

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Contenido pluripretensional – Situaciones problemáticas – Relaciones contractuales

La de controversias contractuales, conforme lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no es una acción instituida en el contencioso administrativo con un contenido normativo único, por el contrario, de la lectura de dicho artículo fácil es deducir que se trata de una verdadera vía procesal de contenido pluripretensional, o lo que es lo mismo, que cobija toda la variedad de situaciones problemáticas que hipotéticamente pueden tener lugar en el ámbito de las relaciones contractuales.

Súmese al anterior recuento el que bajo el contexto del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el legislador conservó las notas características del medio de control de controversias contractuales, dando continuidad, con ello, al desarrollo histórico del que se ha dado cuenta en el texto en cita y que no es otra cosa que el de concebir bajo una misma vía procesal (de las controversias contractuales) la posibilidad de discutir ante el Juez Administrativo las diversas vicisitudes jurídicas que pueden originarse en una relación contractual.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL – Condición resolutoria tácita – Contratos bilaterales – Terminación – Resolución del contrato – Administración – Poderes excepcionales

“El fundamento de esta pretensión radica en la denominada condición resolutoria tácita prevista en el artículo 1546 C. C., según la cual “en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplimiento por uno de los contratantes de lo pactado”. Puede, en estos casos, el contratante cumplido o quien se hubiere allanado a cumplir solicitar la terminación o resolución del contrato, o su cumplimiento, al igual que la indemnización consecuente de los perjuicios que se le hubieren causado con el incumplimiento. Para la Corte Suprema de Justicia, se trata de “sanciones destinadas a dotar las obligaciones de cualidad coercitiva”.

En cuando al incumplimiento, nos encontramos ante una típica pretensión de reparación con ocasión de la no sujeción a lo pactado, por cualquiera de las partes del contrato. Implica una declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento consiguiente de las indemnizaciones correspondientes de acuerdo con lo pedido y demostrado por la parte que se crea lesionada por el presunto incumplimiento de la otra.

Aunque el legislador admite que la administración actúe procesalmente como demandante o demandada, en estas hipótesis, por regla general, no puede actuar como demandante, en la medida en que cuenta con poderes excepcionales como el de caducidad que le permite declarar administrativamente esta situación contractual y proceder a la liquidación del contrato, o hacer uso de su poder de coacción y vigilancia, que le conceden los artículos 4.º y 14 de la Ley 80 de 1993, e incluso imponer multas cuando hubieren sido pactadas. Así mismo, (...), el contratista no podría constreñir judicialmente a la administración al cumplimiento de lo pactado, sino a la declaratoria de su responsabilidad como incumplida y a obtener las condenas correspondientes a su favor de acuerdo a lo demostrado, esto con fundamento en el texto del artículo 87 CCA.

ACCIÓN CONTRACTUAL – Pretensiones – Incumplimiento de una partes – Excepción contrato no cumplido

Desde esta perspectiva, se han planteado varios elementos característicos de este tipo de pretensión dentro de la acción contractual: el primero hace referencia al incumplimiento culposo de las obligaciones contractuales por una de las partes o de la que resulte obligada si el contrato es de los calificados como unilaterales por el Código Civil, esto es, que a partir de criterios unilaterales una de las partes incurre en desconocimiento de sus obligaciones en perjuicio de la otra. Conlleva, por lo tanto, la mora del contratante demandado, o retardo culpable y renuente de una de las partes a cumplir lo pactado Sin embargo el carácter culposo en el incumplimiento excluye la procedencia de la pretensión en los casos en que la inejecución del contrato hubiere sido producida por situaciones riesgosas como el caso fortuito y la fuerza mayor.

Lo segundo se refiere a que no puede existir incumplimiento, ni culpa en el contratante actor, cuando la otra parte no ha cumplido lo que le corresponde, caso en el cual se estructura la figura legal de la excepción de contrato no cumplido a que hace relación el artículo 1609 C. C., evento ese en donde se supone, si se prueba el incumplimiento de la otra parte, la inexistencia de culpa en quien se abstiene de cumplir por esta causa.

INCUMPLIMIENTO DE PRESTACIÓN – No satisfecha – Forma – Oportunidad

En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor; pues, si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de “no cumplimiento” y esta situación, por regla general, no da lugar a la responsabilidad civil.

INCUMPLIMIENTO – Indemnizar perjuicios – Daño al acreedor – Carga de demostrar perjuicio – Cuantificación del perjuicio

Ahora bien, en atención a que el incumplimiento puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios cuando se ha causado un daño al acreedor, ya que la responsabilidad civil persigue la reparación del daño, es importante resaltar que cuando el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar la existencia y cuantía del perjuicio invocado.

Tal carga probatoria se encuentra establecida no solamente en el artículo 177 del C. P. C. al preceptuar que “incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, sino también, y particularmente para la responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C. C. al disponer que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.”

Así que entonces es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y la cuantificación del perjuicio sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C. C. A.

Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediamente condenada al fracaso.

ACTO ADMINISTRATIVO – Elementos externos – Vicios – Incompetencia – Sujeto que lo expide

En el derecho positivo colombiano, a diferencia de otros ordenamientos, no se hacen gradaciones respecto de los efectos de la incompetencia. Entre nosotros, la incompetencia es una sola y produce un solo efecto: la nulidad del acto. No obstante, en razón de los eventos en que se estructura, la podemos clasificar en las siguientes clases: en cuanto a la materia; el territorio; el tiempo; el grado de horizontalidad; el grado de verticalidad; por usurpación de poder; por la presencia de funcionarios de hecho. La anterior clasificación no es excluyente, por lo que la existencia de un vicio cualquiera puede ser adecuada a varias de las modalidades indicadas.

ACTO ADMINISTRATIVO – Elementos externos – Vicios – Incompetencia – Sujeto que lo expide – Incompetencia *ratione materiae*

Se caracteriza esta incompetencia porque se concreta sobre la materia u objeto específico del acto, esto es, sobre las potestades otorgadas por el ordenamiento a los órganos o sujetos de la administración. Constituye la regla general en materia de incompetencia y puede decirse que, en su mayoría, las otras modalidades de incompetencia son especificidades suyas”.

ACTO ADMINISTRATIVO – Elementos externos – Vicios – Incompetencia – Sujeto que lo expide – Incompetencia “*ratione loci*” o territorial

Como su nombre lo indica, es el ejercicio de competencias con violación de las circunscripciones territoriales o ámbito territorial asignado a cada órgano o funcionario de la Administración Pública.

ACTO ADMINISTRATIVO – Elementos externos – Vicios – Incompetencia – Sujeto que lo expide – Incompetencia *ratione temporis*

Se presenta en los casos en que las competencias asignadas a un órgano o funcionario (sic) (sic) deben ser ejercidas bajo condición temporal. Estaremos frente a una incompetencia de esta clase cuando dichas competencia son ejercidas en las siguientes oportunidades: antes del tiempo o momento en que legalmente le correspondía actuar al funcionario respectivo; con posterioridad al vencimiento de la oportunidad en la cual podía válidamente, la administración, adoptar la decisión”

ACTO ADMINISTRATIVO – Elementos externos – Vicios – Incompetencia – Sujeto que lo expide – Incompetencia en razón del grado de horizontalidad

En estos casos se configura el vicio en razón de la violación, por parte de la administración, de la independencia funcional de que gozan los poderes legislativo y judicial. ... El órgano administrativo en estos casos invade el ámbito de acción de algunas de las ramas del poder público...”

ACTO ADMINISTRATIVO – Elementos externos – Vicios – Incompetencia – sujeto que lo expide – Incompetencia en razón del grado de verticalidad

Al contrario de lo anterior, en este tipo de incompetencia existe algún grado de jerarquización entre los organismos y entre los sujetos de la Administración Pública en los cuales se presenta la usurpación funcional... La competencia no puede ser modificada sino por quien la ha instituido. Consecuentes con este planteamiento, baste indicar que el grado de jerarquía existente entre funcionarios administrativos o entre organismos de la Administración Pública”

ACTO ADMINISTRATIVO – Elementos externos – Vicios – Incompetencia – sujeto que lo expide – Competencia de los funcionarios de hecho

Se trata de una interesante excepción a la teoría de la incompetencia. En nuestro medio, el funcionario de hecho es un servidor público que no genera, respecto de los actos que produzca, vicio alguno, en razón de las deficiencias con que ejerce el cargo. Se presenta en los casos de existir un funcionario público que aparentemente ejerce las funciones públicas que le corresponderían si hubiere sido designado de manera legítima, creando la impresión en el conglomerado social, no obstante existir en sus condiciones o procedimientos de designación graves violaciones de la ley”.

EJECUCIÓN DEL CONTRATO – Término –Jurisprudencia

Es importante señalar que la jurisprudencia ha distinguido entre plazo de vigencia y plazo de ejecución del contrato estatal y ha considerado que mientras subsista la obligación para las partes de liquidar el contrato, el plazo de vigencia de éste no ha finalizado. Por otra parte, el plazo de ejecución es aquel establecido para la realización de la prestación contractual.

Es importante resaltar que sólo las partes tienen la competencia para variar el término de ejecución del contrato, esta facultad no está diferida a ningún tercero que no haya intervenido en el acuerdo de voluntades; sólo si no existe acuerdo de voluntades, eventualmente lo podrá hacer la administración mediante acto administrativo.

MULTA CONTRACTUAL – Diferencia – Cláusula penal

La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.

Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.

De otra parte, la cláusula penal, en principio, excluye la posibilidad de cobrar perjuicios, salvo estipulación expresa en contrario.

OBLIGACIÓN – Incumplimiento parcial – Acreedor aceptar parte

[...] el código civil de regular la hipótesis en que el incumplimiento de la obligación principal ha sido parcial y el acreedor recibe parte del objeto debido. Para el efecto, esta codificación dispuso en el artículo 1596.

“Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”.

RACIONALIDAD – Cláusula penal – Proporcionalidad – No arbitrariedad

[...] durante las etapas de estructuración, proyección o planeación de los contratos del Estado, la precontractual propiamente dicha y, luego de ello, a lo largo de la existencia del contrato estatal se

impone a la Administración hacer uso razonable de las herramientas jurídicas de dirección y manejo del contrato conforme a los principios constitucionales y con miras a satisfacer el interés general.

Es dentro de este marco jurídico de principios, valores y reglas constitucionales y legales que encuentra sentido afirmar que la facultad, en el ámbito de libertad negocial de las partes, que establece el legislador para pactar la cláusula penal en aquellos casos de incumplimiento [en tanto tasación anticipada de perjuicios] no puede ser comprendida como escenario habilitante de discrecionalidad cuando se trata de su aplicación en concreto.

En este sentido, es claro que la discrecionalidad de la Administración debe ser abordada desde la perspectiva de la proporcionalidad, a fin de encausar dicho poder decisorio conforme a los postulados constitucionales que informan la actividad de la Administración Pública.

Lo anterior encuentra pleno sentido cuando se entiende que los jueces y los funcionarios administrativos, quienes tienen poder decisorio, tienen la obligación jurídica y política de erradicar la arbitrariedad en la toma de decisiones; razón por la cual ellos y, en general, todos los partícipes de la práctica jurídica tienen la obligación de fundamentar de manera racional, razonable y proporcional las posturas que defienden; más aún cuando, en la mayoría de los casos, es claro que la adopción de una decisión jurídica no se sigue lógicamente a partir de un ejercicio de subsunción de una norma jurídica en un caso concreto.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, veintinueve (29) julio de dos mil quince (2015).

Radicación número: 25000-23-26-2007-00108-01(42494)

Actor: MURILLO LOBO GUERRERO INGENIEROS S.A. EN REESTRUCTURACION

Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA - SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora¹ contra la sentencia del 27 de julio de 2011² proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que resolvió:

“PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

¹ Fls. 354 401 del C.P

² Fls.344 – 352 del C.P

SEGUNDO: Negar las demás pretensiones de la demanda, en los términos de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas.”

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 1º de marzo del 2007³, la sociedad **Murillo Lobo – Guerrero Ingenieros S.A. en reestructuración** presentó demanda contra el **Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Obras Públicas** para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

1.1- Que se declare la nulidad de la Resolución N° 035 de 28 de enero de 2004, proferida por el Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Obras Públicas, mediante la cual declaró el incumplimiento definitivo del contrato N° SOP V 47 – 99 por parte de la sociedad demandante, cuyo objeto era el diseño, construcción, mejoramiento y pavimentación de la vía “La Palma – Yacopí”.

1.2- Que se declare la nulidad de la Resolución N° 015 del 28 de abril de 2005 proferida por el Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Obras Públicas, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución N° 035 del 28 de enero de 2004.

1.3.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se “restablezcan todos y cada uno de los Derechos que, por la adopción irregular de las decisiones demandadas, le hayan sido vulnerados”:

1.3.1- La indemnización de los daños ocasionados como consecuencia de las decisiones demandadas, con su correspondiente actualización e intereses.

1.3.2- Las sumas que resulten probadas en el proceso, como indemnización de perjuicios que le fueron causados a la sociedad actora con la expedición de las resoluciones objeto de este proceso, con las cuales se impidió el cumplimiento del objeto contractual; y las utilidades derivadas del contrato, de haberse podido ejecutar completo.

³ Fls.6 – 43 del C.1

1.3.3- El pago de todos los perjuicios que se acrediten dentro del proceso.

1.3.4- Las costas y agencias en derecho

2. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así⁴:

El 29 de abril de 1999 el Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Obras Públicas y la sociedad Murillo Lobo – Guerrero Ingenieros S.A. celebraron el contrato N° SOP V 47 – 99, el cual tenía por objeto el diseño, construcción, mejoramiento y pavimentación de la vía “La Palma – Yacopí”; la sociedad contratista se comprometió a ejecutar las obras de acuerdo con los programas de avance de obra y cronogramas de trabajo. El plazo establecido para la ejecución del contrato fue de 12 meses, contados desde la fecha de iniciación de la obra, esto es, el 24 de mayo de 1999.

El 4 de junio de 1999 se suscribió el acta N° 02 del contrato en mención, por medio de la cual se suspendió el plazo del mismo, por un término de 45 días, con el fin de designar la interventoría; y el 11 de mayo del año siguiente las partes modificaron el contrato inicial, en cuanto a la localización de la obra; y el mismo día, se realizó un adicional al plazo del contrato, por 4 meses más. Igualmente, el 18 de agosto de 2000 se modificó el contrato inicial, en el sentido de realizar un pago adicional y de adicionar el plazo del mismo en 3 meses más; además se estableció que el manejo de los recursos, a partir de ese momento, se realizaría a través de una fiducia constituida para tal fin, la cual sería la encargada de efectuar los respectivos desembolsos. Así mismo, el 22 de septiembre siguiente se modificó nuevamente el contrato inicial.

Por lo anterior, el 18 de agosto de 2000, la sociedad demandante celebró un contrato de fiducia con la Fiduciaria Unión S.A., por medio del cual se dispuso la constitución de un patrimonio autónomo con los derechos económicos derivados del contrato, para que los recursos se destinen exclusivamente al desarrollo, avance y terminación de los contratos, de conformidad con las instrucciones impartidas en el contrato y por el Comité Fiduciario. Se acordó que el fideicomitente era la sociedad contratista y el beneficiario el Departamento demandado, para

⁴ Fls.7 – 15 del C.1

efectos de la destinación de los recursos desembolsados, sin embargo, para los efectos tributarios el beneficiario sería siempre el fideicomitente; dicho contrato fue adicionado el 25 de julio de 2003 y el 12 de noviembre del mismo año. El 22 de marzo de 2001 las partes ampliaron la suspensión del contrato por dos meses más, el 29 de noviembre de 2001 las partes adicionaron y modificaron el contrato SOP V 47-99; de nuevo el 28 de junio del 2002, el 28 de agosto siguiente, el 16 de diciembre de la misma anualidad, y el 25 de julio de 2003.

El 28 de junio de 2001 las partes en el proceso y la compañía Mundial de Seguros S.A., suscribieron un acuerdo directo, en el cual ésta última giraría a la Fiduciaria Unión S.A. unas sumas determinadas de dinero; el Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Obras Públicas giraría a la Fiduciaria el importe de las actas totales y parciales de obra; y se otorgó al contratista un plazo de 4 meses adicionales. El 24 de agosto de 2001 la sociedad demandante fue admitida en un proceso de reestructuración empresarial; de conformidad con la ley 550 de 1999, en el marco de este proceso, se suscribió el acuerdo de reestructuración con todos los acreedores de la sociedad, por un periodo de 138 meses. Destaca el apoderado en la demanda que en dicho acuerdo se estableció que los recursos para la terminación del contrato con el Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Obras Públicas, tenían la naturaleza de acreencias post ley 550.

Se afirma en la demanda que mediante comunicación del 13 de noviembre de 2003, la entidad demandada, por medio del interventor, ordenaron a la fiduciaria Unión S.A. no efectuar los giros solicitados por la sociedad actora, decisión que se tomó, de acuerdo con la demanda, de manera unilateral y sin la participación del Comité Fiduciario. Por medio de la comunicación N° 1294 del 12 de julio de 2004 el ente territorial solicitó la fiduciaria la devolución de \$289.065.628,75 que formaban parte del mencionado contrato, a lo cual se opuso la sociedad Lobo – Guerrero Ingenieros S.A., mediante comunicación del 21 de julio siguiente, argumentando que no se había liquidado el contrato, existía un saldo por concepto de unas obras, y que

El 28 de enero de 2004, mediante Resolución N° 035 del mismo día, el Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Obras Públicas, declaró el incumplimiento definitivo del contrato SOP V 47 – 99 por parte de la sociedad Lobo – Guerrero Ingenieros S.A., e hizo efectiva la cláusula penal estipulada en el contrato, por el 20% del valor del contrato. Dicha Resolución fue notificada en

edicto del 12 de febrero del 2004. El 3 de marzo de 2004 la sociedad actora interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución N° 035 de 2004. Mediante la Resolución N° 015 de 2005 el Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Obras Públicas, confirmó la mayor parte de la Resolución atacada, y redujo el monto de la cláusula penal, hasta el amparo de la póliza; dicho acto administrativo fue notificado al representante legal de la sociedad actora el 1° de junio de 2005.

Afirmó el apoderado de la parte actora en la demanda que el contrato SOP V 47 – 99 no fue liquidado, razón por la cual la acción precedente es la contractual.

3. El trámite procesal

3.1- Admitida la demanda, e integrado en debida forma el litisconsorcio incluyendo a la Fiduciaria de Occidente S.A.; y noticiados los demandados del auto admisorio, el asunto se fijó en lista, la Fiduciaria de Occidente S.A. le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas por cuanto carecen de fundamento jurídico y fáctico.

Como razones de su defensa, el al apoderado de la Fiduciaria de Occidente S.A. propuso las excepciones que denominó “improcedencia del llamado en garantía”, “carencia del derecho del demandante para formular el llamamiento en garantía” y “excepción de contrato no cumplido”.

Ahora bien, el Departamento de Cundinamarca presentó su escrito de contestación a la demanda, en el cual manifestó que las pretensiones no están llamadas a prosperar. Para lo anterior, propuso la excepción que denominó “excepción de contrato no cumplido”.

3.2- Después de decretar⁵ y practicar pruebas, y pese a que el actor interpuso recurso de reposición y súplica en contra del auto que abrió el periodo probatorio, el mismo fue confirmado. Acto seguido, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por aquellas, pero éste último no rindió su concepto.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

⁵ Fls. 213 C.1

El 27 de julio de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, y negó las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión el *A quo* consideró:

- Que resulta infundado el argumento de la parte actora relativo a la falta de certeza sobre el momento de terminación del contrato, pues la última acta fue suscrita por la parte actora, y no se demostró en el proceso una nueva suspensión del contrato. Y con relación a la cláusula penal, destaca que se trata de una tasación anticipada de perjuicios que pactan las partes, razón por la cual correspondía a la parte actora demostrar que el monto establecido en los actos administrativos atacados es infundado.

- Que en cuanto a la desviación de las atribuciones del funcionario, consideró el *a quo* que el hecho de entrar en un proceso de reestructuración, de conformidad con la ley 550 de 1999, no genera una modificación automática del plazo del contrato, pues lo que se establece en la mencionada ley es la prohibición de terminar o caducar el contrato por el simple hecho de encontrarse el contratista incurso en un proceso de reestructuración, o incluir cláusulas que vayan en contra del mismo.

- Que no se acreditó que la congelación de los pagos antes del vencimiento del plazo contractual hubiese sido la causa del incumplimiento, toda vez que la misma no fue significativa.

- Que en cuanto a la excepción de contrato no cumplido reiteró lo dicho en relación (sic) (sic) con la congelación de los pagos, en la medida en que dicha situación no tiene relevancia (sic) (sic) jurídica.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

1. El 22 de agosto de 2011, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación⁶ en el que solicitó que se revoque la sentencia proferida el 27 de julio de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda; reiteró las pretensiones y

⁶ Fls.354 – 401 C.P

hechos relacionados en la demanda y los motivos de inconformidad con los actos demandados.

(i) Resaltó que el Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Obras Públicas de manera unilateral y sin motivación aparente determinó el 11 de diciembre como fecha de terminación del contrato; y que incumplió el mismo en la medida en que la decisión que tomó respecto de los dineros que estaban en poder de la fiduciaria, pues dicha decisión requería la instrucción del Comité respectivo.

(ii) En relación con la falsa motivación de las resoluciones demandadas consideró que la suma de la cláusula penal fue producto de un informe del interventor del contrato, el cual la sociedad actora no pudo controvertir; y toda vez que el contrato no se liquidó, de manera bilateral ni unilateral por parte de la administración, “no existe un acto contractual que determine dicho valor como el del monto incumplido por la sociedad” demandante. Sostuvo que en el primer acto administrativo atacado se presentó un error aritmético.

(iii) En cuanto al cargo de “desviación de las atribuciones propias del funcionario”, el apelante transcribió el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, destacando el aparte que establece la nulidad contra los actos administrativos cuando estos hayan sido expedidos con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que las profirió. Cita además el artículo 34 de la ley 550, haciendo énfasis en que los acuerdos de reestructuración celebrados por una empresa son de obligatorio cumplimiento para el empresario, sus acreedores, incluyendo a quienes no hayan participado en el acuerdo, o quienes habiéndolo hecho, no hayan consentido en él; también destacó de esta última norma el numeral 6, que establece que las obligaciones (sic) (sic) se atenderán con sujeción a lo dispuesto en el acuerdo y quedan sujetas a lo que se establece en él en cuanto a rebajas, disminución de intereses y concesión de plazos o prórrogas, aún sin el voto favorable del respectivo acreedor.

Afirmó que de conformidad con el proceso de reestructuración en el cual fue admitida la sociedad demandante, el respectivo acuerdo de pago, y las normas que regulan la materia, “estableciéndose (sic) (sic) que el plazo del acuerdo de reestructuración es de 138 meses, el contrato SOP V 47 – 99 no se encontraba vencido cuando el señor Secretario de Obras Públicas de la Gobernación de

Cundinamarca profirió la Resolución 035 de 28 de enero de 2004 y/o la Resolución 015 de 28 de Abril (sic) de 2005”.

Y sostuvo que el funcionario no tenía facultades para ordenar la cancelación de los giros a la entidad fiduciaria, situación que además puso a la sociedad contratista en imposibilidad de cumplir con las obligaciones derivadas del contrato; reiteró que dicha instrucción se impartió sin la participación del Comité Fiduciario. Concluyó que lo anterior obligó al contratista a incumplir el contrato, debido a su situación financiera en el momento – parte de un proceso de reestructuración; y que “el **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA – SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS**, incumplió desde el 23 de Noviembre (sic) de 2003, antes de las sanciones a mi poderdante, el contrato modificadorio del 18 de Agosto (sic) de 2000, que requería instrucción de un comité para determinar lo correspondiente a los dineros consignados (sic) (sic) en la fiducia”

Por último alegó que esta misma circunstancia, es decir, la orden que se dio a la Fiduciaria de suspenderle los pagos a la compañía contratista, implica un incumplimiento del contrato que colocó a la sociedad demandante en imposibilidad de cumplir; de donde concluye que debe declarar que la entidad demandada estaba imposibilitada de declarar el incumplimiento, pues con esta conducta era ésta la que había incumplido sus obligaciones, configurándose así, según el recurrente la denomina excepción de contrato no cumplido.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público mediante escrito del 28 de febrero de 2012, solicitó que se confirme el fallo de primera instancia, por considerar que el primer cargo, relativo a la falta de motivación de los actos demandados al determinar unilateralmente la fecha de terminación del contrato, no prospera toda vez que se encuentra acreditado dentro del proceso que la terminación del contrato se presentó el 11 de diciembre de 2003, de conformidad con el acta N° 50 de suspensión y reinicio.

En relación con el error aritmético alegado por el apelante, el Agente del Ministerio Público consideró que se trata de una afirmación sin fundamento jurídico y fáctico, pues encontró dicha liquidación proporcional al grado del incumplimiento; y que no es requisito la liquidación del contrato para que la entidad estatal pueda declarar el

incumplimiento del mismo, pues ni esta declaratoria ni la efectividad de la cláusula penal se encuentran supeditadas a la liquidación previa del contrato. Destaca el Procurador Primero Delegado que la entidad demandada contaba con pruebas del incumplimiento del contratista, entre otras, los requerimientos formulados por el supervisor del contrato.

Adicionalmente, sobre la desviación de poder alegada por el actor, consideró el Ministerio Público que si bien a las entidades públicas les está vedado terminar o caducar el contrato por causa o razón del proceso de reestructuración, en el caso concreto el contrato terminó por el cumplimiento del plazo contractual, hecho que no tiene relación con las prohibiciones establecidas por la ley en materia de procesos de reestructuración. Y tampoco le otorga la razón al demandante en cuanto a que la instrucción impartida por la demandada de congelar los giros de las sumas de dinero hubiese sido determinante en el incumplimiento de la sociedad contratista.

Por último, en relación con la excepción de contrato no cumplido, el Ministerio Público analizó una jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto, concluyó que la instrucción dada por la entidad no fue la causa determinante para que el contratista incumpliera el contrato, pues de conformidad con las pruebas que obran en el proceso, es procedente afirmar que el incumplimiento fue “de manera constante y reiterada con sus obligaciones contractuales”.

En consideración a que el expediente entró para elaboración del fallo el 29 de febrero de 2012⁷ (se encuentra dentro del turno) y no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: (1) la acción relativa a controversias contractuales y su marco de pretensiones; (2) Alcance de la pretensión de incumplimiento, sus vicisitudes y la prueba de los perjuicios derivados del

⁷ Fls.313 C.P

incumplimiento; (3) el análisis del caso concreto, estudiando cada uno de los argumentos expuestos en el recurso de apelación, esto es: i) Se verificará si se encuentra acreditada, como lo sostiene el recurrente, la falsa motivación de las resoluciones demandadas; ii) si existió la desviación de las atribuciones del funcionario que expidió los actos administrativos cuyo nulidad se pretende; v) Si se dan los elementos para aplicar, frente a la Resolución acusada, la denominada excepción de contrato no cumplido alegada por el demandante en la demanda y reiterada en el recurso de apelación.

1. Alcance de la acción relativa a controversias contractuales y su marco de pretensiones.

La de controversias contractuales, conforme lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no es una acción instituida en el contencioso administrativo con un contenido normativo único, por el contrario, de la lectura de dicho artículo fácil es deducir que se trata de una verdadera vía procesal de contenido pluripretensional, o lo que es lo mismo, que cobija toda la variedad de situaciones problemáticas que hipotéticamente pueden tener lugar en el ámbito de las relaciones contractuales. Sobre el particular es preciso recoger las siguientes precisiones teóricas y conceptuales:

“...Profundizar en el concepto de una acción autónoma referente a las diversas controversias y litigios que se puedan presentar con ocasión de un contrato estatal es un asunto relativamente nuevo en la legislación contencioso administrativa y en el derecho de la contratación estatal colombiano. Históricamente las diferencias surgidas de los denominados contratos de la administración pública fueron materia atribuida por el legislador a la jurisdicción ordinaria, no obstante que desde los inicios del siglo pasado se comenzó, desde el punto de vista sustancial, a determinar un preciso régimen característico de aquellos contratos en los que el Estado o un ente público era parte de dicha relación⁸.

Es tan sólo con la entrada en vigencia del Decreto 528 de 1964 que las controversias contractuales de los entes territoriales y de los establecimientos públicos (según el Dcto. 3130 de 1968 también las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta), en especial aquellas provenientes de un contrato de derecho administrativo, pasaron a ser de conocimiento de la justicia contencioso administrativa, conservando la ordinaria competencia para el juzgamiento de todas aquellas derivadas de los denominados contratos de derecho privado de la administración, situación que perduró durante la vigencia de los decretos 150 de 1976 y 222 de 1983; en este último expresamente se determinaba en el artículo 17:

⁸No obstante las disposiciones especiales sobre algunos contratos como los de concesión, que desde el siglo XIX gozaban de normas especiales, es con el Código Fiscal Nacional (Ley 110 de 1912) que se incorpora al derecho nacional la figura de la licitación, que ya en algunos códigos fiscales y administrativos de los extintos Estados soberanos se habían desarrollado para la escogencia de contratistas para el Estado. Algunas otras disposiciones del siglo XX, como las leyes 153 de 1909, 61 de 1921, 106 de 1931, los decretos 2880 de 1959 y 64 de 1969 y las leyes 36 de 1966 y 150 de 1976, fueron diseñando un especial régimen sustancial para los contratos del Estado.

... la calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contenciosa administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Parágrafo. No obstante la justicia contenciosa administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en los que se hubiere pactado la cláusula de caducidad.

En la práctica el Decreto 222 de 1983 recogió lo expuesto en el Decreto 528 de 1964, agregándole el ingrediente jurisprudencial diferenciador de competencias, determinado por el Consejo de Estado durante la vigencia del primero de los decretos, según el cual la existencia de cláusula de caducidad habilitaba a la jurisdicción contenciosa administrativa para asumir cualquier conflicto emanado del contrato de derecho privado en que se hubiere incorporado.

Con la vigencia de la Ley 80 de 1993, el problema de la jurisdicción competente para el conocimiento de los litigios contractuales cambió radicalmente. La nueva legislación, según la redacción de su artículo 32, con base en el principio del contrato único estatal, que rompía con la doble clasificación de contratos de derecho administrativo y de derecho privado, y considerando que contrato estatal era aquel en que una de las partes estaba integrada por cualquier entidad estatal, resolvió atribuir la competencia integral de todos ellos, en los eventos de litigios o controversias, a la jurisdicción contenciosa administrativa. De manera expresa el artículo 75 del estatuto general de la contratación administrativa pública determinó que “el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contenciosa administrativa”. La interpretación jurisprudencial de esta disposición ha sido amplia: a partir de ella no sólo han pasado a conocimiento de la justicia contenciosa administrativa todos los litigios emanados de los contratos que durante la vigencia del Decreto 222 de 1983 nacieron como de derecho privado⁹, sino que (...) se abrió paso en la corporación la tesis jurídica según la cual esta jurisdicción también conoce de los procesos ejecutivos surgidos de un contrato estatal.

Desde el punto de vista de los mecanismos procesales aplicables por la jurisdicción contenciosa administrativa, debemos recordar que inicialmente todas las pretensiones de las relaciones contractuales se consideraron propias de la acción de plena jurisdicción, según los más clásicos planteamientos de la doctrina francesa¹⁰. Sin embargo, dentro de la concepción individualizadora de pretensiones como sustento de acciones autónomas que ha caracterizado el derecho contencioso administrativo colombiano, con la entrada en vigencia del Decreto 01 de 1984 se incorporaron en su artículo 87 las denominadas “acciones relativas a contratos”, esto es, se agrupaban en un solo mecanismo procesal las diversas hipótesis de litigios propios del contrato. Esta disposición fue objeto de revisión por el legislador, quien a través del artículo 17 del Decreto 2309 de 1989 resolvió denominarlo “De las controversias contractuales”, queriendo, al igual que en la norma modificada, integrar el más amplio y genérico espectro de situaciones generadoras de litigios, conflictos o controversias propias del contrato, su ejecución y liquidación. El artículo 32 de la Ley 446 de 1998 conservó la misma denominación y propósitos para esta acción.

En este sentido, una aproximación a la institución nos permite sostener que la acción referente a controversias contractuales o acción contractual desarrollada en el artículo 87 CCA es una acción, por regla general, de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional a través de la cual cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia y que se hagan las declaraciones,

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 23 de noviembre de 1995, exp. 11310, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ: “Después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por una entidad estatal, con miras a determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que de él se deriven. Basta con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que nos ocupa, para que el juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente lo dispone el artículo 75”. El fundamento de estas apreciaciones lo obtiene la corporación en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que unificó en el concepto de contrato estatal todos los contratos del Estado, y en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que establece el carácter de aplicación indirecta de todas las normas que establezcan competencias.

¹⁰ RIVERO. Derecho administrativo, cit., p. 232.

condenaciones o restituciones consecuenciales; que se orden su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan las demás declaraciones y condenaciones que sean pertinentes; así mismo, la nulidad de los actos administrativos contractuales y los restablecimientos a que haya lugar; como también las reparaciones e indemnizaciones relacionadas con los hechos, omisiones u operaciones propias de la ejecución del contrato.

De manera excepcional y conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el inciso 3.º del artículo 87 CCA, según las modificaciones introducidas por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, y el literal e artículo 136.10 CCA, conforme a las modificaciones aportadas por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción contractual eventualmente puede revestir las características de objetiva, a iniciativa de cualquiera de las partes de un contrato, el Ministerio Público, el tercero que acredite un interés directo, si la pretensión es la nulidad absoluta del contrato; de igual manera, cuando lo que se pretende es exclusivamente la simple nulidad de un acto administrativo contractual de carácter general.¹¹

Súmese al anterior recuento el que bajo el contexto del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el legislador conservó las notas características del medio de control de controversias contractuales, dando continuidad, con ello, al desarrollo histórico del que se ha dado cuenta en el texto en cita y que no es otra cosa que el de concebir bajo una misma vía procesal (de las controversias contractuales) la posibilidad de discutir ante el Juez Administrativo las diversas vicisitudes jurídicas que pueden originarse en una relación contractual¹².

2.- Alcance de la pretensión de incumplimiento, sus vicisitudes y la prueba de los perjuicios derivados del incumplimiento.

En armonía con lo que se viene de exponer conviene adentrarse en los elementos estructuradores de la pretensión de incumplimiento del contrato (uno de los pedimentos del accionante) ya que desde dicho marco jurídico conceptual es que se abordará, en el caso concreto, lo pedido.

¹¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Contencioso Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 227-230.

¹² Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 141. Controversias contractuales. 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 esta 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 convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.

Así, sobre la pretensión declarativa de incumplimiento del contrato estatal por una de las partes, se ha precisado lo siguiente:

“El fundamento de esta pretensión radica en la denominada condición resolutoria tácita prevista en el artículo 1546 C. C., según la cual “en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplimiento por uno de los contratantes de lo pactado”. Puede, en estos casos, el contratante cumplido o quien se hubiere allanado a cumplir solicitar la terminación o resolución del contrato, o su cumplimiento, al igual que la indemnización consecuente de los perjuicios que se le hubieren causado con el incumplimiento. Para la Corte Suprema de Justicia, se trata de “sanciones destinadas a dotar las obligaciones de cualidad coercitiva”¹³.

En cuando al incumplimiento, nos encontramos ante una típica pretensión de reparación con ocasión de la no sujeción a lo pactado, por cualquiera de las partes del contrato. Implica una declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento consiguiente de las indemnizaciones correspondientes de acuerdo con lo pedido y demostrado por la parte que se crea lesionada por el presunto incumplimiento de la otra.

Aunque el legislador admite que la administración actúe procesalmente como demandante o demandada, en estas hipótesis, por regla general, no puede actuar como demandante, en la medida en que cuenta con poderes excepcionales como el de caducidad que le permite declarar administrativamente esta situación contractual y proceder a la liquidación del contrato, o hacer uso de su poder de coacción y vigilancia, que le conceden los artículos 4.º y 14 de la Ley 80 de 1993, e incluso imponer multas cuando hubieren sido pactadas. Así mismo, (...), el contratista no podría constreñir judicialmente a la administración al cumplimiento de lo pactado, sino a la declaratoria de su responsabilidad como incumplida y a obtener las condenas correspondientes a su favor de acuerdo a lo demostrado, esto con fundamento en el texto del artículo 87 CCA.

La resolución¹⁴ judicial del contrato por incumplimiento es considerada un modo de resolver los mismos: “estos son privados total o parcialmente de su eficacia, a causa del incumplimiento culposo de las obligaciones a cargo de una de las partes, si el contrato es bilateral [...] o del incumplimiento de la única parte obligada por el contrato unilateral”; en estos eventos se requiere de pronunciamiento judicial, que declare el incumplimiento y ordene la terminación o resolución del contrato¹⁵.

Desde esta perspectiva, se han planteado varios elementos característicos de este tipo de pretensión dentro de la acción contractual: el primero hace referencia al incumplimiento culposo de las obligaciones contractuales por una de las partes o de la que resulte obligada si el contrato es de los calificados como unilaterales por el Código Civil, esto es, que a partir de criterios unilaterales una de las partes incurre en desconocimiento de sus obligaciones en perjuicio de la otra. Conlleva, por lo tanto, la mora del contratante demandado, o retardo culpable y renuente de una de las partes a cumplir lo pactado Sin embargo el carácter culposo en el incumplimiento excluye la procedencia de la pretensión

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de noviembre de 1964.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 2 de octubre de 2003, exp. 14394, C. P.: MARÍA ELENA GÓMEZ GIRALDO: “Es importante destacar que aunque las partes dejaron suspendido indefinidamente el contrato de obra pública 123 de 1994 y no ha sido posible un acuerdo para continuar su ejecución, no procede la rescisión del mismo con fundamento en el mutuo disenso tácito de las partes, porque ello no fue pedido, y como la rescisión y la resolución son figuras jurídicas sustancialmente diferentes, una decisión en el sentido resultaría abiertamente incongruente. En efecto: el mutuo disenso del contrato conocido como rescisión está fundado en lo dispuesto en los artículos 1602 y 1625 C. C.; consiste en la prerrogativa de la que son titulares las partes de un contrato para dejarlo sin efectos, mediante una manifestación expresa de voluntad o mediante conductas o comportamientos que se traducen en el desistimiento del negocio celebrado. Es por tanto una figura sustancialmente diferente a la resolución del contrato contemplada en el artículo 1546 C. C., si se tiene en cuenta que esta última figura se fundamenta en el incumplimiento de uno de los contratantes, en tanto que el mutuo disenso o rescisión tiene fundamento en la voluntad expresa o tácita de los contratantes”.

¹⁵ GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA. Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos, Bogotá, Edit. Temis, 1994, p. 550. El artículo 1546 “abona la tesis doctrinaria de que la acción resolutoria es un derecho de los acreedores, tan principal como lo son la acción ejecutiva y la de indemnización de perjuicios”.

en los casos en que la inejecución del contrato hubiere sido producida por situaciones riesgosas como el caso fortuito y la fuerza mayor.

Lo segundo se refiere a que no puede existir incumplimiento, ni culpa en el contratante actor, cuando la otra parte no ha cumplido lo que le corresponde, caso en el cual se estructura la figura legal de la excepción de contrato no cumplido a que hace relación el artículo 1609 C. C., evento ese en donde se supone, si se prueba el incumplimiento de la otra parte, la inexistencia de culpa en quien se abstiene de cumplir por esta causa¹⁶.

La jurisprudencia contencioso administrativa ha acogido los trabajos de iusprivatistas en torno de la denominada exceptio non adimpleti contractus (excepción de contrato no cumplido); no obstante, su aplicación se ha considerado atemperada por el principio del interés público o general, que conforme al artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 rige los contratos estatales. Según la tesis del Consejo de Estado, el principio del artículo 1609 C. C.¹⁷ sería procedente en materia de contratos estatales única y exclusivamente cuando de “las consecuencias económicas que se desprendan del incumplimiento de la administración se genere una razón de imposibilidad de cumplir para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado”¹⁸. En todos los demás casos opera la regla general de que el contratista está obligado a cumplir las obligaciones, así se presente incumplimiento que no impida la ejecución. Esta posición ha sido reiterada en los últimos años y reconducida al cumplimiento de cuatro propósitos fundamentales para estructurar la excepción: que se trate de contratos sinalagmáticos; que el incumplimiento de la administración sea cierto y real; que tenga una gravedad ostensible y considerable que imposibilite el cumplimiento, y que quien la invoca no haya dado lugar al incumplimiento de la otra¹⁹. Si se demuestran

¹⁶ *Ibíd.*, pp. 556 a 558.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 14 de septiembre de 2000, exp. 13530, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE: “No sucede lo mismo con la exceptio non adimpleti contractus, toda vez que ella, además de estar prevista en el ordenamiento jurídico (art. 1609 C. C.), es una regla de equidad en los contratos de los que se derivan obligaciones correlativas para ambas partes, aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y sobre la cual la jurisprudencia de la Sala ha superado la resistencia de algunos doctrinantes [...] De tal manera que en el ordenamiento jurídico colombiano, con miras a conciliar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, se admite la exceptio non adimpleti contractus en los contratos administrativos, pero no con el alcance general y absoluto que tiene en la contratación entre particulares, sino limitada exclusivamente a aquellos casos en que el incumplimiento imputable a la administración coloque al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones. En estas condiciones, es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de sus obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 C. N.), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual”.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 31 de enero de 1991, exp. 5951, C. P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 2001, exp. 12722, C. P.: MARÍA ELENA GÓMEZ GIRALDO: “La exceptio non adimpleti contractus es una regla legal y de equidad que orienta los contratos que son fuente de obligaciones correlativas o sinalagmáticas [...] Por virtud de la excepción de contrato no cumplido la parte contratista está legitimada, legalmente, para no ejecutar sus obligaciones mientras su cocontratante no ejecute las propias [...] su aplicación está condicionada al cumplimiento de los siguientes supuestos: a. Que exista un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas; condición esta que se justifica porque ‘La esencia de los contratos sinalagmáticos es la interdependencia de las obligaciones recíprocas’. Esto es, ‘la obligación asumida por uno de los contratantes constituye la causa de la obligación impuesta al otro contratante, de donde se deduce que uno está obligado con el otro porque éste está obligado con el primero’. Y es la existencia de obligaciones recíprocas e interdependientes la que permite contemplar sanciones distintas de la condena a daños y perjuicios en caso de inejecución de sus obligaciones por uno de los contratantes. ‘Admitir que uno de los contratantes está obligado a ejecutar, mientras que el otro no ejecuta, sería romper la interdependencia de las obligaciones que es la esencia del contrato sinalagmático’, y por ello se autoriza la aplicación de prerrogativas como la resolución del contrato o la exceptio non adimpleti

estos presupuestos la administración perdería cualquier posibilidad de imponer multas o de aplicar las cláusulas de excepción como la de caducidad al contratista^{20, 21}.

Al respecto, esta Subsección ha hecho eco de estos planteamientos destacando que no basta con acreditar el incumplimiento imputable a la contraparte sino que es necesario, para que el pedimento salga adelante, que se acredite el perjuicio causado con tal proceder.

Así, en sentencia de 24 de julio de 2014 indicó:

“Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de “no cumplimiento”²² y esta situación, por regla general,²³ no da lugar a la responsabilidad civil.²⁴

2. El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.

En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediadamente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación.

contractus; b. Que el no cumplimiento sea cierto y real de obligaciones a cargo de las dos partes contratantes, porque a nadie le es permitido escudarse en la excepción de contrato no cumplido con base en el supuesto de que la otra parte, posible o eventualmente, le va a incumplir en el futuro, si se tiene en cuenta que esta forma de incumplimiento conduce a un daño futuro meramente hipotético y por ende no indemnizable; c. Que el incumplimiento de la administración sea grave, determinante y de gran significación; debe traducirse en una razonable imposibilidad de cumplir para el contratista. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado que es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de sus obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 C. N.), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual; d. Que quien invoca la excepción no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo, puesto que no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento cuando su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo”.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 2001, exp. 12722, C. P.: MARÍA ELENA GÓMEZ GIRALDO: “Se tiene entonces que cuando se cumplen los supuestos de hecho que representan la existencia real de la excepción de contrato no cumplido, y se concluye que el contratista no estaba obligado a cumplir la prestación que pendía de un comportamiento contractual de la administración, ésta pierde la facultad de declarar el incumplimiento del contrato o la caducidad del mismo, si el motivo determinante de esta decisión lo era precisamente el incumplimiento del contratista”.

²¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Ibíd., p. 235-239.

²² F. HINESTROSA. Tratado de las obligaciones. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 237

²³ Se exceptúa el caso, por ejemplo, en el que el deudor conviene en responder aún en el evento de fuerza mayor o caso fortuito, tal como se desprende de los incisos finales de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil

²⁴ Artículos 1604, inc. 2º, y 1616, inc. 2º, ibidem.

Causar un daño genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía.”²⁵

De manera que, como quiera que en las relaciones jurídicas contractuales²⁶ una de las partes (el deudor (sic) (sic)) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor sólo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.

No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que *“el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”,* que *“el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes”* y que *“el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.”*

En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor; pues, si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de *“no cumplimiento”²⁷* y esta situación, por regla general,²⁸ no da lugar a la responsabilidad civil.²⁹

Ahora bien, en atención a que el incumplimiento puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios cuando se ha causado un daño al acreedor, ya que la responsabilidad civil persigue la reparación del daño, es importante resaltar que cuando el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar la existencia y cuantía del perjuicio invocado.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 24 de julio de 2013, exp. 25131. Reiterado en fallo de 26 de marzo de 2014, exp. 22831.

²⁶ Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales.

²⁷ F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 237

²⁸ Se exceptúa el caso, por ejemplo, en el que el deudor conviene en responder aún en el evento de fuerza mayor o caso fortuito, tal como se desprende de los incisos finales de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil

²⁹ Artículos 1604, inc. 2º, y 1616, inc. 2º, ibidem.

Tal carga probatoria se encuentra establecida no solamente en el artículo 177 del C. P. C. al preceptuar que *“incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, sino también, y particularmente para la responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C. C. al disponer que *“incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.”*

Así que entonces es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y la cuantificación del perjuicio sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C. C. A.

Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediablemente condenada al fracaso.

Con base en las anteriores consideraciones conceptuales la Sala entra analizar el caso concreto.

3. Vicios de los actos administrativos por incompetencia de los servidores (sic) (sic) públicos (sic) (sic)

Dentro de los vicios de los elementos externos del acto administrativo, que tienen la fuerza para invalidarlo, se encuentran aquellos que son generados por la incompetencia del sujeto que lo expide. A este respecto la doctrina ha clasificado ese tipo de vicio del acto así:

“En el derecho positivo colombiano, a diferencia de otros ordenamientos, no se hacen gradaciones respecto de los efectos de la incompetencia. Entre nosotros, la incompetencia es una sola y produce un solo efecto: la nulidad del acto. No obstante, en razón de los eventos en que se estructura, la podemos clasificar en las siguientes clases: en cuanto a la materia; el territorio; el tiempo; el grado de horizontalidad; el grado de verticalidad; por usurpación de poder; por la presencia de funcionarios de hecho. La anterior clasificación no es excluyente, por lo que la existencia de un vicio cualquiera puede ser adecuada a varias de las modalidades indicadas

INCOMPETENCIA RATION MATERIAE

Se caracteriza esta incompetencia porque se concreta sobre la materia u objeto específico del acto, esto es, sobre las potestades otorgadas por el ordenamiento a los órganos o sujetos de la administración. Constituye la regla general en materia de incompetencia y

puede decirse que, en su mayoría, las otras modalidades de incompetencia son especificidades suyas”.

[..]

“INCOMPETENCIA “RATIONE LOCI” O TERRITORIAL

Como su nombre lo indica, es el ejercicio de competencias con violación de las circunscripciones territoriales o ámbito territorial asignado a cada órgano o funcionario de la Administración Pública; puede depender de las siguientes circunstancias

- Por proferirse actos, por una autoridad administrativa, para que surtan efectos en el espacio territorial de otra; como lo indica ESCOLA, en estas oportunidades el “órgano pretende ampliar su ámbito de acción dictando actos que sean aplicables o produzcan sus efectos naturales de los límites territoriales que tienen señalados.
- Por proferirse, por una autoridad administrativa, decisiones por fuera de las demarcaciones geográficas de la entidad a que pertenece; se configura el vicio porque, a no dudarlo, la capacidad o competencia orgánica va unida indisolublemente a la jurisdicción territorial”

[..]

“INCOMPETENCIA RATIONE TEMPORIS

Se presenta en los casos en que las competencias asignadas a un órgano o funcionario (sic) (sic) deben ser ejercidas bajo condición temporal. Estaremos frente a una incompetencia de esta clase cuando dichas competencia son ejercidas en las siguientes oportunidades: antes del tiempo o momento en que legalmente le correspondía actuar al funcionario respectivo; con posterioridad al vencimiento de la oportunidad en la cual podía válidamente, la administración, adoptar la decisión”

[..]

“INCOMPETENCIA EN RAZÓN DEL GRADO DE HORIZONTALIDAD

En estos casos se configura el vicio en razón de la violación, por parte de la administración, de la independencia funcional de que gozan los poderes legislativo y judicial. ... El órgano administrativo en estos casos invade el ámbito de acción de algunas de las ramas del poder público...”

[..]

“INCOMPETENCIA EN RAZÓN DEL GRADO DE VERTICALIDAD

Al contrario de lo anterior, en este tipo de incompetencia existe algún grado de jerarquización entre los organismos y entre los sujetos de la Administración Pública en los cuales se presenta la usurpación funcional... La competencia no puede ser modificada sino por quien la ha instituido. Consecuentes con este planteamiento, baste indicar que el grado de jerarquía existente entre funcionarios administrativos o entre organismos de la Administración Pública”

[..]

COMPETENCIA DE LOS FUNCIONARIOS DE HECHO

Se trata de una interesante excepción a la teoría de la incompetencia. En nuestro medio, el funcionario de hecho es un servidor público que no genera, respecto de los actos que produzca, vicio alguno, en razón de las deficiencias con que ejerce el cargo. Se presenta en los casos de existir un funcionario público que aparentemente ejerce las funciones públicas que le corresponderían si hubiere sido designado de manera legítima, creando la impresión en el conglomerado social, no obstante existir en sus condiciones o procedimientos de designación graves violaciones de la ley”³⁰.

4. El término para la ejecución del Contrato

³⁰ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo Tomo II, Bogotá, 2003 págs. 370 y ss.

Es importante señalar que la jurisprudencia ha distinguido entre plazo de vigencia y plazo de ejecución del contrato estatal y ha considerado que mientras subsista la obligación para las partes de liquidar el contrato, el plazo de vigencia de éste no ha finalizado³¹. Por otra parte, el plazo de ejecución es aquel establecido para la realización de la prestación contractual.

Pues bien, la realización de la prestación es, en términos de la teoría de las obligaciones la realización del pago. A propósito de la oportunidad para hacer el pago, debe preverse que en las prestaciones positivas como la que aquí se alude, es decir, las correspondientes a la elaboración del diseño, construcción mejoramiento y pavimentación de la vía “La Palma- Yacopí”, el tiempo significa el término establecido para que el deudor entregue los trabajos – *dies a quo* y *dies ad quem* (día a partir del cual y día en que se termina), que en el caso que aquí se examina estaba pactado entre el 24 de mayo de 1999 y 11 de diciembre de 2003, fecha ésta última convenida en la prórroga suscrita por las partes el 24 de noviembre de 2003

Es importante resaltar que sólo las partes tienen la competencia para variar el término de ejecución del contrato, esta facultad no está diferida a ningún tercero que no haya intervenido en el acuerdo de voluntades; sólo si no existe acuerdo de voluntades, eventualmente lo podrá hacer la administración mediante acto administrativo

Así se desprende de lo previsto por en el artículo 16 de la ley 80 de 1993, que dispone:

“Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se debe satisfacer con él, fueren necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan a un acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios”

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 1999, Exp. 10.264; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de mayo de 2000, Exp. 12.248; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 14 de diciembre de 2000, Radicación 1.293 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de marzo de 2001, Exp. 13.352.

En efecto, lo prescrito por este artículo establece que la variación del término de ejecución del contrato no está siquiera autorizada para realizarse unilateralmente por parte de la administración; esta hipótesis queda reservada para el supuesto previsto en la primera parte de la norma, esto es, al acuerdo de voluntades entre contratante y contratista.

La Sala hace esta puntualización puesto que en el recurso se afirma que el término del contrato había variado, como consecuencia de un acuerdo de reestructuración celebrado entre la compañía contratista y sus acreedores, conforme a lo previsto por la ley 550 de 1999. En el análisis del caso concreto, se estudiará si dicho acuerdo resulta oponible a la Entidad pública.

5. Diferencias entre multas contractuales y la cláusula penal

La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.

Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.

De otra parte, la cláusula penal, en principio, excluye la posibilidad de cobrar perjuicios, salvo estipulación expresa en contrario. Así lo establece el artículo 1594:

“Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”.

También se ocupa el código civil de regular la hipótesis en que el incumplimiento de la obligación principal ha sido parcial y el acreedor recibe parte del objeto debido. Para el efecto, esta codificación dispuso en el artículo 1596.

“Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”

6. Necesaria motivación técnica para la aplicación de la proporcionalidad en la cláusula penal. Racionalidad en la cláusula penal.

La Sala considera que frente al contenido de la norma que se acaba de transcribir, la proporcionalidad, en tanto instrumento que dota de razonabilidad el ejercicio de las competencias de la Administración Pública, tiene necesaria presencia en el ámbito específico de la aplicación de la cláusula penal cuando ésta ha sido pactada en un contrato estatal.

En efecto, que la Administración cuenta con una norma jurídica habilitante de carácter discrecional no le faculta para ejercer tal competencia de modo arbitrario o irrazonable; en estas circunstancias es claro que las cláusulas de Estado Social y Democrático de Derecho prefiguran y dan sentido a la organización estatal, como un todo, y suponen la irrestricta sujeción de la administración pública a tales cometidos estatales.

Ello encuentra articulación perfecta cuando se advierte que la Administración también está sujeta al cumplimiento de los preceptos constitucionales establecidos en el preámbulo de la Constitución Política y los principios fundamentales del artículo 1°, esto es, que *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”* y el artículo 2° a cuyo tenor se lee que *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...) y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”*.

Pero además, existe una cláusula de competencia especial para la Administración que deriva de las funciones que le asignó el constituyente en el artículo 209 constitucional³², siendo estas: i) Estar al servicio de los intereses generales; ii) Ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, iii) Ejercer estas funciones mediante los instrumentos de la descentralización, la delegación y la desconcentración de ellas. Así, de la lectura de dichos principios es claro que se derivan en el ordenamiento jurídico – en materia de contratación pública – otros tales como el de planeación del negocio, legalidad, economía de mercado, llamados a gobernar la acción de la Administración.

Resulta claro, entonces, que en el orden jurídico colombiano existe una especificidad constitucional a favor de la administración pública, comoquiera que, además de encontrarse sujeta a los principios y valores del preámbulo y los artículos 1º, 2º y 3º, el artículo 209 le asigna un especial rol funcional, como lo es el de estar al servicio de los intereses generales, observando unos particulares principios de acción³³.

Y justamente la contratación estatal es uno de aquellos instrumentos con que cuenta la Administración para el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado³⁴, razón por la cual durante las etapas de estructuración, proyección o planeación³⁵ de los contratos del Estado, la precontractual propiamente dicha y,

³² Constitución Política. Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

³³ Se trata de lo que Schmidt-Assman llama como la legitimación institucional y funcional de la Administración “con la que se designa la posición directa que la Constitución le ha otorgado al Ejecutivo, para subrayar su propia autonomía e identidad ante el poder legislativo y judicial.” SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. En: Barnés, Javier, Innovación y reforma en el Derecho Administrativo. 2º edición, Sevilla, Global Law Press, 2012, p. 66.

³⁴ “Bajo esta perspectiva, a la par de los procedimientos y actuaciones administrativas que sustentan el acto administrativo unilateral – el cual, dicho sea de paso, se ha constituido en el instrumento ordinario dentro del Estado de derecho para el cumplimiento de sus propósitos –, se hace imprescindible que todos los servidores públicos entiendan que existe, igualmente, la figura del contrato como mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado.” SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca. En: Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos. VI Congreso de Derecho Administrativo. Margarita, 2014, Editorial Jurídica Venezolana y Centro de Adiestramiento Jurídico, p. 301-302.

³⁵ Particularmente sobre la planeación esta Sala ha apuntado, entre otras, las siguientes consideraciones: “La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de

luego de ello, a lo largo de la existencia del contrato estatal se impone a la Administración hacer uso razonable de las herramientas jurídicas de dirección y manejo del contrato conforme a los principios constitucionales y con miras a satisfacer el interés general³⁶.

Es dentro de este marco jurídico de principios, valores y reglas constitucionales y legales que encuentra sentido afirmar que la facultad, en el ámbito de libertad negocial de las partes, que establece el legislador para pactar la cláusula penal en aquellos casos de incumplimiento [en tanto tasación anticipada de perjuicios] no puede ser comprendida como escenario habilitante de discrecionalidad cuando se trata de su aplicación en concreto.

Dicho con otras palabras, el principio de proporcionalidad compele a la Administración a justificar de manera razonada las decisiones que adopta, no solo desde una perspectiva lógico formal sino, también, considerando su razonabilidad en cada caso en concreto, lo que se traduce en la exposición de elementos de juicio objetivos y razonados (elementos probatorios, jurídicos, técnicos, etc), incluso en aquellos escenarios de discrecionalidad.

Todo lo anterior se traduce, entonces, en la razonable, proporcional y razonada aplicación de la cláusula penal por parte de la entidad pública, que lleva a plantear, necesariamente, el deber jurídico de motivación de la Administración conforme al cual le corresponde justificar, a partir de referentes objetivos y claros los criterios que le sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del contratista.

En este sentido, es claro que la discrecionalidad de la Administración debe ser abordada desde la perspectiva de la proporcionalidad, a fin de encausar dicho poder decisorio conforme a los postulados constitucionales que informan la

sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales.”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 1º de febrero de 2012, exp. 22464.

³⁶ “Así las cosas, un concepto operativo de contrato estatal, realmente material, debe necesariamente tener como punto de partida la interrelación de los contextos doctrinales y jurídicos que la normatividad contractual del Estado artículo (...) es decir, que cualquier aproximación al diseño de unas bases consistentes de la idea central del negocio público implica reconocer (...) la caracterización privatista de la institución pero dispuesta de manera directa al cumplimiento de los propósitos y finalidades del interés público y general en los términos del artículo 2 constitucional”. SANTOFIMIO GAMBOA, *El concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca*. Op. Cit, p. 339.

actividad de la Administración Pública. Sobre este punto particular se ha sostenido:

“1.- La discrecionalidad, en cuanto fenómeno con trascendencia jurídica, se concibe como un margen permitido de acción a las autoridades de cualquiera de los poderes públicos, en los eventos en que debiendo adoptar una decisión, el marco de sujeción a su actuación establecido por el ordenamiento jurídico resulta a todas luces indeterminado, correspondiéndole construir la decisión y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la misma, bajo consideraciones objetivas de acatamiento y respeto al orden jurídico y a sus principios estructurantes.

Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho³⁷, se debe partir de un concepto de discrecionalidad sustentado en la idea de una simple “*habilitación*” normativa a la autoridad para la concreción del derecho bajo escenarios de indeterminación, sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de “*libertad de selección*”, arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público.
(...)

6.- Se trata, entonces, de una concepción realmente material, sustancial y positiva de la discrecionalidad en cuanto norma habilitante del juez administrativo para adoptar decisiones acordes con los preceptos del Estado social y democrático de derecho³⁸, en contra de posturas estrictamente formales o negativas, desconocedoras de parámetros de racionalidad y justificación para la decisión discrecional, fundadas por fuera de la racionalidad³⁹.

7.- El asunto resulta elemental: allí donde el juez administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización⁴⁰, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial⁴¹. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo

³⁷ MELKEVIK, Bjarne. Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006, p.141: En el otro extremo, y que cabe comprender también dentro del discurso de la modulación de la discrecionalidad se encuentra la tesis de Habermas acerca del estado de derecho democrático: “El Estado de derecho democrático no es simplemente un Estado de dominación, de amenaza, como lo había preconizado MAX WEBER. HABERMAS llega incontestablemente a una conclusión opuesta. En efecto, WEBER concibe el derecho como una dominación y sostiene así una concepción positivista del derecho ajena a toda cuestión de legitimidad. Por el contrario, HABERMAS, como lo habíamos mencionado, fusiona las nociones de legitimidad y de legalidad, lo cual es símbolo del paradigma democrático de la autolegislación que se efectúa por intermedio del proceso democrático que debe situarse dentro del corazón mismo del Estado moderno. Se desprende de lo anterior que el Estado no puede ser legítimo o legal sino en la medida en que respete al proceso democrático. Dicho de otra manera, el Estado democrático no puede ser sino el destinatario de la legitimidad y de la legalidad que le otorga el mencionado proceso. El respeto a los derechos, a las normas y a las instituciones seleccionadas, así como la institucionalización de la seguridad y de la estabilidad jurídicas reposan, en consecuencia, exclusivamente sobre los procesos democráticos. Esta es la razón por la cual el Estado de derecho democrático no puede en adelante estructurarse a partir del poder y de la dominación. No tiene otra fuente de legitimidad y de legalidad que aquella que le otorgan esos procesos democráticos”.

³⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid, 2004, pp.79 a 86.

³⁹ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2ª ed. 1ª reimp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, pp.208 y 209.

⁴⁰ ALEXY, Robert, “Deber ideal”, en BEADE, Gustavo A.; CLÉRICO, Laura (eds). Desafíos a la ponderación. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011, p.14.

⁴¹ STONE SWEET, Alec; MATTHEWS, Jud. Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013, pp.174 a 177 (Colección Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No.64).

a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad.”⁴²

Lo anterior guarda plena correspondencia, entonces, con el deber de motivación de las decisiones que adopten las autoridades administrativas, cuestión respecto de la cual la jurisprudencia constitucional ha resaltado que la configuración de esta exigencia se ajusta a la cláusula de Estado de Derecho, el principio del debido proceso administrativo, el principio democrático y el de publicidad⁴³; así mismo, ha llamado la atención sobre el hecho de que no se trata de cualquier tipo de motivación sino que ésta debe satisfacer rigurosos requerimientos como es el hecho de mostrar una justificación interna y otra externa⁴⁴, que hagan ver que la decisión además de ser racional satisface los postulados de la razonabilidad; en términos del Tribunal Constitucional: “deberá basarse en una evaluación que contenga razones y argumentos fundados no sólo en reglas de “racionalidad”, sino también en reglas de carácter valorativo, pues

⁴² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El principio de proporcionalidad: Instrumento para la reconducción objetiva de la actividad judicial en escenarios de discrecionalidad. (próximo a ser publicado). El presente trabajo constituye un desarrollo de la línea de investigación en materia de aplicación del principio de proporcionalidad que se inició con los estudios que sobre la materia incorporé en mi tesis doctoral titulada “El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos”, dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo D. Luciano Parejo Alfonso, presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España) el 25 de febrero de 2010, la cual obtuvo la máxima calificación sobresaliente cum laude otorgada por el Tribunal respectivo. El artículo aborda de manera resumida el modelo metodológico que hemos adoptado para resolver los conflictos a que tiene que enfrentarse cualquier autoridad (administrativa, judicial o legislativa), en los casos en los que deba adoptar decisiones en escenarios de discrecionalidad. Este planteamiento teórico que utilicé para resolver los problemas jurídicos de mi tesis doctoral, lo he venido empleando en diferentes trabajos e investigaciones académicas publicados en los últimos tres años y relacionados en la siguiente forma: El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España), 25 de febrero de 2010, dirigida por el Catedrático Luciano Parejo Alfonso, pp. 20,22, 29, 58, 67, 74, 78, 81, 240, 366, 369, 416 a 452, 454 a 476, 483, 490 a 498, 503 a 509, 515, 516, 519, 569, 591, 595 a 599, 606, 610, 612 y 615; Procedimientos administrativos y tecnología. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp.270; “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.178, 180, 185, 187, 191, 207, 226, 256, 257, 261, 271, 279, 280 a 292, 324 y 330; “Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011. El Estatuto del Consumidor y sus relaciones con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo”, en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (Dir). Perspectivas del derecho del consumo. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013; “Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora. El principio de proporcionalidad y su vincularidad a esta actividad administrativa”, Ponencia presentada en el XII Foro de Derecho Administrativo Latinoamericano, Arequipa (Perú) celebrado entre el 28 de octubre y el 1 de noviembre de 2013 (próximo a publicarse en Lima, Perú, y como libro en Bogotá por el Departamento de Derecho Minero y Energético de la Universidad Externado de Colombia en 2014); “El Contrato de Concesión de Servicios Públicos: Reglas para su debida estructuración”, en MATILLA CORREA, Andry; CAVALCANTI, Bruno (Coords). Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis, Madrid, 2013, pp.63 a 150 (próximo a publica en México como libro).

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia SU-917 de 2010. Reiterado en T-204 de 2012, entre otras. En esta última se indicó: “Derivado de lo anterior, la motivación de los actos administrativos proviene del cumplimiento de preceptos constitucionales que garantizan que los particulares tengan la posibilidad de contradecir las decisiones de los entes públicos ante las vías gubernativa y judicial, evitando de esta forma la configuración de actos de abuso de poder. De esta forma, le corresponde a la administración motivar sus actos y a los entes judiciales decidir si tal argumentación se ajusta o no al ordenamiento jurídico.”

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-472 de 2011.

con la racionalidad se busca evitar las conclusiones y posiciones absurdas, y con la “razonabilidad” se pretende evitar conclusiones y posiciones que si bien pueden parecer lógicas, a la luz de los valores constitucionales no son adecuadas.”⁴⁵

En este orden de ideas, la labor de interpretar el ordenamiento jurídico y justificar la toma de decisiones se concibe como un ejercicio complejo consistente en el ofrecimiento de las mejores razones objetivamente comprensibles en apoyo de una determinada postura jurídica.

Lo anterior encuentra pleno sentido cuando se entiende que los jueces y los funcionarios administrativos, quienes tienen poder decisorio, tienen la obligación jurídica y política de erradicar la arbitrariedad en la toma de decisiones⁴⁶; razón por la cual ellos y, en general, todos los partícipes de la práctica jurídica tienen la obligación de fundamentar de manera racional, razonable y proporcional las posturas que defienden; más aún cuando, en la mayoría de los casos, es claro que la adopción de una decisión jurídica no se sigue lógicamente a partir de un ejercicio de subsunción de una norma jurídica en un caso concreto⁴⁷.

7. Análisis del caso concreto.

7.1 La pretendida falsa motivación de las Resoluciones demandadas

El recurrente hace consistir la alegada falta de motivación en dos aspectos: i) Que la fecha de terminación del contrato no es la que se dice en las resoluciones acusadas. ii) Que el porcentaje en que se determinó el incumplimiento, esto es, el 15,14%, no es cierto, puesto que la misma no está sustentada en un acto administrativo, comoquiera que el contrato V 47-99, “no se liquidó, ni de común

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-472 de 2011.

⁴⁶ “En resumen, en una sociedad moderna la certeza jurídica cubre dos elementos diferentes (a) en el razonamiento jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de Derecho) y (b) la decisión misma, el resultado final, debe ser apropiado. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no solo con el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral). (...) El proceso de razonamiento debe ser racional y sus resultados deben satisfacer las demandas de justicia. Además, si una decisión no es aceptable tampoco puede ser legítima – en el sentido amplio de la palabra.”. AARNIO, Aulis. P. 26. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. En: Revista Doxa, No. 8 (1990), p. 23-38, especialmente 26.

⁴⁷ Son acertadas las palabras de Larenz quien afirmó que “ya nadie puede... afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente”. ALEXY, Robert. Op. Cit, p. 23. De esta postura es partícipe Nino quien afirmó que “la tarea de precisar los textos vagos o ambiguos, eliminar las lagunas y las contradicciones, determinar los precedentes relevantes, etc., por lo común no está guiada por reglas precisas de segundo nivel y, cuando lo está, (...) no es infrecuente que se tropiece con reglas competitivas que aportan soluciones divergentes.”. NINO, Carlos Santiago. Op. Cit, p. 293.

acuerdo, ni de manera unilateral”. La Sala se ocupa de cada uno de estos tópicos por separado

7.1.1 La fecha de terminación del contrato.

En el expediente obran cada una de las prórrogas que se realizaron al contrato y que fueron esquemáticamente enunciadas en un cuadro elaborado por el Tribunal en el fallo de primera instancia, la última de ellas fue suscrita mediante acta 50 el día 24 de noviembre de 2003, y en la misma estipuló que el contrato terminaría el 11 de diciembre de 2003 – fl. 210 c.4-. Después de esta prórroga, en el plenario no hay otra prueba que acredite que las partes hayan acordado una suspensión del contrato o una ampliación del término.

Ahora bien, el recurrente pretende que se tenga como prueba de una prórroga posterior del contrato, una solicitud que la compañía contratista hizo para que se suspendiera el mismo, lo cual no puede ser de recibo, pues la manifestación unilateral de una de las partes no tiene la virtud de modificar el acuerdo de voluntades, como bien lo advirtió el Tribunal en el fallo de primera instancia. Lo dicho es suficiente para negar la procedencia de este cargo.

7.1.2 El porcentaje de incumplimiento que se determinó en las resoluciones acusadas.

A propósito de este aspecto el recurrente hace tres acusaciones: Que el porcentaje fue establecido sin que mediara un acto administrativo, que el otro motivo que esgrime el recurrente para acreditar la alegada falta de motivación es que el porcentaje de incumplimiento, estimado en el 15.14% del valor del contrato, fue tomado de un informe elaborado por el interventor del contrato y que no hay ningún acto administrativo que determine dicho valor.

Sobre el particular estima la Sala oportuno (sic) (sic) transcribir parcialmente la parte considerativa de la Resolución 015 de 2005, en la que se afirmó:

“Con el fin de que la sociedad contratista ejerciera el derecho de defensa dentro del procedimiento administrativo sancionatorio iniciado por la falta de terminación de la obra contratada en el plazo pactado, se le concedió la oportunidad para rendir descargos, tal como consta en el oficio No. 0016 de enero de 2004” -fl. 6 del c.2-

Y más adelante en esta misma Resolución se consignó:

“Ahora bien, ante la falta de pronunciamiento oportuno del contratista con relación a los cargos de incumplimiento que le fueron formulados, esta entidad debía, como en efecto lo hizo, declarar el incumplimiento definitivo y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, no solo por ser esta la consecuencia que señalaba expresamente el oficio No. 0016 del 6 de enero de 2004 ante el silencio del contratista durante el término concedido para rendir descargos, sino también por encontrarse configurados y no desvirtuados los supuestos fácticos que permitan hacer dicha declaratoria” -fl. 7 del c.2-

Estas manifestaciones, hechas por la entidad demandada en el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición contra la Resolución 035 de 28 de enero de 2004, no fueron desvirtuadas por la parte actora dentro del plenario; por lo tanto, es evidente para la Sala que sí hubo un acto administrativo respecto del cual la compañía aquí demandante tuvo todos los medios que le garantizaron el debido proceso. Lo anterior es suficiente para también desechar este cargo.

En cuanto respecta a la fijación del porcentaje de incumplimiento, se tiene que el Departamento de Cundinamarca cumplió con la carga de dar una motivación técnica de la proporcionalidad de la cláusula penal, cuando en el correspondiente acto administrativo, lo justificó sobre un informe técnico de la Dirección de Infraestructura rendido el 16 de diciembre de 2003. Ahora, si la compañía contratista no estaba de acuerdo con las conclusiones de dicho informe, le correspondía probar que las éstas eran equivocadas.

En otras palabras, la racionalidad que se le exige a la administración a la hora de hacer el ejercicio de proporcionalidad respecto de la cláusula penal, a la que se hizo referencia anteriormente, se cumple cuando ésta soporta su decisión en parámetros objetivos como el informe técnico que en el *sub judice* se utilizó; pero una vez la administración asume dichas conclusiones en el acto administrativo correspondiente, las mismas quedan investidas de la presunción de legalidad de tal acto, y corresponde al demandante demostrar su ilegalidad. En el caso que aquí se examina la parte actora omitió cualquier actividad probatoria sobre el particular.

Existe otro argumento relacionado con el mismo porcentaje de incumplimiento que el mismo recurrente utiliza para fundamentar su recurso. Se sostiene en el escrito que sustentó la apelación que, pese a que el informe del interventor cuantifica el incumplimiento el 15.14% , el cual, aplicado al valor total del contrato daría como monto de la cláusula penal la suma de \$514.004.698; en los actos administrativos acusados se impuso a título de cláusula penal una cifra diferente y superior.

Para estudiar este cargo es necesario, en primer lugar, consultar la literalidad de la cláusula penal prevista en el adicional modificatorio del contrato No. SOPV 047-99, que prescribe:

“QUINTO: En caso de incumplimiento definitivo por parte del contratista de cualquiera de las obligaciones contraídas con el contrato o declaratoria de caducidad, el contratista conviene (sic) (sic) pagar al Departamento una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, suma que el Departamento hará efectiva mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento o, a su elección, de los saldos que adeude al contratista, si los hubiere, para lo cual se entiende expresamente autorizado con la suscripción del contrato; si esto no fuere posible, se cobrará por vía judicial. La aplicación de la cláusula penal no excluye la indemnización de perjuicios...” –fl. 272-273 c.4-.

Es claro, para la Sala, que lo que las partes acordaron, como corresponde con la naturaleza jurídica de la cláusula penal, en tanto mecanismo previsto para que los contratantes realicen un cálculo anticipado de los perjuicios en caso de eventuales incumplimientos de las obligaciones derivadas del contrato, que en este caso fue convenido en una cifra equivalente al 20% del valor del contrato.

Ahora bien, es necesario también tener presente que el artículo 1596 del Código Civil, establece que el deudor tiene derecho a una rebaja proporcional de la pena, cuando el acreedor acepta el cumplimiento de parte de la obligación principal; y que el artículo 1592 de la misma codificación le otorga al acreedor la posibilidad de cobrar a un mismo tiempo la cláusula penal y la obligación principal, cuando así se haya pactado, como ocurrió en el sub iudice.

Pues bien, a este respecto estima la Sala oportuno transcribir la manera como se justificó la aplicación de la cláusula penal, en la argumentación contenida en el acto administrativo que resolvió los recursos de reposición interpuestos por la compañía aseguradora y por la compañía aquí demandada.

En efecto, en las (sic) (sic) tantas veces citada Resolución 015 del 28 de abril de 2005 se afirmó:

“Una vez establecida la existencia del incumplimiento y su imputación al contratista, la administración debe hacer una valoración de los hechos que configuran el incumplimiento contractual y de su incidencia en la ejecución del objeto contratado, y con base en ese juicio valorativo debe determinar la sanción a imponer, observando criterios de proporcionalidad para su aplicación.

“En el caso concreto [...La incidencia negativa que tuvo este incumplimiento en la realización del objeto contractual es de tal magnitud que impide efectuar la reducción proporcional de la pena pecuniaria pactada contractualmente.”

“En efecto, según lo informado por el supervisor del contrato y el Director de infraestructura (sic) (sic) de Transporte, la falta de terminación de las obras contratadas, generó un detrimento o deterioro de la base granular equivalente a la suma de \$409.120.536.78, lo que pone en evidencia que el incumplimiento del contratista incidió en gran medida en la no realización del objeto contractual.”

“[...] Pero además del incumplimiento por la no ejecución de items pactados, se configuró otro por la obra que no fue recibida por presentar problemas de orden técnico, tal como lo informó el supervisor del contrato y el Director de Infraestructura de Transporte en los oficios No. 448 de marzo 15 de 2005 y No. 808 del abril 12 de 2005, en los cuales indicó que el valor de los perjuicios por las obras ejecutadas y no recibidas es la suma de \$115.9333.571.”

“Por lo expuesto, concluimos que la sanción impuesta al contratista guarda relación de correspondencia con la magnitud del incumplimiento en que incurrió el contratista y la incidencia de este en la ejecución del objeto contractual, es decir, fue proporcional a la infracción cometida.”fls. 19 y 20 del c.2-.”

En este orden de ideas, para la Sala es evidente que en el presente caso, la entidad demandada recibió la parte de la obligación principal (sic) (sic) que sí cumplió la contratista demandante, lo que hace que haya nacido para la Sociedad Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A. a que se le rebajara proporcionalmente la pena. Y no puede decirse que como se había previsto en el contrato que la estipulación de la cláusula penal no excluía la posibilidad de cobrar perjuicios, la entidad estaba autorizada para liquidarlos; pues esta es una prerrogativa exclusiva de la jurisdicción.

En este sentido, pese a que el Departamento de Cundinamarca justificó con suficiencia al contratista el impacto que había tenido su incumplimiento en el objeto contratado, no estaba dentro sus atribuciones imponer el pago de perjuicios y cuantificarlos, conducta con la cual se vicia parcialmente el acto administrativo por incompetencia del funcionario en razón de la materia, conforme a las consideraciones teóricas precedentemente (sic) (sic) expuestas en el acápite 3 de las consideraciones de esta providencia.

Así las cosas, sí existe la falsa motivación que se le enrostra a las Resoluciones acusadas, por lo cual prosperará el cargo, aunque sólo parcialmente puesto que en lo que se refiere a la 15.14 de incumplimiento el funcionario si era competente para imponer la sanción de la cláusula penal. En consecuencia, la suma que se debió imponer como pena, es el 15.14% del valor del contrato, esto es, \$514.004.698,40 razón por la cual en la parte resolutive de este fallo, se ordenará a la entidad demandada rembolsar a la sociedad demandante la diferencia entre el mayor valor impuesto \$679.002.243,60 y la cifra anteriormente transcrita, es decir, la suma de \$164.997.545; en caso de que la pena impuesta en el acto

administrativo se hubiese efectivamente pagado al Departamento de Cundinamarca por dicha compañía.

7.2 La supuesta desviación de las atribuciones del funcionario que expidió las Resoluciones acusadas.

Esta desviación de atribuciones la hace consistir el recurrente (sic) (sic), en que como consecuencia de un acuerdo de reestructuración celebrado por la Sociedad Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A. con sus acreedores, conforme al cual se había estipulado un plazo de 138 meses para el cumplimiento de las obligaciones de esta compañía; la Secretaría de obras del Departamento de Cundinamarca no podía declarar el incumplimiento del contrato, pues, como consecuencia del acuerdo reestructuración, el término de ejecución contrato SOP V 47-99 no expiraba sino hasta que hubiesen transcurridos los 138 meses acordados.

A propósito de este cargo la Sala advierte que si bien el artículo 34 de la ley 550, estipula que los acuerdos de reestructuración *“serán de obligatorio cumplimiento para el empresario o empresarios respectivos y para todos los acreedores internos y externos de la empresa, incluyendo (sic) (sic) a quienes no hayan participado en la negociación del acuerdo o que, habiéndolo hecho, no hayan consentido en él”*; y que esta norma prescribe también que : *“Todas las obligaciones se atenderán con sujeción a lo dispuesto en el acuerdo, y quedarán sujetas a lo que se establezca en él en cuanto a rebajas, disminución de intereses y concesión de plazos o prórrogas, aun sin el voto favorable del respectivo acreedor”*; ello no implica que el término para cumplir con la realización de la obra descrita en el contrato que dio lugar a este proceso se hubiese prorrogado.

En efecto, obsérvese que la sujeción de las obligaciones a lo estipulado en el acuerdo, a la que se refiere la ley 550 de 1999, está referida a hipótesis propias de las obligaciones dinerarias, como rebajas y disminución de intereses; y la tercera hipótesis, esto es, la de las prórrogas, se debe entender que se predica del mismo tipo de obligaciones. En otras palabras, el término de ejecución del contrato estatal no es un aspecto que pueda ser alterado por alguien distinto a las partes; pues, ni siquiera está previsto dentro de las hipótesis en que el artículo 16 de la ley 80 prevé que la administración lo pueda hacer unilateralmente una vez se haya intentado hacerlo de mutuo (sic) (sic) acuerdo. Recuérdese que esta posibilidad

sólo se dispuso para supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios, conforme a la literalidad de dicho artículo.

De otro lado, como lo advirtió el Tribunal, debe tenerse presente que la misma ley 550 de 1999, en su artículo 15 afirma la continuidad de los contratos y lo que prohíbe es que se declare su caducidad o su terminación invocando como causal la celebración del acuerdo de reestructuración.

En el *sub judice* es evidente que la Resolución que declaró el incumplimiento del contrato no invocó como causal la celebración del acuerdo de reestructuración que la Sociedad Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A. había celebrado; por el contrario, explícitamente se afirmó que el motivo de la decisión era el incumplimiento reiterado del contratista en la entrega de la obra contratada, pese a las diversas prórrogas. En efecto, en la parte motiva de la Resolución 035 del 28 de enero de 2004, después de relatar los incumplimientos parciales por parte de la empresa contratista que ocasionaron la imposición de multas, se consignó:

“Ante nuevas situaciones de incumplimiento por parte de la firma contratista, la administración, de nuevo y por tercera vez, impuso multa mediante resolución 677 de noviembre 7 de 2003, la cual fue notificada por edicto fijado el 26 de noviembre y desfijado el 10 de diciembre de 2003.

Contra el anterior acto administrativo el contratista no interpuso recurso [...] el plazo del contrato venció el 11 de diciembre de 2003 y el contratista continuó en su condición de incumplimiento y según el informe de la Dirección de Infraestructura de fecha 16 de diciembre de 2003, una vez vencido el plazo del contrato...”

De otra parte, y para abundar en razones, tal acuerdo no relevaba a sociedad contratista de cumplir con el compromiso de terminar la obra el 11 de diciembre el 2003; compromiso que por demás adquirió el 24 de noviembre del mismo año, es decir, cuando ya había celebrado el acuerdo de reestructuración, sin que hubiese invocado en el momento de la suscripción del acta respectiva su imposibilidad de cumplir, so pretexto que había suscrito un acuerdo de reestructuración; por el contrario, fue la Sociedad Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A. la que solicitó la prórroga hasta el 11 de diciembre según consta en el acta 50 en la que se consignó:

“MOTIVO DE LA SUSPENSION:

Lluvias constantes que han impedido el normal (sic) (sic) desarrollo de las actividades del contrato sobre todo en lo referente al transporte y extendido

a la mezcla asfáltica, ya que la presencia de las mismas influye negativamente en los programas previstos en la calidad del producto, ya que representan un mayor tiempo desplazamiento por daño en (sic) (sic) la (sic) (sic) banca y derrumbes existentes los cuales son puntuales a lo largo de la vía entre Pacho y Yacopí, además (sic) (sic) deterioran nuevamente la base granular ya reconformada. Los inconvenientes de orden público que se presentaron al comienzo de este último plazo para el desarrollo del contrato...”

En ninguna parte se consignó que la compañía demandante solicitaba la prórroga del contrato, en virtud del acuerdo de reestructuración que había celebrado; por lo tanto, resulta contrario a la buena fe, por parte de la sociedad contratista demandante, alegar en este proceso judicial, que no estaba obligada a cumplir con el compromiso adquirido en el acta en que se convino la última prórroga del contrato; cuando fue con su mismo concurso que se estipuló como fecha para entregar la obra el 11 de diciembre de 2003, consentimiento que expresó, sin reparo alguno, cuando ya había celebrado el aludido acuerdo de reestructuración.

7.3 La excepción de contrato no cumplido.

Sostiene el apoderado de la parte actora en el escrito en que sustentó el recurso, que la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca no estaba en condiciones de declarar el incumplimiento del contrato, pues, en el momento en que lo hizo, esta entidad había incumplido con sus obligaciones contractuales desde el 13 de noviembre de 2003, comoquiera en esta fecha dicha dependencia instruyó a la Fiduciaria Unión S.A. para que no efectuara los pagos solicitados por la Sociedad Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A., sin tener facultades para hacerlo.

Para resolver este cargo la Sala examina lo previsto en el (sic) (sic) contrato de fiducia mercantil de administración celebrado entre el Departamento de Cundinamarca y la Fiduciaria Unión S.A; al respecto se encuentra que en la cláusula sexta de ese contrato se convino:

“[...] CLAUSULA SEXTA. – PROCEDIMIENTO PARA LA REALIZACION DE LOS GIROS. Para llevar a cabo la realización de los GIROS, se procederá de la siguiente manera:

6.1. Semanalmente, los días jueves o los que el **COMITÉ TÉCNICO(SIC)** determine, el **FIDEICOMITENTE** deberá elaborar y presentar el **FLUJO DE PAGOS** para la semana siguiente correspondiente a cada uno de **LOS CONTRATOS**, indicando claramente los conceptos, valores y beneficiarios de los **GIROS**, los cuales deberán estar directamente relacionados con la ejecución de las obras.

6.2. El **COMITÉ TÉCNICO(SIC)** previo análisis del **FLUJO DE PAGOS** presentado, procederá a aprobar o improbar(sic) el mismo, y en este último caso se solicitarán las aclaraciones al **FIDEICOMITENTE** que se consideren necesarias.

6.3. En caso de aprobación impartida por el **COMITÉ TÉCNICO(SIC)** la misma deberá ser unánime y se dejará constancia de tal hecho en el Acta de la reunión, a la cual se anejará copia del correspondiente **FLUJO DE PAGOS**.

6.4. Con base en la aprobación impartida por el **COMITÉ TÉCNICO(SIC)**, **LA FIDUCIARIA** procederá a programar de común acuerdo con el **FIDEICOMITENTE** la realización de los **GIROS** de conformidad con lo previsto en el **PROCEDIMIENTO**. En todo caso, los mismos se realizarán de acuerdo con el **FLUJO DE PAGOS** autorizado.[...]” – Fls. 87 – 107 del C.1. – .

A propósito de la terminación de dicho contrato de fiducia, en el numeral 9.2 de la cláusula novena, se estipuló que el mismo acabaría si se declaraba unilateralmente la terminación de cualquiera de los contratos que el Departamento había celebrado con la Fideicomitente, esto es, la Sociedad Murillo Lobo- Guerrero Ingenieros S.A.; y en párrafo segundo de esa misma cláusula se dispuso (sic) (sic):

“ En el evento de terminación del contrato por la causal mencionada en el numeral 9.2, el FIDEICOMISO solamente podrá realizar los GIROS que hasta la fecha hayan sido autorizados por el COMITÉ TÉCNICO, y en el evento de existir remanentes de recursos en las cuentas del FIDEICOMISO, se procederá a su giro al DEPARTAMENTO dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación que en tal sentido reciba la FIDUCIARIA por parte de dicha entidad informando la terminación anticipada de cualquiera de los contratos.”

Las disposiciones del contrato transcritas dan cuenta que era el Comité Técnico el encargado de autorizar o de negar los pagos; el Departamento sólo podría hacerlo una vez hubiese declarado la terminación anticipada del mismo. Lo anterior, en principio indicaría que en este cargo le asiste razón al recurrente. Sin embargo, la Sala advierte que la comunicación del 13 noviembre se encuentra suscrita también por el Interventor, lo que implica que un miembro del comité técnico estaba solicitando la suspensión de los pagos, y este sí tenía competencia para hacerlo. Esto simplemente demuestra que no existía la unanimidad requerida para autorizar el pago.

Así las cosas, resulta inocuo que la solicitud haya sido impropia suscrita por director de la infraestructura, pues, este comportamiento nada le agrega a la manifestación de la voluntad que en el mismo documento había hecho quién si

estaba autorizado para hacerlo, esto es, el interventor. Por lo tanto, la firma puesta por el funcionario de la entidad demanda en ese documento, no tiene la virtud de configurar un incumplimiento del contrato. En consecuencia, no se encuentra acreditado en el expediente que la entidad demandada hubiese incumplido el contrato como lo afirmó el recurrente, por lo cual este último (sic) (sic) cargo también será rechazado por la Sala.

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

RESUELVE

REVOCAR la sentencia del 27 de julio de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARESE la nulidad parcial de las Resoluciones NO. 035 de enero 28 de enero de 2004, y 015 del 28 de abril de 2005, expedidas por el Departamento de Cundinamarca- Secretaría de Obras Públicas, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: ORDENASE al Departamento de Cundinamarca reembolsar a la sociedad, Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A, la suma de CIENTO SESENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS, únicamente en el caso que la Sociedad Murillo Lobo- Guerrero Ingenieros S.A haya realizado el pago de la suma impuesta a título de cláusula penal en las Resoluciones que se declararon parcialmente nulas en el numeral anterior.

TERCERO: NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

QUINTO: Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEXTO: Sin condena en Costas en esta instancia.

SEPTIMO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente