

CONTRATO ESTATAL - Existencia

4.1. En el caso sub lite está acreditada la existencia del contrato de obra pública No. 303 de 1994, suscrito entre el municipio de Arauca y Jorge Enrique Romero Ortiz, cuyo objeto consistía en la construcción de 14 viviendas de interés social en la Urbanización Matevenado. 4.2. Se encuentra establecido que la entidad contratante entregó el anticipo pactado al contratista el 11 de julio de 1994, correspondiente a \$14.338.070,00. De otro lado, está probado que el contratista hizo una entrega parcial de obra el 9 de agosto de 1994, circunstancia que se desprende de la correspondiente acta parcial suscrita por las partes y el interventor de la obra. En esta oportunidad, el contratista recibió, previos los descuentos por amortización del anticipo, la suma de \$10.268.720,00, suma que se imputó al valor del contrato. Así mismo, del acervo probatorio se desprende la existencia de un contrato de cesión celebrado entre Jorge Enrique Romero Ortiz y Mauricio Delgado, de conformidad con la cláusula diecisiete del negocio estatal que contó con la anuencia de la entidad pública cedida.

SUSPENSION DEL CONTRATO - Debe estar sometida a un plazo o condición

De igual forma se constató que el contrato de obra No. 303 de 1994 fue suspendido de manera indefinida y de común acuerdo por las partes, previa solicitud del contratista, ya que, según se especificó en el respectivo documento, el Fondo de Vivienda de Arauca no había suministrado la teja de la cubierta, los elementos sanitarios, las puertas y ventanas, elementos todos necesarios para la ejecución de la obra. 4.2. El 11 de septiembre de 1995, el contratista Mauricio Delgado previo aval de la entidad contratante cedió el contrato a Jorge Enrique Romero quien asumió, de nuevo, la condición de contratista y, por consiguiente, el estado del contrato en el estado en que se encontraba. En esa medida, para el citado 11 de septiembre de 1995, el cesionario Jorge Enrique Romero asumió el contrato estatal, pacto que si bien es irregular porque no se sometió la suspensión a plazo o condición, lo cierto es que ese acuerdo vincula a las partes en los términos del artículo 1602 del Código Civil. En ese contexto, al haberse dejado la constancia expresa de que si bien la suspensión se suscribía de común acuerdo y con fundamento en la autonomía de la voluntad, lo cierto es que, de igual forma, las partes contratantes dejaron constancia expresa de que la interrupción en la ejecución del contrato se debía a una circunstancia estrictamente atribuible a la entidad contratante, consistente en la falta de suministro de los materiales establecidos en el respectivo convenio de obra pública, y que estaban a cargo de la misma.

SUSPENSION DEL CONTRATO ESTATAL - Noción / SUSPENSION DEL CONTRATO ESTATAL - No puede ser indefinida / SUSPENSION INDEFINIDA DEL CONTRATO - Improcedencia / SUSPENSION DEL CONTRATO - Fue imputable a la entidad contratante / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Existencia

En efecto, la finalidad de la suspensión del contrato estatal, como medida excepcional, está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impiden la ejecución temporal del negocio jurídico, y es precisamente por ese motivo que la misma no puede ser indefinida, sino que debe estar sujeta al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición. Por lo tanto, la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo, sino que se delimita como una medida de tipo provisional y excepcional que debe ajustarse a los criterios de necesidad y proporcionalidad, sujeta a un término o condición, período este durante el que las obligaciones

contenidas en el contrato no se ejecutan, pero sin que se impute ese tiempo al plazo pactado inicialmente por las partes. En consecuencia, como quiera que en el proceso se acreditó por la parte demandante que el contrato fue suspendido por cuenta de una circunstancia especial en la que se hallaba el municipio de Arauca, relacionada con la imposibilidad de entregar al contratista los materiales que estaban a su cargo – obligación que estaba contenida en el clausulado del negocio– es preciso reconocer el incumplimiento de la entidad territorial demandada y, consecuencialmente, ordenar el pago de las sumas correspondientes al valor del contrato que se dejaron de pagar por cuenta de la inexecución del mismo.

SUSPENSION DEL CONTRATO - Si conlleva al incumplimiento de las obligaciones contractuales procede la indemnización de perjuicios a cargo de quien incumplió

En ese orden de ideas, la suspensión de común acuerdo constituye una convención que altera o impide de manera temporal la ejecución de las obligaciones que se derivan del contrato y, por lo tanto, al igual que este último es ley para las partes en los términos fijados por el artículo 1602 del Código Civil. En ese orden de ideas, si de la suspensión se desencadena un incumplimiento de las obligaciones pendientes a cargo de una de las partes, esta queda compelida a cubrir y cancelar los perjuicios que se derivan del mismo. 4.3. Así las cosas, la cesión del contrato estatal de obra No. 303 de 1994, fue eficaz porque al margen de que una de las características del contrato estatal es que sea *intuitu personae*, lo cierto es que el artículo 41 de la ley 80 de 1993 avaló la posibilidad de que el contratista ceda el mismo, pero siempre bajo la condición de que medie el consentimiento expreso de la entidad contratante cedida; además, se celebró con las formalidades legales, esto es, por escrito. En el caso concreto las dos cesiones de contrato se produjeron, tal y como se desprende del acervo probatorio y de la aceptación de la entidad demandada, con autorización de esta última, razón por la que ese negocio jurídico tuvo validez y eficacia respecto a los intervinientes y, de allí que, a partir de la segunda cesión Jorge Enrique Romero asumió la posición contractual de contratista, razón por la que ingresó de nuevo a la relación comercial, pero encontrando que el contrato estaba suspendido por mutuo acuerdo de las partes, pero por una circunstancia fáctica imputable o atribuible a la entidad contratante. En el asunto sub examine, es evidente que se suspendió de manera irregular el contrato estatal, toda vez que no se fijó el plazo o la condición a la que estaría sometida la misma; no obstante lo anterior, ello no constituye óbice para que el contratista pudiera reclamar judicialmente el incumplimiento, así como el pago de las sumas que se dejaron de cancelar por cuenta del negocio jurídico, las cuales, en el caso concreto, corresponden al saldo que quedó pendiente respecto del valor total del mismo. Entonces, al margen de que la respectiva acta haya sido suscrita de común acuerdo entre las partes contratantes, lo cierto es que el hecho de haberse dejado la constancia expresa de que el contratista accedía a suspender el contrato por la falta de entrega por parte del municipio de alguno de los materiales y elementos necesarios para ejecutar la obra, constituye la prueba fehaciente de que el negocio jurídico de obra se incumplió por parte de la entidad contratante lo que permite colegir, de paso, por encontrarse debidamente probados, los perjuicios materiales desencadenados de ese incumplimiento.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la suspensión del contrato, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, exp. 14287, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 07001-23-31-000-1997-00554-01(16431)

Actor: JORGE ENRIQUE ROMERO ORTIZ

Demandado: MUNICIPIO DE ARAUCA

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 4 de febrero de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, en la que se decidió lo siguiente:

“1. Declarar no probadas las excepciones presentadas por el Municipio de Arauca, frente a la demanda inicial.

“2. Denegar las pretensiones de la demanda inicial, interpuesta por el señor JORGE ENRIQUE ROMERO ORTIZ, contra el municipio de Arauca.

“3. Declarar no probadas las excepciones presentadas por el demandado en reconvención.

“4. Denegar las pretensiones de la demanda en reconvención, presentada por el MUNICIPIO DE ARAUCA contra el señor JORGE ENRIQUE ROMERO ORTIZ.

(fl. 144 cdno. ppal. 2ª instancia – mayúsculas del original).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite procesal en la primera instancia

1.1. El 6 de marzo de 1997, mediante apoderado judicial, Jorge Enrique Romero Ortiz, interpuso demanda contractual contra el municipio de Arauca, para que se declare el incumplimiento del contrato número 303 de 1994, cuyo objeto era la

construcción de catorce viviendas en el plan "Urbanización Matevenado", en esa ciudad (fls. 2 a 10 cdno. ppal.).

En consecuencia, el demandante solicitó que se efectuaran, entre otras, las siguientes declaraciones y condenas: i) la declaratoria de incumplimiento del contrato 202 de 1994, suscrito entre las partes, y cuyo objeto era la construcción de 14 viviendas, al haberse negado la demandada a efectuar de manera oportuna los suministros, lo que hizo imposible la ejecución de la obra contratada y desencadenó la suspensión de los trabajos de manera indefinida; ii) el municipio de Arauca, además de haber incumplido el contrato, no adelantó la liquidación definitiva del mismo, lo que ha generado un desequilibrio del negocio jurídico, al tener que ampliarse las garantías; iii) se liquide el contrato de obra respectivo; iv) se pague el valor total de las utilidades proyectadas por el contratista, como si la obra se hubiera ejecutado; v) la suma anterior será actualizada mediante los mecanismos de ajustes y revisión de precios previstos por la ley; vi) el valor del lucro cesante de la actividad de construcción del demandante, en dinero y en especie, por el período comprendido entre la fecha de incumplimiento y del pago efectivo, y vii) el valor del daño emergente derivado del incumplimiento (fls. 2 a 10 cdno. ppal.).

Como fundamento de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

1.1.1. El arquitecto Jorge Enrique Romero Ortiz celebró con el municipio de Arauca, el contrato de obra No. 303 del 22 de marzo de 1994, cuyo objeto consistía en la construcción de 14 casas conforme al plan de vivienda de la Urbanización Matevenado, por un valor de \$29.563.030,00.

1.1.2. El perfeccionamiento del negocio jurídico se llevó a cabo el 20 de abril de 1994; el acta de iniciación y entrega del anticipo es del 27 de junio de 1994; la terminación del contrato se debía producir el 27 de febrero de 1995, luego de 240 días de ejecución.

1.1.3. La obligación del municipio de efectuar los suministros para la ejecución de los trabajos dejó de cumplirse, razón por la que la propia administración municipal, conforme a la petición del contratista, decidió suspender el término del contrato a partir del 6 de febrero de 1995.

1.1.4. En los términos de la ley, el contratista garantizó los trabajos mediante las respectivas pólizas de: cumplimiento, correcto manejo e inversión del anticipo, pago de salarios y prestaciones, y responsabilidad civil.

1.1.5. Al suspender el acuerdo, el contratista ejecutaba el contrato con diligencia y buena calidad, según lo previsto en el cronograma de trabajo.

1.1.6. En el expediente administrativo, y en los anexos de la demanda, se relacionan las cuentas de cobro por conceptos de las actas parciales de obra, lo que prueba el cumplimiento del contrato por parte del contratista.

1.1.7. El contrato estatal de obra contaba con el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal, con cargo al cual se pagarían las obligaciones económicas del municipio; tal disponibilidad se ha mantenido con las sucesivas apropiaciones, con cargo a los presupuestos anuales siguientes a la suscripción del negocio jurídico.

1.1.8. En el legajo administrativo obran, además, las actas de suspensión temporal de las obras originadas, como consta en el hecho de que el fondo de vivienda no suministró la teja de cubierta, los elementos sanitarios, las puertas, ventanas y la pintura requerida, lo que generó la inactividad del personal contratado.

1.1.9. En todo el tiempo que siguió a la suspensión, el municipio mantuvo un inexplicable silencio e inactividad que llevaron al contratista a solicitar conciliación prejudicial. Una vez llegado el día y hora, el municipio se hizo presente por intermedio del representante legal del Fondo de Vivienda y del señor mandatario judicial de la alcaldía. En la audiencia la entidad territorial reconoció su estado de incumplimiento y propuso la reanudación inmediata de las obras, para lo cual ofreció una actualización de precios que resultó irrisoria frente a las expectativas reales del contrato, que llevó al solicitante a desestimarla por lesiva de sus intereses económicos; por consiguiente, la entidad aceptó liquidar bilateralmente el contrato, cosa que tampoco ha ocurrido.

1.2. El Tribunal Administrativo de Arauca admitió el libelo demandatorio en auto de 26 de mayo de 1997 (fls. 52 a 54 cdno. ppal.); en proveído del 11 de agosto del mismo año, se admitió la corrección de la demanda (fls. 88 y 89 cdno. ppal.); la

parte demandada presentó el 7 de julio de esa anualidad (fls. 1 a 8 cdno. ppal. 2º), demanda de reconvención que fue admitida en auto del 26 de septiembre siguiente (fls. 23 a 25 cdno. ppal. 2º); el 20 de febrero de 1998, se abrió a pruebas el proceso para decretar las solicitadas por las partes (fls. 104 s 107 cdno. ppal.) y, por último, en proveído del 3 de diciembre ese año se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 153 cdno. ppal.).

1.3. En la contestación de la demanda principal, el municipio de Arauca se opuso a las pretensiones por carecer de fundamento fáctico y jurídico. Alegó la ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones; ya que, en su criterio, el incumplimiento alegado, por la no entrega de los suministros, se excluye con la súplica que invoca el desequilibrio económico del contrato por no haberse efectuado la revisión de precios durante el lapso de suspensión.

Se invocó, de otro lado, la excepción de cobro de lo no debido, al considerar que el 4 de enero de 1995, el actor solicitó al alcalde municipal autorizar la cesión del contrato al ingeniero Mauricio Delgado, por lo cual se suscribió el acta de cesión el 5 de enero del mismo año. El 6 de febrero siguiente, se suspendió la obra de común acuerdo entre el municipio y el cesionario. Con posterioridad, el 7 de septiembre igualmente de ese año, se solicitó al alcalde la autorización de la cesión del contrato a favor de Jorge Enrique Romero Ortiz, acto que se perfeccionó el 11 de los citados mes y año. La ejecución del contrato no se reinició, lo que significa que desde el 6 de febrero de 1995, el contratista Romero Ortiz no pudo ejecutar ninguna obra para el municipio y su única actuación se contrajo a reasumir el contrato. Así las cosas, en criterio de la entidad territorial, mal puede pretender el demandante las condenas que solicita, si lo que se avizora es una conducta temeraria (fls. 59 a 65 cdno. ppal.).

1.4. Como se indicó, el municipio de Arauca presentó demanda de reconvención, en la que solicitó las siguientes condenas: i) restituir al municipio la suma de \$4.512.795,00 por concepto de anticipo entregado y que no fue amortizado por los contratistas cedentes ni cesionarios; ii) que la citada suma sea devuelta al ente territorial con su correspondiente indexación mes a mes; iii) pagar los intereses bancarios moratorios que certifique la Superintendencia Bancaria.

Como fundamento de las súplicas de la demanda, el municipio señaló que al demandado en reconvención se le recibieron obras por valor de \$20.537.440,00,

amortizándosele al anticipo la suma de \$10.268.720,00, y pagándosele un valor igual, previas las deducciones; en consecuencia, quedó por amortizar al anticipo la suma de \$4.512.795,00, según acta de recibo parcial de obra del 9 de agosto de 1994. Así las cosas, como la obra se encontraba suspendida por el acuerdo entre las partes, desde el 6 de febrero de 1995, ni el contratista cedente ni el cesionario amortizaron o devolvieron al municipio los \$4.512.795, encontrándose en mora para hacerlo, máxime si el reconvenido se negó a reiniciar la obra el 24 de enero de 1997, fecha en que se surtió la conciliación prejudicial entre las partes, dado que desde ese momento se encuentra en mora para devolver las sumas reclamadas (fls. 1 a 8 cdno. ppal. 2º).

1.5. El demandado en reconvenición contestó la demanda para oponerse a todas y cada una de las pretensiones elevadas. En apoyo de lo anterior, formuló las siguientes excepciones: i) habersele dado a la demanda de reconvenición el trámite de un proceso diferente al que corresponde, ya que, en su criterio, las súplicas hacen relación a la reclamación de sumas que son claras, expresas y exigibles; ii) cobro de lo no debido, y iii) de incumplimiento del contrato (fls. 31 a 38 cdno. ppal. 2º).

2. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 4 de febrero de 1999, el Tribunal Administrativo de Arauca declaró no probadas las excepciones propuestas por las partes, y denegó las pretensiones de la demanda principal y de reconvenición. En criterio de esa Corporación, en el asunto *sub examine*, no se demostró el incumplimiento de la entidad territorial demandada, ya que las obras ejecutadas fueron canceladas al contratista, y aun bajo el entendido de que el perjuicio se hubiera derivado de la suspensión del contrato, habría que afirmar que la misma no fue producto de una decisión unilateral de la administración sino que fue concertada con el contratista.

De otro lado, en relación con la demanda de reconvenición, sostuvo que no es posible analizar de fondo la viabilidad de la pretensión, porque ello supondría estudiar la legalidad de un acto administrativo que no fue objeto de censura dentro del proceso, ya que fue proferido con posterioridad a la interposición de la demanda, esto es, la Resolución No. 561 del 30 de mayo de 1997, que liquidó

unilateralmente el contrato, y que, en criterio del *a quo*, constituye título ejecutivo que la administración municipal puede hacer efectivo mediante un proceso de igual naturaleza.

Entre otros aspectos, el *a quo*, puntualizó lo siguiente:

“Aceptando que los ítems que faltaban, le correspondía al contratista su instalación y no la adquisición de esos materiales (por ejemplo no tenía que comprar él el lavamanos sino instalarlo), no obra prueba alguna que el mismo haya ejecutado esas obras y en consecuencia como en el contrato de obras mediante la modalidad de precios unitarios se cancela es por obra ejecutada, no existe derecho a reclamar pago alguno por este concepto.

“Así las cosas, es claro para la Sala que las obras ejecutadas por el sistema de precios unitarios fueron cancelados al contratista; que no está demostrado que el contratista hubiere ejecutado otras cantidades de obra diversas a las contenidas en el acta de recibo parcial.

“Si los perjuicios reclamados guardan relación con la suspensión del contrato, debe señalarse que independientemente de la causa que la originó, la misma no fue unilateral de la administración sino de mutuo acuerdo. Si la suspensión tal y como se desprende del acta que la materializa (folio 23) se realizó de común acuerdo, no puede con posterioridad plantearse que esa suspensión conllevara perjuicios para quien estuvo de acuerdo con la misma.

“(…) Así las cosas, al existir un acto administrativo de liquidación unilateral que no ha sido impugnado y que goza de la presunción de legalidad y sobre el cual la propia parte demandada puede ejercer las acciones de ley, la Sala no puede desconocer sus efectos jurídicos.

“(…) Revisado este aspecto, observa la Sala que la suma que pretende el municipio que se le restituya \$4.512.795, es precisamente la que se encuentra contenida en la respectiva acta de liquidación y materializada en el (sic) resolución No. 561 de 30 de mayo de 1997...

“El anterior acto administrativo constituye título ejecutivo que la administración municipal puede hacer efectivo mediante el proceso de igual naturaleza. No es de recibo en consecuencia desconocer los efectos jurídicos del mismo (sin perder de vista que no ha sido impugnado) y constituir otro título jurídico, como sería la sentencia, en caso de acceder a las pretensiones de la demanda de reconvención.

“(…) Por las anteriores razones, no prosperan las pretensiones de la demanda de reconvención; no porque frente a un proceso ejecutivo, no puede el ejecutante por mayor seguridad o por dudas con respecto a los alcances jurídicos del título ejecutivo, acudir a un

proceso ordinario (como se plantea en la excepción propuesta); si no por la naturaleza del título y la posibilidad de impugnación del mismo.

“Obsérvese que si la Sala acepta las pretensiones de la demanda de reconvención, no solamente está aceptando que la liquidación del contrato es legal, sin haber sido objeto de control judicial la misma y limitando el derecho de impugnación que procede contra esa decisión administrativa; si no que estaría constituyendo un nuevo título ejecutivo como sería la sentencia sin restarle efectos jurídicos al anterior...” (fls. 173 a 194 cdno. ppal.)

3. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión, el demandante interpuso recurso de apelación (fl. 200 y cdno. ppal.), impugnación que fue concedida por el a quo en proveído del 11 de marzo de 1999 (fls. 204 a 207 cdno. ppal.) y admitida por esta Corporación en auto del 10 de agosto de 1999 (fl. 219 cdno. ppal.).

El fundamento del recurso fue desarrollado como se expone a continuación (fls. 214 a 219 cdno. ppal.):

3.1. No es cierto que el contratista se hubiera negado a suscribir la liquidación bilateral del contrato. En el proceso obran pruebas de las numerosas fechas que se fijaron para esos efectos y a las cuales él asistió sin que se produjera aquélla.

3.2. El supuesto mérito que el tribunal le otorga a un presunto título de recaudo ejecutivo es inexistente, por la sencilla razón de que se está frente a un acto aparente, como quiera que para el momento en que el municipio de Arauca liquidó el contrato ya la jurisdicción había avocado el conocimiento de la causa.

3.3. Ni en la demanda principal ni en la de reconvención el municipio desvirtuó el cargo de incumplimiento. Por el contrario, en la reconvención se limitó a alegar que el anticipo no se había amortizado en su totalidad, lo que desconoce que el procedimiento de amortización se hace en la presentación consecutiva de las actas parciales y la final, en porcentaje del 50% del valor del acta hasta llegar a cero. En consecuencia, se infiere que es imposible amortizar, en alguna porción el anticipo, si el municipio no suministró los elementos necesarios para la ejecución de las obras.

4. Alegatos de conclusión

Intervinieron en esta etapa la parte demandante y el Ministerio Público. La primera, reiteró los planteamientos del recurso de apelación y, por lo tanto, solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia para que se acceda a las pretensiones de la demanda principal (fls. 223 a 227 cdno. ppal.).

La Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación intervino, en la oportunidad legal, para solicitar la revocatoria de la providencia apelada; el fundamento del concepto emitido es, en síntesis, el siguiente (fls. 230 a 242 cdno. ppal.):

4.1. Lo demostrado en relación con el desarrollo de la actividad comercial permite concluir el cumplimiento del contratista en relación con las obligaciones adquiridas, y en cambio el incumplimiento de la contratante en suministrar los materiales para la ejecución de la obra contratada, incumplimiento que hizo imposible al contratista la realización de la obra, para la cual había sido contratado y que acarreó la suspensión del contrato.

4.2. A pesar de que las partes convinieron la suspensión del contrato, es evidente conforme a lo que muestran las pruebas que informan el plenario, que el contratista lo hizo forzado por la situación, en la cual había sido puesto por el incumplimiento de su contratante; era apenas obvio que el contratista formulara solicitud de suspensión del contrato, dado que por su cuenta corría el equipo y herramientas necesarias para la realización de la obra, así como la aportación de personal humano necesario para el efecto. No podía, a costa de deteriorar su propio patrimonio, seguir manteniendo a disposición de la entidad, en forma indefinida, maquinaria, herramientas y personal necesario para continuar con la obra en el momento en que la contratante decidiera suministrar algo o todo el material que era necesario.

4.3. El incumplimiento de la administración no se dio solamente en relación con la obligación de suministrar los materiales; además, hizo uso indebido de la figura de la suspensión del plazo contractual, al pactar ésta sin término alguno, luego de adoptar una actitud indiferente de cara a la suerte del contrato, sin volver a ocuparse de él.

4.4. El incumplimiento de la entidad compromete su responsabilidad por los perjuicios que el contratista haya podido sufrir como consecuencia de esa circunstancia, los que corresponden a la suma que el contratista dejó de percibir a título de utilidad en relación con la parte del precio no ejecutada, es decir, con la suma de \$9.025.590,00, sobre la cual se debe calcular la reparación.

4.5. El hecho de que con posterioridad a la presentación y admisión de la demanda se haya proferido la resolución No. 561 de 1997, que liquidó unilateralmente el contrato de obra No. 303 de 1994, no impide el pronunciamiento de fondo de la presente controversia, dado que el administrado no podía controvertir esa decisión, y menos ejercer el derecho de contradicción, pues para el momento de presentación del libelo no existía ese acto administrativo.

La firmeza de la mencionada resolución, que liquidó a cargo del contratista una obligación a favor de la administración por el valor no amortizado del anticipo y que, por ende, constituye título ejecutivo a su favor, impide solicitar que se descuenta del valor de la utilidad que eventualmente se liquide a título de indemnización para el contratista, el monto de la suma no amortizada del anticipo.

5. Manifestación de impedimento de la señora Consejera de Estado, doctora Ruth Stella Correa Palacio

A folio 249 del cuaderno principal de segunda instancia, obra escrito de impedimento presentado por la señora Consejera de Estado, Dra. Ruth Stella Correa Palacio, en los términos del artículo 160 del C.C.A., en correlación con la causal contenida en el numeral 12 del artículo 150 del C.P.C., en cuanto rindió concepto en el proceso en calidad de Procuradora Delegada ante esta Corporación.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, a través del siguiente derrotero: 1) aceptación del impedimento

manifestado; 2) competencia de la Sala, 3) los hechos probados; 4) el caso concreto, 5) la liquidación de perjuicios, y 6) costas.

1. Aceptación del impedimento manifestado por la señora Consejera de Estado, Dra. Ruth Stella Correa Palacio

En atención a que la señora Consejera de Estado, Dra. Ruth Stella Correa Palacio, manifestó su impedimento para conocer, discutir y votar el presente proceso, toda vez que intervino como agente del Ministerio Público en la controversia, para la Sala se encuentra acreditada la causal de impedimento invocada, establecida en el numeral 12 del artículo 150 del C.P.C., que preceptúa:

“Son causales de impedimento:

“(...) 2. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de la actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.

“(...)”

Lo anterior, como quiera que la doctora Correa Palacio rindió concepto en el asunto *sub examine* en calidad de Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación, circunstancia por la cual debe aceptarse su solicitud de ser separada del conocimiento del asunto de la referencia.

2. Competencia de la Sala

La Sala es competente para conocer de este proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión mayor, individualmente considerada, corresponde a los sobre costos derivados de la actividad de trabajo no ejecutado por valor de \$48.038.447,00 suma que resulta superior a la exigida para que un proceso iniciado en el año 1997, tuviera vocación de doble instancia, esto es, \$13.460.000,00, de conformidad con las reglas de competencia establecidas en el Decreto 597 de 1988.

3. Los hechos probados

Del acervo probatorio que integra el proceso se destaca:

3.1. Copia auténtica del contrato de obra No. 303 de 1994, en el que se pactó, entre otros aspectos, lo siguiente:

“El objeto del presente contrato es la construcción de catorce (14) viviendas en el plan de vivienda, Urbanización Matevenado. **SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:** El contratista se obliga a: a-) Ejecutar para el MUNICIPIO de Arauca por el sistema de precios unitarios y conforme al plan de inversión presentado, las siguientes cantidades de obras: (...) b-) Suministrar por su cuenta y riesgo exclusivo los equipos, herramientas, que sean necesarios para la obra, objeto del presente contrato... EL MUNICIPIO DE ARAUCA no adquiere responsabilidad alguna por causa de las actuaciones del CONTRATISTA. **TERCERA: OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO.** El municipio se obliga a cancelar el valor del presente contrato al contratista, de conformidad a lo establecido en la cláusula quinta del presente contrato y a designar un interventor. **CUARTA: VALOR.** El valor del presente contrato para todos los efectos legales y fiscales es la suma de VEINTINUEVE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y TRES MIL TREINTA PESOS CON 00/100 CVTS (\$29.563.030,00) MCTE., resultantes de sumar todos los productos provenientes de multiplicar las cantidades de obra totalmente construidas por los precios unitarios que se detallan en la cláusula segunda del presente contrato. **QUINTA: FORMA DE PAGO.** El municipio cancelará al contratista el valor de este contrato así: un anticipo equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato una vez que este se encuentre debidamente legalizado. El cincuenta por ciento restante (50%) restante (sic) mediante actas parciales de obra mensuales que serán elaboradas por el interventor y refrendadas por el Director del Fondo de Vivienda Popular, una vez se presenten los informes respectivos por parte del interventor y/o supervisor con aprobación del Jefe de la División de Interventoría y Supervisión Técnica, previo el trámite y presentación de las cuentas de cobro respectivas, ante la Secretaría de Hacienda Municipal. **SEXTA: ENTREGA DEL ANTICIPO.** Constituida y aprobada la garantía de buen manejo e inversión del anticipo, éste se entregará al CONTRATISTA luego de la presentación por parte del mismo, de la respectiva cuenta de cobro ante la Secretaría de Hacienda Municipal. Con los dineros de este anticipo se deberá abrir una cuenta corriente conjunta con el interventor o el funcionario autorizado para tal fin, en Banco Oficial, de tal manera que los cheques que se giren, se firmen por el CONTRATISTA y el interventor o el funcionario autorizado, con los cuales sólo se pagarán gastos relacionados con el presente contrato. EL MUNICIPIO descontará al valor bruto de todas las cuentas presentadas por el CONTRATISTA el valor equivalente al anticipo para amortizar el anticipo, hasta que esta amortización cubra el anticipo recibido. **SEPTIMA: PLAZO.** El contratista se compromete para con el municipio de Arauca, a iniciar los trabajos

objeto del presente contrato dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo del anticipo y a entregarlos a satisfacción del MUNICIPIO en un término de doscientos cuarenta (240) días calendarios, contados a partir de la iniciación de las obras, de lo cual se dejará constancia en un acta debidamente firmada por el CONTRATISTA y el interventor... **CLAUSULA DECIMA SEPTIMA: CESIONES Y SUBCONTRATOS.** El contratista no podrá ceder ni subcontratar el presente contrato a persona alguna, natural o jurídica Nacional o extranjera sin previo consentimiento por escrito del Municipio de Arauca, pudiendo esta reservarse las razones que tenga para negar la autorización de la cesión o del subcontrato, artículo 41 de la ley 80 de 1993... **VIGESIMA: CALIDAD DE MATERIALES Y PRUEBAS DE OBRAS.** El contratista empleará materiales suministrados por el Fondo de Vivienda Popular de primera calidad y de las especificaciones pactadas. El contratista facilitará al interventor los medios para medir las obras construidas y medir su calidad mediante pruebas. Las cantidades y medidas que consten en el acta serán verificadas por el interventor..." (fls. 12 a 16 cdno. ppal. – mayúsculas, negrillas y subrayado del original).

3.2. Acta de iniciación de obra del 27 de junio de 1994 (fl. 18 cdno. ppal.).

3.3. Acta de entrega de anticipo al contratista, del 11 de julio de 1994, en la que consta que a Jorge Enrique Romero se le entregó la suma de \$14.338.070,00 a través del cheque No. 0153098 del Banco Ganadero (fl. 19 cdno. ppal.).

3.4. Fotocopia del acta de suspensión temporal firmada el 6 de febrero de 1995 por: el Secretario de Obras Públicas del municipio de Arauca; el interventor de la División Técnica, el Jefe de la División Técnica y el contratista Mauricio Delgado Martínez, en la que se consignó lo siguiente:

“PRIMERO: Con base a (sic) visitas y a un estudio realizado al sitio de la obra el contratista ha solicitado en oficio de fecha 6 de febrero de 1995, suspensión provisional temporal del plazo contractual, argumentando para tal efecto las siguientes razones: el Fondo de Vivienda, no ha suministrado la teja de la cubierta, elementos sanitarios, puertas, ventanas y pintura, lo que ocasiona inactividad en el personal contratado.

“SEGUNDO: Que la solicitud de suspensión temporal del contrato en referencia fue debidamente estudiada y aprobada por la SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS.

“TERCERO: Que de común acuerdo se aprueba la suspensión del contrato de la referencia a partir del día seis (6) del mes de febrero de 1995.

“CUARTO: Se deja expresa constancia que quedan vigentes para las partes contratantes, las obligaciones adquiridas por ellas en el contrato original.

“QUINTO: Para constancia de lo anterior, se firma la presente Acta, por los que en ella intervinieron a los seis (6) días del mes de febrero de 1995.” (fls. 23 y 24 cdno. ppal. – mayúsculas del original).

3.5. Acta de recibo parcial de obra del 9 de agosto de 1994, en la que se especificó:

“(…) TOTAL A PAGAR PRESENTE ACTA
\$20.537.440,00

VALOR OBRA EJECUTADA

\$20.537.440,00

MENOS AMORTIZACION DE ANTICIPO 50%

\$10.268.720,00

“VALOR A PAGAR PRESENTE ACTA

\$10.268.720,00

“SON DIEZ MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS VEINTE PESOS PESOS (sic) MCTE.” (fl. 54 cdno. ppal.).

3.6. Con la contestación de la demanda fue allegada la copia íntegra y auténtica de la Resolución 561 del 30 de mayo de 1997, en la que se adoptó la liquidación unilateral del contrato No. 303 de 1993, en los siguientes términos:

“ARTICULO PRIMERO: Adoptar la liquidación del contrato No. 303 de 1994, la cual se describe a continuación:

“- Acta de liquidación.

“- Contrato No. 303 de 22 de marzo de 1994.

“- Objeto: Construcción de catorce (14) viviendas en el plan de vivienda, urbanización Matavenado.

“- Fecha de legalización del contrato: 20 de abril de 1994.

“- Contratista: Arq. JORGE ENRIQUE ROMERO.

“- Valor del contrato principal: \$29.563.030,00

“- Anticipo contrato principal: \$14.781.515,00

“- En la ciudad de Arauca a los 25 días del mes de abril de 1997 se reunieron Jesús Antonio Gómez nombrado liquidador del contrato mediante resolución No. 127 del 7 de febrero de 1997 por parte del Municipio de Arauca, y la directora del Fondo de Vivienda Popular Luz Jacqueline Cassab Díaz, con el objeto de liquidar unilateralmente el contrato en referencia, que fue ordenado por resolución No. 357 del 11 de abril de 1997.

“BALANCE:

“El balance incluye el valor del contrato, el valor del anticipo, el valor de las actas de recibo parcial.

“(...) SALDO A FAVOR DEL MUNICIPIO
4.512.795,00

“(...)” (fl. 75 y 76 cdno. ppal. – mayúsculas del original).

3.7. Fotocopia del acta de cesión del contrato de obra No. 303 de 1994, suscrita el 11 de septiembre de 1995, en la que el ingeniero Mauricio Delgado, previa autorización del municipio y del interventor, cede el negocio jurídico a Jorge Enrique Romero Ortiz (fl. 28 cdno. ppal.).

El citado documento será valorado, al margen de que se hubiera allegado en copia simple, ya que fue aportado por el municipio de Arauca con el escrito de demanda de reconvencción y, de otro lado, por ser un documento que reposa en los archivos de la entidad lo cual reviste la suficiente fuerza de convicción para ser reputado como auténtico, aunado al hecho de que ha sido objeto de contradicción a lo largo del proceso.

En la mencionada acta se estipuló:

“En el Municipio de Arauca, a los once (11) días del mes de septiembre de 1995, se reunieron el Ingeniero MARCOS ANTONIO ATAYA ARIAS, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía..., en su condición de Alcalde del MUNICIPIO DE ARAUCA, como consta en el acta de posesión de fecha enero 1º de 1995, proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Arauca, en el ejercicio de las atribuciones que le confiere la ley... quien para efectos del presente documento se denominará el MUNICIPIO, la señora LUZ JACKELINE CASSAB, Directora del Fondo de Vivienda Popular y MAURICIO DELGADO, identificado..., y el Ingeniero JORGE ENRIQUE ROMERO ORTIZ...; con el fin de suscribir la presente acta de cesión del contrato No. 303/94, con fundamento en las siguientes consideraciones:

“1. El municipio de Arauca celebró con JORGE ENRIQUE ROMERO ORTIZ el contrato No. 303/94, cuyo objeto es la construcción de catorce (14) viviendas en el plan de vivienda Urbanización Matevenado.

“(...) 3. Mediante escrito del 7 de septiembre de 1995, el contratista MAURICIO DELGADO, solicita la autorización previa del municipio para ceder el contrato de la referencia, acogándose a la cláusula décima séptima del mismo, al arquitecto JORGE ENRIQUE ROMERO ORTIZ.

“4. Se autoriza expresamente la cesión; con tal fin el arquitecto JORGE ENRIQUE ROMERO ORTIZ continuará con la ejecución de

la obra, dando cumplimiento a todos y cada uno de los deberes y obligaciones que se derivan del contrato.

“5. El contratista garantizará el contrato conforme lo estipula en la cláusula segunda.

“(...)” (fls. 22 y 23 cdno. ppal. 2º).

4. El caso concreto

La Sala revocará la sentencia apelada para, en su lugar, acceder parcialmente a las súplicas de la demanda, con fundamento en el razonamiento que se desarrolla a continuación:

4.1. En el caso *sub lite* está acreditada la existencia del contrato de obra pública No. 303 de 1994, suscrito entre el municipio de Arauca y Jorge Enrique Romero Ortiz, cuyo objeto consistía en la construcción de 14 viviendas de interés social en la Urbanización Matevenado.

4.2. Se encuentra establecido que la entidad contratante entregó el anticipo pactado al contratista el 11 de julio de 1994, correspondiente a \$14.338.070,00. De otro lado, está probado que el contratista hizo una entrega parcial de obra el 9 de agosto de 1994, circunstancia que se desprende de la correspondiente acta parcial suscrita por las partes y el interventor de la obra. En esta oportunidad, el contratista recibió, previos los descuentos por amortización del anticipo, la suma de \$10.268.720,00, suma que se imputó al valor del contrato.

Así mismo, del acervo probatorio se desprende la existencia de un contrato de cesión celebrado entre Jorge Enrique Romero Ortiz y Mauricio Delgado, de conformidad con la cláusula diecisiete del negocio estatal que contó con la anuencia de la entidad pública cedida.

De igual forma se constató que el contrato de obra No. 303 de 1994 fue suspendido de manera indefinida y de común acuerdo por las partes, previa solicitud del contratista, ya que, según se especificó en el respectivo documento, el Fondo de Vivienda de Arauca no había suministrado la teja de la cubierta, los elementos sanitarios, las puertas y ventanas, elementos todos necesarios para la ejecución de la obra.

4.2. El 11 de septiembre de 1995, el contratista Mauricio Delgado previo aval de la entidad contratante cedió el contrato a Jorge Enrique Romero quien asumió, de nuevo, la condición de contratista y, por consiguiente, el estado del contrato en el estado en que se encontraba.

Ahora bien, en relación con la suspensión de los contratos estatales, la Sala ha sostenido:

“No tiene discusión alguna que un contrato en curso puede suspenderse por la ocurrencia de diversas circunstancias o por la voluntad de las partes y que uno de los efectos de la suspensión del contrato es la suspensión de las actividades del contratista. En tanto la suspensión sea provisional o temporal es porque el contrato se reiniciará cuando las partes así lo determinen; el caso es que estando el contrato en ejecución o suspendido con la intención de reiniciarlo, subsiste el vínculo contractual. Para los efectos que la entidad contratante busca con la determinación de la capacidad residual de los oferentes, cual es el de asegurar que el proponente tiene la disponibilidad de ejecutar el objeto del contrato, lo lógico es que tenga en cuenta los contratos que el oferente tiene pendientes, es decir, los que haya celebrado con otra entidades y que al momento de aspirar a uno nuevo, no haya terminado. En ese sentido debe entenderse la expresión “los contratos que el proponente tenga en proceso de ejecución”, proceso que se inicia con la celebración de los mismos y va hasta que se terminen, independientemente de las fases que en ese proceso ocurran, por ejemplo, la suspensión. Lo que en ese momento se pretende, es conocer el grado de compromiso que puede adquirir el proponente y ello se define teniendo en cuenta las obligaciones que adquirió con anterioridad a la licitación y que estén vigentes al momento de presentar una nueva oferta. Así que no puede interpretarse literalmente la expresión “en ejecución”, señalada en los términos de referencia como lo pretende el demandante, por cuanto mientras el proponente tenga obligaciones anteriormente contraídas, aún vigentes, éstas incidirán para que su capacidad de contratación aparezca comprometida y por consiguiente, disminuida.”¹

“
.....

“La prórroga o suspensión del contrato fundada en hechos no imputables al contratista, genera la obligación, a cargo de la

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, exp. 14945, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

entidad, de cubrir los sobrecostos ocasionados con la prolongación del plazo, siempre que tales también aparezcan probados. En el caso concreto la primera suspensión, que duró un mes y diez días, se fundó en la oposición de la comunidad y las demás en el hurto del hierro. Por este motivo, los perjuicios causados al contratista con la primera suspensión del contrato deben serle reparados, en consideración a que la oposición de la comunidad es un hecho que le es ajeno. En relación con las prórrogas y suspensiones fundadas en el hurto del hierro, la Sala precisa que las consecuencias negativas que la carencia del metal causó al contratista, no deben ser asumidas por el IDU, toda vez que aquél tenía a su cargo la vigilancia y guarda de los insumos y elementos de la obra y cualquier pérdida o deterioro del mismo le es por ende imputable. Además porque según consta en la denuncia penal, las personas que retiraron el hierro del lugar de la obra, pertenecían a la sociedad que le vendió el hierro al contratista, obraron asistidas de miembros de la Policía Nacional y fundaron su proceder en que el contratista no había pagado el precio del metal.”²

“
.....

“No obstante lo anterior, en el Pliego de Condiciones, numeral 3.03, que hace parte integral del contrato de obra pública CVT-0001-91, se reguló la suspensión del contrato por causas imputables a la Administración; significa entonces que en el contrato sí se previó la posibilidad de que las partes pudieran suspenderlo no solo por circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, sino también cuando se dieran hechos o causas imputables a la entidad contratante, que impidieran la continuidad de la obra. A lo anterior se agrega que las partes, de mutuo consenso, admitieron este hecho como fundamento suficiente para convenir la suspensión del contrato y así lo plasmaron en un documento que se convirtió en ley para ellas, según los mandatos del artículo 1602 del C.C., en cuya virtud todo contrato legalmente celebrado debe tenerse como una ley para los contratantes. Las razones anteriores llevan a concluir que el Acta No. 3 de suspensión temporal del contrato está ajustada a la legalidad, por cuanto las motivaciones que llevaron a suscribirla se encuentran enmarcadas por el interés público y el cumplimiento de los cometidos estatales, sin que por ello desaparezca la responsabilidad que le corresponde a la Administración por no contar con los estudios, planos, predios y licencias, requeridos de manera indispensable para la ejecución de la obra.”³ (negrillas y subrayado adicionales).

En esa medida, para el citado 11 de septiembre de 1995, el cesionario Jorge Enrique Romero asumió el contrato estatal, pacto que si bien es irregular porque

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 2003, exp. 10883, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, exp. 14287, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

no se sometió la suspensión a plazo o condición, lo cierto es que ese acuerdo vincula a las partes en los términos del artículo 1602 del Código Civil. En ese contexto, al haberse dejado la constancia expresa de que si bien la suspensión se suscribió de común acuerdo y con fundamento en la autonomía de la voluntad, lo cierto es que, de igual forma, las partes contratantes dejaron constancia expresa de que la interrupción en la ejecución del contrato se debía a una circunstancia estrictamente atribuible a la entidad contratante, consistente en la falta de suministro de los materiales establecidos en el respectivo convenio de obra pública, y que estaban a cargo de la misma.

En efecto, la finalidad de la suspensión del contrato estatal, como medida excepcional, está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impiden la ejecución temporal del negocio jurídico, y es precisamente por ese motivo que la misma no puede ser indefinida, sino que debe estar sujeta al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición. Por lo tanto, la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo, sino que se delimita como una medida de tipo provisional y excepcional que debe ajustarse a los criterios de necesidad y proporcionalidad, sujeta a un término o condición, período este durante el que las obligaciones contenidas en el contrato no se ejecutan, pero sin que se impute ese tiempo al plazo pactado inicialmente por las partes.

En consecuencia, como quiera que en el proceso se acreditó por la parte demandante que el contrato fue suspendido por cuenta de una circunstancia especial en la que se hallaba el municipio de Arauca, relacionada con la imposibilidad de entregar al contratista los materiales que estaban a su cargo – obligación que estaba contenida en el clausulado del negocio– es preciso reconocer el incumplimiento de la entidad territorial demandada y, consecuencialmente, ordenar el pago de las sumas correspondientes al valor del contrato que se dejaron de pagar por cuenta de la inejecución del mismo.

En ese orden de ideas, la suspensión de común acuerdo constituye una convención que altera o impide de manera temporal la ejecución de las obligaciones que se derivan del contrato y, por lo tanto, al igual que este último es ley para las partes en los términos fijados por el artículo 1602 del Código Civil⁴. En

⁴ "Esta autonomía es reconocida por el orden jurídico, en el campo del Derecho privado, exclusivamente en la segunda de las funciones citadas. Es decir, como actividad y potestad

ese orden de ideas, si de la suspensión se desencadena un incumplimiento de las obligaciones pendientes a cargo de una de las partes, esta queda compelida a cubrir y cancelar los perjuicios que se derivan del mismo.

4.3. Así las cosas, la cesión del contrato estatal de obra No. 303 de 1994, fue eficaz porque al margen de que una de las características del contrato estatal es que sea *intuitu personae*, lo cierto es que el artículo 41 de la ley 80 de 1993 avaló la posibilidad de que el contratista ceda el mismo, pero siempre bajo la condición de que medie el consentimiento expreso de la entidad contratante cedida⁵; además, se celebró con las formalidades legales, esto es, por escrito.

En el caso concreto las dos cesiones de contrato se produjeron, tal y como se desprende del acervo probatorio y de la aceptación de la entidad demandada, con autorización de esta última, razón por la que ese negocio jurídico tuvo validez y eficacia respecto a los intervinientes y, de allí que, a partir de la segunda cesión Jorge Enrique Romero asumió la posición contractual de contratista, razón por la que ingresó de nuevo a la relación negocial, pero encontrando que el contrato estaba suspendido por mutuo acuerdo de las partes, pero por una circunstancia fáctica imputable o atribuible a la entidad contratante.

Sobre el particular, la doctrina con especial *sindéresis* ha señalado:

“En cambio, cuando lo que se cede (o asume) es un contrato, el punto de partida es la presencia de uno o varios créditos y otras tantas obligaciones, entrelazadas en términos de correlatividad y consideradas, tratadas y dispuestas como una unidad, o sea: el objeto de la operación es el traspaso simultáneo de unos créditos y de las obligaciones recíprocas, surgidos a una de un mismo contrato, por parte de uno de los contratantes a un tercero, esto es, en últimas, la transferencia de una posición o relación contractual, cuyo resultado es la sustitución de una de las partes (acreedora –

creadora, modificatoria o extintiva, de relaciones jurídicas entre individuo e individuo; relaciones cuya vida y vicisitudes están ya disciplinadas por normas jurídicas existentes. La manifestación suprema de esa autonomía es el negocio jurídico. El cual es precisamente concebido como acto de autonomía privada, al que el derecho atribuye el nacimiento, la modificación o la extinción de relaciones jurídicas entre particulares. Tales efectos jurídicos se producen en cuanto están dispuestos por normas, las cuales, acogiendo como presupuestos de hecho el acto de autonomía privada, se remiten a él como supuesto necesario y suficiente.” BETTI, Emilio “Teoría General del Negocio Jurídico”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 2ª edición, 1959, pág. 47.

⁵ “La figura de la cesión del contrato es una manifestación significativa de la “despersonalización” del funcionamiento de las obligaciones, de que se ha hecho mención; en la economía contemporánea, en la que tanto auge y trascendencia han cobrado los contratos de larga duración, se ha convertido en un instrumento que, podría decirse, más que útil es indispensable para la subsistencia de ellos en medio de vicisitudes personales...” HINESTROSA, Fernando “Tratado de las obligaciones”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Tomo I, 2002, pág. 522.

deudora). O dicho más escuetamente, la cesión o asunción de contrato es el ingreso sustitutivo de un tercero a una relación contractual de prestaciones correlativas. Con una precisión importante: que no es lo mismo indicar que en virtud de ella el cesionario adquiere las pretensiones crediticias, a la vez que asume las obligaciones del cedente, que agregar a ello que el cedente sale de la relación y queda liberado de obligaciones y responsabilidad para con el contratante cedido.”⁶

En el asunto *sub examine*, es evidente que se suspendió de manera irregular el contrato estatal, toda vez que no se fijó el plazo o la condición a la que estaría sometida la misma; no obstante lo anterior, ello no constituye óbice para que el contratista pudiera reclamar judicialmente el incumplimiento, así como el pago de las sumas que se dejaron de cancelar por cuenta del negocio jurídico, las cuales, en el caso concreto, corresponden al saldo que quedó pendiente respecto del valor total del mismo.

Entonces, al margen de que la respectiva acta haya sido suscrita de común acuerdo entre las partes contratantes, lo cierto es que el hecho de haberse dejado la constancia expresa de que el contratista accedía a suspender el contrato por la falta de entrega por parte del municipio de alguno de los materiales y elementos necesarios para ejecutar la obra, constituye la prueba fehaciente de que el negocio jurídico de obra se incumplió por parte de la entidad contratante lo que permite colegir, de paso, por encontrarse debidamente probados, los perjuicios materiales desencadenados de ese incumplimiento.

Sobre el particular, la Sala ha puntualizado:

“La actividad administrativa debe estar orientada, entre otros, por los principios de economía, eficiencia y eficacia, los cuales imponen a las autoridades la necesidad de adelantar las gestiones en una forma organizada y racional para el cumplimiento de los cometidos estatales, por ello, antes de ordenar la apertura de la licitación o concurso o de celebrar el contrato, según el procedimiento de selección que deba adoptarse, debe haber planificado todas las actividades que deben desarrollarse dentro de las diversas etapas del contrato, tanto la precontractual como la contractual.

“La falta de planeación tiene incidencias en la etapa de formación del contrato, pero ella se refleja con mayor importancia en su etapa de ejecución, momento en el cual las omisiones de la administración generan graves consecuencias por falta de estudios y diseños definitivos, circunstancias que llevan a modificar las cantidades de

⁶ HINESTROSA, Fernando Ob. Cit., pág. 520.

obra, las condiciones técnicas inicialmente pactadas y, en el peor de los casos, conducen a la paralización de las obras o a su imposibilidad de realización. Todo esto ocurrió en el sub- exámine.

“(…) Sin embargo, en el caso que aquí se examina probado está que correspondía a la Administración la obligación de disponer de los terrenos y de los estudios ambientales y de los estudios de suelos, de manera previa y como requisitos indispensables para que el contratista pudiera acometer la construcción de las obras. Fueron las continuas omisiones y la negligencia de la entidad contratante en solucionar los problemas que se encontraban a su cargo, en plazos razonables, los eventos que pusieron al contratista en imposibilidad razonable de continuar con la ejecución de la obra. Es más, TELECOM ni siquiera se tomó el trabajo de atender las solicitudes y los requerimientos que en tres oportunidades le hizo el contratista para que le informara cuándo se reiniciaría el contrato y fue tan solo después de que este demandó judicialmente la declaratoria del incumplimiento contractual, cuando la Administración lo llamó para que continuara con la ejecución de las obras, aún sin haber solucionado, de manera definitiva, la problemática que dio lugar a la suspensión del contrato.

“Así las cosas resulta claro que la Administración no podía exigirle, ni mucho menos endilgarle al contratista el incumplimiento de sus respectivas obligaciones contractuales, mientras ella no se aprestaba a cumplir las propias, las cuales además, constituían presupuesto indispensable para que el contratista, a su vez, pudiera dar cumplimiento a las suyas.”⁷

4.4. Adicionalmente, la Sala comparte el criterio del *a quo* en cuanto concierne a la imposibilidad de pronunciarse acerca de la legalidad de la resolución 561 de 1997, proferida por el municipio de Arauca con posterioridad a la presentación de la demanda, y mediante la que se liquidó unilateralmente el contrato de obra No. 303 de 1994.

Toda vez que al momento de presentación del libelo demandatorio no se había proferido el acto administrativo mencionado, y no resultaba procedente exigir a la parte actora que lo demandara. Por ende, tampoco es viable estudiar la legalidad de esa resolución pues la misma no fue cuestionada; por consiguiente, el acto administrativo al margen de cualquier reproche en su validez, goza de la presunción de legalidad, y tiene fuerza ejecutoria y ejecutiva.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, exp. 14287, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Así las cosas, le asiste razón al Tribunal de primera instancia, en este tópico concreto, al considerar que en este proceso no se puede pretender el estudio de legalidad y de cumplimiento del acto administrativo de liquidación unilateral porque no fue objeto de reproche, aunado al hecho de ser un acto que reviste fuerza ejecutoria y ejecutiva cuya reclamación se efectúa mediante la acción judicial procedente, esto es, la ejecutiva basada en la existencia de una obligación clara, expresa y exigible contenida en un acto cuya legalidad no ha sido desvirtuada.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado:

“El hecho de que la disconformidad con el acto administrativo que contiene la liquidación sea solo parcial no releva al interesado en obtener un reajuste de la liquidación, de la obligación de demandar la anulación del acto en cuanto no lo encuentre ajustada a la ley. La revisión de la liquidación unilateral del contrato solo puede derivar de la anulación total o parcial, según el caso, del acto administrativo que la contiene.

“Reiteradamente se ha pronunciado esta Sala en relación con la necesidad de demandar el acto administrativo a través del cual la administración liquida unilateralmente un contrato, cuando el contratista se queja de la lesión que le produce ese acto y pretende su resarcimiento.”⁸

4.5. Por último, la Sala se abstendrá de pronunciarse en relación con las súplicas y supuestos fácticos expuestos en la demanda de reconvención presentada por el municipio de Arauca, puesto que el recurso de alzada fue interpuesto única y exclusivamente por la parte actora lo que circunscribe la competencia de la segunda instancia a los lineamientos y criterios desarrollados con la impugnación.

Como corolario de lo anterior, la Sala revocará el proveído apelado por cuanto se demostró el incumplimiento alegado por la parte actora, razón suficiente para acceder parcialmente a las pretensiones del libelo demandatorio.

5. Liquidación de perjuicios

Como se viene de mencionar, se revocará la sentencia apelada, para acoger los argumentos expuestos por el Ministerio Público, en tanto deprecó acceder parcialmente a las súplicas de la demanda.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de septiembre de 1998, exp. 11617, M.P. Daniel Suárez Hernández.

En relación con el lucro cesante derivado del incumplimiento del contrato, se accederá a la condena de las sumas dejadas de percibir por concepto de la falta de ejecución del contrato estatal, suma que asciende a \$9.025.590,00. En efecto, el valor del contrato fue pactado en \$29.563.030,00, y al contratista se le entregó un anticipo correspondiente al 50% de ese porcentaje, esto es, \$14.781.515,00; posteriormente, el 9 de agosto de 1994, la entidad recibió parcialmente la obra y le canceló al contratista \$10.268.720,00, razón por la que el saldo insoluto del contrato equivale a nueve millones veinticinco mil quinientos noventa pesos (\$9.025.590,00), que corresponde a al valor dejado de percibir por la inejecución de la obra (\$4.512.795,00) y el porcentaje de anticipo no amortizado (\$4.512.795,00).

Ahora bien, se actualizará el mencionado valor atendiendo a la fórmula empleada para establecer la renta vigente a la fecha de esta sentencia, en la cual la renta histórica se multiplica por el índice de precios al consumidor a la fecha de la decisión sobre el mismo índice pero del mes correspondiente al incumplimiento, esto es, el 11 de septiembre de 1995, fecha en que el contratista cesionario recibió el contrato suspendido y no pudo ejecutarlo.

$$Ra = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

$$Ra = \$9.025.590,00 \frac{104,29}{30,44} = \$30.922.430,00$$

Ahora bien, en el proceso quedó acreditado que el contrato fue liquidado unilateralmente con la Resolución No. 561 de 1997 –acto administrativo cuya legalidad no fue discutida en este proceso y, por lo tanto, no es susceptible de pronunciamiento de legalidad como se indicó–, en la que la entidad pública fijó un saldo a su favor correspondiente al valor del anticipo no amortizado, esto es, de \$4.512.795,00. No obstante, la Sala no descontará el citado valor de la liquidación de la indemnización ya que no se tiene certeza acerca de si esa suma ya fue cancelada efectivamente a la entidad contratante. En ese orden de ideas, se

facultará al municipio de Arauca para que, en caso de que el anticipo no amortizado ya haya sido devuelto o rembolsado a la entidad, para que compense el mencionado valor actualizado de la condena decretada en esta sentencia.

En efecto, la compensación puede ser declarada de oficio por el juez que la encuentre probada en el proceso en virtud de la facultad oficiosa con que cuenta para decretar las excepciones que estén probadas en el proceso según los dictados del artículo 164 del C.C.A., en concordancia con el artículo 305 del C.P.C. En el asunto *sub examine*, se facultará a la demandada a que compense parcialmente el valor del anticipo no amortizado frente a la condena decretada en esta providencia, siempre que el contratista haya reintegrado efectivamente esas sumas a la entidad pública.

En esa medida, la suma que la entidad contratante podrá descontar de la condena en el evento en que el contratista haya rembolsado el anticipo no amortizado, será la siguiente:

$$\begin{array}{r} 104,29 \\ Ra = \$4.512.795,00 \quad \text{-----} = \$15.461.215,00 \\ 30,44 \end{array}$$

De otro lado, en lo que concierne con los intereses moratorios, la Sala los liquidará con aplicación de las disposiciones legales vigentes contenidas en la ley 80 de 1993, toda vez que en el contrato estatal no existió acuerdo expreso sobre esa materia⁹.

Así las cosas, se liquidarán los intereses de mora sobre la suma previamente establecida, esto es, sobre los \$9.025.590,00, de conformidad con los parámetros

⁹ Dispone el inciso segundo del numeral 8 del artículo 4º de la ley 80 de 1993: "Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado."

Por su parte, el artículo 1º del decreto 679 de 1994, determina: "Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4o., numeral 8o. de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos."

establecidos por la ley 80 de 1993, y el decreto reglamentario 679 de 1994, lo que arroja la siguiente diagrama:

Período de tiempo	Capital debido	Indice de precios acumulado del año inmediatamente anterior (1994 a 2009)	Valor actualizado (conforme al artículo primero del decreto 679 de 1994)	Tasa de interés (12 % o fracción)
11 de septiembre a 31 de diciembre de 1995	\$ 9.025.590,00	22,60	\$ 11.065.373,34	\$405.324,63
1 de enero a 31 de diciembre de 1996	\$ 9.025.590,00	19,47	\$ 10.782.872,37	\$1.293.944,68
1 de enero a 31 de diciembre de 1997	\$ 9.025.590,00	21,64	\$ 10.978.727,68	\$1.317.447,32
1 de enero a 31 de diciembre de 1998	\$ 9.025.590,00	17,68	\$ 10.621.314,31	\$1.274.557,72
1 de enero a 31 de diciembre de 1999	\$ 9.025.590,00	16,70	\$ 10.532.863,53	\$1.263.943,62
1 de enero a 31 de diciembre de 2000	\$ 9.025.590,00	9,23	\$ 9.858.651,96	\$1.183.038,23
1 de enero a 31 de diciembre de 2001	\$ 9.025.590,00	8,75	\$ 9.815.329,13	\$1.177.839,50
1 de enero a 31 de diciembre de 2002	\$ 9.025.590,00	7,65	\$ 9.716.047,64	\$1.165.925,72
1 de enero a 31 de diciembre de 2003	\$ 9.025.590,00	6,99	\$ 9.656.478,74	\$1.158.777,45
1 de enero a 31 de diciembre de 2004	\$ 9.025.590,00	6,49	\$ 9.611.350,79	\$1.153.362,09
1 de enero a 31 de diciembre de 2005	\$ 9.025.590,00	5,50	\$ 9.521.997,45	\$1.142.639,69
1 de enero a 31 de diciembre de 2006	\$ 9.025.590,00	4,85	\$ 9.463.331,12	\$1.135.599,73
1 de enero a 31 de diciembre de 2007	\$ 9.025.590,00	4,48	\$ 9.429.936,43	\$1.131.592,37
1 de enero a 31 de diciembre de 2008	\$ 9.025.590,00	5,69	\$ 9.539.146,07	\$1.144.697,53
1 de enero a 31 de diciembre de 2009	\$ 9.025.590,00	7,67	\$ 9.717.852,75	\$1.166.142,33
1 de enero a 28 de abril de 2010	\$ 9.025.590,00	2,00	\$ 9.206.101,80	\$358.485,60
INTERESES MORATORIOS DEBIDOS A 28 ABRIL DE 2010				\$17.473.318,22

Finalmente, se insiste, el municipio demandado podrá compensar de la anterior suma la mitad de su monto efectivo, esto es, \$8.736.659,11 siempre y cuando el contratista haya rembolsado a la entidad pública el valor del anticipo no amortizado establecido en la Resolución No. 561 de 1997.

En efecto, tal y como lo puso de presente la señora Agente del Ministerio Público Delegada ante esta Corporación, la firmeza del citado acto administrativo,

constituye un título ejecutivo a favor de la entidad territorial que impide descontar en esta sentencia del valor de la utilidad que se liquida por concepto de indemnización a favor del contratista, el monto de la suma no amortizada del anticipo, razón que redundaría en la posibilidad con que cuenta la entidad de compensar la suma respectiva a la hora de adelantar el pago de la condena.

6. Costas

De conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, no habrá lugar a condenar en costas al demandante, por cuanto no se evidencia que haya actuado con temeridad o mala fe.

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

FALLA:

Primero. Acéptase el impedimento manifestado por la señora Consejera de Estado, Doctora Ruth Stella Correa Palacio.

Segundo. Revócase la sentencia del 4 de febrero de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca.

Tercero: En consecuencia, **declárase** el incumplimiento del municipio de Arauca, en relación con las obligaciones derivadas del contrato de obra No. 303 de 1994, suscrito con el contratista Jorge Enrique Romero Ortiz.

Cuarto: Condénase al municipio de Arauca, a pagar al demandante las siguientes sumas de dinero:

i) Por concepto de perjuicios materiales, la suma de treinta millones novecientos veintidós mil cuatrocientos treinta pesos m/cte (\$30.922.430,00).

ii) Por concepto de intereses de mora, el valor de diecisiete millones cuatrocientos setenta y tres mil trescientos dieciocho pesos con veintidós centavos m/cte (\$17.473.318,22).

El pago de las anteriores sumas de dinero estará sujeto a la posible compensación que podrá efectuar la entidad pública condenada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, siempre y cuando el contratista haya rembolsado previamente la suma a que hace referencia la Resolución 561 de 1997, proferida por el municipio de Arauca.

Quinto: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

Sexto: Sin costas.

Séptimo: Cúmplase lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Octavo: En firme este fallo, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR