejecución y mayores costos a cargo de la entidad contratante.

De acuerdo con el documento denominado "*OBSERVACIONES AL DISEÑO QUE REALIZÓ INVERTELCO LTDA., PARA LA CONVOCATORIA DEL CONTRATO DE OBRA No. 22 DE 198 EN EL CAD*", suscrito por el interventor de ese negocio jurídico, se indicó que los siguientes fueron los aspectos que dieron lugar a que se realizara un rediseño general del proyecto: *i) la falta de potencia de los transformadores, en razón a que, por tratarse de un proyecto de repotenciación, la potencia estimada para cada subestación "no reflejaba una reserva de 10 años visita (largo plazo), como debe ser la realidad de una política de ejecutar obras con proyección a futuro"; ii) la falta de inscripción y aprobación del proyecto por CODENSA; iii) las objeciones presentadas por CODENSA frente al proyecto registrado, que fue el mismo presentado por INVERTELCO LTDA.*

Según ese mismo documento, el rediseño general tuvo como objetivo cumplir con todas las exigencias de CODENSA para la aprobación del proyecto y redimensionar las subestaciones con una potencia adecuada para dejar una reserva real a 10 años, "*como era uno de los objetivos primordiales del proyecto*".

i) Falta de potencia de los transformadores.

De acuerdo con lo estipulado en la cláusula segunda de contrato No. 140 de 1998, celebrado entre el Distrito Capital y la sociedad INVERTELCO LTDA., en desarrollo de tal contrato, correspondía a la consultora *“estudiar las cargas nuevas y futuras proyectadas para ser adicionadas a los análisis entregados con el estudio efectuado en desarrollo del contrato 40 de 1997”*.

En lo que a este aspecto concierne, se tiene que en repetidas oportunidades el interventor del contrato de obra No. 22 de 1998, manifestó que la potencia de los transformadores fijada para cada una de las subestaciones no reflejaba una reserva a largo plazo, por lo cual, según consta en el informe final rendido por él⁸⁷, *“con la información recibida por cada dependencia y partiendo del estudio realizado por la firma INVERTELCO en mayo de 1998 se efectuó una proyección a 10 años con un aumento de carga promedio del 2.5% por año”*, análisis que arrojó unos resultados que implicaron la inclusión de obras adicionales, así como la necesidad de aumentar la capacidad de los transformadores de las subestaciones 1, de 300 Kva a 500 Kva; 2, de 500 Kva a 630 Kva y 4 de 630 Kva a 800 Kva.

De acuerdo con el señalado informe, en todos los casos la modificación de la capacidad de los transformadores implicó la realización de obras adicionales respecto de los cuartos de media y baja tensión en donde debían instalarse los equipos.

Sobre ese aspecto, en el dictamen pericial rendido en el proceso el 22 de julio de 2003, después de analizar documentos tales como planos, diseños y memorias de cálculo, los peritos concluyeron que el *“rediseño”* efectuado en desarrollo del contrato de obra No. 22 y que se tuvo en cuenta para suscribir contratos adicionales a éste, carece de memorias que lo soporten. Asimismo, señalaron que el aumento en la capacidad de los transformadores que se adoptó en virtud del mencionado *“rediseño”* era innecesario frente a lo inicialmente planteado por INVERTELCO LTDA. y que dicho aumento en realidad generó un efecto de sobredimensionamiento.

Para la Sala, la conclusión a la que arribaron los peritos encuentra plena justificación

⁸⁷ Folios 391 a 402 AZ.

con fundamento en el análisis que realizaron respecto de los parámetros de medida eléctricos que determinan el consumo de energía y potencia eléctrica utilizada en promedio desde el mes de enero de 2001, es decir, con posterioridad a la terminación de la ejecución del contrato No. 22 de 1998 - 21 de diciembre de 1999⁸⁸ - estudio con fundamento en el cual se concluyó que:

“(…)

Sobre el cuadro de cargabilidad de los transformadores, se observa que prácticamente éstos tenían en ese momento (1998) una capacidad sin utilizar del 39%; esto quiere decir que para aumentar la capacidad de los transformadores se debía tener en cuenta, esta subutilización para una posible adición en lo que se denomina la repotenciación.

De este análisis se infieren 3 puntos:

1_ Que aún hoy (2003) no se está utilizando la capacidad que daba la cargabilidad de los transformadores 39%, esto es, la carga que inicialmente había [en 1998].

2_ Con el diseño de 2060KVA (sic)⁸⁹ se tendría hoy una buena reserva de carga, que dadas las circunstancias de utilización del edificio el C.A.D. y que no obedecen ser otra cosa que oficinas y para ello implementos electrónicos para el mismo uso, se ve muy remoto que cubra la capacidad total en veinte años.

3_ Los equipos eléctricos y electrónicos que se instalan son cada vez más eficientes y esto permite ahorro de energía.

4_ También debemos mencionar que los transformadores para esta época se admitía cargar por encima de su potencia nominal en un 10% y algo más”.

Posteriormente, con base en la anterior información, los peritos concluyeron que **“los diseños de la UNION TEMPORAL, *no eran necesarios para las necesidades normales del edificio, por tanto los diseños que se presentaron por parte de INVERTELCO respecto a la utilización de la capacidad eléctrica sí eran suficientes.*** (Destaca la Sala).

A juicio de la Sala, las conclusiones a las que arribaron los peritos en el dictamen deben ser consideradas para resolver el litigio, toda vez que éstas se sustentaron sobre criterios objetivos adoptados con sustento en las pruebas que obran en el expediente y fundamentados en los conocimientos de los expertos.

En ese sentido debe destacarse que el dictamen pericial cumple con todos los requisitos que han sido considerados como necesarios por esta Corporación para que se predique de este tipo de prueba suficiente eficacia demostrativa:

⁸⁸ Folios 65 a 67 AZ.

⁸⁹ El documento de conclusiones y recomendaciones de INVERTELCO LTDA, refiere una potencia proyectada en los transformadores de 2600Kva. (Folio 32 del cuaderno No. 6).

“La Corporación ha considerado que la eficacia probatoria del dictamen de expertos requiere que: (i) el perito informe de manera razonada lo que sepa de los hechos, según sus conocimientos especializados; (ii) el dictamen sea personal y contenga conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas, por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar el concurso de técnicos, bajo su dirección y responsabilidad; (iii) el perito sea competente, es decir, un experto para el desempeño del cargo; (iv) no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; (v) no se haya probado una objeción por error grave; (vi) el dictamen esté debidamente sustentado y sus conclusiones sean claras, firmes y consecuencia de las razones expuestas; (vii) sus conclusiones sean conducentes en relación con el hecho a demostrar; (viii) se haya surtido la debida contradicción; (ix) no exista retracto del mismo por parte del perito; (x) otras pruebas no lo desvirtúen; y (xi) sea claro y detallado, y que dé cuenta de los exámenes, experimentos e investigaciones”⁹⁰.

De hecho consta en el proceso que los peritos que rindieron su concepto técnico fueron designados de la lista de auxiliares de la justicia y ostenta la calidad de profesionales en el área eléctrica. En el documento de la experticia se informó de manera razonada que el conocimiento de los hechos lo obtuvieron a partir de las pruebas obrantes en el expediente y, además, que se apoyaron en sus conocimientos técnicos para determinar, con sustento en tales pruebas, la suficiencia de los diseños y especificaciones que habían sido elaborados por INVERTELCO en relación con la potencia de los transformadores. Adicionalmente, no encuentra la Sala motivo alguno para dudar de la imparcialidad de los peritos, así como tampoco las partes, pues nunca refutaron respecto suyo o de su actuación.

Además, el dictamen pericial, en los puntos que fue valorado, no fue objetado por ninguna de las partes, teniendo constancia de haberse respetado el derecho de contradicción⁹¹, pues no reprocharon en la oportunidad debida respecto de las conclusiones adoptadas por los expertos en relación con los aspectos que vienen de analizarse, la base probatoria sobre las cuales las sustentaron o los razonamientos a los que aludieron para fundamentarlas.

Así las cosas, dado que los peritos no se han retractado en relación con ninguno de los razonamientos expresados en el dictamen y, además, en virtud a que no obra en el proceso ninguna prueba que desvirtúe las conclusiones a las que arribaron, la

⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B: sentencia de 28 de febrero de 2013, exp. 27959; sentencia de 21 de marzo de 2012, exp. 24250; sentencia de 16 de abril de 2007, exp. AG-250002325000200200025-02.

⁹¹ Del dictamen pericial se corrió traslado a las partes por el término de 3 días de acuerdo con lo previsto en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil. (Folio 585 del expediente).

Sala se apoya en la experticia para señalar que, en lo que a este aspecto concierne, los diseños elaborados por INVERTELCO LTDA. eran adecuados frente a las necesidades del edificio y, por tanto, frente a lo requerido en el contrato No. 140 de 1998, circunstancia ésta que, a su vez, permite establecer el cumplimiento de las obligaciones del Interventor en relación con el desarrollo y cumplimiento de esa labor.

En consecuencia, al no encontrar probado el incumplimiento que endilgó la parte demandante al interventor por este aspecto, la Sala confirmará la decisión adoptada por el Tribunal de primera instancia.

ii) Falta de inscripción y aprobación del proyecto por CODENSA.

Dado que este aspecto ya fue abordado al estudiar el alegado incumplimiento del Interventor en relación con las obligaciones indicadas en los numerales 3 y 10 de la cláusula segunda del contrato No. 140 de 1998, la Sala se permite reiterar las consideraciones expuestas en ese acápite, de conformidad con las cuales se impone también confirmar la providencia de primera instancia en lo que a este aspecto concierne.

Adicionalmente, se destaca que, al presentar su propuesta, la Unión Temporal que ejecutó el proyecto en virtud del contrato de obra No. 22 de 1998, aceptó el contenido de los pliegos de condiciones y, por tal razón, al margen de los inconvenientes que hubieren podido surgir en las partes de los contratos que precedieron al de obra, era su responsabilidad, en los términos del pliego de condiciones, *“presentar el proyecto de Subsetación Serie 3; Incorporación de cuentas, Remodelación Subsetaciones a ACEIM, debiendo realizar los trámites correspondientes y efectuar el pago que ocasionen así como los honorarios del inspector”*, lo cual, según lo previsto en la Decisión de Gerencia No. 0133 de 1997, era previo a la aprobación definitiva de los diseños y, a su vez, constituía presupuesto para tramitar la solicitud de suministro de energía.

iii) Las objeciones presentadas por CODENSA frente al proyecto registrado, que fue el mismo presentado por INVERTELCO LTDA.

De acuerdo con las observaciones presentadas por el interventor del contrato No. 22 de 1998 a los diseños elaborados por la sociedad INVERTELCO LTDA, las

objecciones que CODENSA habría presentado frente a ellos, habrían sido las siguientes:

“... carecer el sistema de transferencia de un totalizador general, fue solicitado un estudio de coordinación de protecciones y exigían dotar de protecciones los circuitos de transferencia de las plantas de emergencia; además el dimensionamiento de las celdas que albergan los condensadores no tenían las dimensiones adecuadas, pues se habían considerado protegidas con fusibles de tipo cañuela y no equipados con seccionadores tripolares de operación bajo carga, con fusibles limitadores de corriente de rango total”.

Según ese mismo documento, las observaciones de CODENSA dieron lugar a redimensionar y relocalizar los equipos de las subestaciones, cambiando, en casi todos los casos, el diseño local de la subestación.

Frente a este aspecto, encuentra la Sala que en las consideraciones del contrato adicional No. 2 al contrato No. 22 de 1998, se indicó que en oficio ISH-90, en relación con las “celdas de condensadores tripolares”, se había señalado lo siguiente:

*“I. Item 10 ‘Celdas de condensadores tripolares’ El diseño original se consigna en los Términos de Referencia, allí se indica que los condensadores y sus cortacircuitos tipo cañuela (Media tensión), serán desmontados y reinstalados en celdas (ver página 64 nulnera VII 2.5.6.). **Aunque se hace referencia las normas de CODENSA, la INTERVENTORIA y CODENSA consideran que no debe usarse ese tipo de equipos de protección, debe entonces, implementarse un sistema con seccionadores tripolares de operación de baja carga con fusibles limitadores de corriente de rango total, para cumplir las normas de diseño y seguridad...**”*

De conformidad con esa información, la Sala concluye que la modificación que al respecto se hubiere realizado en los diseños de INVERTELCO LTDA. no pueden atribuirse a título de incumplimiento en contrato del interventor Espinosa Niño, toda vez que, según se observa, el diseño en este aspecto se realizó de conformidad con las normas de CODENSA, aunque, posteriormente, esa entidad no las consideró pertinentes.

En cuanto a la carencia de un totalizador general, a la solicitud de un estudio de coordinación de protecciones y a la dotación de protección de los circuitos de transferencia de las plantas de emergencia tampoco encuentra la Sala que sea posible imputar un incumplimiento en cabeza del interventor, pues además de que

se desconoce el origen y fundamento que tuvo CODENSA para realizar esas observaciones, tampoco es posible determinar si éstas hubieren implicado un cambio en los diseños presentado inicialmente por INVERTELCO, puesto que, de acuerdo con lo dictaminado por los peritos, no obran pruebas que soporten el “*rediseño general*” que fue realizado con posterioridad. En consecuencia, tampoco en lo que a este aspecto concierne, la Sala encuentra probado un incumplimiento en cabeza del Interventor, por lo cual confirmará la decisión de primera instancia.

- En relación con el cambio del cable triplex XLP 2/0 para 15 Kva.

La Sala tampoco declarará el incumplimiento del interventor demandado en relación con este aspecto, toda vez que no hay prueba que indique que al momento en que se desarrolló el contrato No. 140 de 1998 el cable hubiera estado en malas condiciones y que, a pesar de ello, no se hubiere indicado en las especificaciones la necesidad de cambiarlo.

7. No hay lugar a condena en costas.

Toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de julio de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO. Sin condena en costas.

CUARTO. En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA