



**JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN TERCERA**

Juez: *ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE*

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control: **Controversias Contractuales**
Radicación: **110013336038201700275-00**
Demandante: **Consorcio Interventores Espacio Público**
Demandado: **Bogotá D.C. – Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP -**
Asunto: **Fallo primera instancia**

El Despacho pronuncia sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, dado que el trámite se agotó en su integridad y no se aprecia ningún vicio que invalide lo actuado.

I.- DEMANDA

1.- Pretensiones

Con la demanda se piden las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Se declare la conexidad entre el Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-2014 y el Contrato de Concesión N° 001 de 2001, referente a las cláusulas de ajuste anual basado en el crecimiento del índice de precios al consumidor – IPC –.

1.2.- Se declare el incumplimiento del Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP – respecto de la cláusula 5.2. del pliego de condiciones del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-2014, concerniente al pago que debía efectuarle al contratista por concepto de los ajustes anuales calculados conforme al Índice de Precios al Consumidor del año respectivo.

1.3.- Se ordene al Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP – pagar al contratista la suma \$77.166.886 con IVA incluido, por concepto de los ajustes anuales del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-2014 causados entre el 13 de febrero de 2015 y el 12 de septiembre de 2017.

1.4. Se ordene el pago de los intereses moratorios de las mensualidades comprendidas entre el 13 de febrero de 2015 y el 12 de septiembre de 2017.

1.5.- Se ordene al Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP – pagar los ajustes anuales del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-2014 causados desde el 13 de septiembre de 2017 hasta la terminación del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-2014, junto con los intereses moratorios respectivos.

1.6.- Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° 2016-303002-9151 del 16 de marzo de 2016 expedido por el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP – contentivo de la negativa del pago de los ajustes anuales del precio pactado en el precitado contrato.

1.7.- Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° 2016-110011-6071 del 22 de septiembre de 2016 expedido por el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP – contentivo de la negativa del pago de los ajustes anuales del precio pactado en el precitado contrato.

1.8.- Se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2.- Fundamentos de hecho

Según lo reseñado en el escrito de demanda, el Despacho los sintetiza así:

2.1.- El Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP – dio apertura al proceso de selección mediante concurso de méritos N° DADEP CM-110-03-2010, con el propósito de realizar la interventoría técnica, administrativa, jurídica y financiera del Contrato de Concesión N° 001 de 2001, celebrado entre Bogotá D.C. - Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP - y la firma de Equipamientos Urbanos Nacionales de Colombia S.A. - Eucol S.A.-

2.2.- El concurso de méritos fue adjudicado al Consorcio Interventores Espacio Público, a través de la Resolución N° 313 del 4 de diciembre de 2013, por un valor de \$2.859.999.488.00.

2.3.- El 6 de febrero de 2014 fue celebrado el Contrato de Interventoría N° 110-00129-77-0-2014 entre el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP – y el Consorcio Interventores Espacio Público -CIEP- con un plazo de ejecución de cinco (5) años y cuatro (4) meses, el cual inició el 13 de febrero de 2014.

2.4.- Posteriormente, el Consorcio Interventores Espacio Público -CIEP-, mediante Oficio N° 2016-400-003827-2 y con comunicado interno N° DADEP5-201-195-16 del 3 de marzo de 2016, solicitó los reajustes correspondientes a los años 2015 y 2016.

2.5.- El 15 de marzo de 2016 a través del Oficio N° 2016-303002-9151, la entidad accionada le negó los ajustes reclamados con fundamento en lo acordado en las estipulaciones contractuales, por cuanto el valor del contrato se pagaría en sumas iguales por mensualidades vencidas.

2.6.- El 7 de junio de 2016, mediante Oficio N° 2016-400-009656-2 procedente del Consorcio Interventores Espacio Público -CIEP-, y radicado bajo el N° DADEP5-201-236-16, de nuevo solicitaron el pago de los reajustes de los años 2015 y 2016 basado en un análisis integral de los documentos que forman parte del Contrato N° 110-00219-77-0-2014.

2.7.- En el capítulo V del pliego de condiciones del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-2014, específicamente en la cláusula 5.2., está pactada la forma de pago y los ajustes a realizar cada año.

2.8.- En la cláusula 47 del Contrato de Concesión N° 001 de 2001, se estableció que el concesionario debía destinar durante el tiempo de concesión para el pago del interventor la suma máxima de \$25.000.000.00, pagadera de forma mensual. Igualmente, dijo que dicha suma se reajustaría anualmente con base en el Índice de Precios al Consumidor para el año inmediatamente anterior certificado por el DANE.

2.9.- Ambos contratos están coligados respecto a la forma de pago a la Interventoría como en los ajustes que se deben realizar, porque la naturaleza, la causa y funcionalidad la cláusula 5.2 de los pliegos de condiciones del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-2014 están reflejadas en el Contrato de Concesión N° 001 de 2001.

2.10.- Los ajustes del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-2014 equivalen, entre el día 13 de febrero de 2015 y el día 12 de febrero de 2016, a la suma de \$19.626.744.00, desde el 13 de febrero de 2016 y hasta el 12 de febrero de 2017 a la cantidad de \$37.632.849.00, y desde el 13 de febrero de 2017 hasta el 12 de septiembre de 2017 a la cantidad de \$19.907.293.00, para un valor total de \$76.896.886.00.

2.11.- La administración no dio respuesta a la petición del 7 de junio de 2016, y por ello el Consorcio Interventores Espacio – CIEP –, con apoyo en los artículos 84 y 85 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, dio aplicación al silencio administrativo positivo, a través del Oficio N° 2016-400-016288-2, radicado bajo el N° DADEP5-201-296-16 el día 21 de septiembre de 2016.

2.12.- A la precitada comunicación se adjuntó los siguientes documentos: i). – declaración jurada rendida para fines extraprocesales, a través del representante legal, en donde se hizo constar el hecho de no haberse notificado respuesta o decisión por parte de la entidad, ii). - protocolización de la constancia o copia de recibo de la petición presentada el 7 de junio de 2016, y iii). – escritura pública N° 1.934 del 19 de septiembre de 2016 otorgada en la Notaría 42 del Círculo de Bogotá D.C.

2.13.- El 22 de septiembre de 2016 el DADEP mediante Oficio N° 2016-110011-6971, manifestó su negativa de efectuar el pago de los ajustes del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-2014.

2.14.- El 26 de octubre de 2016 el DADEP por medio de la comunicación N° 2016-110015-2211 le indicó al Consorcio la improcedencia de aplicar el silencio administrativo positivo.

2.15.- Afirmó que hay conexidad entre el Contrato de Interventoría N° 110-00129-77-0-2014 y el Contrato de Concesión N° 001 de 2001, porque en la cláusula 10ª se estipuló la integración de ambos y en consecuencia de ello producen los mismos efectos y obligaciones jurídicas para todos los documentos expedidos en la etapa precontractual – estudios previos, pliegos (si aplica) -, y/o la propuesta presentada por el contratista.

2.16.- En el numeral 2.3 del mismo pliego de condiciones del Contrato de Interventoría se pactó que los recursos estimados ascendían a la suma de \$2.860.000.000.00, que se pagarían a través de la fiducia, y que a su vez allí se remite a la cláusula 47 del Contrato de Concesión de Mobiliario Urbano N° 001 de 2001.

2.17.- En la sección N° 2.11 del pliego de condiciones aparece de forma expresa que dentro de los anexos de este documento está el formato N° 6 del Contrato de Concesión de Mobiliario Urbano N° 001 de 2001.

2.18.- De acuerdo a lo pactado en la cláusula 10ª del Contrato de Interventoría, el Contrato de Concesión N° 001 de 2001 hace parte integral mismo, y en consecuencia producen los mismos efectos y obligaciones jurídicas, siendo por ello procedente el reconocimiento de los ajustes aquí pretendidos.

II.- CONTESTACIÓN

El 23 de agosto de 2018 el apoderado judicial del Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP – dio contestación a la demanda, puso en entre dicho la gran mayoría de los hechos y se opuso rotundamente a las pretensiones, por cuanto no existe acuerdo alguno sobre los ajustes demandados, ya que lo realmente acordado fue el pago del valor del contrato por mensualidades vencidas, conforme a lo estipulado en el numeral 5.2.1 del Contrato de Interventoría N° 110-00129-77-0-2014.

Por lo tanto, afirmó que no existe conexidad entre el Contrato de Concesión N° 001 de 2001 y el Contrato de Interventoría N° 110-00129-77-0-2014, y que por ello no es factible predicar un desequilibrio económico debido a que el segundo contrato es autónomo, y que los objetos contractuales son totalmente diferentes.

Expuso que el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP – dio respuesta a las solicitudes realizadas por el contratista, en especial afirmó que mediante comunicado N° 201611000116971 del 11 de agosto de 2016, reiterado con el radicado N° 20161100152211 del 24 de octubre de 2016, se respondió que la petición objeto de protocolización del silencio administrativo positivo no era procedente porque era la reiteración de una solicitud anterior – 7 de junio de 2016 –, que ya había sido negada con oficio N° 20163030029151 y se fundaba en una consecuencia ficta, así como en una situación inexistente.

Propuso como excepciones de mérito las denominadas “*inexistencia de desequilibrio económico*”, “*inexistencia de conexidad de los contratos*” y “*violación al principio general del derecho nemo auditur propiam turpitudinem allegans*”.

i). – Inexistencia de desequilibrio económico: Expuso que en el presente caso no existen cargas que pudieran quebrantar el principio de igualdad en la relación contractual.

ii). – Inexistencia de conexidad de los contratos: Reiteró que el contrato de interventoría es autónomo e independiente del contrato frente al cual se ejerce la supervisión, por lo que no es posible dar aplicación a cláusulas o apartes del contrato de concesión. Igualmente, trajo a colación lo dispuesto en el artículo 71 del Decreto N° 111 de 1996 para advertir que el DADEP no puede contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, porque de lo contrario se estaría infringiendo lo reglado en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto N° 734 de 2012.

iii). – Violación al principio general del derecho *Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegans*: Señaló que el Consorcio Interventores Espacio Público – CIEP – no puede alegar su propia culpa, porque al no haber puesto de presente oportunamente las observaciones al pliego de condiciones en la etapa precontractual fue suscrito el contrato sin ningún tipo de impedimento. Por consiguiente, alegó que las pretensiones del demandante son infundadas.

III.- TRÁMITE DE INSTANCIA

El 22 de septiembre de 2017¹ la demanda fue presentada ante la Oficina de Apoyo Judicial de los Juzgados Administrativos de Bogotá D.C., quien efectuó reparto del asunto correspondiéndole el conocimiento a este Despacho Judicial.

¹ Ver sello folio 108 del Cuaderno 1

Por auto del 19 de enero de 2018² se dispuso la admisión del medio de control de controversias contractuales.

El 7 de junio de 2018³ se practicaron las notificaciones vía correo electrónico a la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., al Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público, a la Procuraduría 80 Judicial Administrativa de Bogotá D.C., y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. De forma simultánea se surtieron las notificaciones por correo postal para los días 19 y 23 de julio de 2018⁴.

El 23 de agosto de 2018⁵ el apoderado judicial del Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP - contestó en tiempo la demanda.

En audiencia inicial del 26 de septiembre de 2019⁶ resolvió declarar infundadas las excepciones previas denominadas falta de legitimación en la causa e ineptitud sustantiva de la demanda. En la misma oportunidad se evacuaron los demás tópicos como la fijación de litigio, y el decreto de pruebas de las partes, entre otros.

Posteriormente, en audiencia de pruebas del 8 de septiembre de 2020⁷, se practicaron los medios probatorios decretados, como el testimonio absuelto por la Gerente Comercial de Interventorías y Diseños S.A., y se declaró finalizada la etapa probatoria y se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión. El mismo término se concedió al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- Parte Demandante

La apoderada judicial de la parte demandante⁸, formuló sus alegatos de conclusión iterando los argumentos de la demanda.

2.- Parte Demandada

El mandatario judicial del demandado⁹ formuló sus alegatos de conclusión con similares planteamientos a los expuestos en la contestación de la demanda, motivo por el cual el Despacho no encuentra necesario hacer resumen de los mismos.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Este Juzgado tiene competencia para conocer esta acción porque así lo determinan los artículos 104 numeral 2, 155 numeral 5 y 156 numeral 4 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

² Folio 57 del Cuaderno 1

³ Folios 80 a 82 del Cuaderno 1

⁴ Folios 88 a 100 del Cuaderno 1

⁵ Folios 125 a 139 del Cuaderno 1

⁶ Folios 162 a 167 del Cuaderno 1 incluido 1 DVD-R contentivo de la audiencia inicial del 26 de septiembre de 2019

⁷ Folios 308 a 309 del Cuaderno 1 incluido 1 DVD-R contentivo de la audiencia de pruebas del 8 de septiembre de 2020

⁸ Folios 313 a 321 del Cuaderno 1

⁹ Folios 310 a 312 del Cuaderno 1

2.- Problema Jurídico

Al Despacho le corresponde determinar si procede declarar la existencia de conexidad entre el Contrato de Interventoría N° 110-00219-77-0-2014 y el Contrato de Concesión N° 001 de 2001. Por consiguiente, si procede la declaratoria de incumplimiento del contrato de interventoría en mención por parte de la entidad contratante – Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público, en cuanto a no haber hecho efectiva la cláusula 5.2 del pliego de condiciones, referente al pago que se debe efectuar al Consorcio Inventores Espacio Público de los ajustes anuales del IPC sobre el valor contrato; y si por ello hay lugar a ordenarle a la última que pague las sumas de dinero que pretende el Consorcio demandante.

Así mismo, deberá determinarse si es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos emitidos por el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público el 15 de marzo de 2016, mediante Oficio N° 2016-303002-9151 y el 22 de septiembre del mismo año, bajo el radicado N° 2016-110011-6971, por los cuales la entidad estatal negó el pago de los ajustes solicitados.

3.- Generalidades de la interventoría contractual

Respecto a las controversias contractuales, el artículo 141 del CPACA señala que:

“cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando ésta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo para liquidar de mutuo acuerdo...”.

En materia de interventoría contractual el artículo 83 del Estatuto de Anticorrupción determina el alcance en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

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.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.

PARÁGRAFO 1o. En adición a la obligación de contar con interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría.

PARÁGRAFO 2o. El Gobierno Nacional reglamentará la materia. (...)”
 (Negrilla y Subrayado fuera de texto).

De igual manera, el artículo 84 del Estatuto Anticorrupción establece como facultades y deberes de los supervisores y los interventores, así:

“ARTÍCULO 84. FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

PARÁGRAFO 1o. El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2000 <sic, es 2002> quedará así:

No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.

PARÁGRAFO 2o. Adiciónese la Ley 80 de 1993, artículo 8o, numeral 1, con el siguiente literal:

k) <sic> <Literal **CONDICIONALMENTE** exequible>¹⁰ El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

¹⁰ Corte Constitucional, párrafo declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE**, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-434-13 de 10 de julio de 2013, Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Ríos, 'en el entendido que, en caso de concurrencia de sanciones de inhabilidad para contratar con el Estado, solo tendrá aplicación la más alta, siempre y cuando se hayan impuesto por el mismo hecho.'

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.

PARÁGRAFO 3o. El interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor.

Cuando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo conmine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con este, de los perjuicios que se ocasionen.

PARÁGRAFO 4o. Cuando el interventor sea consorcio o unión temporal la solidaridad se aplicará en los términos previstos en el artículo 7o de la Ley 80 de 1993, respecto del régimen sancionatorio. (...)

Es necesario recordar, además, lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, que establece el principio de responsabilidad de los servidores públicos, quienes están en la obligación de perseguir el cumplimiento de los fines de la contratación, así como *“vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato”*.

En lo que respecta a la continuidad de la interventoría, el artículo 85 del Estatuto Anticorrupción, dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 85. CONTINUIDAD DE LA INTERVENTORÍA. Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. **En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.**

PARÁGRAFO. Para la ejecución de los contratos de interventoría es obligatoria la constitución y aprobación de la garantía de cumplimiento hasta por el mismo término de la garantía de estabilidad del contrato principal; el Gobierno Nacional regulará la materia. En este evento podrá darse aplicación al artículo 7 de la Ley 1150, en cuanto a la posibilidad de que la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato. (...)

En lo que respecta al alcance del contrato de interventoría, el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

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. (...)”

4.- Asunto de fondo

Es del resorte del juzgado, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, determinar si se debe declarar lo pedido por el Consorcio Interventores Espacio Público – CIEP -, a saber: i) la conexidad entre el Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-2014 y el Contrato de Concesión N° 001 de 2001, referente al ajuste anual establecido en la cláusula 5.2 del Pliego de Condiciones de la interventoría, ii) si hay lugar a hacer el ajuste del precio del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-2014 a las mensualidades comprendidas desde el día 13 de febrero de 2014 hasta la fecha de terminación, esto es el 12 de junio de 2019, junto con los respectivos intereses moratorios a partir de la fecha de exigibilidad y hasta cuando se verifique el pago de la obligación, y iii) la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios N° 2016-303002-9151 del 15 de marzo de 2016 y N° 2016-110011-6971 del 22 de septiembre de 2011.

En su defensa el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP, adujo que no existe conexidad en los contratos, y que no hay lugar a los ajustes del valor del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-2014, por cuanto no fue pactada dicha cláusula de reajuste, además porque son contratos totalmente autónomos e independientes. Igualmente, solicitó la aplicación del principio “*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*” - nadie puede alegar a su favor su propia culpa -.

En el expediente obra copia digital del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-201416, el cual tenía por objeto la interventoría técnica, administrativa, jurídica y financiera del Contrato de Concesión N° 001 de 2001, celebrado entre Bogotá D.C. - Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público y la firma Equipamientos Urbanos Nacionales de Colombia S.A. -EUCOL S.A.-, por la suma de \$2.859.999.488, igualmente se pactó como forma de pago la siguiente:

“(…) **El valor total del contrato se pagará en sumas iguales por mensualidades vencidas.** Procedimiento para el pago: EL INTERVENTOR presentará la factura y el informe mensual dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al vencimiento de cada mes. La DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO tendrá cinco (5) días hábiles para examinar la factura y el informe, y si está de acuerdo con ellos, dará la orden de pago a la fiduciaria. Si no está de acuerdo con la factura y/o el informe, lo devolverá al INTERVENTOR, quien tendrá cinco (5) días hábiles para corregirlos y presentarlos nuevamente.

El último pago se cancelará con la suscripción del acta de liquidación, previa certificación de cumplimiento del responsable del Control de ejecución del contrato y entrega del informe final consolidado de actividades.

PARÁGRAFO PRIMERO. – Si la factura no ha sido correctamente elaborada, el término para el pago solo empezará a contarse desde la fecha en que se presente en debida forma. Las demoras que se presenten por estos conceptos serán responsabilidad del CONTRATISTA y no tendrá por ello derecho al pago

de intereses o compensación de ninguna naturaleza. Los pagos se efectuarán a través del sistema SAP en la cuenta de ahorros o corriente de la entidad financiera que indique el contratista, de la cual sea titular éste. Sin perjuicio de lo anterior queda entendido que la forma de pago supone la prestación real y efectiva de la contraprestación pactada. (...)”¹¹ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

El plazo de ejecución establecido fue de cinco (5) años y cuatro (4) meses contados a partir de la suscripción del acta de iniciación u orden de ejecución, previa aprobación de la garantía única y expedición del registro presupuestal.

Igualmente, en la cláusula 10ª se pactó que forman parte integral del contrato y que, en consecuencia, producen los mismos efectos y obligaciones jurídicas, todos los documentos expedidos en las etapas precontractual – estudios previos, pliegos (si aplica), y/o propuesta presentada por el contratista, contractual y en la liquidación del mismo cuando haya lugar a ella.

En el Pliego de Condiciones del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-201416¹², se aprecian las siguientes cláusulas de interés para el presente asunto. Veamos:

“1.6.4. Pliegos de condiciones

Los pliegos de condiciones y los demás documentos expedidos por EL DADEP en desarrollo de la presente licitación, conforman las disposiciones de obligatorio cumplimiento para los proponentes, el contratista y EL DADEP. Vencida la oportunidad para la modificación o aclaración de dichos documentos, los mismos serán aplicables tal y como fueron expedidos.

.....

1.6.17. Valor del contrato

El valor del contrato será igual al de la propuesta seleccionada.

.....

2.11. DE LOS ANEXOS A LOS PLIEGOS DE CONDICIONES.

Los anexos de los presentes pliegos de condiciones, son los siguientes:

.....

FORMATO No. 6: Contrato de Concesión de Mobiliario Urbano No. 001 de 2002, modificaciones contractuales y pliego de condiciones licitación pública No. 05 de 2.000.

.....

5.2.2. Compromiso del Concesionario

En el Contrato de Concesión N° 001 de 2001 se estableció lo siguiente:

“Cláusula 47. Pago de la Interventoría de la CONCESIÓN.

El CONCESIONARIO deberá destinar durante el tiempo de la concesión para el pago del Interventor mensualmente, la suma máxima de veinticinco

¹¹ Ver archivo denominado “a) Contrato de Interventoría” contenido en la carpeta “Cuadernos Pruebas” contenidas en el DVD-R obrante a folio 36 del Cuaderno 1 y folios 39 a 40 del Cuaderno 2

¹² Ver archivo denominado “b) Pliego de Condiciones” contenido en la carpeta “Cuadernos Pruebas” contenidas en el DVD-R obrante a folio 36 del Cuaderno 1

millones de pesos moneda corriente (\$25.000.000.00) por concepto de remuneración del Interventor. Dicha suma se reajustará anualmente con base en el crecimiento del Índice de Precios al Consumidor nacional para el año inmediatamente anterior, certificado por el DANE.

Si la remuneración del interventor es inferior a veinticinco millones de pesos (\$25.000.000), el valor de la diferencia entre esta última suma y la remuneración pagada al Interventor será adicionado a la contraprestación a ser pagada por el Concesionario a la DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO en virtud del presente Contrato de Concesión. (...)”¹³

Luego, obra Acta de inicio del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-201416¹⁴, en la cual se observa como fecha de iniciación el 13 de febrero de 2014 y fecha de terminación 12 de junio de 2019.

En este contexto contractual, se tiene que el Consorcio Interventores Espacio Público – CIEP solicitó al Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP, en diferentes oportunidades, el ajuste del valor del contrato de interventoría conforme a lo estipulado en el numeral 5.2 del pliego de condiciones. Veamos:

i). – Solicitud N° DADEP5-201-195-16 radicada ante el DADEP el 4 de marzo de 2016¹⁵ bajo el N° 2016-400-003827-2. Al respecto la entidad, mediante respuesta del 14 de marzo de la misma anualidad¹⁶, con radicación N° 20163030029151, contestó que el numeral 5.2.2 del pliego de condiciones se refiere a los compromisos del concesionario, y que era una previsión para que el contratista cumpliera con los desembolsos para el pago de la interventoría.

ii). – Solicitud N° DADEP5-201-236-16 del 3 de junio de 2016 radicada ante el DADEP el 7 de junio de 2016¹⁷ bajo el N° 2016-400-009656-2.

Frente a la anterior petición, se encuentra incorporada copia auténtica de la Escritura Pública N° 1934 del 19 de septiembre de 2016¹⁸ otorgada en la Notaría 42 del Círculo de Bogotá D.C., por medio de la cual se protocolizó el silencio administrativo positivo respecto de la solicitud de reajuste del valor del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-201416.

iii). – Solicitud N° DADEP5-201-296-16 radicada ante el DADEP el 21 de septiembre de 2016¹⁹ con el N° 2016-400-016288-2.

Frente a lo anterior, el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP, para los días 22 de septiembre²⁰ y 22 de octubre de 2016²¹, reiteró su negativa de acceder al ajuste anual del valor del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-201416, por considerar que, si bien los pliegos de condiciones forman parte del mismo, la cláusula 5.2.2 corresponde a la transcripción de la cláusula 47 de Contrato de Concesión N° 01 de 2001, que en su momento estableció para las partes - concedente y concesionario - el deber de actualizar la suma que se debía garantizar al concesionario para la remuneración del interventor.

¹³ Ver archivo denominado “b) Pliego de Condiciones” contenido en la carpeta “Cuadernos Pruebas” contenidas en el DVD-R obrante a folio 36 del Cuaderno 1 y vuelto folio 68 del Cuaderno 68

¹⁴ Folio 110 del Cuaderno 2

¹⁵ Folio 112 del Cuaderno 2

¹⁶ Folios 105 a 106 del Cuaderno 1 y folios 113 114 del Cuaderno 2

¹⁷ Folio 119 a 126 del Cuaderno 2

¹⁸ Folios 142 a 152 del Cuaderno 2

¹⁹ Folio 128 a 133 del Cuaderno 2

²⁰ Folios 154 a 165 del Cuaderno 2

²¹ Folios 166 a 177 del Cuaderno 2

Por tanto, le explicó al Consorcio Interventores Espacio Público – CIEP que los documentos del Contrato de Concesión N° 01 de 2001 forman parte del pliego de condiciones del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-201416, pero con la finalidad de que los interventores conozcan y dominen los documentos objeto de supervisión, y que no puede interpretarse que estas documentales regulen y resuelvan las dificultades de la interventoría. Más aun cuando en el mismo pliego de condiciones en su numeral 2.3 se estableció la siguiente remuneración, así:

“(…) Los recursos estimados para el presente concurso de méritos, incluido el Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.), cuando a ello hubiere lugar y demás impuestos, tasas, contribuciones de carácter nacional y/o distrital legales, costos directos e indirectos, es la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA MILLONES DE PESOS (\$2.860.000.000) MONEDA LEGAL, que se pagarán a través de la fiducia a la que se refiere la cláusula 47 del contrato de concesión de mobiliario urbano No, 001 de 2001. (...)”²²

Desde esta perspectiva la entidad contratante le explicó a la interventoría que ese era el precio fijo conforme al presupuesto oficial estimado durante el plazo del contrato.

Luego, en comunicación N° 20161100152211 del 21 de octubre de 2016²³, el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP advirtió al Consorcio Interventores Espacio Público – CIEP la improcedencia de la configuración del silencio administrativo positivo, por cuanto la entidad ya se había pronunciado con anterioridad. Igualmente, señaló que la aplicación del numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, es de carácter restrictivo, porque el contratista debe tener el derecho total o parcial a los reconocimientos reclamados para que pueda invocar con éxito dicha figura.

En este contexto, advierte este Despacho que aun cuando no fue incorporado el Contrato de Concesión N° 001 de 2001 al plenario, se procede a analizar en estos términos si es posible predicar la conexidad de la cláusula 47 del citado contrato, que aparece en el numeral 5.2.2 del pliego de condiciones, con el Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-201416, y si es factible darle el alcance aludido por la entidad accionante.

Ahora, dada la posición asumida por el Consorcio Interventores Espacio Público – CIEP, se puede advertir que tenía pleno conocimiento de la existencia de la cláusula 47 del Contrato de Concesión N° 001 de 2001, y que la misma fue, por obvias razones, pactada con anterioridad al Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-201416.

Ello significa que, en el Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-201416 se omitió acordar el reajuste anual del precio con base en el índice de precios al consumidor y que ahora, en el presente caso bajo la hipótesis de la conexidad de la cláusula 47 del Contrato de Concesión N° 01 de 2001 y del numeral 5.2.2 del pliego de condiciones de la interventoría contractual, se pretende hacer valer un reajuste a los valores mensuales recibidos por concepto de interventoría entre el 13 de febrero de 2013 y el 12 junio de 2019.

Si bien el Código Civil establece en sus artículos 1618 y subsiguientes las reglas de interpretación de los contratos, no indica un orden metodológico para aplicarlas. Sin embargo, la jurisprudencia ha establecido un orden para acudir a dichas reglas, así:

²² Vuelto folio 49 del Cuaderno 2

²³ Folios 119 a 124 del Cuaderno 1

“(…) Dentro de la teoría general, para entender un contrato de acuerdo con la común intención de los contratantes y asignarle los efectos por ellos queridos y los que el ordenamiento jurídico indica, corresponde seguir el proceso de interpretación, el cual comprende tres pasos: interpretación en sentido estricto, calificación e integración. La interpretación en sentido estricto corresponde al proceso a través del cual se determina la común intención de las partes objetivada en el texto o en las declaraciones o comportamientos congruentes y relevantes, mediante la utilización de los criterios subjetivos y objetivos comprendidos en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil. La calificación corresponde al encuadramiento o tipificación del acuerdo alcanzado por las partes dentro de las categorías legales comprendidas en la Ley 80 de 1993, el código civil, el código de comercio o en las leyes especiales que resulten aplicables al caso concreto, en otras palabras, a la definición del tipo contractual legal dentro del cual se subsume la convención de los contratantes. La integración corresponde al fenómeno en virtud del cual, una vez determinado el tipo contractual, las partes o el juez encuentran que al lado de las determinaciones convencionales que tienen fundamento en la autonomía de las partes, se agregan, adicionan o suman otras obligaciones y otros derechos que tienen título en las normas imperativas y supletorias y en las otras fuentes externas al contrato, como los usos y costumbres, la buena fe y la equidad. (...)”²⁴

En primer lugar, se ubican las reglas principales -subjetivas- derivadas del artículo 1618 del C.C., cuya finalidad es interpretar el contrato de conformidad con la intención real de los contratantes. Y Subsidiariamente, cuando estas reglas no resultan suficientes para determinar la común intención de los contratantes, se debe acudir a las reglas objetivas de interpretación que buscan proteger el contrato.

Entonces, tenemos que el criterio de interpretación auténtico es prevalente sobre los demás criterios de interpretación contractual. El Consejo de Estado afirmó, en la sentencia de 9 mayo de 2012, lo siguiente:

“(…) probablemente no habrá mejor alternativa hermenéutica respecto del contenido de la declaración para escudriñar en la intención de las partes al formularla, que el comportamiento que ellas mismas hayan observado durante su ejecución, luego a voces de lo normado en el inciso tercero del artículo 1622 C.C., las cláusulas contractuales pueden interpretarse *“por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con la aprobación de la otra parte”*; esto no significa nada distinto que reconocer que *“[L]a ejecución que se ha dado a la cláusula, cuyo sentido hoy se controvierte, es su interpretación viva y animada; es la confesión misma de las partes; y a menos de probar que la ejecución que le han dado es el resultado de un error, es lógico y equitativo que no se les admita modificar su hecho propio”*²⁵. (...)”²⁶

En conclusión, el criterio de interpretación auténtico es la regla subjetiva de interpretación por excelencia y es prevalente frente a otros criterios.

Al abrigo de lo anterior, es válido afirmar que la conducta contractual de las partes es un buen indicador del auténtico sentido de las cláusulas del negocio jurídico entre ellas acordado, de modo que, si alguna de ellas no está conforme con su aplicación práctica, no dudará en comunicar su discrepancia a su contraparte con el fin de que el diferendo se solucione lo más pronto posible. Por el contrario, si no se hace ninguna manifestación al respecto, en la primera oportunidad posible, ello debe tomarse como que las dos partes están de acuerdo

²⁴ Sentencia del 24 de mayo de 2012, Sala de Contencioso Administrativo, Consejo de Estado, Expediente N°. 76001-23-25-000-1999-00272-01(21181)

²⁵ CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, cit., p. 20.

²⁶ Sentencia del 9 de mayo de 2012, Sala de Contencioso Administrativo, Consejo de Estado, Expediente N°. 88001233100020000057 01 (22.714)

no solo con lo plasmado en el respectivo contrato sino también con la aplicación práctica que al acuerdo de voluntades se le da.

Así, debe señalarse que el Acta de inicio del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-201416²⁷ se firmó el 13 de febrero de 2014, con plazo de ejecución hasta el 12 de junio de 2019. Además, si bien es cierto que el Consorcio Interventores Espacio Público – CIEP solicitó en más de una ocasión al Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP, el ajuste del valor del contrato de interventoría conforme a lo estipulado en el numeral 5.2 del pliego de condiciones, el primer requerimiento probado corresponde a la solicitud N° DADEP5-201-195-16 radicada ante el DADEP el 4 de marzo de 2016²⁸ bajo el N° 2016-400-003827-2.

Lo anterior se traduce en que, no es cierto que el Consorcio Interventores Espacio Público – CIEP haya entendido desde la fase precontractual y con mayor razón en la etapa contractual, que los precios del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-201416 debían reajustarse por parte del Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP, con la finalización de cada año calendario y con fundamento en el índice de precios al consumidor.

Si ese hubiera sido el entendimiento que desde un comienzo tuvo el Consorcio Interventores Espacio Público – CIEP, lo más lógico es que no esperara hasta el 4 de marzo de 2016 para hacer la reclamación respectiva, sino que con seguridad la habría efectuado a comienzos de enero del año 2015, cuando desde su punto de vista le había surgido el derecho a que se le reajustaran los desembolsos mensuales.

De otro lado, la interpretación dada por el Consorcio Interventores de Espacio Público – CIEP, a lo consignado en el pliego de condiciones, implicaría modificar lo pactado por las partes en el Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-201416, lo cual no tiene cabida porque la voluntad de las partes fue pagar un precio fijo unitario por sumas iguales en mensualidades vencidas.

Es de resaltar que, cuando las partes acordaron el precio del contrato en la suma de \$2.859.999.488 y que se pagaría en sumas iguales por mensualidades vencidas, no acordaron ajustar anualmente el valor de la interventoría, ni la demandada se obligó a pagar tal remuneración, que es lo que en síntesis pretende la demandante. Lo anterior, porque este punto se plasmó en el pliego de condiciones, así:

“(…) 4.4. PROPUESTA ECONÓMICA

El valor de las ofertas no será objeto de evaluación. No obstante, la propuesta que presente un valor superior al presupuesto oficial, será **RECHAZADA**.

La propuesta económica deberá incluir un valor mensual y el valor total por el término del contrato y todos los conceptos asociados a las tareas a contratar que comprenden, entre otros:

1. La remuneración del personal del consultor, la cual podrá incluir, según el caso, sueldos, cargas por concepto de seguridad social, viáticos, etc.
2. Gastos reembolsables indicados en los pliegos de condiciones.
3. Gastos generados por la adquisición de herramientas o insumas (sic) necesarios para la realización de la labor.
4. Gastos de administración.
5. Utilidades del consultor.

²⁷ Folio 110 del Cuaderno 2

²⁸ Folio 112 del Cuaderno 2

6. Gastos contingentes. (...)”²⁹

Entonces, en realidad las partes no estipularon los reajustes anuales del precio del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-201416, sino que, por el contrario, fueron explícitas al señalar que el valor del contrato se pagaría en sumas iguales por mensualidades vencidas.

Es cierto que en el pliego de condiciones se hizo alusión a la cláusula 47 del Contrato de Concesión N° 01 de 2001, cuya finalidad consistió en que el concesionario debía destinar durante el tiempo de la concesión el pago mensual de \$25.000.000 por concepto de remuneración al interventor y que dicha suma se reajustaría anualmente con base en el comportamiento del índice de precios al consumidor para el año inmediatamente anterior. Sin embargo, tal convenio no puede tomarse como modificadorio del Contrato de Interventoría, pues de ninguna manera puede deducirse que la voluntad de las partes fuera modificar el modo de remuneración de un costo total fijo a un precio reajutable anualmente con el índice de precios al consumidor del año anterior, sobre todo porque, se insiste, el precio pactado no tenía contemplada dicha variación.

Inclusive, de lo narrado por la testigo Luz Marina Ortega, en su calidad de Gerente Comercial de INTERDISEÑOS S.A., una de las integrantes del Consorcio Interventores Espacio Público – CISEP, se tiene que ella informó que en el Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-201416 no se hizo referencia a una cláusula de reajuste, sino que la misma tenía asiento en el Contrato de Concesión N° 01 de 2001. Explicó al Despacho que, en años anteriores, la entidad sí le reconoció los reajustes y que, por ello, se entendía que sí existía un nexo jurídico entre ambos contratos, por cuanto así lo venían haciendo con las interventorías contratadas anteriormente.

Bajo el anterior panorama se advierte que el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP, no tenía la obligación de pagar al Consorcio demandante los reajustes por ella aludidos, durante el periodo comprendido entre el 13 de febrero de 2014 y el 12 de junio de 2019, puesto que según los términos del contrato el valor del mismo, desde los pliegos de condiciones, se concibió como una suma total, con la precisión que los pagos se harían por mensualidades, por lo que es probable que se entendiera que como la mayoría de las remuneraciones mensuales, debía ser objeto de reajuste conforme al índice de precios al consumidor, cual ocurre con los salarios, concepto que por cierto difiere sustancialmente de la contraprestación que recibía la firma contratista.

Por lo tanto, no existe conexidad entre el Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-201416 y la cláusula 47 del Contrato de Concesión N° 001 de 2001 –al menos en la forma propuesta en la demanda-, ya que el hecho de que el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP, haya contratado en el pasado interventorías con precios reajustables anualmente con base en el índice de precios al consumidor, ello no significa que tal conducta constituye una regla exigible para todas las interventorías que se celebren a futuro, sin sujeción a los términos del respectivo contrato.

Sin lugar a dudas, junto con el criterio de interpretación auténtica explicado, también resulta de utilidad para la resolución del asunto *sub judice* el mecanismo que se desprende del denominado *principio de conservación del contrato*, por virtud del cual la hermenéutica del negocio debe estar enderezada a lograr que el mismo o alguna de sus cláusulas resulten eficaces.

²⁹ Vuelto folio 49 del Cuaderno 2

Del mismo modo, no puede perderse de vista en el presente caso el criterio de interpretación sistemática del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-201416, que parte por reconocer que la intención o el espíritu del contrato resulta indivisible, razón por la cual no debe atribuirse sentido a una de sus cláusulas de forma inconexa respecto de las demás, sino vinculándola con el todo orgánico en el cual se integra, lo anterior conforme a lo preceptuado por el inciso 1° del artículo 1622 C.C., que dice: *“las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”*.

Dicha premisa permite dar aplicación tanto al criterio de interpretación sistemático como al principio de conservación del contrato y de sus cláusulas. Esto, puesto que en el presente asunto el sentido de la estipulación contentiva del precio del contrato no puede fijarse con prescindencia del contexto, en el que surge de trascendental importancia lo dicho sobre la forma de pago, esto es que *“el valor total del contrato se pagará en sumas iguales por mensualidades vencidas”*, lo que debe leerse en el sentido de que el precio único por valor de \$2.859.999.488.00, se cancelaría por instalamentos mensuales, desagregación que de ninguna resta le resta el carácter de precio único al acuerdo de voluntades.

De otro lado, la parte demandante sostiene que en el Contrato de Interventoría No. 110-00129-770-2014 no se estipuló expresamente lo que sí aparece en el Pliego de Condiciones en cuanto al precio y la forma de pago, más concretamente que el contrato dejó de recoger el reajuste que en su sentir sí se anunció en la fase precontractual, cuyos efectos son vinculantes.

Lo evidente, pues así lo revela el mencionado contrato, es que el precio se estipuló en la cantidad de \$2.859.999.488.00 y que *“El valor total del contrato se pagará en sumas iguales por mensualidades vencidas.”* Por ende, si el consentimiento que entregó el Consorcio Interventores Espacio Público – CIEP al momento de suscribir el contrato, no concuerda con lo que en verdad pactó, lo correcto es que hubiera demandado la nulidad de ese negocio jurídico para desvirtuar la presunción de validez que lo acompaña, luego de demostrar que su consentimiento fue objeto de alguno de los vicios mencionados en el artículo 1508 del Código Civil, como son error, fuerza o dolo.

Por ahora, lo que se avizora, es que el Consorcio demandante pretende darles a las cláusulas relativas al precio y su forma de pago, acordadas en el contrato, un efecto jurídico totalmente contrario a su literalidad, para lo cual acude a las reglas de interpretación, pero sin tomar en cuenta que el tenor literal no puede dejarse de lado so pretexto de consultar su espíritu, sobre todo porque el contrato se presume ajustado a derecho y si, como ya se dijo, el consentimiento fue expresado con algún vicio intrínseco, lo correcto es declarar su existencia para así darle un efecto contrario a lo pactado.

De otro lado, si se tomara por cierto que lo ocurrido fue la falta de estipulación de la cláusula de reajuste del valor del Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-2014, el Despacho respondería que ello se trataría de un problema atribuible al Consorcio Interventores Espacio Público – CIEP, al no realizar la observación respectiva al pliego de condiciones para que ello fuera absolutamente claro, de igual forma porque no la tuvo en cuenta al momento de presentar la propuesta económica, pues es una responsabilidad del proponente controlar, prever, planear financieramente y organizar lo que concierne a definir a cuánto asciende su remuneración por la eventual interventoría a ejecutar, de manera que no existe razón para que quien así actúa luego quiera aducir un reajuste después de haberse adjudicado el contrato y eximirse de la responsabilidad que le cabe por su falta de diligencia.

Un comportamiento como el descrito, asumiendo que es lo cierto, es contrario al principio general de derecho según el cual Nadie puede alegar la propia culpa en su beneficio “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”. Las conductas descuidadas no son premiadas por el ordenamiento jurídico, por el contrario, son ignoradas por el derecho en la medida que el responsable de un determinado resultado no puede evadir los efectos jurídicos que de ello se desprenden. Por tanto, si se aceptara la hipótesis de que la administración puso a disposición del Consorcio Interventores Espacio Público – CIEP un contrato que en su precio y forma de pago no era fiel trasunto de lo anunciado en el pliego de condiciones, la conducta a seguir por parte del contratista era no haberlo firmado y devolverlo a la administración para que le hiciera los ajustes sobre lo que supuestamente se había ofrecido en la fase precontractual.

Esto era de suma importancia si se recuerda que según el artículo 1602 del Código Civil “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*”, lo que se traduce en que si el contratista firma de manera consciente y voluntaria el contrato de interventoría, queda legalmente obligado a sus términos, salvo que, como se dijo líneas arriba, demande y obtenga su invalidez ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que también era indispensable en este caso toda vez que se solicita acudir a la hermenéutica no con el ánimo de remover alguna opacidad en el recto entendimiento de una cláusula contractual, sino con el claro e inadmisibles propósito de hacerle producir a una estipulación del contrato un efecto abiertamente contrario a su tenor literal, pues no es lo mismo afirmar que el precio del contrato sí se pactó con reajuste anual con base en el índice de precios al consumidor, a que el precio del contrato no se acordó con derecho al reajuste anual con fundamento en ese indicador económico.

Ahora, otro de los planteamientos al que acude la parte demandante para sacar adelante sus pretensiones es que en los contratos de interventoría que antecedieron al Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-201416, relativos todos ellos a la interventoría sobre el Contrato de Concesión 001 de 2001, siempre se pactó el reajuste anual con base en el índice de precios al consumidor, motivo por el cual la misma regla se hace extensiva al contrato de marras.

El Despacho, sin que considere necesario confirmar o desmentir lo anterior, es de la tesis que los contratos de interventoría que se firmen en torno a la vigilancia –permítase la expresión– de un contrato estatal, son independientes y autónomos, sin que pueda sostenerse que los contratos futuros se gobiernan, así sea parcialmente, por las estipulaciones de los contratos anteriores, en particular las relativas al precio y su forma de pago.

Tal hipótesis resulta extraña al principio de legalidad. Obsérvese que la contratación estatal es una actividad totalmente reglada, pues el legislador ha dictado, con la mayor precisión posible, cuales son los pasos y procedimientos que se deben seguir para la firma de un contrato celebrado por la administración, proceso de formación que hasta donde se sabe no queda limitado o sujeto a las estipulaciones de contratos anteriores sobre la misma materia.

Una cosa es la unidad jurídica que eventualmente pueda predicarse entre el pliego de condiciones y el contrato estatal que se celebre con ocasión al mismo; y otra muy distinta, es la relación jurídica que pueda existir entre diferentes contratos de interventoría celebrados frente a un mismo contrato de concesión, la que en opinión del juzgado no existe, dado que cada proceso de contratación se celebra de manera independiente, sometido a sus propios pliegos de

condiciones y a las vicisitudes relacionadas con cada oferta o propuesta que se haga a la administración.

Si se admitiera dicha relación y, por lo mismo, se supusiera que el contrato ulterior debe gobernarse, al menos en parte, por las reglas del contrato anterior, como por ejemplo en cuanto a la forma como debe pagarse el precio convenido, bien podría afirmarse que cuando menos se estaría vulnerando el principio de selección objetiva, pues de existir esa sujeción claramente la escogencia del contratista perdería toda su imparcialidad y ya no podría considerarse como objetiva la selección del colaborador de la administración.

En el mismo sentido, dirá el Despacho que la costumbre, como fuente creadora de derecho, tampoco es de recibo en esta oportunidad. La parte actora acude a la misma para señalar que en el pasado se aplicaba al contrato de interventoría sobre el mencionado contrato de concesión el reajuste anual del precio con base en el índice de precios al consumidor, de donde surge una especie de derecho para los futuros contratistas a que se le mantengan las mismas condiciones. Este planteamiento se desestima acudiendo al alcance que el principio de legalidad tiene en materia de contratación estatal, tal como se dijo en párrafos anteriores, pero además, porque la costumbre, en la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico interno, de ninguna manera puede estar por encima de las estipulaciones de la Ley 80 de 1993, y tampoco de lo convenido por las partes en el contrato estatal, que conforme a lo prescrito en el artículo 1602 del Código Civil, es ley para las partes.

Otro de los argumentos esgrimidos por la parte demandante se rotula bajo el título *“En ningún acápite del contrato se encuentra la negativa taxativa de no reconocer ajustes a su valor desconociendo la conmutatividad del negocio.”*, y se apoya en el principio de conmutatividad contractual y en que *“Nunca se señaló por parte del DADEP que el contrato no tendría ajustes y no se encuentra tal afirmación en ninguna parte del contrato ni en sus documentos que lo integran, es entonces una simple interpretación arbitraria que atenta contra el principio de buena fe analizada anteriormente.”*.

Es claro, según lo planteado, que la parte demandante recurre a una visión poco o nada utilizada en contratación estatal, consistente en que el derecho al reajuste es una especie de derecho inherente a los contratos de interventoría y que ese derecho únicamente se pierde en la medida que entre la administración y el contratista se pacte que no se tendrá derecho al mismo. Por tanto, según lo entiende la demandante, si ninguna estipulación se hace al respecto, el derecho se consolida en cabeza de la firma interventora, quien queda legalmente habilitada para reclamarlo en sede administrativa o judicial.

El juzgado tampoco está de acuerdo con la idea anterior. Si bien es cierto que la conmutatividad es un principio inherente a los contratos bilaterales o sinalmáticos, en los que las prestaciones se miran como equivalentes, también lo es que su apreciación no puede llevar a admitir que en todos los contratos bilaterales cuyo precio único se pague por instalamentos, se adquiera, *per se*, el derecho al pago de un reajuste anual con base en el índice de precios al consumidor.

El reajuste necesariamente debe acordarse, no deducirse, y debe estar claramente consignado en el clausulado contractual. Es un sofisma suponer que, si la administración no niega expresamente el reajuste anual del precio del contrato, el contratista lo adquiere automáticamente con cada anualidad que pase. Es cierto que existen obligaciones de diferente naturaleza, tales como la de hacer, no hacer, entregar una cosa, sin embargo, lo relativo al precio del contrato es el fruto del acuerdo en torno a entregar al contratista, por lo general,

una suma de dinero a cambio de la ejecución de una obra o una actividad, lo que significa que las obligaciones en esta materia son positivas, entendidas como que si el contratista hace lo que se le pide la administración correlativamente entrega la cosa convenida (dinero), pero exactamente en la cuantía estipulada, nunca en una cuantía surgida de conjeturas tales como que al no haberse prohibido el reajuste la entidad queda obligada al pago del mismo.

En otro aparte de los fundamentos jurídicos de la demanda se sostiene que la cláusula de reajuste debe aplicarse porque de lo contrario no se cumple con el deber de preservar el equilibrio económico del contrato.

Dicho equilibrio es un deber de la administración. Al contratista se le deben mantener las condiciones inicialmente pactadas pues, así como la administración puede beneficiarse de su colaboración, el contratista igualmente tiene el derecho a que la contraprestación pactada no sufra menguas por el advenimiento de hechos que implican la ruptura de la equivalencia de las prestaciones.

En el *sub lite* no es factible afirmar que el equilibrio económico del contrato se rompió porque la administración no le reconoció al contratista el derecho al reajuste reclamado. La alteración de ese equilibrio supone que las condiciones iniciales sufrieron una modificación significativa en detrimento del patrimonio del contratista, porque se hizo más oneroso para el último la ejecución de las obligaciones a su cargo. Empero, las condiciones bajo las cuales el consorcio demandante desarrolló el objeto del contrato de interventoría son exactamente las mismas que se pactaron desde un inicio, puesto que el cambio perjudicial que aduce la parte actora radica en el desconocimiento del reajuste anual del precio con base en el índice de precios al consumidor, que según se demostró en precedencia no se pactó ni fue reconocido por la administración de manera ulterior.

Recuérdese que el Contrato de Interventoría N° 110-00129-770-201416 tenía por objeto la interventoría técnica, administrativa, jurídica y financiera del Contrato de Concesión N° 001 de 2001, celebrado entre el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público y la firma Equipamientos Urbanos Nacionales de Colombia S.A. -EUCOL S.A.-, por la suma total de \$2.859.999.488.00, pagadero “*en sumas iguales por mensualidades vencidas*”. Así, resulta inadmisibles que la firma contratista se muestre sorprendida porque no se le paga el reajuste anual pedido, pues desde un comienzo aceptó el pago de una cifra total por todo el tiempo de ejecución del contrato y que, además, la misma le fuera cancelada en sumas iguales por mensualidades vencidas; es decir, que en todo momento los términos del precio del contrato se han conservado, no solo en su cuantía sino también en su forma de pago, por lo que no puede ahora alegar que se produjo una alteración en el equilibrio del contrato porque no se le paga el reajuste, ya que al no haberse pactado ese ajuste con el IPC la ecuación contractual se sigue conservando intacta.

De otra parte, el Consorcio Interventores Espacio Público – CIEP alega que a su favor se configuró el silencio administrativo positivo previsto en el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, así:

“16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley.”

Sin necesidad de ahondar en los presupuestos que se deben cumplir para la efectiva aplicación del silencio administrativo positivo en materia de contratación estatal, vale la pena mencionar que el factor temporal es quizás el elemento más sobresaliente de la figura, ya que el acto ficto positivo únicamente se configura si una vez radicada la petición la administración guarda silencio por más de tres meses, esto es no emite una respuesta de fondo y definitiva.

En el 4º hecho de la demanda se afirma que el Consorcio Interventores Espacio Público – DADEP radicó el 3 de marzo de 2016 y ante el Departamento Administrativo de Defensoría del Espacio Público - DADEP “*solicitud de los reajustes correspondientes al año 2015 y 2016, y el procedimiento a seguir para el cobro de los mismos.*”, y que frente a ello la entidad respondió el 15 de marzo de 2016, con oficio 2016-303002-9151, en el sentido de negar lo pedido, bajo el argumento que el precio del contrato se había pactado en una suma fija pagadera en cantidades iguales por mensualidades vencidas.

Es claro, entonces, que el presupuesto temporal contemplado en el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 no se cumple. A la petición de 3 de marzo de 2016 respondió la administración con escrito de 15 del mismo mes y año, lo que evidencia que la respuesta no solo fue de fondo, sino que también se expidió mucho antes de que se vencieran los tres meses requeridos para la configuración del silencio administrativo positivo.

Es cierto que con posterioridad a las comunicaciones anteriores hubo otro cruce de oficios de parte y parte, pero también lo es que el acto ficto al que se refiere la ley no podría configurarse con las ulteriores peticiones y respuestas porque ello implicaría dejar en manos de los asociados el cómputo de términos que son de orden público y de estricto cumplimiento.

Asimismo, se observa que el Consorcio Interventores Espacio Público – CIEP protocolizó el referido silencio administrativo positivo mediante la escritura pública No. 1934 de 19 de septiembre de 2016, suscrita en la Notaría 42 del Círculo de Bogotá. A pesar de la existencia del anterior instrumento público, el Despacho señala que su eficacia jurídica, no solo para dirimir este caso sino para todo efecto legal, es nula, debido a que el acto ficto así protocolizado se basa en la petición radicada el 7 de junio de 2016, correspondiente al oficio No. 2016-400-009656-2 con radicado interno DADP5-201-236-16, solicitud que es posterior a la inicialmente presentada el 3 de marzo de 2016, lo que desnuda una maniobra contraria a la buena fe, toda vez que la contratista sabía que el tema ya se había ventilado con anterioridad ante la entidad contratante, quien de manera clara y concisa negó lo reclamado.

Finalmente, la solicitud de anular el oficio No. 2016-303002-9151 de 15 de marzo de 2016 y el oficio No. 2016-110011-6971 de 22 de septiembre de 2016, también será desestimada como quiera que los argumentos en que se sustenta son los mismos en que se apoya el reconocimiento del incremento anual del precio acordado. En pocas palabras, vale decir que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, por lo que no hay lugar a remover la presunción de validez que acompaña a esos oficios.

En consecuencia, se negarán las pretensiones.

5.- Costas

El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, prescribe que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y que cuando se establezca que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal habrá lugar a ello. En este caso, al ponderar la argumentación

del libelo introductorio, resulta razonable no imponer costas en esta instancia, dado que la parte actora decidió instaurar la demanda bajo una hipótesis que no puede considerarse descabellada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo Oral – Sección Tercera del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda de controversias contractuales interpuesta por el **CONSORCIO INTERVENTORES DE ESPACIO PÚBLICO - CIEP** contra **BOGOTÁ D.C. – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO - DADEP**.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Por Secretaría liquidense los gastos procesales causados, devuélvase el monto remanente por gastos procesales a la parte actora si los hubiere. Una vez cumplido lo anterior **ARCHÍVESE** el expediente, dejando las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.

DMAP

DEMANDANTE	juridica@interdiseños.com.co; jurídica-m@interdiseños.com.co; jurídica-mr@interdiseños.com.co; comercial@interdiseños.com.co; contabilidad@interdiseños.com.co; brain@brain.net.co; brainingsas@gmail.com; intdadep2014@gmail.com; asesoria@viapro.com.
DEMANDADOS	mmarin@dadep.gov.co; notificacionesjudiciales@alcaldiabogota.gov.co; dadepbogota@dadep.gov.co; notificacionesjudiciales@dadep.gov.co.
ANDJE	procesos@defensajuridica.gov.co.
MIN. PÚBLICO	mferreira@procuraduria.gov.co.

Firmado Por:

HENRY ASDRUBAL CORREDOR VILLATE
 JUEZ CIRCUITO
 JUZGADO 038 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA-CUNDINAMARCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d279b24211205a14a27fa4b91961fbb85d0f43f53c201204ae062022064f6b14**
 Documento generado en 22/06/2021 09:48:11 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>