

5

RV: CONTESTACIÓN DEMANDA 11001333603820190032300

Juzgado 38 Administrativo Seccion Tercera - Bogota - Bogota D.C.

<admin38bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 12/08/2020 11:48

Para: Maria Nelly Villarraga Salcedo <mvillars@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 2 archivos adjuntos (2 MB)

ANEXOS PODER.pdf; CONTESTACIÓN 2019-00323 00.pdf;

De: Edith Yanire Bautista Rodriguez <edith.bautista@gobiernobogota.gov.co>**Enviado:** miércoles, 12 de agosto de 2020 11:26 a. m.**Para:** Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C. <correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>;

Juzgado 38 Administrativo Seccion Tercera - Bogota - Bogota D.C. <admin38bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>;

salaplana@hotmail.com <salaplana@hotmail.com>

Asunto: RV: CONTESTACIÓN DEMANDA 11001333603820190032300

De: Edith Yanire Bautista Rodriguez**Enviado:** jueves, 6 de agosto de 2020 16:43**Para:** correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co <correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>;

admin38bt@cendoj.ramajudicial.gov.co <admin38bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: salaplana@hotmail.com <salaplana@hotmail.com>**Asunto:** CONTESTACIÓN DEMANDA 11001333603820190032300

Doctor:

ASDRUBAL CORREDOR VILLATE**Juez Treinta y Ocho (38) Administrativo de Bogotá D.C.**

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
RADICADO: 11001333603820190032300
DEMANDANTE: CONSORCIO MITIGACIÓN USME
DEMANDADA: BOGOTÁ D.C. -ALCALDÍA LOCAL DE USME- FONDO DE DESARROLLO LOCAL

Respetuoso saludo, mediante el presente escrito me permito adjuntar los siguientes documentos:

1. poder y anexos
2. contestación de demanda
3. pruebas relacionadas en la contestación de la demanda

teniendo en cuenta que los archivos que se mencionan como pruebas con muy pesados y que no fue posible enviarlos de manera integral se remitirán en varios correos con la referencia "pruebas contestación de demanda"

Agradezco su amable colaboración.

Sin otro particular,

EDITH BAUTISTA RODRIGUEZ
ABOGADA PARTE DEMANDADA
TEL. 3112340818



Edith Yanire Bautista Rodriguez

CONTRATISTA

Secretaría Distrital de Gobierno

Edificio Liévano, Calle 11 No. 8-17

Tel: (571) 3820660 - 3387000

www.gobiernobogota.gov.co



No me imprimas si no es necesario. Protejamos el medio ambiente



Edith Yanire Bautista Rodriguez

CONTRATISTA

Secretaría Distrital de Gobierno

Edificio Liévano, Calle 11 No. 8-17

Tel: (571) 3820660 - 3387000

www.gobiernobogota.gov.co



No me imprimas si no es necesario. Protejamos el medio ambiente



SECRETARÍA DE
GOBIERNO

Doctor:

ASDRUBAL CORREDOR VILLATE

Juez Treinta y Ocho (38) Administrativo de Bogotá D.C.

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
RADICADO: 11001333603820190032300
DEMANDANTE: CONSORCIO MITIGACIÓN USME
DEMANDADA: BOGOTÁ D.C. –ALCALDÍA LOCAL DE USME- FONDO DE
DESARROLLO LOCAL

ASUNTO: CONTESTACIÓN DEMANDA

EDITH YANIRE BAUTISTA RODRÍGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 40.045.448, y portadora de la Tarjeta Profesional No. 226.429 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada del Distrito Capital – BOGOTÁ D.C. –ALCALDÍA LOCAL DE USME- FONDO DE DESARROLLO LOCAL, conforme a poder que se anexa otorgado por el Dr. LUIS ERNESTO GOMEZ LONDOÑO, en su calidad de Secretario de Despacho de la Secretaría Distrital de Gobierno, encontrándome dentro del término me permito dar contestación a la demanda de la referencia en los siguientes términos:

I. A LAS PRETENSIONES

Este extremo procesal se opone parcialmente a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que en el presente caso (i) quien incumplió el contrato No. 228 de 2019 fue el Consorcio Mitigación Usme, (ii) el demandante está solicitando sumas de dinero no adeudadas, (iii) No se presentan los presupuestos legales para que se configure la pérdida de oportunidad.

Respecto a la liquidación judicial solicito se haga conforme al ajuste de cuentas establecido en el proyecto de acta de liquidación bilateral, el cual contiene el valor realmente adeudado y que corresponde a las actividades ejecutadas dentro del contrato No. 228 de 2016.

II. FRENTE A LOS HECHOS

Respecto de los hechos enumerados en el escrito introductorio me permito pronunciarme de la siguiente manera:

Respecto de los hechos **primero** a **tercero**, son ciertos según la documental que reposa en el plenario.

El hecho **cuarto** es cierto, se aclara que el motivo por el cual se prorrogó el plazo de ejecución del contrato, fue la solicitud elevada por el contratista para terminar con las actividades a su cargo, toda vez que desde el inicio del mismo incumplió con sus obligaciones, tal y como lo demuestra la siguiente documental:

- **Oficio CC-093-JAM USME -218 del 2 de febrero de 2017**, en el que se pone de presente que los informe de diagnóstico de la problemática en cada sector ni cumple con los requerimientos técnicos por las siguientes razones:

- *No presenta un diagnóstico de la problemática de cada sitio, con su respectivo registro topográfico.*
- *No se hace referencia a la revisión de información secundaria existente en cada sector, entre los cuales se podría encontrar los conceptos emitidos por el IDIGER, en los cuales se basó la Contratación de los presentes estudios y diseños.*
- *La escala de presentación de las áreas a levantar no es la adecuada, toda vez que no permite definir las áreas de afectación directa e indirecta.*
- *El consultor informó en el comité del 27 de enero de 2017 que planeaba trabajar en varios frentes de trabajo de manera simultánea, hecho que no se refleja en los cronogramas presentados, además de no presentar aun la distribución de las comisiones y/o cuadrillas con los nombres de las personas encargadas de estas actividades, así como sus afiliaciones de seguridad, riesgo etc.*
- *El cronograma general que se presentó no detalla la entrega de los productos propios del desarrollo del contrato y omite actividades como el trámite y obtención de permisos, licencias, autorizaciones, planos, etc.*
- *La relación de la explotación de cada sitio no se encuentra justificada técnicamente y su localización es muy imprecisa, además de no cubrir adecuadamente el sector y presentarse casos en los cuales se concentran los puntos de explotación. Se reitera que este documento debe basarse en la recopilación de la información secundaria y la geología (de acuerdo al anexo técnico, numeral 3.5); así como el diagnóstico específico para cada sitio de intervención, realizando por el equipo de profesionales del Consultor.*
-

(...) la interventoría concluye que la documentación presentada debe complementarse y completarse para cumplir con los requerimientos técnicos establecidos, por lo que no se encuentra justificación técnica o legal para la suspensión solicitada y no se aprueba el inicio de las actividades de campo; se aclara que se deberán ajustar los cronogramas de trabajo una vez el Consultor cumpla con los requerimientos ya mencionados.

- **Oficio del 9 de febrero de 2017**, por suscrito por Javier Antonio Millán López,

en el que la interventoría realiza las siguientes observaciones al contratista consultor:

- ✓ *La delimitación realizada por el consultor para las zonas de estudio no incluye los predios ubicados dentro del área de influencia directa, información necesaria para las actividades posteriores de evaluación de vulnerabilidad y riesgo.*
- ✓ *La explotación Geotécnica propuesta no se acompaña de su respectiva justificación técnica, que de acuerdo a los productos anunciados en el numeral 3.5. del Anexo Técnico de la consultoría, debe ser como mínimo (...)*
- ✓ *La distribución presentada para la Explotación Geotécnica no abarca la zona de estudio delimitada por el consultor y se presenta imprecisiones técnicas en su ubicación con respecto al talud, que fueron enunciadas con suficiente nivel de detalle en el comité técnico del 05/02/2017.*
- ✓ *El cronograma presentado para el proyecto no incluye la entrega de informes como lo estipula el numeral 3.6 Anexo Técnico (...)*

- **Oficio del 17 de febrero de 2017, suscrito por la interventoría**, en el que se indica que *“revisado el documento Anexo del asunto se puede constatar que el consultor omitió el Sitio 4 y que es renuente en no atender las observaciones realizadas por la interventoría y la Supervisión, observaciones que fueron realizadas en el recorrido de campo del 10 de febrero del año en curso y en cada una de las revisiones que le han dado en comunicaciones y comités previos. (...)*

Nota genera: Es importante que el Consultor adelante los trámites de obtención de permisos, licencias, autorizaciones, planos urbanísticos, catastrales y de redes de servicios públicos para todos los sitios objeto de estudio, con el fin de evitar inconvenientes a futuro que en caso de presentarse, serán responsabilidad exclusiva del Consultor.

- **Oficio radicado R-2017-551-0084-2 del 21 de febrero de 2017**, suscrito por Javier Antonio Millán López en calidad de interventor, en el que se señala que *solo un mes de firma del contrato No. 228 de 2016, “ el consultor no ha cumplido con las obligaciones contractuales ni con los requerimientos técnicos establecidos en el contrato, frente a la presentación de informes y propuestas técnicas para el desarrollo del contrato relacionados con los trabajos topográficos y de explotación del subsuelo, así como la recopilación y análisis de la información, secundaria, esta interventoría solicita al Contratista iniciar el proceso de incumplimiento parcial, por el incumplimiento de las siguientes aspectos contractuales:*

CLAUSULA TERCERA del contrato de Consultoría OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:

“3. Elaborar el estudio de acuerdo con las especificaciones técnicas requeridas para la consultoría y que se encuentran descritas en el Anexo Técnico”

“7. Desarrollar todos los productos esperados como resultado del Estudio y de acuerdo con las especificaciones técnicas contenidas en el Anexo Técnico.

“8. Cumplir con el cronograma de actividades detallado aprobado por la interventoría

“11. Elaborar los informes técnicos exigidos en los pliegos y llevar a cabo las

correcciones y ajustes recomendados por el interventor dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al recibo de la comunicación.

"20. Realizar y presentar oportunamente durante el término de ejecución del estudio, en caso que se requiera, los informes adicionales solicitados por el interventor y el FDLU.

"21. Ejecutar el objeto de contrato de acuerdo con las exigencias del anexo técnico disponiendo para ello de suficiente capacidad técnica y administrativa.

Y entre por las siguientes razones específicas:

1. No entregar la programación de la explotación del subsuelo según términos, con base en la recopilación de información secundaria y la geología, como se puede observar en el cronograma de entrega de informes. (...)

2. El Cronograma presentado para el proyecto no incluye la entrega de informes, como lo estipula el numeral 3.6 del Anexo técnico (...)

3. No atender las observaciones técnicas hechas por la interventoría de manera reiterativa frente al cumplimiento de los aspectos contractuales en aspectos técnicos como del cumplimiento de los aspectos siso ambientales que debe acatar e implementar el Contratista".

- **Oficio del 2 de marzo de 2017**, suscrito por Javier Antonio Millán López en calidad de interventor, a través del cual se da respuesta a una solicitud de prórroga y de plan de contingente, indicando que "no es oportuno proponer una prórroga en este momento, máxime si se tiene en cuenta que si era posible, como quedó demostrado en las nuevas tablas presentadas por el Consultor, reducir la profundidad de las perforaciones, a los niveles razonables. Tan pronto se vea en campo el rendimiento de los equipos, el factor climático y otros factores, se analizará la conveniencia de la prórroga.

- **Oficio R No. 2017-551-002831-2 del 10 de marzo de 2017**, suscrito por Javier Antonio Millán López en calidad de interventor, el cual se hace un llamado de atención al consultor por la pérdida de tiempo generada en el desarrollo de sus labores "de acuerdo a información del ingeniero Coordinador de la Consultoría por problemas de desplazamiento de los equipos y a la coordinación de seguridad solo hasta el día de ayer 9 de marzo de 2017 se iniciaría la explotación. Sin embargo en las visitas a los sitios programados por nuestro Ingeniero Residente, Ingeniero Pedro José Polo Gutiérrez, se pudo establecer que a la fecha no se inició la explotación y no están los equipos disponibles en los sitios programados.

- **Oficio R No. 2017-551-002835-2 del 11 de marzo de 2017**, suscrito por el interventor nuevamente hace un llamado de atención al contratista por cuanto "a pesar de estar aprobado parcialmente desde el comité del 22 de febrero de 2017 el Plan de Exploración y posteriormente en el comité del 2 de febrero de 2017, a la fecha por problemas logísticos en el desplazamiento y estado del equipo de perforación, no ha sido posibles iniciar los trabajos de campo en el área de geotecnia.

- **Oficio del 30 de marzo de 2017**, suscrito por Javier Antonio Millán López en calidad de interventor, mediante el cual se realizan observaciones a las actividades ejecutadas por el Consultor.

- **Oficio del 21 de abril de 2017**, suscrito por el interventor, a través del cual se hace llamado de atención por retrasos en las actividades de campo, así:

De acuerdo con el cronograma de trabajo las actividades de campo que son fundamentales para realizar los diseños, se deberían haber terminado el pasado 16 de abril, sin embargo a la fecha se han realizado los estudios de suelos para los sitios críticos No. 1, 7, 8 y se está terminando el sitio 9. Quedan pendientes por ejecutar las actividades de campo en los sitios críticos Nos. 2,3,4,6 y por terminar los sondeos en el punto crítico No. 5, que inició el pasado 9 de marzo y aun no se ha terminado. Además no se han realizado los apiques y las trincheras de todos los sitios (...)

-**Oficio del 25 de mayo de 2017**, suscrito por Javier Antonio Millán López en calidad de interventor, quien nuevamente hace un llamado de atención por el incumplimiento del contratista en los compromisos pactados.

- **Oficio del 7 de junio de 2017**, suscrito por Javier Antonio Millán López en calidad de interventor, a través del cual se vuelve hacer un llamado de atención al consultor por el incumplimiento en la *"1. Entrega de la cartografía de la geología de los sitios críticos Nos. 1,3,4,5,6,7 y 8 con las secciones geológicas con la interpretación de las explotaciones del subsuelo para el pasado 5 de junio. 2. Plan de ensayos de laboratorio ajustado se había programado la entrega para el 2 de junio de 2017. 3. Acta de precios no previstos. Entregaba el Consultor el 2 de junio de 2017. 4. Informe de exploración sísmica. Programada el 7 de junio de 2017.(...)"*
- **Oficio del 7 de junio de 2017**, suscrito por Javier Antonio Millán López en calidad de interventor, donde se hace llamado de atención *sobre el avance del desarrollo del proyecto, en especial por las actividades de los ensayos de laboratorio que es insumo para los siguientes productos entregados del proyecto y que se debería haber terminado el pasado 2 de junio.*

El hecho **quinto** es cierto, sin embargo al respecto se dirá que el término de ejecución del contrato objeto de la controversia, fue ampliado por solicitud del contratista para realizar los ensayos de laboratorio y poder así entregar los productos necesarios para la toma de decisiones por parte de la entidad referente a los nueve (9) puntos críticos. Así mismo se indica que el avance del 80% conforme al documento modificatoria hace referencia al avance técnico, y no a la totalidad de actividades pactadas.

El hecho **sexto** es cierto que el contrato N. 228 de 2016 fue suspendido entre las siguientes fechas: del 18 de julio al 17 de agosto de 2017, del 18 de agosto al 17 de septiembre de 2017, del 18 de septiembre al 17 de octubre de 2017, 18 de octubre al 3 de diciembre de 2017, 4 de diciembre de 2017 al 14 de enero de 2018. Debido al incumplimiento constantes del contratista consultor, la interventoría no firmó más prórrogas y finalmente la interventoría no firmó más prórrogas y debió suspenderse el contrato.

El hecho **séptimo**, es cierto en lo que tiene que ver con el proceso de selección para contratar un nuevo interventor, sin embargo, no es cierto que la suspensión del contrato fuera exclusivamente atribuida a dicho proceso, pues como se dejó evidenciado en el

hecho cuarto, el contratista desde el inicio del contrato incumplió con sus obligaciones, razón por la que debió prorrogarse el contrato y finalmente suspenderse, entre tanto se seleccionó un nuevo interventor mediante un proceso de selección abierto.

El hecho **octavo** no es cierto que el Consultor haya ejecutado el contrato en los términos plasmados en el contrato No. 228 de 2016, pues precisamente el mismo debió prorrogarse y se mantuvo en el tiempo por el incumplimiento de las obligaciones del contratista consistentes en entregas incompletas y sin el visto bueno de interventor y supervisor.

Los hechos **noveno y décimo**, son cierto respecto a la entrega, sin embargo tal y como se establece en el hecho diecisiete, los informes se presentaron de manera incompleta, los cuales sufrieron modificaciones de fondo y forma.

El hecho **undécimo** es cierto, sin embargo tal y como lo señala el actor fue solo respecto de algunas observaciones de las tantas que se hicieron.

Los hechos **décimo tercero y décimo cuarto**, corresponden a transcripciones del clausulado del contrato No. 228 de 2016.

El hecho **décimo quinto es cierto**, dado que los sitios relacionados corresponden a los indicados en el anexo el contrato, sin embargo se aclara que el objetivo del estudio era precisamente realizar un análisis de viabilidad técnica, económica predial y de redes de servicios de estos, para la implementación de las alternativas de obras y mitigación del riesgo.

El hecho **décimo sexto no es cierto**, pues en varias oportunidades se requirió al contratista para que entregara los informes con el visto bueno del supervisor y de la interventoría; tampoco es cierto que la administración haya dilatado proceso alguno, con reuniones y trámites administrativos, pues lo llevado a cabo se hizo precisamente para determinar el cabal cumplimiento de las obligaciones del contratista.

El hecho **décimo séptimo** no es cierto, toda vez que las mesas de trabajo, reuniones y solicitudes externas se adelantaron con el fin de establecer que los productos entregados cumplieran con el lleno de los requisitos previstos en los documentos precontractuales y contractuales, pues no es posible desembolsar dineros del erario público sin tener certeza del cumplimiento de las obligaciones.

Ahora bien, una vez fue entregado el proyecto de informe final, el cual fue radicado por el Consultor y no por la interventoría, fue revisado por parte del apoyo a la supervisión mediante radicado Orfeo 20185510011082, indicando entre otras cosas que debe ser radicado por la interventoría.

El 29 de enero de 2018, la interventoría Épico Ingeniería radica 9 tomos revisados en los cuales está contenida cada uno de los puntos objeto de estudio del contrato.

El 13 de marzo de 2018 se cita a la consultoría a mesa de trabajo, con el fin de discutir la calidad de los productos entregados, acordando en esta reunión entrega de presupuestos y análisis de precios unitarios de la alternativa seleccionada para cada uno de los nueve (9) puntos de mitigación que comprende el contrato de consultoría. Así mismo, se solicitó

la información de cada uno de los nueve (9) puntos de mitigación que comprende el contrato de consultoría.

El 23 de marzo de 2018, el Consorcio Mitigación Usme entrega la subsanación de las observaciones evidenciadas el 13 de marzo.

El 25 de marzo el apoyo a la supervisión cita a mesa de trabajo a la interventoría Épico Ingeniería y al consultor con el fin de socializar las siguientes observaciones:

“Cantidades de Obra, Se deben anexar los planos detallando en autocat las diferentes actividades a realizar para poder revisar las cantidades a ejecutar. Falta presentar las cotizaciones de los equipos y los materiales a utilizar. Para el análisis de la Administración se recomienda separarlo para cada sitio teniendo en cuenta que todos los sitios son de diferente complejidad y no se ejecutan en los mismos tiempos, Las unidades de cada artículo debe ser congruente con la cantidad de material a utilizar. Ejemplo: En localización, trazado y replanteo la pintura que están comprando es por caneca y la cantidad a utilizar es mínima. Se solicita incluir la experiencia y categoría de cada profesional que establecieron para valorar el costo de la administración. Solicitar memorias del presupuesto indicando sus costos y cantidades por metro lineal y metro cuadrado, todos estos deben venir referenciados en la planimetría Detalles estructurales de gaviones y cunetas: Dimensiones, Armado y cimentación Incluir la firma de aprobación de la interventoría en cada uno de los planos de la propuesta final para cada punto de mitigación. Especificaciones para el relleno de las bolsas suelos utilizadas para los drenajes además de la incidencia que esto podría causar en el presupuesto. Determinar si el predio donde se van a hacer las obras es público o privado Entrega e cronogramas” (contrato 228 carpeta 11 folio 107).

El 9 de mayo se citó a reunión con el fin de revisar las correcciones planteadas respecto a corregir presupuesto en un formato enviado a la supervisión donde se incluyera la firma de la interventoría y la consultoría, establecer si los predios objeto del estudio son públicos privados, evaluar la conveniencia de ejecución del punto 3, entrega de cronogramas.

El 13 de junio de 2018, se solicitó certificado de los predios del contrato 218 FDLU-2016 al DADEP mediante oficio 20185530145061. Así mismo se pidió concepto de viabilidad al IDIGER con radicado 20185530152521, entidad que ratificó la necesidad de los certificados de los predios para poder aprobar los productos.

Mediante oficio No. 2018550200821 del 26 de septiembre de 2018, el Alcalde Local de Usme solicitó a Épico Ingeniería SAS, que el producto entregado por el Consultor y avalado por la interventoría no fueron entregado al 100% (contrato 228 carpeta 12 folio 100.)

Atendiendo a los incumplimientos reiterados y a que el Consultor no aportó la viabilidad predial solicitada en los estudios previos, se inició el procedimiento administrativo sancionatorio, el cual culminó con la Resolución No. 271 del 21 de octubre de 2019. Con posterioridad se adelantó el trámite para llevar a cabo la liquidación bilateral.

Por último, se dirá que en lo que respecta a las sesiones de control político por parte de la JAL no es parte del expediente contractual.

El hecho **décimo octavo**, no es cierto, pues se reitera que reuniones y solicitudes externas se adelantaron con el fin de establecer que los productos entregados cumplieran con el lleno de los requisitos previstos en los documentos precontractuales y contractuales, pues se reitera que no es posible desembolsar dineros del erario público sin tener certeza del cumplimiento de las obligaciones, precisamente con el fin de cumplir con los fines del estado.

Los hechos **décimo noveno y vigésimo** no me constan, los mismos deben ser probados.

El hecho **vigésimo primero** no me consta, el mismo debe probarse. Adicionalmente el actor no puede atribuir su incumplimiento a la entidad que represento para justificar una afectación económica.

El hecho **vigésimo segundo** son apreciaciones subjetivas, estas afirmaciones deben ser resultas luego del análisis del material probatorio.

El hecho **vigésimo tercero**, no es cierto que la entidad haya causado daño al Consultor, pues se insiste que las actuaciones que se adelantaron se hicieron con el fin de establecer que los productos entregados cumplieran con el lleno de los requisitos previstos en los documentos precontractuales y contractuales, pues no es posible desembolsar dineros del erario público sin tener certeza del cumplimiento de las obligaciones.

El hecho **vigésimo cuarto**, no es un hecho el mismo corresponde a un requisito de procedibilidad previsto en la ley.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DEL CONSORCIO MITIGACIÓN USME

Teniendo en cuenta que la parte actora pretende entre otras cosas la declaratoria de incumplimiento del Contrato No. 228 de 2016, es del caso estudiar los presupuestos normativos y jurisprudenciales para su procedencia o improcedencia.

El incumplimiento contractual tiene su origen en el comportamiento contrario a las obligaciones del contrato de uno de los contratantes, y que causa un daño antijurídico a la parte contraria que no está en la obligación de soportar; razón por la cual la declaratoria de incumplimiento genera la obligación de indemnizar los perjuicios causados a la parte cumplida.

Ahora bien, para determinar la existencia o no de incumplimiento por parte de uno de los contratantes, es del caso acudir al artículo 1609 del Código Civil que establece que *"En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos"*.

Conforme con lo anterior, sólo existe incumplimiento de uno de los contratantes, cuando quien lo alega haya cumplido la obligación que le corresponden, pues no es dable que quien alegue

un incumplimiento se beneficie de una indemnización por los perjuicios provocados también por su propia causa, es decir, resulta incongruente que uno de los contratantes pretenda la declaratoria de incumplimiento, cuando él también dio lugar a dicho incumplimiento, y por tanto contribuyó a la producción de daños; así lo ha señalado la jurisprudencia emanada desde el H. Consejo de Estado, respecto de la cual se trae a colación la emitida el 29 de abril de 2015¹, en donde se explica ampliamente lo que se denomina la excepción de contrato no cumplido² consagrada en el artículo en cita, veamos:

“Esta figura es propia de los contratos bilaterales o sinalagmáticos, su fundamento se encuentra en los principios de la equidad y de la buena fe² y ha sido instituida para impedir que una de las partes quiera prevalerse del contrato y exigir a la otra su cumplimiento mientras ella misma no hubiere cumplido o no hubiere estado dispuesta a cumplir con las obligaciones que le incumben³.

(...)

Adicionalmente, en sentencia proferida el 16 de febrero de 1984⁴, se precisó que a una parte contratante que incumple un deber que es primero en el tiempo, no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto que su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo (art. 83 Constitución Política).

(...)

Ahora bien, como quiera que el solo hecho de que la ejecución del contrato no se hubiera podido llevar a cabo en el segundo semestre de 1992 por causas imputables a la Administración no es suficiente para declarar probada la excepción de contrato no cumplido, pues tal circunstancia por sí misma no tiene la virtualidad para demostrar que dicho incumplimiento habría puesto a la contratista en imposibilidad de cumplir sus propias obligaciones, (...)

(...)

Precisado lo anterior y pasando al estudio de la incidencia del incumplimiento de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil al que viene de hacerse referencia, en relación con lo que hubiera sido la normal ejecución del negocio jurídico, encuentra la Sala que la demora en los trámites de perfeccionamiento y legalización del contrato no fue determinante ni justificante del incumplimiento en el que incurrió la parte demandante, (...)

(...)

Así las cosas, resulta contrario a los postulados de la buena fe que ahora la parte demandante alegue que no debían encomendarse a ella las tareas mencionadas, y hacerlo con el propósito de excusar sus propios incumplimientos y de pretender demostrar una falta en cabeza de la Administración y, peor aún, que asegure que estos aspectos que afectaron el normal desarrollo del contrato únicamente le son atribuibles a la entidad accionada, en claro desconocimiento del deber que le asistía en el sentido de colaborar y velar por la buena planeación del proyecto, advirtiendo a la entidad de manera oportuna acerca de las falencias que hubiera observado para que fueran subsanadas y, si era del caso, absteniéndose de presentar una propuesta

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON, veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015), Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01431-01(21081)

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de diciembre de 1973.

³ Pérez Vives Alvaro, Teoría General de las Obligaciones, Bogotá, Editorial Temis, 1953.

⁴ Expediente 2509. Actor: Cadavid Herrera Limitada.

respecto de un contrato que desde su licitación evidenciaba que, por fallas en su planeación, no podría ejecutarse en el plazo programado.

(...) las falencias que la parte actora atribuye en cabeza de la Administración, también son de su responsabilidad.

(...) el contratista también incurrió en incumplimientos que afectaron su ejecución, sin que pueda establecerse necesariamente una relación causal entre los incumplimientos de la contratante y los suyos, así como tampoco la gravedad de unos y otros para la ejecución de las obras, (...)

(...)

(...) si bien se encuentra acreditado que la entidad pública contratante efectivamente incurrió en los incumplimientos que la demandada le imputó, lo cierto es que las pruebas que obran en el plenario no permiten concluir que dichos incumplimientos fueran la fuente o la causa de los que son atribuibles a la sociedad contratista.

En ese sentido cabe recalcar que no existe, per se, una conexión entre las falencias que se atribuyeron a la Administración en relación con la demora en la entrega de planos, la insuficiencia de los mismos y el desconocimiento de las especificaciones necesarias en algunos aspectos para desarrollar las labores de ampliación del aeropuerto, frente a la constante falta de personal en la obra y el deficiente desarrollo de los trabajos por parte de la contratista.

En ese mismo orden de ideas dable es concluir que la excepción de contrato no cumplido puede prosperar, por cuanto no puede predicarse en este caso el cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda., en tanto que, además de evidenciar sus inobservancias contractuales durante todo el tiempo de ejecución de la obra, las cuales, como ya se dijo, no pueden justificarse en razón de los incumplimientos de la demandada, no se observó de su parte una seria intención de cumplir con sus obligaciones.

No obstante todo lo anterior y como ya se ha venido anticipando a lo largo de la presente providencia, la Sala no puede pasar inadvertida frente a los incumplimientos que son imputables a la entidad demandada, en relación con los cuales, dada su gravedad y naturaleza, es posible inferir razonadamente que, aun cuando no constituyeron justificación de los incumplimientos de la contratista, claramente tenían entidad para afectar el desarrollo normal y adecuado de la obra, al igual que se colige en relación con las inobservancias que son atribuibles a la sociedad demandante, **sin que sea posible determinar cuáles incumplimientos habrían afectado en mayor o menor medida la obra al punto de hacerla impróspera, pero con la plena certeza de que ambas partes tuvieron gran influencia y determinación en el mal resultado del contrato.**

No a otra conclusión puede arribarse si se tiene en cuenta que, como de manera diáfana puede observarse a lo largo de la providencia, las falencias de la entidad contratante, al igual que las de la contratista, eran lo suficientemente graves como para alterar el curso normal de la ejecución del contrato, (...)

En ese contexto, como quiera que se trata de un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, **para que la parte del contrato interesada, cualquiera que fuera, pudiera valerse de la declaratoria**

de incumplimiento, bien sea a través de acto administrativo, como en este caso era facultad de la entidad contratante, o a través de la vía judicial, como lo solicitó la sociedad contratista, era indispensable que hubiese cumplido a cabalidad con las obligaciones que estaban a su cargo, o que se hubiese avenido a hacerlo o, lo que es lo mismo decir, que no hubiera provocado por su causa el incumplimiento del contrato, para luego poder procurar para sí el pago de los posibles perjuicios que se le hubieren causado en razón del desconocimiento de las obligaciones de su co-contratante.

Al respecto, en sentencia del 6 de junio de 2012 proferida por esta Subsección⁵, se indicó:

“Ahora bien, es importante destacar que la carga de la prueba recae sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos⁶ tiene una doble dimensión, tal y como lo ha expresado la Jurisprudencia de la Sección, así:

*‘...tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que **para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante.***

En este sentido, **no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada...**⁷ (Negrilla ajena al texto original).
(...)

Ahora bien, dado que fue posible acreditar en el proceso que, al igual que los incumplimientos de la sociedad demandante, los que son atribuibles a la entidad demandada también fueron determinantes para que el contrato no pudiera ejecutarse en el período programado y como quiera que dichos incumplimientos fueron alegados por la parte actora en la demanda para pedir la nulidad de los actos enjuiciados, la Sala debe proceder a declarar la nulidad de los mismos, (...)

(...) aunado con el del **contratista, fue el que dio lugar a que el contrato no se ejecutara en su totalidad y, en consecuencia, contribuyó también en la producción de los daños que por tal circunstancia se le hubieran podido causar.**
(...)

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A. sentencia del 6 de junio de 2012, expediente 19480.

⁶ Artículo 1498 del C.C.: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...”

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2005, Exp. No. 14.937. C.P., Germán Rodríguez Villamizar.

Según lo que se dejó expuesto a lo largo de la presente providencia, el incumplimiento de las obligaciones del contratista contribuyó de manera determinante para que la obra que le fue encomendada no pudiera terminarse, razón por la cual resulta improcedente reconocer valor alguno sobre las expectativas que hubiera podido tener en relación con la obra que no se ejecutó.”

Descendiendo al caso en concreto se tiene que el Consorcio Mitigación Usme incumplió con las obligaciones pactadas en el contrato No. 288 de 2016, en tal sentido no resulta procedente la pretensión tendiente a que se declare el incumplimiento del Contrato por parte de BOGOTÁ D.C. –ALCALDÍA LOCAL DE USME- FONDO DE DESARROLLO LOCAL.

Las documentales que se relacionan a continuación acreditan que fue el contratista quien incurrió en incumplimiento de las obligaciones.

- **Oficio CC-093-JAM USME -218 del 2 de febrero de 2017**, en el que se pone de presente que los informe de diagnóstico de la problemática en cada sector ni cumple con los requerimientos técnicos por las siguientes razones:

- *No presenta un diagnóstico de la problemática de cada sitio, con su respectivo registro topográfico.*
- *No se hace referencia a la revisión de información secundaria existente en cada sector, entre los cuales se podría encontrar los conceptos emitidos por el IDIGER, en los cuales se basó la Contratación de los presentes estudios y diseños.*
- *La escala de presentación de las áreas a levantar no es la adecuada, toda vez que no permite definir las áreas de afectación directa e indirecta.*
- *El consultor informó en el comité del 27 de enero de 2017 que planeaba trabajar en varios frentes de trabajo de manera simultánea, hecho que no se refleja en los cronogramas presentados, además de no presentar aun la distribución de las comisiones y/o cuadrillas con los nombres de las personas encargadas de estas actividades, así como sus afiliaciones de seguridad, riesgo etc.*
- *El cronograma general que se presentó no detalla la entrega de los productos propios del desarrollo del contrato y omite actividades como el trámite y obtención de permisos, licencias, autorizaciones, planos, etc.*
- *La relación de la explotación de cada sitio no se encuentra justificada técnicamente y su localización es muy imprecisa, además de no cubrir adecuadamente el sector y presentarse casos en los cuales se concentran los puntos de explotación. Se reitera que este documento debe basarse en la recopilación de la información secundaria y la geología (de acuerdo al anexo técnico, numeral 3.5); así como el diagnóstico específico para cada sitio de intervención, realizando por el equipo de profesionales del Consultor.*
-

(...) la interventoría concluye que la documentación presentada debe complementarse y completarse para cumplir con los requerimientos técnicos establecidos, por lo que no se encuentra justificación técnica o legal para la suspensión solicitada y no se aprueba el inicio de las actividades de campo; se aclara que se deberán ajustar los cronogramas de trabajo una vez el Consultor cumpla con los requerimientos ya mencionados.

64

- **Oficio del 9 de febrero de 2017**, por suscrito por Javier Antonio Millán López, en el que la interventoría realiza las siguientes observaciones al contratista consultor:

- ✓ *La delimitación realizada por el consultor para las zonas de estudio no incluye los predios ubicados dentro del área de influencia directa, información necesaria para las actividades posteriores de evaluación de vulnerabilidad y riesgo.*
- ✓ *La explotación Geotécnica propuesta no se acompaña de su respectiva justificación técnica, que de acuerdo a los productos anunciados en el numeral 3.5. del Anexo Técnico de la consultoría, debe ser como mínimo (...)*
- ✓ *La distribución presentada para la Explotación Geotécnica no abarca la zona de estudio delimitada por el consultor y se presenta imprecisiones técnicas en su ubicación con respecto al talud, que fueron enunciadas con suficiente nivel de detalle en el comité técnico del 05/02/2017.*
- ✓ *El cronograma presentado para el proyecto no incluye la entrega de informes como lo estipula el numeral 3.6 Anexo Técnico (...)*

- **Oficio del 17 de febrero de 2017, suscrito por la interventoría**, en el que se indica que *“revisado el documento Anexo del asunto se puede constatar que el consultor omitió el Sitio 4 y que es renuente en no atender las observaciones realizadas por la interventoría y la Supervisión, observaciones que fueron realizadas en el recorrido de campo del 10 de febrero del año en curso y en cada una de las revisiones que le han dado en comunicaciones y comités previos. (...)*

Nota genera: Es importante que el Consultor adelante los trámites de obtención de permisos, licencias, autorizaciones, planos urbanísticos, catastrales y de redes de servicios públicos para todos los sitios objeto de estudio, con el fin de evitar inconvenientes a futuro que en caso de presentarse, serán responsabilidad exclusiva del Consultor.

- **Oficio radicado R-2017-551-0084-2 del 21 de febrero de 2017**, suscrito por Javier Antonio Millán López en calidad de interventor, en el que se señala que *solo un mes de firma del contrato No. 228 de 2016, “ el consultor no ha cumplido con las obligaciones contractuales ni con los requerimientos técnicos establecidos en el contrato, frente a la presentación de informes y propuestas técnicas para el desarrollo del contrato relacionados con los trabajos topográficos y de explotación del subsuelo, así como la recopilación y análisis de la información, secundaria, esta interventoría solicita al Contratista iniciar el proceso de incumplimiento parcial, por el incumplimiento de las siguientes aspectos contractuales:*

CLAUSULA TERCERA del contrato de Consultoría OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:

“3. Elaborar el estudio de acuerdo con las especificaciones técnicas requeridas para la consultoría y que se encuentran descritas en el Anexo Técnico”

“7. Desarrollar todos los productos esperados como resultado del Estudio y de acuerdo con las especificaciones técnicas contenidas en el Anexo Técnico.

“8. Cumplir con el cronograma de actividades detallado aprobado por la interventoría

"11. Elaborar los informes técnicos exigidos en los pliegos y llevar a cabo las correcciones y ajustes recomendados por el interventor dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al recibo de la comunicación.

"20. Realizar y presentar oportunamente durante el termino de ejecución del estudio, en caso que se requiera, los informes adicionales solicitados por el interventor y el FDLU.

"21. Ejecutar el objeto de contrato de acuerdo con las exigencias del anexo técnico disponiendo para ello de suficiente capacidad técnica y administrativa.

Y entre por las siguientes razones específicas:

IV. No entregar la programación de la explotación del subsuelo según términos, con base en la recopilación de información secundaria y la geología, como se puede observar en el cronograma de entrega de informes. (...)

V. El Cronograma presentado para el proyecto no incluye la entrega de informes, como lo estipula el numeral 3.6 del Anexo técnico (...)

VI. No atender las observaciones técnicas hechas por la interventoría de manera reiterativa frente al cumplimiento de los aspectos contractuales en aspectos técnicos como del cumplimiento de los aspectos siso ambientales que debe acatar e implementar el Contratista".

- **Oficio del 2 de marzo de 2017**, suscrito por Javier Antonio Millán López en calidad de interventor, a través del cual se da respuesta a una solicitud de prórroga y de plan de contingente, indicando que *"no es oportuno proponer una prórroga en este momento, máxime si se tiene en cuenta que si era posible, como quedó demostrado en las nueva tablas presentadas por el Consultor, reducir la profundidad de las perforaciones, a los niveles razonables. Tan pronto se vea en campo el rendimiento de los equipos, el factor climático y otros factores, se analizará la conveniencia de la prórroga.*

- **Oficio R No. 2017-551-002831-2 del 10 de marzo de 2017**, suscrito por Javier Antonio Millán López en calidad de interventor, el cual se hace un llamado de atención al consultor por la pérdida de tiempo generada en el desarrollo de sus labores *"de acuerdo a información del ingeniero Coordinador de la Consultoría por problemas de desplazamiento de los equipos y a la coordinación de seguridad solo hasta el día de ayer 9 de marzo de 2017 se iniciaría la explotación. Sin embargo en las visitas a los sitios programados por nuestro Ingeniero Residente, Ingeniero Pedro José Polo Gutiérrez, se pudo establecer que a la fecha no se iniciado la explotación y no están los equipos disponibles en los sitios programados.*

- **Oficio R No. 2017-551-002835-2 del 11 de marzo de 2017**, suscrito por el interventor nuevamente hace un llamado de atención al contratista por cuanto *"a pesar de estar aprobado parcialmente desde el comité del 22 de febrero de 2017 el Plan de Exploración y posteriormente en el comité del 2 de febrero de 2017, a la fecha por problemas logísticos en el desplazamiento y estado del equipo de perforación, no ha sido posibles iniciar los trabajos de campo en el área de geotecnia.*

- **Oficio del 30 de marzo de 2017**, suscrito por Javier Antonio Millán López en calidad de interventor, mediante el cual se realizan observaciones a las actividades ejecutadas por el Consultor.

- **Oficio del 21 de abril de 2017**, suscrito por el interventor, a través del cual se hace llamado de atención por retrasos en las actividades de campo, así:

De acuerdo con el cronograma de trabajo las actividades de campo que son fundamentales para realizar los diseños, se deberían haber terminado el pasado 16 de abril, sin embargo a la fecha se han realizado los estudios de suelos para los sitios críticos No. 1, 7, 8 y se está terminando el sitio 9. Quedan pendientes por ejecutar las actividades de campo en los sitios críticos Nos. 2,3,4,6 y por terminar los sondeos en el punto crítico No. 5, que inició el pasado 9 de marzo y aun no se ha terminado. Además no se han realizado los apiques y las trincheras de todos los sitios (...)

-**Oficio del 25 de mayo de 2017**, suscrito por Javier Antonio Millán López en calidad de interventor, quien nuevamente hace un llamado de atención por el incumplimiento del contratista en los compromisos pactados.

- **Oficio del 7 de junio de 2017**, suscrito por Javier Antonio Millán López en calidad de interventor, a través del cual se vuelve hacer un llamado de atención al consultor por el incumplimiento en la *"1. Entrega de la cartografía de la geología de los sitios críticos Nos. 1,3,4,5,6,7 y 8 con las secciones geológicas con la interpretación de las explotaciones del subsuelo para el pasado 5 de junio. 2. Plan de ensayos de laboratorio ajustado se había programado la entrega para el 2 de junio de 2017. 3. Acta de precios no previstos. Entregaba el Consultor el 2 de junio de 2017. 4. Informe de exploración sísmica. Programada el 7 de junio de 2017(...)*
- **Oficio del 7 de junio de 2017**, suscrito por Javier Antonio Millán López en calidad de interventor, donde se hace llamado de atención *sobre el avance del desarrollo del proyecto, en especial por las actividades de los ensayos de laboratorio que es insumo para los siguientes productos entregados del proyecto y que se debería haber terminado el pasado 2 de junio.*

Lo anterior, permite a este extremo procesal proponer la siguiente **Excepción de contrato no cumplido**:

Lo expuesto en acápite anterior se encuadra dentro de lo que el artículo 1609 del Código Civil y la jurisprudencia del H. Consejo de Estado han denominado "excepción de contrato no cumplido", toda vez que quien incurrió en el incumplimiento del contrato fue el Consorcio Mitigación Usme.

En este sentido, no puede la parte demandante pretender el pago de los posibles perjuicios que se hubieren causado el contrato N. 228 de 2016, dado que fue exclusivamente él quien asumió con responsabilidad el objeto contractual, y para reclamar perjuicios era indispensable que hubiese cumplido a cabalidad con las obligaciones que estaban a su cargo.

2. LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO

Respecto a la liquidación judicial del contrato el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, a ha señalado que es aquel balance que o corte de cuentas que realiza el juez sobre un contrato estatal. Veamos:

La liquidación Judicial La liquidación judicial es aquel balance, finiquito o corte de cuentas que realiza el juez sobre un determinado contrato estatal dentro de un proceso judicial y, que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ni unilateral del respectivo contrato estatal celebrado. Ya en anteriores oportunidades la Sección Tercera de ésta Corporación al referirse a ésta modalidad de los contratos estatales había precisado que:

(...) es aquella que realiza y adopta el juez del contrato, en desarrollo de un proceso judicial o arbitral, según corresponda, en ausencia de alguna de las modalidades de liquidación antes mencionadas. El juez deriva su competencia sobre esta materia, entre otras disposiciones legales, tanto de los dictados del artículo 87 como de lo dispuesto en la mencionada letra d) del numeral 10 del artículo 136, ambas normas del Código Contencioso Administrativo –C.C.A.–. En efecto, el citado artículo 87 del C.C.A., en su inciso 1º, al consagrar la acción de controversias contractuales -acción por cuya virtud las partes de un contrato quedan habilitadas para acudir ante el juez del mismo-, de manera explícita dispone que en ejercicio de dicha acción y en relación con el correspondiente contrato estatal, pueden pedirse “otras declaraciones y condenas”, aspecto genérico este dentro del cual, como es natural, tiene cabida perfectamente la posibilidad de solicitar la liquidación del respectivo contrato, norma legal que, a su vez, faculta al juez para hacer los pronunciamientos que correspondan en relación con tales pretensiones. La norma legal en cita encuentra perfecto complemento en la disposición de la letra d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., la cual, al ocuparse de definir el término de caducidad de las diferentes acciones judiciales faculta al interesado para que – en los casos en los que se cumplan los presupuestos procesales correspondientes, incluidos en esa misma norma, pueda acudir ante la jurisdicción, es decir ante el juez del contrato, para obtener de éste la liquidación correspondiente.

de la Ley 80 de 1993 con la reforma introducida por la ley 446 de 1998, se tiene que una vez vencido el plazo contractual la administración dispone de 4 meses para efectuar la liquidación bilateral, en caso de no realizarse así tiene 2 meses más para hacerlo unilateralmente y en el evento en que así no lo hubiere hecho, podrá intentarla hasta antes de que transcurra el término de 2 años más para que opere la caducidad de la acción contractual⁸.

En el presente caso se intentó la liquidación bilateral sin embargo la misma no fue posible, teniendo en cuenta que el Consorcio demandante presentó inconformismo en el precio que arrojó el balance económico.

⁸ Consejo De Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. Sentencia del 8 de junio de 2016. Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665). Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E) Referencia: Acción contractual.

En dicho proyecto de liquidación se estableció que el contratista *“cumplió con las actividades objeto del Contrato, para lo cual certifica el recibo a satisfacción de los productos objeto de la presente consultoría con excepción del punto 9 referenciado como “Sierra Morena siguiendo los lineamientos y recomendaciones del Apoyo a la Supervisión Ing. Fabian Andrés Barragán Galindo, mediante el informe de apoyo a la supervisión de fecha 23 de julio de 2019 l cual puntualizó “Por otra parte el punto 9 no se tuvo en cuenta que existía una reserva por parte del FDLU ya que se encontraba con estudios y diseños para la construcción de maya vial local, a lo cual el consultor no tuvo en cuenta estos diseños los cuales afectan el diseño presentado por el consultor”* y en consecuencia se descontó el pago de este punto, quedando un saldo pendiente a favor del contratista por la suma de Trescientos Cincuenta Millones Setecientos Noventa Mi Pesos Ciento Cincuenta y Seis Pesos (\$350.790.153), el cual obedece estrictamente a las obligaciones cumplidas.

Ahora si bien es cierto que el precio del contrato No. 228 de 2016, se acordó como precio global fijo, esto no implica que se deba pagar al contratista la totalidad del precio pactado aun cuando este no hubiese cumplió con la totalidad de las obligaciones.

Conforme a lo expuesto, me permito formular la **excepción de: COBRO DE LO NO DEBIDO**, atendiendo a que el contratista está solicitando sumas de dinero no adeudadas, pues la única deuda que tiene la parte demandante con el Consorcio Mitigación USME, es por la suma establecida en el proyecto de acta de liquidación bilateral, valor que corresponde a lo verdaderamente ejecutado por el contratista.

3. NO SE PRESENTA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Manifiesta el actor que se presenta la pérdida de oportunidad, por cuanto, **(1)** al no liquidar el contrato No. 228 de 2016, el contratista no pudo inscribirlo en el Registro Único de Proponentes y acreditarlo como experiencia, **(2)** al no cancelarse la suma de los \$410.000.000l as empresas que conforman el consorcio quedaron desfinanciadas y **(3)** al no cancelarse el dinero el consorcio adquirieron deudas con los proveedores, profesionales y demás personal.

Frente a la pérdida de oportunidad el H. Consejo de Estado⁹ ha precisado:

- 1. La “pérdida de oportunidad” o “pérdida de chance” como modalidad del daño a reparar.**

⁹Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Se ha señalado que las expresiones “chance” u “oportunidad” resultan próximas a otras como “ocasión”, “probabilidad” o “expectativa” y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto, a una zona limítrofe que se corresponde con “ (...) una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento (...), habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades”⁽¹⁾.

En ese orden ideas, la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta este que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial⁽²⁾; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba⁽³⁾, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento; no ofrece lugar a la menor hesitación que “esa oportunidad está definitivamente perdida, la situación es irreversible y la ‘carrera’ de concatenación causal y temporal hacia la ventaja se ha detenido de manera inmodificable. Hay un daño cierto solo desde el punto de vista de la certeza de la probabilidad irremediablemente truncada. Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado”⁽⁴⁾.

Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de “pérdida de oportunidad” conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el “chance” constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no

67

equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso⁽⁵⁾.

La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que este no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del "chance" en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida "tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él", para su determinación

(...) se requiere, ante todo, como en los demás casos de daños patrimoniales, una operación de cálculo, comparando la situación real del patrimonio después del evento dañoso y el estado imaginario que podría haber presentado si este último no hubiese sucedido. Pero a continuación, como solo se trata de la frustración de un beneficio potencial, la doctrina ha aconsejado llevar a cabo un razonado balance de sus perspectivas en pro y en contra, de cuyo resultado podrá entonces deducirse la procedencia o no del resarcimiento de aquella y, en caso afirmativo, posibilitar también la fijación de la cuantía de un monto indemnizable, que guarde proporción con la ganancia esperada y que se perdiera, como igualmente con las demás circunstancias del caso⁽⁶⁾.

De acuerdo con lo anterior, puede sostenerse que los requisitos cuya concurrencia se precisa con el propósito de que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto, son los siguientes:

(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente"⁽⁷⁾ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes⁽⁸⁾;

(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida⁽⁹⁾; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —

material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

Tal circunstancia es la que permite diferenciar la 'pérdida de oportunidad' del 'lucro cesante' como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían⁽¹⁰⁾—;

- (ii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que "no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida"⁽¹¹⁾.

Conforme a lo expuesto la pérdida de oportunidad se presenta cuando (i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, (ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento y (iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

En el presente caso no se presenta la figura de pérdida de oportunidad por las siguientes razones:

- La certeza en la obtención del pago obedecía al cumplimiento de las obligaciones pactadas, y en el caso de autos se encuentra ampliamente acreditado el incumplimiento de una obligación, así como el cumplimiento tardío de las de realizadas.
- No existe certeza que la liquidación del contrato No. 288 de 2016 de certeza de la presentación a nuevas licitaciones y así sumar dicha experiencia.

Así las cosas me permito proponer, la excepción de **"en el presente caso no se presentan los presupuestos legales para que se configure la pérdida de oportunidad"**

4. De la aplicación del principio "Nemo auditur propiam turpitudinem allegans":

Respecto del principio en virtud del cual nadie puede alegar en su favor su propia torpeza el H. Consejo de Estado ha señalado que quien incurre en él, falta a la buena fé entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho. Al respecto precisó:

(...)

En este caso, la aplicación del principio universal **<Nemo auditur propiam turpitudinem allegans>**, según el cual, nadie puede alegar en su favor su propia torpeza o culpa, y por tanto, si el peticionario obró de tal forma que cerró la vía de acceso que tenía a su vivienda,

haciendo caso omiso de que existía en su contra una sentencia judicial que no sólo le ordenaba utilizar dicho callejón para entrar y salir de su predio, sino que le prohibía utilizar los otros terrenos como vía de acceso a sus viviendas, no puede posteriormente invocar su propia culpa o negligencia, para aducir que se le vulnera su derecho a la libertad de locomoción, cuando él mismo generó la situación de indefensión en que se encuentra”.

4- Sin embargo, la pregunta que surge está relacionada con lo que significa un “principio general del derecho”. Así, es pertinente, en este momento, aludir a lo que se entiende por este concepto. Jurisprudencia de este Tribunal, citando abundante doctrina al respecto, definió los principios o reglas generales del derecho de esta forma: “...los principios generales del derecho equivalen a los principios que informan el Derecho positivo y le sirven de fundamento. Estos principios se inducen, por vía de abstracción o de sucesivas generalizaciones, del propio Derecho positivo, de sus reglas particulares, ya que son aquéllos los que, anteriormente, han servido al legislador como criterio para establecer aquel Derecho”¹⁶¹.

Siendo esto así, en relación al principio general del derecho relativo a que nadie puede alegar su propia culpa, tema de análisis, en la sentencia C-083 de 1995, la Corte Constitucional, queriendo dar un ejemplo del método de integración de un principio general del derecho al ordenamiento jurídico colombiano expuso:

“De Todo lo anterior puede ilustrarse con un ejemplo, referido a nuestro ordenamiento. Se pregunta: ¿Hace parte del derecho colombiano la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*? Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen.

No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fé entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fé como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir -el primero- la repetición de lo que se ha pagado “por un objeto o causa ilícita a sabiendas”, y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquélla en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlas, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe.

Pues bien: de esas y otras disposiciones del ordenamiento colombiano, es posible inducir la regla “*nemo auditur...*” que, como tal, hace parte de nuestro derecho positivo y, específicamente, de nuestro derecho legislado. Por tanto, el juez que la aplica no hace otra cosa que actuar, al caso singular, un producto de la primera y principal

fuerza del derecho en Colombia: la legislación. De todo lo anterior se puede concluir que, a pesar de que la acción de tutela es un mecanismo, que por orden constitucional está exenta de las formalidades que son propias de otro tipo de acciones jurídicas, sí está sujeta a los parámetros que dentro de una hermenéutica sistemática se sustraigan del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, en relación con el caso concreto, deberá tenerse en cuenta lo relativo al principio general del derecho que dice "nadie podrá alegar su propia culpa".

(...)

En el presente caso, el Consorcio Mitigación Usme a sabiendas que fue quien incumplió con las obligaciones contractuales y que por ello el contrato se mantuvo sin liquidar, pretende el reconocimiento de sumas de dinero que no se le adeuda, por tal razón solicito a su señoría se de aplicación al principio Nemo auditor propiam turpitudinem allegans.

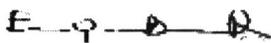
iv. PRUEBAS

Me permito adjuntar las siguientes documentales:

1. Carpeta contentiva del contrato No. 228 de 2016.
2. Carpeta con proceso administrativo sancionatorio
3. Carpeta con anexos del contrato.

V. LUGAR Y DIRECCIONES DE NOTIFICACIONES

Entidad demandada recibirá notificaciones en la calle 11 No. 8-17 Edificio Liévano Promer piso, telefonos 338700-3820660 y a través del correo electrónico: notifica.judicial@gobiernobogota.gov.co y edith.bautista@gobierno.gov.co número telefónico: 3112340818



EDITH YANIRE BAUTISTA RODRÍGUEZ

C.C. 40.045.448 de Tunja
T.P. 226.429del C.S. de la J.