

CLÁUSULAS EXORBITANTES – Alcance – Función

En el marco de la actividad contractual de la administración existen, por previsión del legislador, algunas facultades que resultan extrañas al derecho común y que rompen el plano de igualdad entre los contratistas particulares y los contratantes públicos. Estas son prerrogativas que ofrecen al Estado una herramienta para controlar de manera más efectiva el desarrollo y ejecución de los contratos que celebra con el objeto de adquirir los bienes y servicios que le permiten cumplir con sus fines de manera eficaz (...) El rompimiento del plano de igualdad que en general es predicable de este tipo de contratos, se ejerce, primordialmente, mediante un poder de decisión en algunos asuntos de forma unilateral, esto es, mediante actos administrativos propiamente dichos, los cuales solo pueden ser dictados por el Estado en ejercicio de atribuciones expresas legales. (...) La necesidad de que estas facultades sean expresamente conferidas por el legislador, se justifica en las normas constitucionales que resultan aplicables a la función administrativa y particularmente a la actividad contractual pública, que indican que esta debe enmarcarse en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 209 de la Constitución Política), así como que sus agentes e instituciones deben estar sometidos en el ejercicio de sus funciones a la ley y el reglamento (artículos 123 y 6 de la Constitución Política). (...) En otras palabras, al referirse a las potestades excepcionales de la administración en materia contractual, se habla de aquellas materias en las que por previsión legislativa la entidad contratante está autorizada para definir a su arbitrio una controversia relacionada con tales temas. (...) [E]l régimen jurídico aplicable al acuerdo contractual es el contenido en la Ley 80 de 1993, la cual en su artículo 14 consagró medios con los que cuentan las entidades públicas para asegurar el cumplimiento del objeto contractual, los cuales, en cuanto ejecutables unilateralmente por parte de la administración, resultan excepcionales al derecho común. (...) Como se puede observar, las materias en las que está permitido a las entidades públicas contratantes decidir de manera unilateral están previstas de manera expresa e incluso consagrada junto a limitaciones en su pacto y uso. (...) Se distinguen de la norma transcrita los poderes de autotutela para la interpretación unilateral del contrato, la modificación unilateral del mismo, su terminación, su sometimiento a las leyes nacionales y la posibilidad de declarar la caducidad como consecuencia de un grave incumplimiento del desarrollo del objeto contractual. (...) También se indica en ella que estas facultades no pueden pactarse en favor de las entidades estatales en todos los tipos de contratos, sino que existen algunos en los que puede llegarse a este acuerdo por estar autorizado por la ley, otros en los que se encuentra prohibido hacerlo, y otros en los que se entienden acordadas estas facultades aun cuando no hayan sido incluidas en el texto del negocio. (...) Así, la inclusión de las potestades extrañas al derecho común será virtual en los contratos relacionados con el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación o concesión de bienes del Estado y en los de obra. Esto quiere decir que aun cuando no aparezcan de manera expresa en el texto del contrato, se entienden acordadas por ministerio de la ley. (...) Por otra parte, pueden pactarse, aunque no es obligatorio sino discrecional, en los contratos de suministro y prestación de servicios; mientras que está proscrito su acuerdo en aquellos contratos que se celebran con personas públicas internacionales, los de cooperación, los de donación, los de arrendamiento, los que comprendan la realización de actividades científicas o tecnológicas, los de seguros tomados por las entidades estatales y aquellos cuyo objeto sea la ejecución de actividades comerciales o industriales de las entidades que no correspondan a las indicadas en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. (...) La jurisprudencia de esta Sección ha establecido que, en el marco de la Ley 80 de 1993 sin las modificaciones introducidas por la Ley 1150 del 2007, el uso de estas facultades no sólo se encuentra limitado por el tipo de contrato y su objeto, sino también de forma temporal, siendo claro que sólo pueden hacerse efectivas mediante el ejercicio de la autotutela antes del vencimiento del término que se hubiese establecido para la ejecución del contrato. (...) El ejercicio de estos instrumentos por parte de la administración después del vencimiento del plazo de ejecución del contrato, incluso alegando que su uso obedece a la protección del interés general, es ilegal y por lo tanto nula por falta de competencia para la expedición del acto en el que se tome tal decisión. (...) [C]omo puede concluirse de lo dicho hasta el momento de la consagración legal necesaria de los poderes de autotutela de la administración, el acto es ilegal al haber declarado el incumplimiento del contrato de forma unilateral cuando esta facultad no fue puesta en cabeza de las entidades estatales en la Ley 80 de 1993, lo que necesariamente implica que carecía de la facultad para expedir la decisión administrativa de la forma en que lo hizo. esta decisión administrativa resulta ilegal por falta de competencia para hacer uso de la autotutela para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, dado que la Ley 80 no previó esta posibilidad.

CLÁUSULA EXCEPCIONAL – Facultad

Puede surgir la duda de si a contratos celebrados con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 del 2007 puede aplicarse la habilitación legal reseñada, en virtud de retrospectividad de la ley que se desprende del párrafo transitorio del artículo 17, mas esta ya fue resuelta por la jurisprudencia de la Sala, que ha hecho hincapié en que la autorización en tal sentido solo puede ser aplicada a aquellas sanciones que hayan sido impuestas en vigencia de la ley, lo que en el caso de las multas, por su carácter apremiante, implica que para la fecha de la expedición de la ley debía estar en ejecución el

contrato (...) Entonces, no se puede sino concluir que durante la vigencia de la Ley 80 de 1993, y antes de que la Ley 1150 comenzara a regir, la administración carecía de la potestad de imponer multas de forma unilateral, puesto que esa norma solo le permitía pactarlas en el contrato, siendo indispensable que su imposición al contratista se produjera por parte del juez natural del contrato, y en todo caso, incluso para aquellos contratos celebrados antes de la reforma del 2007, era necesario que la imposición se diera en vigencia suya . (...) Todo lo expuesto implica que, en atención al principio de legalidad que prevalece en materia de las funciones sancionatorias a cargo del Estado, en el caso concreto debe declararse la nulidad de los actos demandados, en cuanto en ellos se ejerció una competencia que no estaba en cabeza de la entidad demandada, consistente en imponer de manera unilateral, mediante un acto administrativo motivado, una multa por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del actor. (...) Se reitera que a pesar de que en la cláusula (...) las partes otorgaron esa prerrogativa a la entidad contratante y hoy demandada, la autonomía de la voluntad de las partes no puede soslayar el principio de legalidad, el cual resulta de especial relevancia en el caso de las sanciones a particulares, dado que es claro que una disposición contractual no puede ir directamente en contra de una norma de orden público.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil quince (2015).

Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02932-01(28915)

Actor: GILBERTO CHINOME BARRERA

Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ-FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE SANTA FE

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Procede la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 11 de agosto del 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, mediante la cual se negaron las pretensiones. La sentencia será revocada.

SÍNTESIS DEL CASO

El señor Gilberto Chinome Barrera solicita que se declare la nulidad de la resolución n.º 012 del 30 de junio del 2001, mediante la que se declaró su incumplimiento en el marco del contrato de prestación de servicios n.º 031-00 celebrado entre el demandante y el Fondo de Desarrollo Local de Santa Fe, así como de su confirmatoria n.º 13 del 5 de septiembre del 2001, mediante la que se resolvió un recurso de reposición.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1. Mediante escrito presentado el 30 de noviembre del 2001 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 2-33 c. 1), el señor Gilberto Chinome Barrera presentó a través de apoderado demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra el Distrito Capital de Bogotá-Fondo de Desarrollo Local de Santa Fe, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1ª-. Declárense nulas las Resoluciones Nros. 012/01 de junio 30 del 2001 y 013/01 de Septiembre 5 del 2001, mediante las cuales la Alcaldía Local de Santa Fe declaró el incumplimiento del Contrato de prestación de servicios Nro. 031-00 celebrado entre la entidad demandada y mi poderdante y resolvió el recurso de reposición, confirmando la resolución anterior, por cuanto tales resoluciones infringen normas superiores, están sustentadas en falsas motivaciones, violan el debido proceso y han sido expedidas abusando del poder exorbitante, unilateral, del funcionario que las produjo.

2ª-. Condénese a la Alcaldía Mayor de Bogotá y/o a la Alcaldía Local de Santa Fe y/o al Fondo de Desarrollo Local de Santa Fe a pagar cuarenta millones de pesos (\$40.000.000⁰⁰), moneda corriente, valor de los perjuicios de orden material, daño emergente y lucro cesante, ó de conformidad con el valor que resulte probado en el proceso, cantidad que debe ser actualizada en su valor conforme a lo previsto en el Art. 178 del C.C.A.

3ª. A la sentencia que ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los Arts. 176 y 177 del C.C.A.

1.1. La demanda presentó como fundamento fáctico de sus pretensiones las siguientes circunstancias:

1.1.1. El demandante y el Fondo de Desarrollo Local de Santa Fe suscribieron el contrato de prestación de servicios n.º 031 del 22 de diciembre del 2000, cuyo objeto era el de

desarrollar talleres para la capacitación de los habitantes de la localidad en valores personales, familiares, escolares, políticos, administrativos, comunales, cívicos y ecológicos e implementar un código integral de valores ciudadanos (CIVAC).

1.1.2. El valor del contrato era de \$30 000 000 y su plazo de ejecución era de seis meses. Previa la constitución de la correspondiente póliza de garantía de cumplimiento n.º 001705930 de Seguros del Estado, y una vez se cumplió con los demás requisitos de ejecución del acuerdo, se suscribió acta de inicio el 28 de diciembre del 2000.

1.1.3. De acuerdo con la propuesta, los seis meses, que vencían el 28 de junio del 2001, deberían ser distribuidos así: i) el primer mes para información convocatoria e inscripción de los participantes; ii) dos meses y una semana para resolver 32 talleres; iii) una semana para convocar una asamblea plenaria de las asistentes a los talleres con el objeto de legalizar el CIVAC; iv) dos meses y una semana para resolver 32 talleres, y v) una semana para convocar una asamblea final plenaria para fundar un comité de valores ciudadanos (COCIVAC).

1.1.4. Refiere el demandante que el desarrollo del contrato se vio afectado por razones que califica como fuerza mayor y que causaron una pérdida de tiempo o atraso en la ejecución de las actividades. Estas circunstancias eran plenamente conocidas por la interventoría del proyecto y son resumidas en la demanda, así: i) incumplimiento o retraso en el pago del anticipo previsto en la cláusula cuarta del contrato; ii) obstáculos causados por terceros, es decir, los participantes de los talleres; iii) retraso en el pago de la primera cuota del contrato, cancelada sólo tres meses después del inicio; iv) incoherencias manifiestas en la propuesta y el presupuesto; v) obstáculos puestos por la coordinadora del proyecto designada por la entidad; vi) obstáculos puestos por el Alcalde Local de la localidad de Santa Fe.

1.1.5. A reglón seguido explicó sobre cada causa de fuerza mayor:

1.1.5.1. Primera causa: En el contrato se había acordado el giro a favor del contratista de un anticipo equivalente al 50% del valor total del contrato. Sin embargo, esto sólo fue efectuado más de un mes después de la firma e iniciación del contrato. La parte agregó que a causa de esto el alcalde y el señor Chinome convinieron verbalmente iniciar los talleres el 3 de febrero del 2001 y no el 28 de enero del mismo año como estaba inicialmente pactado, lo cual también causó que de manera verbal se modificara la fecha de terminación en una semana adicional. Apuntó que la interventora se encontraba de vacaciones en ese momento.

1.1.5.2. Segunda causa: El Fondo de Desarrollo Local de Santa Fe nunca giró el 25% del valor del contrato que se debía cancelar al cumplimiento de los tres meses de ejecución contractual, contrariando de esta forma lo acordado en la cláusula cuarta del contrato. Indicó que a causa de esto básicamente no se pudo desarrollar la segunda parte del contrato. Refirió también que la primera etapa finalmente consistió en 63 talleres cuando lo previsto eran 32, dado que la interventoría de forma unilateral dispuso que se hicieran los necesarios para lograr la incoherente cifra de 2000 participantes.

1.1.5.3. A su vez, esta etapa duró 5 meses en vez de 3, aunque, aclaró, no se recibió queja, reclamo o sanción por la forma en que estaba siendo desarrollado, lo cual indica que la entidad aceptaba no solo los costos adicionales –el contratista tuvo que pedir dinero prestado para el efecto- sino la necesidad de prorrogar el contrato. Agregó que hubo que dar talleres prácticamente todos los días de la semana e incluso por la noche en colegios nocturnos, cuando lo pactado era que los talleres se realizaran sábados y domingos.

1.1.5.4. Tercera causa: Alegó que hubo incoherencias entre la propuesta y su presupuesto. Destacó que los participantes debían ser 1280, teniendo en cuenta que se ofreció que cada paquete tuviera 32 talleres y 40 personas por taller. Sin embargo más adelante se habla de 2000, cifra que la interventoría hizo cumplir unilateralmente. Agregó que el informe de la interventoría, al hablar de los insumos necesarios, aludió a 3 200 refrigerios, cantidad cuyo origen se desconoce, pero que parece hacer alusión a los participantes.

1.1.5.5. Agregó que en la propuesta aparece una cartilla de 16 páginas, la cual terminó siendo de 22, generándose mayores costos. Indicó que esto constituye una violación a la plena identificación de lo contratado por parte de la entidad contratante. Agregó que se ofrecieron 4000 refrigerios en total a \$1 500 cada uno, mientras que finalmente, de acuerdo con la operación aritmética correspondiente sólo existen presupuestados 1 200, si se acepta como válida la cifra impositiva de la interventoría. Adujo que el contratante es responsable de dicha situación *“puesto que, al observar las graves contradicciones que existen en el presupuesto de la propuesta ofrecida por mi poderdante, se confirma que la propuesta no fue debidamente examinada por el contratante, permitiendo que se presentara la irregularidad del excedente”*.

1.1.5.6. Cuarta causa: Luego de iniciado el proyecto se hizo evidente que no aparecieron los participantes. Los pobladores, a pesar de ser contactados incluso personalmente puerta a puerta, se mostraban reacios a participar por varias razones, como falta de tiempo, lejanía del lugar de desarrollo de los talleres, rivalidades con habitantes de sectores aledaños y duración de los talleres. Alega que esto constituyó un caso fortuito.

1.1.5.7. Quinta causa: El contratista tuvo varios inconvenientes con la coordinadora del proyecto, señora Luz Marina Ibagón. Afirma que esta tenía desinterés en el desarrollo del contrato y ejerció en su contra violencia verbal. Agregó que sus labores eran pobremente ejecutadas, como la consecución de los refrigerios, que calificó de deprimentes y vergonzosos para repartir a los participantes.

1.1.5.8. En su sentir, hubo varios episodios en los que la señora Ibagón mostró su animadversión en contra suya. Así por ejemplo, le aseguró que impediría que el Alcalde menor firmara los diplomas para los participantes, dejó mensajes amenazantes al demandante en su máquina contestadora y lo acusó de haber malgastado el anticipo y de estar incurriendo en peculado al dar bolígrafos y blocks de papel a los participantes. Respecto de esto último agregó que esto hacía parte de unos gastos que por afán no fueron incluidos dentro de las propuestas, como gastos de oficina y de transporte personal y de los talleres.

1.1.5.9. Sexta causa: Alegó que el Alcalde menor tuvo varias acciones dirigidas a asegurar el fracaso del proyecto, como no firmar los diplomas, cancelar talleres e impidiendo la publicación de un periódico.

1.1.6. Indicó que ante los problemas, el 28 de mayo del 2001 decidió suspender actividades, principalmente a causa de la falta de presupuesto derivada del incumplimiento de la entidad contratante respecto de las obligaciones previstas en la cláusula cuarta del contrato. No pudo ejecutar la segunda parte del proyecto.

1.1.7. Hizo referencia a que el 26 de junio del 2001 la interventoría expidió el informe de ejecución, en el que se dio fe de la realización del 47% del contrato con la ejecución de 63 talleres, es decir, el 98,44% del número pactados en el contrato. Manifiesta que esto es prueba de que el trabajo realizado cuenta con las exigencias y calidad pactadas.

1.1.8. En la misma fecha se invitó al demandante a una reunión urgente con el Alcalde Local y la abogada del Fondo de Desarrollo Local de Santa Fe, con miras a acordar la ruta a seguir en consideración a que el contrato vencía el 28 de junio del 2001. La comunicación por la que se hizo la invitación no tenía fecha ni hora, por lo que, en las propias palabras de la interventoría, el contratista debía estar todo el día en la alcaldía a la espera de que el Alcalde menor tuviera tiempo de atenderlo.

1.1.9. El 28 de junio del 2001 el demandante solicitó una prórroga hasta el 4 de julio,

exponiendo los motivos de fuerza mayor arriba enunciados. Sin embargo, en la misma fecha se declaró su incumplimiento mediante la resolución n.º 012 del 2001. Esto, además de la imposición de multas en el mismo acto, excedió la legalidad, máxime si se tiene en cuenta que aparentemente el incumplimiento fue parcial.

1.1.10. Argumentó la parte que la decisión administrativa fue adoptada sin dar espacio al diálogo y con ella la administración se apropió de dinero de propiedad del demandante, lo que constituye un enriquecimiento sin causa. Además, no se liquidó el contrato, en desmedro de lo previsto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993.

1.2. Como fundamento jurídico de las pretensiones, el demandante alegó la violación de varias normas constitucionales y legales, que agrupó en ocho cargos sin denominación, que pueden ser sintetizados de la siguiente forma.

1.2.1. Artículos 2, 6, 14, 25 y 83 de la Constitución; 142 y 143 del Código de procedimiento Civil y 84 del Código Contencioso Administrativo: La declaratoria de nulidad sin tener en cuenta la confluencia de hechos constitutivos de fuerza mayor implica una falsa motivación y viola los principios de buena fe e imparcialidad, además de causar una grave lesión al demandante. También constituyó una desviación o abuso de poder.

1.2.2. Artículos 23 y 28 de la Ley 80 de 1993 y 83 de la Constitución: Indicó que la expedición de la resolución de incumplimiento viola el sentido de seguridad, imparcialidad, eticidad y capacidad de reconocer los derechos. Reiteró que no se tuvo en cuenta la ocurrencia de hechos constitutivos de fuerza mayor que rompieron el equilibrio económico del contrato.

1.2.3. Artículos 1602, 1603 y 1613 del Código Civil: El demandante consideró que la resolución viola el precepto según el cual el contrato es ley para las partes, dado que se sancionó un incumplimiento de forma unilateral, *“sin haber cualificado las verdaderas causas, de manera que se calificó incumplimiento y sanción, produciendo un desequilibrio que afecta gravemente la economía y la moral de mi poderdante”*.

1.2.4. Artículo 84 del Decreto 222 de 1983. Señaló que este artículo se violó dado que había varias incoherencias en la oferta sin que hubiesen sido detectadas por la entidad contratante.

1.2.5. Artículos 20 de la Constitución, 1 del Decreto 808 de 1979, 93 del Decreto 222 de

1983 y la cláusula cuarta del contrato: Consideró que fue la misma administración la que causó la crisis financiera del contrato con su incumplimiento de obligaciones como el giro de fondos en forma de anticipo, la renuencia a efectuar cortes de cuentas trimestrales.

1.2.6. Artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, así como la cláusula décimo tercera del contrato, al no haber realizado la correspondiente liquidación, no crear espacios de diálogo o transacción, y retener dinero del demandante.

1.2.7. Artículos 15, 26 y 27 de la Ley 80 de 1993 y 1603 del Código Civil. La interventoría no veló por la consecución de los recursos e interpretó unilateralmente las obligaciones y en particular las incoherencias contenidas en la propuesta. Insistió en que el informe de la interventoría no reveló ningún incumplimiento y de los 64 talleres pactados se realizaron 63.

1.2.8. Artículo 2185 del Código Civil: Los incumplimientos y demás situaciones agenciadas por la conducta de la administración no dejaban margen para otra acción que la suspensión de la ejecución del contrato por parte del contratista.

II. Trámite procesal

2. El 5 de febrero del 2002 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y dispuso la notificación de dicha decisión al Alcalde Mayor de Bogotá como representante legal la entidad demandada (f. 36-38 c. 1). El distrito **contestó** oportunamente de la siguiente forma (f. 42-48 c. 1):

2.1. Afirmó que era claro que el demandante había recibido el anticipo del 50% del valor del contrato el 30 de diciembre de 1999 y durante el desarrollo del mismo se le requirió en múltiples oportunidades para que cumpliera con sus obligaciones. Particularmente se refirió a la relativa a la presentación de informes por parte del contratista, de la cual dependían los restantes pagos parciales y agregó que en últimas la interventoría indicó que el cumplimiento apenas alcanzaba el 47%, por lo que ante la comunicación del demandante respecto a su decisión de no realizar la segunda parte del proyecto no quedó más alternativa que declarar su incumplimiento. Además afirmó que:

Con posterioridad a los tantos requerimientos realizados al contratista para el

cumplimiento del contrato, sólo hasta el 28 de junio de 2001, éste solicita al Alcalde Local de Santa Fe una prórroga hasta el 4 de julio de 2001 para entregar la documentación pendiente de la primera etapa del mismo indicando como razón para ello la existencia de fuerza mayor dada en problemas económicos y de organización al interior del proyecto, suscitados en las contradicciones graves existentes en la propuesta y problemas de irrespeto de la señora Luz Marina Ibagón en contra de él. Los citados argumentos como sustentación de la fuerza mayor comunicada, no podían ser de recibo para la administración teniendo en cuenta que: a) Problemas económicos.- El contratista recibió a título de anticipo el 50% del valor del contrato quince millones de pesos (\$15.000.000) y la segunda partida de un parcial de los trabajos y actividades realizadas, con el aval `por parte de la interventora, a los tres meses de iniciado el contrato; pero transcurridos casi los 6 meses desde la iniciación del contrato no hubo el informe parcial con el aval de la interventora a satisfacción porque siempre fue requerido con observaciones que no se cumplieron, por el contrario el contratista pidió prorrogar para cumplir con la presentación de documentos que aclararan las observaciones. B) Problemas de organización al interior del proyecto.- Este tópico de desgreño organizacional sólo puede imputársele al contratista y no es un hecho que constituya la fuerza aludida puesto que la previsibilidad en los hechos aducidos era de competencia, dirección, manejo y corrección de éste; la administración en modo alguno podía convertirse en vigilante y organizador del proyecto propuesto por el accionante. De otra parte, es impropio que el contratista en la fecha de vencimiento del plazo de ejecución del contrato pretenda señalar la existencia de contradicciones en su propuesta; en este momento y desde la suscripción del contrato, la citada propuesta se convirtió en una regulación contractual con características de Ley para las partes y sólo por voluntad es estas podría revisarse el clausulado del contrato. C) Problemas de irrespeto de la señora Luz Marina Ibagón.- Esta situación, si así ocurrió, era de exclusivo del fuero personal del contratista y su colaboradora en las actividades del proyecto; es decir, que vistos los argumentos planteados no existió fuerza mayor para que se diera el incumplimiento del contrato.

Todos los argumentos que sustentan la demanda están orientados a responsabilizar a la administración de hechos y situaciones que fueron generadas por el contratista; la Administración mediante convocatorias de su interventora trató de revisar conjuntamente con el contratista los motivos de incumplimiento y evitarse perjuicios mutuos, basado en las previsiones que la ley del contrato ha previsto para la solución de los conflictos originados en la ejecución de los contratos de la administración.

2.2. Finalmente, adujo que las cláusulas octava y novena del contrato previeron la imposición de multas por el incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales por parte del contratista, y la sanción penal por incumplimiento, la cual era de aplicación no excluyente con la multa.

3. Durante el trámite procesal se decretó un dictamen pericial con el objeto de “(...) detemrinar la liquidación que corresponda al contrato de prestación de servicios N-031-00 considerado como daño emergente y lucro cesante”, el cual

fue rendido el 1 de julio del 2003 por los auxiliares de la justicia designados para ello (c. 6). Ambas partes objetaron el dictamen, pero ambas objeciones fueron desestimadas por el tribunal *a quo*. Por una parte, la objeción presentada por la parte actora fue radicada de manera extemporánea (f. 144-156 c. 1), mientras que la de la parte demandada no exhibió ningún defecto valorativo que encajara con la definición de error grave del numeral 4 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil (f. 137-143 c. 1). Esto lo decidió el juzgador de primera instancia en auto del 12 de agosto del 2003, el cual no fue recurrido y quedó ejecutoriado el 5 de septiembre del mismo año (f. 171 c. 1).

4. Las partes presentaron alegatos de conclusión en primera instancia, de la siguiente forma:

4.1. La parte demandada (f. 205-211 c. 1) insistió en la legalidad de las resoluciones y las medidas allí adoptadas, dado que fueron expedidas con respeto al debido proceso y en el marco de una competencia reglada por la Ley 80 de 1993. Reiteró los hechos que considera constitutivos de incumplimiento por parte del demandante y puso en duda la inevitabilidad e irresistibilidad de las causales de fuerza mayor por él alegadas, así como la presunta desviación de poder.

4.2. Por su parte, el demandante volvió a enunciar las circunstancias que de forma indiscriminada denominó de fuerza mayor y caso fortuito, como la inasistencia de participantes a los talleres, la tardanza en el giro del anticipo, la permisividad de la administración con el retraso en la ejecución, el aumento en el número de participantes y talleres exigidos, la falta de cancelación de pagos parciales durante la ejecución y los obstáculos puestos por el Alcalde menor de la localidad de Santa Fe y la coordinadora del contrato. Agregó que las resoluciones son abusivas del poder exorbitante y unilateral del funcionario que las expidió (f. 212-234 y 237-245 c. 1).

5. El 11 de agosto del 2004 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, profirió **sentencia** de primera instancia (f. 248-263 c. ppl), en la que el *a quo* negó las súplicas de la demanda.

5.1. El fallador agrupó en cuatro cargos los argumentos del demandante. Inició resolviendo sobre el **primer cargo** de violación de las resoluciones a normas superiores, sobre el que llamó la atención acerca que las disposiciones constitucionales alegadas se refieren a los fines esenciales del Estado, la responsabilidad de los particulares ante las autoridades, el derecho a la personalidad jurídica, la libertad de expresión y pensamiento, la buena fe y el trabajo como un derecho y obligación social. Respecto de esto, indicó que no puede predicarse que con las decisiones administrativas acusadas se hubiesen desconocido los fines estatales, pues la intención de la administración fue cuidar los bienes e intereses del Estado, procurando exigir cierto nivel de seriedad y cumplimiento de las propuestas y proyectos de los particulares.

5.2. Tampoco encontró violados las demás disposiciones constitucionales y resaltó que fueron citadas de manera indiscriminada como fundamento jurídico de la demanda.

5.3. Frente a la violación de los artículos 142 y 143 del Código de Procedimiento Civil, no encontró razones para entenderlos desconocidos, máxime cuando se tratan de reglas de trámite y oportunidad de los incidentes de nulidad en los asuntos judiciales, lo cual nada tiene que ver con la posible nulidad de un contrato o un acto administrativo derivado de su ejecución.

5.4. Finalmente, en lo relativo a la presunta violación de los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, no la halló configurada, dado que estos son relativos a la liquidación del contrato y precisamente en la decisión demandada se ordenó la liquidación del acuerdo y para la fecha de la presentación de la demanda aun no habían transcurrido los cuatro meses con los que para el efecto contaba la administración. Por la misma razón, no puede considerarse vulnerada la cláusula 13 del contrato, en cuanto también preveía la liquidación del contrato.

5.5. Como **segundo cargo** resolvió sobre la presunta falsa motivación. Afirmó que no logró acreditarse fehacientemente que en realidad se presentó una fuerza mayor de una entidad que hubiese impedido al contratista ejecutar el contrato debidamente y por el contrario sí consta que la interventoría le requirió el cumplimiento de obligaciones como la entrega de informes y soportes de ejecución y presupuestales, lo cual se produjo con un considerable retardo -incluso para el momento de la elaboración del informe final de la interventoría no se habían allegado la totalidad de los documentos requeridos- y de forma imperfecta. Por tal razón, concluyó que no era plausible aducir que la extensión en la ejecución de la primera parte del proyecto era atribuible únicamente a la omisión de la entidad de hacer los pagos acordados en el contrato, máxime cuando los informes

eran un requisito indispensable para la consignación del dinero, de acuerdo con su cláusula cuarta. Concluyó al respecto:

Conforme a lo anterior, es claro para la Sala que a la fecha de presentación del informe de interventoría, el contratista aún no había allegado la documentación requerida y de forma unilateral había decidido realizar cambios en las partidas, sin autorización de la coordinación del proyecto o de su interventor, lo que evidentemente causó desajustes en el presupuesto, que le son imputables de forma exclusiva al contratista, situaciones que, entre otras, motivaron la decisión administrativa como quedó evidenciado en los considerandos de las resoluciones acusadas y que ajustándose a la realidad fáctica de la ejecución del contrato, mal puede predicarse una falsa motivación de los actos administrativos demandados.

5.6. También desestimó el **tercer cargo** de abuso de poder al considerar que no estaba probada su ocurrencia. Indicó que las decisiones tomadas durante la ejecución del proyecto obedecieron a situaciones particulares que las exigían.

5.7. Agregó que no se entiende en qué sentido pudo ser violado el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, relativo a incompatibilidades e inhabilidades y en la demanda ni siquiera se aclara como pudo ocurrir esto. Igualmente, consideró que no se había violado el artículo 18 de la misma norma, el cual habla de la declaratoria de caducidad, cuando el acto acusado no hizo uso de esta potestad administrativa.

5.8. Tampoco encontró acreditada la violación de los artículos 23 y 25 de la Ley 80, los cuales considera desconocidos el actor por los actos acusados en cuanto estos no tuvieron en cuenta las reales causas del incumplimiento. Sobre el particular, anotó el *a quo* que el cuerpo de la resolución que declaró el incumplimiento se enunciaron de forma clara las razones, las cuales pasaron por las irregularidades en la elaboración y presentación de informes de gestión. Indicó, además, que no consta que la entidad hubiese autorizado o consentido los cambios en el contrato y su presupuesto hechos por el demandante, los cuales derivaron de situaciones que debieron ser previstas por el contratista con anterioridad.

5.9. Sobre el presunto desconocimiento de los artículos 15, 26 y 28 de la Ley 80 de 1993 y el desequilibrio del contrato, indicó:

En lo que se refiere a la presunta violación de los artículos 15, sobre la facultad de la administración de interpretar unilateralmente las estipulaciones contractuales por discrepancia entre las partes, el 26 sobre el principio de responsabilidad de las partes contractuales y el 28 de la ley 80 de 1993, que consagra que “En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la

igualdad y el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”, del texto mismo de las resoluciones atacadas, así como del material probatorio recabado, se concluye que en manera alguna quedó demostrado que por parte de la administración se hubiese hecho caso omiso a las disposiciones legales que regulan la contratación administrativa, si se tiene en cuenta que si desde un principio no fueron aceptados los informes presentados por el contratista, ello se debió a que dichos informes no contenían la totalidad de la información requerida, siendo presentada de forma muy general, por lo que se le requirió oportunamente para que allegara los soportes que la confirmaban, y consecuentemente, al no haber cumplido los requisitos pactados en el contrato para ello, no fue realizado el desembolso por parte del Fondo de Desarrollo Local, de lo cual necesariamente se concluye que el retraso en la ejecución del proyecto no fue causado por el ente contratante y por consiguiente no puede invocar el actor, a su favor, la aplicación del artículo 27, ibídem, sobre rompimiento de la ecuación contractual, porque, por el contrario, lo que la administración hizo fue precisamente restablecer ese equilibrio a favor de la entidad demandada, en razón al incumplimiento parcial del contratista.

5.10. Tampoco consideró violados los artículos 1602, 1603 y 1613 del Código Civil, insistiendo en que la decisión administrativa consultaba varias situaciones de incumplimiento sucedidas en la ejecución del contrato. Indicó que las incongruencias que pudieran existir en la propuesta debían ser previstas a su presentación por parte del demandante, quien debió hacer un análisis concienzudo sobre las características de lo propuesto. A renglón seguido agregó:

(...) Partiendo del principio de buena fe, que rige todos los actos de la administración, se presume que con anterioridad a la presentación de la mencionada propuesta, el contratista realiza un estudio profundo y detallado respecto a los costos de los servicios que ofrece, de manera que, si a causa de su imprevisión se presentan gastos que debieron incluirse en dicha propuesta, los mismos deben ser asumidos exclusivamente por el contratista, quien tiene la obligación de hacer un buen manejo del anticipo y demás sumas que reciba de la administración, con el fin de ejecutar satisfactoriamente el objeto del contrato.

(...)

Por todo lo anterior, tampoco es predicable la violación de los artículos 50 y 51 de la Ley 80 de 1993, sobre la responsabilidad contractual de la entidad demandada y se sus servidores públicos que intervinieron en este proceso contractual.

5.11. Finalmente, consideró no probado el cuarto cargo de violación del debido proceso y afirmó que no se vislumbra ningún motivo que permita concluir que la entidad demandada actuó en contra de ese principio, pues se respetaron los derechos legalmente consagrados, como ejercer su defensa y controvertir las decisiones contrarias a sus intereses. Puntualizó que:

Como prueba de lo anterior, se tiene que en la resolución No.013 de 5 de septiembre del 2001, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el contratista, la entidad considerando las circunstancias particulares presentadas durante la ejecución del contrato, resolvió modificar el valor de la multa que debería pagar el contratista

como consecuencia de su incumplimiento, de forma que, en el desarrollo de toda la actuación se observa un estricto cumplimiento de las disposiciones legales vigentes.

6. La anterior decisión fue **apelada** a tiempo por la parte demandante (f. 265-288 c. ppl), que expuso su disentimiento con la providencia de la siguiente forma:

6.1. Reiteró la mayoría de los argumentos expuestos en la demanda y los alegatos de primera instancia, como la violación al debido proceso, la imposibilidad de la administración de declarar un incumplimiento habiendo incumplido sus obligaciones según lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil, violación al principio de buena fe en cuanto las resoluciones no tuvieron en cuentas las verdaderas causas del incumplimiento imputables al contratante, los impedimentos puestos por la coordinadora del proyecto y el Alcalde menor de Santa Fe para la ejecución, la falta de revisión de la administración de la propuesta que tenía incoherencias que ameritaban cambiar el presupuesto, el desconocimiento de las resoluciones acerca del cumplimiento total del taller 1, el incumplimiento de la contratante en el pago de las remuneraciones parciales, el desconocimiento de causas externas como la falta de asistentes, el apoderamiento de la administración de dineros del demandante, la actuación con desviación de poder y la falta de liquidación del contrato.

6.2. De forma un tanto confusa, la parte demandante señaló que se habría incurrido en motivaciones falsas en la sentencia de primera instancias, principalmente al pretender que el estado pueda enriquecerse a costa suya por causa de un error que cometió al presentar la propuesta:

Existe fraude y manipulación en lo actuado por la Sala de Descongestión en lo concerniente a la interpretación de la violación de las normas superiores, puesto que de ninguna manera se podría pensar en ignorancia jurídica, ya que el cargo no lo permitiría. Desconocer las violaciones a la Ley 80 de 1993 como se expusieron con anterioridad y desconocer las violaciones a las cláusulas del contrato ejecutadas por la INTERVENTORÍA a más de aceptar las falsas motivaciones de las resoluciones demandadas hacen pensar que los magistrados actuantes resolvieron el caso por la vía de hecho. Es falso asegurar que se ejecutó la liquidación final. Y es un atentado contra la ética jurídica pretender asegurar que si mi poderdante se equivocó en los ofrecimientos de la propuesta, el Estado pueda enriquecerse en base de las equivocaciones de sus asociados.

6.3. Insistió en que la sentencia erró al no censurar la actuación de la administración en este caso al exceder su competencia exorbitante. Indicó que conforme con la jurisprudencia de esta Corporación el poder de autotutela para declarar de forma unilateral el incumplimiento del contrato no fue incluida en la Ley 80 de 1993.

7. Mediante memorial del 27 de enero del 2005 la parte demandante solicitó la práctica de pruebas en segunda instancia (f. 313-314 ppl), las cuales fueron negadas en auto del

30 de marzo del 2005 por no cumplir los requisitos previstos en el artículo 214 del Código Contencioso Administrativo (f. 316-319 c. ppl). Por la misma razón, en auto del 24 de mayo del 2005 (f. 366-368 c. ppl) se negó una nueva solicitud del 8 de abril del 2005 (f. 320-321 c. ppl), esta vez pidiendo el decreto de un dictamen pericial.

8. El 28 de junio del 2005 se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión** (f. 370 c. ppl), oportunidad en la que únicamente actuó la parte demandante (f. 371-412 c. ppl), así:

8.1. Reiteró los argumentos que expuso en el recurso de apelación e intentó sintetizar las situaciones irregulares ocurridas en el trámite contractual en: a. incumplimiento persistente del contrato por parte de la administración en lo referido a los pagos; b. incumplimiento grave de la cláusula décima primera del contrato; c. desconocimiento de la teoría de la imprevisión; d. Alteración de los términos del contrato; d. violación del artículo 84 del Decreto 222 de 1983, alteración de la ecuación económica del contrato; e. abuso del poder exorbitante; f. vulneración al debido proceso y falsa motivación.

8.2. Así mismo, señaló que el restablecimiento del derecho debería comprender: a. los perjuicios ocasionados por el no pago de los costos suscitados con la prórroga del contrato por tres meses en lo referente al taller 1; b. los perjuicios ocasionados al capital propio del contratista para el desarrollo del contrato; c. los perjuicios derivados de la terminación ilegítima del contrato; d. los perjuicios económicos; e. los perjuicios morales; f. los perjuicios en la vida de relación y g. los perjuicios al patrimonio jurídico del contratista.

CONSIDERACIONES

I. Competencia

9. La Sala es competente para decidir el caso por ser un asunto contractual en el que es parte una entidad estatal de las enunciadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, según lo dispone el artículo 75¹ del mismo estatuto; y por cuanto se trata de un recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de

¹ “Artículo 75.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo (...)”.

Cundinamarca en un proceso que, por su cuantía², tiene vocación de doble instancia.

10. Por otra parte, observa la Sala que dentro de las cláusulas pactadas en el contrato objeto de la presente controversia, se incluyó la décima sexta (f. 37, c. 2), de conformidad con la cual *“En el evento en que se presenten diferencias entre las partes contratantes que puedan surgir por razón de la celebración del contrato, de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación, se podrá someter a la decisión de árbitros de conformidad con lo establecido en el artículo 70 de la Ley 80/1993”*, estipulación que a pesar de haberse denominado *cláusula compromisoria*, en realidad resulta insuficiente y ambigua, pues no reviste una renuncia expresa a someter las futuras controversias a la decisión del juez natural del contrato, ya que al establecer que las partes *podrán* someterlas a la decisión de árbitros, están contemplando una posibilidad y no una obligación de acudir a la justicia arbitral, es decir que falta concreción en la estipulación y lo cierto es que como lo ha sostenido la Sala, *“(…) la renuncia a la jurisdicción institucional debe hacerse de forma expresa e inequívoca. En suma, la voluntad de someterse al arbitraje debe ser expresa y revestida de la mayor claridad posible”*³. En consecuencia, se concluye que esta Corporación sí es competente para decidir la presente controversia.

II. Hechos probados

11. De conformidad con las pruebas válidamente allegadas al proceso, se tienen por probados los siguientes hechos particularmente relevantes:

11.1. El 22 de diciembre del 2000 el alcalde menor de la Localidad de Santa Fe, en calidad de representante legal del Fondo de Desarrollo Local de Santa Fe, y el señor Gilberto Chinome Barrera suscribieron el contrato de prestación de servicios n.º 031-00. En la cláusula primera se indicó sobre el objeto del acuerdo (original del contrato n.º 031-00 del 22 de diciembre del 2000 –f. 34-38 c. 2-):

² En la demanda se estimó la cuantía del proceso, determinada por el valor de la pretensión más alta, correspondiente a los perjuicios materiales correspondientes a los gastos de ejecución del contrato que debieron ser asumidos directamente por el señor Gilberto Chinome Barrera, en la suma de \$40 000 000. Por la fecha de la presentación del recurso de apelación -25 de agosto de 2004- se aplica en este punto el numeral 8º del artículo 2º del Decreto 597 de 1988 *“por el cual se suprime el recurso extraordinario de anulación, se amplía el de apelación y se dictan otras disposiciones”*, que modificaba el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, y que disponía que la cuantía necesaria para que un proceso de controversias contractuales iniciado en el 2001 fuera de doble instancia, debía ser superior a \$26 390 000.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de mayo de 2015, expedientes acumulados 28508 y 28680, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga, para con EL FONDO a capacitar a la comunidad de la localidad tercera de Santa Fe, para la formación en valores ciudadanos en aspectos relacionados con valores personales, familiares, escolares, políticos, administrativos, comunales, cívicos y ecológicos con miras a identificar, jerarquizar e institucionalizar una nueva cultura ciudadana en la localidad de Santa Fe, todo de acuerdo con la propuesta que hace parte integral de este contrato. PARÁGRAFO: ALCANCE DE LOS TRABAJOS: EL CONTRATISTA se obliga para con EL FONDO a: 1.- Educar y orientar a padres de familia; maestros, hijos, estudiantes, residentes, educadores, empleados, autoridades civiles y militares de la localidad, para que recompongan sus actitudes, sentimientos y comportamientos consigo mismo, con las personas que conforman la localidad y el medio en que se desenvuelven en busca de orientar y mejorar las relaciones humanas. 2.- Divulgar, inscribir y convocar a padres de familia, hijos, estudiantes, residentes, educadores, empleados, autoridades civiles y militares, etc, de la localidad para que se vinculen al proyecto. 3.- Identificar un grupo de valores ciudadanos deseados que en lo posible construyan un modo de vida que determine el modo de ser, pensar, hablar, decir, hacer y tener como base estructural de una nueva cultura en la localidad. 4.- Jerarquizar e integrar los valores identificados en un Código Integral de Valores Ciudadanos -CIVAC- 5. Instruir y formar en los Valores Ciudadanos seleccionados en el CIVAC. 6.- Fundar y organizar un Comité Cívico de Valores Ciudadanos de la localidad, cuyo compromiso esencial sea estabilizar y fortalecer el proceso mediante hechos culturales permanentes de vigilancia, control y retroalimentación en valores que motiven a los ciudadanos a permanecer, transmitir y trascender lo aprendido. 7.- presentar un informe final de todas las actividades llevadas a cabo, antes mencionadas. 8. Demás actividades que contribuyan a la ejecución del objeto del presente contrato.

11.2. En las cláusulas segunda y tercera se definieron las obligaciones a cargo de cada extremo del contrato, así (original del contrato n.º 031-00 del 22 de diciembre del 2000 –f. 34-38 c. 2-):

CLÁUSULA SEGUNDA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: Para el cumplimiento del objetivo principal EL CONTRATISTA deberá cumplir además de las obligaciones señaladas en la cláusula anterior, las siguientes: 1) Cumplir la leyes, decretos, acuerdos, resoluciones, reglamentos o cualquier acto de autoridad Nacional o Distrital vigente que tenga relación con el objeto del presente contrato. En caso de que cualquiera de las disposiciones normativas antes mencionadas ocasionen gastos o costos no previstos, estos serán a cargo DEL CONTRATISTA. 2) EL CONTRATISTA asumirá cualquier obligación que pudiere serle impuesta a EL FONDO por cualquier violación de la Ley en la ejecución del contrato. 3) EL CONTRATISTA se compromete a que el personal que contrate será por su cuenta y riesgo, para cumplir con el objetivo propuesto, de manera independiente esto es, sin subordinación laboral, utilizando los recursos logísticos propios de su actividad. 4) Allegar al FONDO, los documentos solicitados para la legalización, perfeccionamiento y ejecución del contrato. CLÁUSULA TERCERA.- OBLIGACIONES DEL FONDO: EL FONDO deberá cumplir la siguiente obligación: Pagar oportunamente las cuentas, de acuerdo con lo previsto en la cláusula cuarta de este contrato.

11.3. Sobre el valor del contrato, la cláusula cuarta del contrato estableció (original del contrato n.º 031-00 del 22 de diciembre del 2000 –f. 34-38 c. 2-):

CLÁUSULA CUARTA.- VALOR Y FORMA DE PAGO: El valor del presente contrato se fija en la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$30.000.000.00), según la oferta DEL CONTRATISTA, valor que comprende todos los gastos que se ocasionen en su ejecución y que EL FONDO cancelará así: Un cincuenta por ciento (50%) en calidad de anticipo, una vez reunidos los requisitos de perfeccionamiento y legalización; un veinticinco por ciento (25%), a los tres meses de iniciado el contrato, una vez se entregue y reciba el informe parcial de los trabajos y actividades realizadas, con aval por parte del Supervisor; y el veinticinco por ciento (25%) restante a los seis (6) meses de iniciado al contrato, previa entrega del informe final avalado por el Supervisor del Contrato.

11.4. En la cláusula quinta del contrato se indicó que el plazo de ejecución era de seis meses contados a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución y la suscripción del acta de iniciación de trabajos. Igualmente, se estableció como término de vigencia el plazo de ejecución más 4 meses para la liquidación contractual (original del contrato n.º 031-00 del 22 de diciembre del 2000 –f. 34-38 c. 2-).

11.5. En las cláusulas séptima, octava y novena se previeron facultades unilaterales para sancionar el incumplimiento del contratista, como la declaratoria de caducidad, la imposición de multas y la cláusula penal pecuniaria (original del contrato n.º 031-00 del 22 de diciembre del 2000 –f. 34-38 c. 2-):

CLÁUSULA SÉPTIMA.- CADUCIDAD: EL FONDO podrá declarar la caducidad del presente contrato y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre, por el incumplimiento de las obligaciones contractuales que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización PARÁGRAFO: La caducidad aquí contemplada se decretará mediante acto administrativo debidamente motivado, respecto del cual se aplicarán las disposiciones generales del Código Contencioso Administrativo. Declarada la caducidad no habrá lugar a indemnización para EL CONTRATISTA y tal declaratoria será constitutiva del siniestro del incumplimiento, pudiendo hacerse efectiva la sanción pecuniaria estipulada en la cláusula novena. CLÁUSULA OCTAVA.- MULTAS: En caso de que EL CONTRATISTA incumpla parcialmente cualquiera de las obligaciones a su cargo, EL FONDO podrá imponer, mediante acto administrativo debidamente motivado, multas equivalentes al dos por ciento (2%) del valor total del contrato sin que el valor de las mismas pueda exceder en conjunto el veinte por ciento (20%) de su valor total, estas se harán efectivas de los saldos que por cualquier concepto adeude EL FONDO AL CONTRATISTA o de la garantía única y si ello no fuere posible se cobrará por jurisdicción coactiva. EL CONTRATISTA autoriza AL FONDO a descontar y tomar el valor de las multas, de cualquier suma que EL FONDO adeude sin perjuicio de que se hagan efectivas conforme a la ley. CLÁUSULA NOVENA.- CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: Las partes contratantes convienen fijar por razón del incumplimiento de las obligaciones pactadas en este contrato, una sanción penal pecuniaria equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, sin perjuicio de la imposición de multas. Esta sanción se podrá descontar de las cantidades que por cualquier concepto debiere EL FONDO AL CONTRATISTA. El monto de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva se considerará como pago parcial y de los perjuicios causados a la Entidad contratante. Esta pena se hará efectiva por parte DEL FONDO mediante acto administrativo debidamente motivado, el cual se sujetará a las normas civiles y comerciales.

11.6. En la cláusula décima séptima del contrato se pactaron las potestades excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilateral (original del contrato n.º 031-00 del 22 de diciembre del 2000 –f. 34-38 c. 2-).

11.7. El caso fortuito y la fuerza mayor fueron incluidos en la cláusula décima del contrato como causales de suspensión temporal de la ejecución, siempre que se llegara a un común acuerdo entre las partes al respecto que constara en un acta. Se aclaró también que el término de suspensión no sería computable para efectos del plazo extintivo y no podría derivar en indemnización alguna (original del contrato n.º 031-00 del 22 de diciembre del 2000 –f. 34-38 c. 2-).

11.8. A cargo de la supervisión del contrato por parte de la entidad fue designada en la cláusula décima primera la señora Patricia Ovalle Escobar, analista de planeación del fondo contratante, sin perjuicio de que esta también pudiera ser ejercida por el alcalde local o una persona designada por este. Como función de la supervisora se indicó la de verificar la calidad y cumplimiento de los trabajos y certificar por escrito el desarrollo del contrato, indicando el porcentaje de ejecución y cumplimiento del acuerdo (original del contrato n.º 031-00 del 22 de diciembre del 2000 –f. 34-38 c. 2-).

11.9. Sobre los siniestros que debía incluir la garantía única de cumplimiento, su vigencia y valor, la cláusula décima segunda estableció (original del contrato n.º 031-00 del 22 de diciembre del 2000 –f. 34-38 c. 2-):

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- GARANTÍAS: GARANTÍA ÚNICA: EL CONTRATISTA garantiza el cumplimiento de las obligaciones surgidas de este contrato mediante la constitución de una póliza expedida por una compañía de seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia que ampare los siguientes riesgos: 1.-) Cumplimiento: Este riesgo garantiza además del cumplimiento el posible pago de multas, sanción penal pecuniaria y demás indemnizaciones a que hubiere lugar; por una suma equivalente al quince por ciento (15%) del valor total del contrato. La duración de la garantía será igual al término de vigencia del contrato y cuatro (04) meses más. 2.- Pago de Salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal a cargo DEL CONTRATISTA, por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato por el término del mismo y tres años más 3.-) Garantía de Calidad, por una suma equivalente al quince por ciento (15%) del valor del contrato con vigencia igual al contrato y un (01) año más. 4.-) Buen manejo de anticipo: Por el cien por ciento (100%) de la suma entregada en calidad de tal, con una vigencia igual al contrato y cuatro meses más. PARÁGRAFO PRIMERO: La garantía única de cumplimiento de las obligaciones de este contrato se mantendrá vigente durante su vida y liquidación. Para la liquidación, EL CONTRATISTA ampliará la garantía respecto de las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato, si a ello hubiere lugar. PARÁGRAFO SEGUNDO: El pago de las primas y demás erogaciones de constitución y mantenimiento de las garantías mencionadas estará a cargo de EL CONTRATISTA. PARÁGRAFO TERCERO: En caso de que el presente contrato se adicione, prorrogue, suspenda o cualquier OTRO EVENTO QUE FUERE NECESARIO, el contratista se obliga a modificar las pólizas señaladas en esta cláusula de acuerdo con las normas legales vigentes.

11.10. En la cláusula décima tercera se acordó liquidar el contrato al vencimiento de su plazo de ejecución, conforme a lo previsto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 (original del contrato n.º O31-00 del 22 de diciembre del 2000 –f. 34-38 c. 2-).

11.11. Respecto de la propuesta del señor Gilberto Chinome Barrera, deben resaltarse los siguientes aparte relativos al objeto y su forma de ejecución (copia simple de la propuesta presentada el 24 de noviembre del 2000 por el señor Gilberto Chinome Barrera –f. 84-108 c. 2-):

CLARIDAD CIUDADANA, VALORES PARA LA PAZ EDUCACIÓN Y PRÁCTICA EN VALORES CIUDADANOS

A-. OBJETIVO GENERAL

Educar y orientar a padres, madres, maestros, hijos, hijas, estudiantes, residentes, educadores, empleados, autoridades civiles y militares, de la Localidad Santa Fe, para que de acuerdo con su ser-personal y selectivamente solidario, recompongan sus actitudes, sentimientos y comportamientos consigo mismo, con las personas que integran la Localidad y el medio en que se desenvuelven, en busca de orientar y mejorar las Relaciones Humanas Ciudadanas, de manera que los esfuerzos ciudadanos y la gestión de las autoridades, no se concentren y desgasten en conflictos y resolución de los mismo, sino que tales esfuerzos se entrelacen y dinamicen solidariamente en procura de lograr coexistencia, cordialidad, respeto, bienestar social, eficiencia administrativa, vigilancia de lo ecológico y resultados políticos, económicos y administrativos satisfactorios como consecuencia del afloramiento y consolidación de una nueva Cultura Ciudadana. Se trata de que mediante un proceso de formación y práctica de un grupo de VALORES CIUDADANOS, previamente identificados por los participantes en la dinámica del proyecto, nazca, crezca, se sostenga y fortalezca una nueva Cultura Ciudadana que mejore las relaciones inter-ciudadanas al interior de la localidad y su vecindario inmediato.

B-. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1-. Divulgar, inscribir y convocar a padres de familia, madres, hijos, hijas, estudiantes, educadores, líderes comunales, funcionarios públicos, comités cívicos, asociaciones de padres de familia, ONGs, bienestar universitario, gremios, organismos culturales, comerciantes y autoridades civiles y de policía para que libre y voluntariamente se vinculen al proyecto.

2-. Identificar un grupo de Valores Ciudadanos deseados que en lo posible construyan un modo de vida que determine los modos de ser, pensar, hablar, decir, hacer y tener como base estructural de una nueva cultura en la localidad.

3-. Jerarquizar e integrar los valores identificados en un Código Integral de Valores Ciudadanos, CIVAC, que actúe como patrón legítimo, unitario y consensuado de las

conductas ciudadanas abriendo espacios positivos para que se institucionalice una nueva cultura en la localidad.

4-. Instruir y formar en los Valores Ciudadanos seleccionados en el CIVAC de modo que estos se interioricen y trasciendan la vida interna y externa de los ciudadanos participantes transformándolos incluso en agentes de cambio sociocultural.

5-. Fundar y organizar un COMITÉ CÍVICO DE VALORES CIUDADANOS, COCIVAC, de la localidad, cuyo compromiso esencial sea estabilizar y fortalecer el proceso mediante hechos culturales permanentes de vigilancia, control y retroalimentación en calores que motiven a los ciudadanos a permanecer, transmitir y trascender lo aprendido haciéndose de hecho y de palabra COORDINADORES PARA EL CAMBIO DE CULTURA CIUDADANA en la localidad.

C-. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO

Formalmente el proyecto VALORES PARA LA PAZ CIUDADANA, entraña un proceso con cuatro etapas bien definidas.

En la primera, se da un sub-proceso de información, divulgación, inscripción y convocatoria ciudadana, que busca motivar a padres de familia, madres, hijos, hijas, estudiantes, educadores, líderes comunales, funcionarios públicos, comités cívicos, asociaciones de padres de familia, ONGs, bienestar universitario, gremios, organismos culturales, comerciantes y autoridades civiles y de policía para que participen activamente.

En la segunda etapa, mediante metodología de participación en talleres ciudadanos, con asistencia de padres, madres, hijos, hijas, educadores, estudiantes, empleados, comerciantes, políticos, funcionarios públicos, líderes de la comunidad, autoridades civiles y militares (la Gente de la localidad), se IDENTIFICAN los valores ciudadanos deseados (Código Integral de Valores Ciudadanos, CIVAC), se JERARQUIZAN, se ALINEAN en el CIVAC y, luego, se analizan las implicaciones del CIVAN y se crean los compromisos con el mismo.

En la tercera etapa, también con talleres participativos; sucede el proceso educativo (pedagogía de los valores ciudadanos) con miras a interiorizar en los ciudadanos y autoridades la red de valores del CIVAC, fortalecerlos e institucionalizarlos como cultura de la localidad.

En la cuarta etapa sucede el control, la evaluación y el afianzamiento de los valores del CIVAN, de manera que permanezcan fortalecidos en el tiempo y espacio de la Localidad. En esta etapa, también, se funda EL COMITÉ CÍVICO DE VALORES CIUDADANOS, COCIVAC encargado de vigilar y fortalecer los valores ciudadanos concretizando una nueva cultura local.

La segunda y tercera etapa se estructuran en TALLERES PARTICIPATIVOS, específicos, sobre reflexión, educación y práctica de valores ciudadanos, donde los participantes son sujetos de su propio crecimiento y compromiso en valores, así como en la necesidad de exteriorizarlos y trascenderlos a la comunidad.

En los talleres de la segunda etapa, participan voluntariamente personas de los distintos estamentos de la localidad con miras fundamentalmente, a identificar un Código de Valores. Esta Etapa es eminentemente un ejercicio informal, sin carácter de negociación de alguna naturaleza, que hace énfasis en identificar, jerarquizar y alinear algunos valores y detectar los contra-valores que, junto con los valores, determinan las conductas cotidianas en el ambiente del centro de la ciudad.

En cada taller de esta segunda etapa, cada grupo elaborará tentativamente un Código Integral de Valores Ciudadanos a partir de una red de subvalores (valores personales + valores de familia + valores escolares + valores políticos + valores de liderazgo + valores comunales + valores cívicos + valores ecológicos). Como se trata de un acto voluntario de participación con destino al área y personal de la localidad.

La tercera etapa del proyecto es eminentemente pedagógica y busca, mediante otra serie de talleres convenientemente diseñados, educar en los valores seleccionados como Valores Ciudadanos, el CIVAC, ejercitar la práctica de los mismos y crear conciencia de asimilación personal y colectiva de transmisión de tales valores entre todas las personas de la localidad.

La cuarta etapa a más de control, retroalimentación y organización para la participación voluntaria pretende fundar el COMITÉ CÍVICO DE VALORES CIUDADANOS, COCIVAC, con la pretensión de motivar a los ciudadanos a transmitir y trascender lo aprendido haciéndose de hecho y de palabra COORDINADORES PARA EL CAMBIO DE CULTURA CIUDADANA (asimilación del instructivo EL GIRASOL ENCANTADO para impulsar los talleres de Educación en Valores), de modo que el CIVAC establezca, fortalezca e institucionalice el proceso como un hecho cultural permanente del acontecer en la localidad.

G-. Estrategias Didácticas Específicas.

1-. Cartilla primer Taller: (2.000 ejemplares):

LA PIRÁMIDE DE LOS VALORES

¡Valorémonos conviviendo!

Presentación: Revista tamaño carta, 16 páginas, a una tinta, primera y última color.

2-. Cartilla Segundo Taller: (2.000 ejemplares):

EL GIRASOL ENCANTADO

¡APRENDIENDO VALORES CIUDADANOS!

Presentación: Revista tamaño carta, 16 páginas, a una tinta, primera y última color.

3-. Cartilla de Entrenamiento de Coordinadores del proyecto:

EL ARBOL DEL PARAISO

Valores y Contravalores

Ideología educativa general del proyecto. Filosofía del proyecto. ESTRUCTURA DEL PLAN EDUCACIONAL. Metodología y Didáctica.

4-. Periódico CLARIDAD CIUDADANA. Dos ediciones cada una de 2000 ejemplares. Tamaño 28 x 33 cms. Ocho páginas a una tinta. Primera y última a color.

(...)

7-. POBLACIÓN BENEFICIARIA DEL PROYECTO.

Se pretende sensibilizar a de (sic) los habitantes de la localidad para que participen directa o indirectamente en un proceso institucionalización de una nueva cultura en la Localidad.

(...)

El proceso de inscripción, convocatoria ciudadana, así como de talleres de FORMACIÓN EN VALORES Ciudadanos con participación de la ciudadanía y funcionarios públicos aspira a una participación directa así:

1-. Talleres LA PIRÁMIDE DE LOS VALORES ¡Valorémonos Conviviendo! 32 talleres con 40 participantes cada uno. Sábados y domingos. Dos talleres cada día, tres horas de duración de cada taller.

2-. Talleres EL GIRASOL ENCANTADO ¡Aprendamos valores Ciudadanos! 32 talleres con 40 participantes cada uno. Sábados y domingos. Dos talleres cada día, tres horas de duración de cada taller.

3-. Etapa de extensión e institucionalización del CIVAC.

Mediante la creación y organización del COMITÉ CÍVICO DE VALORES CIUDADANOS, COCIVAC, se espera cubrir por lo menos el 50% de la población de la localidad.

4-. La intención es sensibilizar, motivar e inscribir a padres de familia, madres, hijos, hijas, estudiantes, educadores, líderes comunales, funcionarios públicos, comités cívicos, asociaciones de padre de familia, representantes de ONGs, bienestar universitario, gremios, organismos culturales, comerciantes y autoridades civiles y de policía y en general a las personas residentes o vinculadas de alguna manera a todos y cada uno de los barrios de la localidad.

5-. Se espera llegar real y efectivamente a 4000 ciudadanos así:

A-

<i>Adultos, padres de familia autoridades:</i>	500
<i>Estudiantes de Primaria</i>	500
<i>Estudiantes de Bachillerato</i>	500
<i>Estudiantes de universidades</i>	500
<i>Total....</i>	<i>2.000 asistentes al taller La Pirámide de los Valores.</i>

B-

<i>Adultos, padre de familia autoridades:</i>	500
<i>Estudiantes de Primaria</i>	500
<i>Estudiantes de Bachillerato</i>	500
<i>Estudiantes de Universidades</i>	500
<i>Total....</i>	<i>2.000 asistentes al Taller El Girasol Encantado.</i>

Total General de Participantes a los Talleres 4.000.

8-. CRONOGRAMAS DE LOS PROCESOS DEL PROYECTO

A-. CRONOGRAMA PARA EL PROCESO DE DIVULGACIÓN DEL PROYECTO

Diciembre 18 del 2000 a Enero 17 del 2001: Información, inscripción y convocatoria de los participantes.

B. CRONOGRAMA DEL TALLER LA PIRÁMIDE DE LOS VALORES.

Enero 20, 21, 27, 28; Febrero 3, 4, 10, 11, 17, 24, 25; Marzo 3, 4, 10, 11 del 2001: Talleres La Pirámide de los Valores. (Las fechas para talleres con Colegios y Universidades serán concertadas con esas entidades).

Total 32 talleres. Sábados y domingos. Dos diarios: tres horas de duración.

a-. 8 talleres dedicados a la ciudadanía en general, educadores, gestores y posibles coordinadores del Frente social de valores Ciudadanos.

b-. 8 talleres dedicados a estudiantes de colegios de primaria.

c-. 8 talleres dedicados a Colegios de enseñanza secundaria.

d-. 8 talleres dedicados a estudiantes de universidades.

e-. Marzo 17 del 2001: Asamblea General Plenaria de todos los participantes para identificar el CIVAC definitivo.

C-. CRONOGRAMA TALLER EL GIRASOL ENCANTADO

Marzo 18, 19, 24, 25, 31,; Abril 1, 7, 8, 21, 22, 28, 29; Mayo 5, 6, 12, 13 del 2001. Talleres EL GIRASOL ENCANTADO 32 talleres. Sábados y domingos. Dos diarios: tres horas de duración. (Las fechas para talleres con Colegios y Universidades serán concertadas con esas entidades)

a-. 8 talleres dedicados a la ciudadanía en general, educadores, gestores y posibles coordinadores del Frente social de valores Ciudadanos.

b-. 8 talleres dedicados a estudiantes de colegios de primaria.

c-. 8 talleres dedicados a Colegios de enseñanza secundaria.

d-. 8 talleres dedicados a estudiantes de universidades.

D-. CRONOGRAMA DEL EL (sic) PROCESO DE EXTENSIÓN E INSTITUCIONALIZACIÓN DEL CIVAC.

a-. Fundar el COMITÉ CÍVICO DE VALORES CIUDADANOS, COCIVAC.

Mayo 19 del 2001 Asamblea General Plenaria de todos los participantes en el proyecto para fundar el COMITÉ CÍVICO DE VALORES CIUDADANOS, COCIVAC,

b-. Mayo 20 del 2001: Seleccionar los Coordinadores para el cambio.

c-. Mayo 21, 22 y 23, entrenamiento de los coordinadores para el cambio.

d-. Mayo 24, 25, 26, 29, 30, 31; 1 a junio 14- Evaluar, controlar y retroalimentar el posicionamiento del CIVAC, mediante los Coordinadores para el cambio adjuntos a COCIVAC haciendo hincapié en las aplicaciones y compromiso con lo aprendido (encuestas, asambleas de la comunidad de la localidad, etc.)

e-. Junio 16 del 2001 Asamblea General del COMITÉ CÍVICO DE VALORES CIUDADANOS, COCIVAC,

10-. PRESUPUESTO GENERAL

1-. Proyecto VALORES PARA LA PAZ CIUDADANA

Total \$4.000.000

2-. Dirección y asesoría técnica del proyecto. Seis salarios integrales \$9000.000 (sic) mensuales

Total \$5.400.000

3-. Coordinación del proyecto. Seis salarios integrales. \$700.000 mensuales

Total \$4.200.000

4-. Conferencistas. \$1.250.000

Total \$1.250.000

5-. Información e inscripciones. Contratación de dos animadores puerta a puerta. Dos salarios integrales (\$300.000 cada uno).

Total \$600.000

6-. Edición de dos periódicos, \$750.000 cada uno.

Total 1.500.000

7-. Edición 2.000 cartillas taller LA PIRÁMIDE DE LOS VALORES \$1.400.000

Total \$1.400.000

8-. Edición 2.000 cartillas Taller EL GIRASOL ENCANTADO Total \$1.400.000

Total \$1.400.000

9-. Cartilla instructiva para los coordinadores; \$200.000.

Total \$200.000.

10-. Papelería, formularios, diplomas, medallas y fotocopias: \$600.000.

Total \$600.000.

11-. Arrendamiento salones de talleres (40 días: mañana y tarde) \$1.000.000

Total \$1.000.000

12-. Refrigerios para 40 participantes a 80 talleres (3.200 refrigerios) a \$1.500 cada refrigerio.

Total \$4.800.000.

Es fundamental comprender que el refrigerio, las medallas y los diplomas deben ser muy motivadores.

13-. Presupuesto del proceso de extensión e institucionalización del CIVAC.

Asamblea General para la Fundación del COMITÉ CÍVICO DE VALORES CIUDADANOS, COCIVAC. Gastos de organización y refrigerios. \$1.000.000.

Total \$1.000.000.

Cinco coordinadores para el Cambio. Salarios integral de un mes \$300.000.

Total \$1.500.000.

Papelería para evaluación, control retro-alimentación e informes: \$400.000

Total \$400.000

*Presupuesto de funcionamiento de COMITÉ CÍVICO DE VALORES CIUDADANOS, COCIVAC.
\$1000.000*

Total \$750.000

TOTAL PRESUPUESTO GENERAL...

\$30.000.000.

11.12. El 28 de diciembre del 2000 el contratista, el alcalde menor de Santa Fe y la interventora suscribieron el acta de inicio. De esta forma, conforme con la cláusula quinta del contrato, el plazo de ejecución debía terminar el 28 de junio del 2001, según se dejó plasmado en el mismo documento. También, el 30 de diciembre del 2000 se diligenció la orden de pago de los \$15 000 000 del anticipo, los cuales serían efectivamente consignados el 17 de enero del 2001 (original del acta de inicio del contrato n.º 031-00, suscrita el 28 de diciembre del 2000 –f. 39 c. 1-; copia auténtica de la orden de pago n.º 404 del 30 de diciembre del 2000 –f. 202 c. 1-; copia auténtica de certificación de tesorería –f. 201 c. 1-).

11.13. Durante el término de ejecución del contrato, la interventoría identificó la ocurrencia de varios inconvenientes. Se destacan los siguientes documentos que quedaron como constancia de ello:

11.13.1. El 27 de febrero del 2001 la interventora envió comunicación al contratista con varias observaciones, principalmente relativas a la baja asistencia a los talleres, lo que dificultaría cumplir la meta de asistentes de 2000 a cada etapa. También solicitó que la presentación de los informes fuera oportuna y que se apegara al cronograma modificado (f. 178-180 c. 1).

11.13.2. El 16 de marzo del 2001 la interventoría envió nueva comunicación al contratista en la que solicitó la presentación de los informes parciales de ejecución. Indicó que hasta ese momento sólo se había presentado uno, correspondiente a enero, y este no se encontraba conforme al cronograma de actividades, lo que causaba atraso en

el desarrollo de las actividades (f. 181 c. 1).

11.13.3. El 17 de abril del 2001 la interventoría volvió a solicitar la rendición de informes detallados y recordó que sin estos no podía darse por terminado el primer segmento del proyecto (f. 182-184).

11.13.4. El 10 de mayo del 2001 la interventora citó al contratista a una reunión para resolver inconvenientes en la ejecución. Resaltó que sabía del exceso en la realización de talleres en población adulta y conminó a que no se hicieran más a esta población y se buscara aumentar la asistencia de estudiantes de primaria, bachillerato y universidades para cumplir lo exigido en el contrato (f. 185 c. 1).

11.13.5. El 6 de junio del 2001 la interventoría solicitó de manera urgente al contratista la presentación del informe definitivo de la primera etapa del proyecto. También le hizo saber que debía comunicarse con la Alcaldía Menor para definir el contenido del periódico y la firma de los diplomas, ya que de acuerdo con un concepto legal era imposible sus suscripción por parte del Alcalde menor (f. 186 c. 1).

11.13.6. El 26 de junio del 2001 la interventoría envió comunicación al contratista pidiéndole su comparecencia en las instalaciones de la Alcaldía Menor de Santa Fe ante la próxima terminación del plazo de ejecución, con el objeto de acordar la acciones a seguir (f. 187 c. 1).

11.13.7. En la misma fecha, la interventoría presentó a la Alcaldía Menor de Santa Fe el informe de avance del proyecto, en el que puso de presente que se habían presentado muchos inconvenientes para la entrega del informe parcial de parte del contratista y el contrato tenía un índice de ejecución de apenas el 47%. Respecto de la ejecución puede resaltarse que el informe da cuenta de la realización de sólo la primera etapa de talleres con una asistencia de 1978 participantes, los cuales no concurrieron en la proporción poblacional acordada, llegándose al acuerdo de aumentar la cifra de adultos en perjuicio de la de universitarios. También se indicaron varias inconsistencias en el informe que presentó el contratista y se le pidió adjuntar los soportes del reporte de pérdidas y ganancias a 31 de mayo del 2001 que este elaboró (f. 188-194 c. 1).

11.14. Sobre el reporte de pérdidas y ganancias del que habla el párrafo anterior, vale anotar que este, al parecer, fue remitido a la interventoría el 13 de junio del 2001, según firma de recibido para estudio que figura en el documento, y en él se especifica como único ingreso los \$15 000 000 entregados por el fondo el 30 de diciembre del 2000 a modo de anticipo, mientras que se identifican varios egresos propios del desarrollo del

contrato que exactamente suman el valor de \$15 000 000, dando un saldo de \$0. Estos gastos incluyen derechos del proyecto, edición de una cartilla, 2000 refrigerios, honorarios de asesoría y dirección para el señor Chinome, honorarios de coordinación, honorarios de información e inscripción, arrendamientos, teléfono, energía, gastos de oficina, gastos de asamblea, gastos de video asamblea y depósito para el arrendamiento (copia auténtica del reporte de pérdidas y ganancias del contratista a 31 de mayo del 2001 –f. 198 c. 1-).

11.15. En la misma fecha el demandante envió una comunicación en la que solicita que fueran legalizados gastos de funcionamiento por valor de \$3 350 000, que no se encontraba previstos en la propuesta, tales como taxi, teléfono, luz, lapiceros, blocks, exceso de valor presupuestado en la cartilla de Pozo de los valores, secretaria y gatos en elementos de oficina (copia auténtica de la comunicación del 13 de junio del 2001 –f. 198 c. 1-).

11.16. El 28 de junio del 2001 el señor Gilberto Chinome envió comunicación al Alcalde Local de Santa Fe pidiendo una prórroga del contrato hasta el 4 de julio del 2001, con el objeto de entregar documentación pendiente relativa a la primera etapa del contrato. Aclaró que no estaba en disposición de realizar la segunda parte de proyecto por motivos de fuerza mayor y acusó inconvenientes personales con la coordinadora del proyecto, Luz Marina Ibagón. En concreto indicó (copia auténtica de la comunicación del 28 de junio del 2001 –f. 200 c. 1-):

Junto con mi saludo respetuoso y cordial me permito solicitarle la amabilidad de PRORROGAR hasta el día 4 de julio del 2001, el contrato Nro. 031-00 (...) cuya fecha límite de vencimiento supuestamente es hoy.

Esta prórroga la estoy solicitando para entregar documentación pendiente respecto a la primera etapa del proyecto. La verdad es que FUERZA MAYOR me impide continuar la segunda etapa.

Los problemas económicos y de organización al interior del proyecto, suscitados en las graves contradicciones que existen en la propuesta a más de los problemas graves de irrespeto de la Señora Luz Marina Ibagón contra el suscrito y de incumplimiento de las funciones que le atañen como coordinadora del proyecto, han roto la solidaridad y la fraternidad que debería acompañar un proyecto de esta naturaleza. Desafortunadamente a pesar de muchos esfuerzos que hice, no fue posible conversar con el Doctor Arrieta para clarificar las situaciones y suavizar el ambiente laborar de nuestra organización.

Para complicar la situación Usted y yo tampoco pudimos conversar ya que no se pudo concretar una cita con hora específica y soy muy malo para hacer antesala: ¡Me desespero!

Le ruego que me conceda lo acá solicitado,

11.17. El 30 de junio del 2001 el Alcalde Local de Santa Fe expidió la resolución n.º 012/01 “por la cual se declara el incumplimiento y se imponen unas multas al contrato de prestación de servicios No. 031-00”. La parte resolutive del acto administrativo es la siguiente:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento parcial del Contrato de Prestación de servicios 031/00, suscrito por el Fondo de Desarrollo Local de Santa Fe con el señor GILBERTO CHINOME BARRERA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.554.567 expedida en Bucaramanga de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer las multas a que se refieren las Cláusulas Octava y Novena del Contrato de Prestación de Servicios No. 031-00, de acuerdo con la siguiente liquidación:

<i>a) Valor del Contrato</i>	<i>\$30.000.000.00</i>
<i>b) Pago Anticipado</i>	<i>\$15.000.000.00</i>
<i>c) Ejecución del contrato (47%)</i>	<i>\$14.100.000.00</i>
<i>d) Saldo a reintegrar por Contratista</i>	<i>\$900.000.00</i>
<i>e) +Multas por incumplimiento (10%)</i>	<i>\$3.000.000.00</i>
<i>f) +Cláusula Penal Pecuniaria (10%)</i>	<i>\$3.000.000.00</i>
<i>g) Saldo a favor del Contratista</i>	<i>\$-0-</i>
<i>h) Saldo a favor del Fondo</i>	<i>\$6.900.000.00</i>

ARTÍCULO TERCERO Hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento No 001705930 expedida por Seguros del Estado S.A. a favor del Fondo de Desarrollo Local de Santa Fe, cuyo valor asegurado es de \$27.000.000.00

ARTÍCULO CUARTO: Liquidar el Contrato de prestación de Servicio No. 031-00, en el estado en que se encuentre, aclarando que el Contratista deberá reintegrar al Fondo de Desarrollo Local de Santa Fe, a través de la Tesorería Distrital, la suma de SEIS MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS (\$6.900.000.00) MONEDA CORRIENTE, en el evento que la Compañía Aseguradora no haga efectiva la póliza de seguro mencionada en el artículo precedente.

ARTÍCULO QUINTO: Notificar la presente Resolución al señor GILBERTO CHINOME BARRERA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.554.567 expedida en Bucaramanga, de conformidad con lo estipulado en los artículos 44 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO SEXTO: Notificar este Acto Administrativo a SEGUROS DEL ESTADO S.A., con NIT No. 860.009.578-6, en su calidad de Asegurar del Contrato de Prestación de Servicios No. 031-00, de conformidad con lo estipulado en los artículos 44 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Contra la presente Resolución procede el Recurso de reposición ante el Alcalde Local de Santa Fe, dentro de los cinco (05) días siguientes a la notificación de la Resolución, según lo señalado en Código Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO OCTAVO: El presente Acto Administrativo rige a partir de la fecha de su notificación.

11.18. El acto administrativo sustentó esta decisión en varios episodios de atraso en la ejecución del contrato reflejadas en las comunicaciones de la interventoría a las que se hizo referencia en apartes anteriores. Así mismo, tuvo en cuenta que de acuerdo con el informe presentado por la interventoría del 26 de junio del 2001, la ejecución del contrato apenas fue del 47%.

11.19. Mediante resolución n.º 013/01 del 5 de septiembre del 2000 la Alcaldía Menor de Santa Fe resolvió sendos recursos de reposición presentados tanto por el contratista como por la aseguradora Seguros del Estado y confirmó la decisión, aunque modificando el artículo segundo en el sentido de no incluir la cláusula penal pecuniaria por considerar su cobro simultáneo a la multa contrario a las condiciones de amparo consignadas en la póliza única de cumplimiento n.º 001705930 de 22 de diciembre del 2000 de Seguros del Estado (f. 63 c. 2). Por lo tanto, la misma quedó así (copia auténtica de la resolución n.º 013/01 del 5 de septiembre del 2000 –f. 45-52 c. 2-):

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer las multas a que se refieren las Cláusulas Octava y Novena del Contrato de Prestación de Servicios No. 031-00, de acuerdo con la siguiente liquidación:

<i>a) Valor del Contrato</i>	<i>\$30.000.000.00</i>
<i>b) Pago Anticipado</i>	<i>\$15.000.000.00</i>
<i>c) Ejecución del contrato (47%)</i>	<i>\$14.100.000,00</i>
<i>d) Saldo a reintegrar por el Contratista</i>	<i>\$900.000.00</i>
<i>e) +Multas por incumplimiento (10%)</i>	<i>\$3.000.000.00</i>
<i>f) Saldo a favor del Contratista</i>	<i>\$-0-</i>
<i>g) Saldo a favor del FONDO</i>	<i>\$3.900.000.00</i>

III. Problema jurídico

12. De acuerdo con lo alegado en la demanda, lo decidido en la sentencia de primera instancia y, primordialmente, lo expuesto en la apelación, la Sala deberá resolver, básicamente, sobre la legalidad de la resolución N.º 012/01 del 30 de junio del 2001 y su confirmatoria n.º 013/01 del 5 de septiembre del 2001, mediante la que el Fondo de Desarrollo Local de Santa Fe declaró el incumplimiento del demandante en el marco del contrato de prestación de servicios n.º 031 del 22 de diciembre del 2000, le impuso una multa e hizo efectiva una garantía única de cumplimiento.

IV. Cuestión previa: precedencia del adelantamiento del proceso sin que se hubiese vinculado al asegurador Seguros del Estado S.A.

13. Antes de avanzar a la resolución del asunto, se debe aclarar que el adelantamiento del presente trámite judicial sin la citación y vinculación del asegurador Seguros del Estado S.A. es totalmente procedente, dado que la relación jurídica existente entre asegurador y afianzado es la de un litisconsorcio apenas cuasinecesario, según lo ha establecido la Sección en casos anteriores⁴.

V. Análisis de la Sala

14. Dado que las disposiciones de la Ley 80 de 1993 son verdaderas normas de orden público que constituyen el desarrollo legislativo del mandato constitucional previsto en el artículo 150 de la Constitución que estableció como una de las funciones a cargo del Congreso de la República dictar un estatuto para reglar la contratación de las entidades estatales, la Sala debe realizar un análisis integral sobre la forma en que se expidió el acto administrativo y la competencia con la que contaba la administración para el efecto, el cual debe incluir, pero no limitarse a, los aspectos que la parte demandante ha tenido a bien determinar como conceptos de violación legal o constitucional.

15. En este sentido, antes de detenerse a estudiar el resto de cargos enunciados por la sociedad demandante en el libelo introductorio a éste proceso, la Sala debe determinar si de conformidad con las normas que eran aplicables al contrato en cuyo marco se profirieron esos actos era posible para la entidad pública contratante su expedición, o lo que es lo mismo, establecer si le asistía a la demandada competencia para ello⁵. Así las

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo del 2014, expediente 19857, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁵ En ocasiones anteriores, la Sala ha indicado que el juzgador puede, de forma oficiosa, verificar el requisito de la competencia de la entidad estatal para expedir un acto administrativo, dado que se considera que esta es la forma más grave de ilegalidad de una decisión de la administración: “(...) *dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina, ha considerado que “...por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las*

cosas, debe iniciarse señalando que en las resoluciones 012 y 013 del 2001 el alcalde menor de la localidad de Santa Fe adoptó varias determinaciones, todas relativas al presunto incumplimiento del señor Gilberto Chinome Barrera en el marco del contrato de prestación de servicios 031 del 2001 –declaratoria de incumplimiento, imposición de multas y efectividad de la póliza única de cumplimiento⁶-. Sin embargo, aunque las decisiones tienen esta circunstancia en común, cada una de ellas tiene una fuente normativa diversa y por tanto el establecimiento de la competencia para ser proferidas por la administración es independiente en cada caso.

16. Ahora bien, puesto que el contrato n.º 031 de 2000 que se consideró incumplido en las resoluciones atacadas fue suscrito el 22 de diciembre del 2000 y su vigencia se prolongó hasta el 28 de junio del 2001 (ver supra párr. 11.1), y tomando en consideración que una de las partes que lo celebró –Fondo de Desarrollo Local de Santa Fe- es una entidad del nivel central del Distrito Capital de Bogotá éste se encontraba regido por la Ley 80 de 1993 en todo aquello que no estuviera expresamente regulado en el Decreto 1421 de 1993, régimen especial del distrito, según lo dispone el artículo 144 de dicha norma⁷.

17. Habiendo establecido esto, es menester determinar si bajo el régimen de esta norma le asistía a la administración la potestad de declarar, mediante un acto administrativo motivado, el incumplimiento del contratista, en virtud de ello imponer una multa y finalmente hacer efectiva la póliza única de cumplimiento que el demandante constituyó como garantía de las obligaciones del contrato n.º 031 del 2000.

18. En el marco de la actividad contractual de la administración existen, por previsión del legislador, algunas facultades que resultan extrañas al derecho común y que rompen el plano de igualdad entre los contratistas particulares y los contratantes públicos. Estas son prerrogativas que ofrecen al Estado una herramienta para controlar de manera más

formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (Art. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador. Con lo anterior, no se trata de desconocer el principio de jurisdicción rogada que distingue a la contencioso administrativa, sino de admitir que existen algunos eventos en los cuales tal característica debe ceder, en virtud de los más altos valores que se hallan en juego y que le corresponde defender al juez contencioso administrativo (...) . (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero del 2006, expediente 13414, CP. Ramiro Saavedra Becerra.)

⁶ La resolución 012 del 2001, además de declarar el incumplimiento, imponer multas y hacer efectiva la garantía de cumplimiento, había hecho efectiva la cláusula penal pecuniaria. Sin embargo, al resolver el recurso de reposición que contra la decisión primigenia interpusieron el señor Chinome y Seguros del Estado, se consideró que era incompatible el cobro de multas y la efectividad de la cláusula penal, por lo que desestimó esta última –ver supra párr. 11.18.-.

⁷ “Art. 144 Decreto 1421 de 1993.- Las normas del estatuto general de contratación pública se aplicarán en el Distrito y sus entidades descentralizadas en todo aquello que no regule el presente decreto”.

efectiva el desarrollo y ejecución de los contratos que celebra con el objeto de adquirir los bienes y servicios que le permiten cumplir con sus fines de manera eficaz. Sobre el objeto y finalidad de estas potestades, la Corte Constitucional ha indicado⁸:

A través de las potestades excepcionales generales la Administración goza de prerrogativas que le permiten llevar a cabo el objeto del contrato celebrado, la dirección general del mismo, así como el control y la vigilancia de su ejecución, a fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y poder, así, asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos. Se garantiza de esta manera, el cumplimiento de los fines estatales que se desarrollan a través de la contratación estatal mediante el reconocimiento a la Administración Pública, de un poder especial de orden administrativo.

19. El rompimiento del plano de igualdad que en general es predicable de este tipo de contratos, se ejerce, primordialmente, mediante un poder de decisión en algunos asuntos de forma unilateral, esto es, mediante actos administrativos propiamente dichos, los cuales solo pueden ser dictados por el Estado en ejercicio de atribuciones expresas legales.

20. La necesidad de que estas facultades sean expresamente conferidas por el legislador, se justifica en las normas constitucionales que resultan aplicables a la función administrativa y particularmente a la actividad contractual pública, que indican que esta debe enmarcarse en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 209 de la Constitución Política), así como que sus agentes e instituciones deben estar sometidos en el ejercicio de sus funciones a la ley y el reglamento (artículos 123 y 6 de la Constitución Política).

21. En otras palabras, al referirse a las potestades excepcionales de la administración en materia contractual, se habla de aquellas materias en las que por previsión legislativa la entidad contratante está autorizada para definir a su arbitrio una controversia relacionada con tales temas.

22. Ahora, de acuerdo con lo establecido anteriormente, queda claro que por la naturaleza de la entidad contratante, así como por la fecha en la que ocurrieron los hechos materia de controversia, el régimen jurídico aplicable al acuerdo contractual es el contenido en la Ley 80 de 1993, la cual en su artículo 14 consagró medios con los que cuentan las entidades públicas para asegurar el cumplimiento del objeto contractual, los cuales, en cuanto ejecutables unilateralmente por parte de la administración, resultan excepcionales al derecho común. De acuerdo con esta norma, las referidas herramientas son:

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-1341 del 11 de diciembre del 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

23. Como se puede observar, las materias en las que está permitido a las entidades públicas contratantes decidir de manera unilateral están previstas de manera expresa e incluso consagrada junto a limitaciones en su pacto y uso.

24. Se distinguen de la norma transcrita los poderes de autotutela para la interpretación unilateral del contrato, la modificación unilateral del mismo, su terminación, su sometimiento a las leyes nacionales y la posibilidad de declarar la caducidad como consecuencia de un grave incumplimiento del desarrollo del objeto contractual.

25. También se indica en ella que estas facultades no pueden pactarse en favor de las entidades estatales en todos los tipos de contratos, sino que existen algunos en los que puede llegarse a este acuerdo por estar autorizado por la ley, otros en los que se encuentra prohibido hacerlo, y otros en los que se entienden acordadas estas facultades aun cuando no hayan sido incluidas en el texto del negocio⁹.

26. Así, la inclusión de las potestades extrañas al derecho común será virtual en los contratos relacionados con el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación o concesión de bienes del Estado y en los de obra. Esto quiere decir que aun cuando no aparezcan de manera expresa en el texto del contrato, se entienden acordadas por ministerio de la ley.

27. Por otra parte, pueden pactarse, aunque no es obligatorio sino discrecional, en los contratos de suministro y prestación de servicios; mientras que está proscrito su acuerdo en aquellos contratos que se celebran con personas públicas internacionales, los de cooperación, los de donación, los de arrendamiento, los que comprendan la realización de actividades científicas o tecnológicas, los de seguros tomados por las entidades estatales y aquellos cuyo objeto sea la ejecución de actividades comerciales o industriales de las entidades que no correspondan a las indicadas en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993¹⁰.

28. La jurisprudencia de esta Sección ha establecido que, en el marco de la Ley 80 de 1993 sin las modificaciones introducidas por la Ley 1150 del 2007, el uso de estas facultades no sólo se encuentra limitado por el tipo de contrato y su objeto, sino también de forma temporal, siendo claro que sólo pueden hacerse efectivas mediante el ejercicio de la autotutela antes del vencimiento del término que se hubiese establecido para la ejecución del contrato.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 13 de febrero del 2013, expediente 24996, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de mayo del 2012, expediente 20968, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

29. El ejercicio de estos instrumentos por parte de la administración después del vencimiento del plazo de ejecución del contrato, incluso alegando que su uso obedece a la protección del interés general, es ilegal y por lo tanto nula por falta de competencia para la expedición del acto en el que se tome tal decisión¹¹.

30. Ahora bien, en los actos administrativos acusados se declaró el incumplimiento del contrato de prestación de servicios n.º 031 del 22 de diciembre del 2000.

31. En tal sentido, como puede concluirse de lo dicho hasta el momento de la consagración legal necesaria de los poderes de autotutela de la administración, el acto es ilegal al haber declarado el incumplimiento del contrato de forma unilateral cuando esta facultad no fue puesta en cabeza de las entidades estatales en la Ley 80 de 1993, lo que necesariamente implica que carecía de la facultad para expedir la decisión administrativa de la forma en que lo hizo.

32. Por lo tanto, esta decisión administrativa resulta ilegal por falta de competencia para hacer uso de la autotutela para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, dado que la Ley 80 no previó esta posibilidad

33. Respecto de la multa impuesta también habrá de declararse su ilegalidad por haber sido impuesta sin que mediara habilitación legal que lo permitiera, de acuerdo con las normas aplicables al contrato.

34. En el régimen contractual previo a la expedición de la Ley 80 de 1993, en general regido por el Decreto 222 de 1983, era claro que la imposición de sanciones económicas declarables mediante acto administrativo motivado estaba en cabeza de las entidad estatales contratantes, tal como lo preveía esa norma en su artículo 71, que de hecho establecía una obligatoriedad de incluir disposiciones en este sentido en los contratos perfeccionados bajo su rigor:

Art. 71.- De la cláusula sobre multas. En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra. Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto. En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de febrero del 2012, expediente 20810, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

35. En consonancia con la norma, esa facultad fue reconocida por la jurisprudencia de esta Corporación, que la entendió como propia de las entidades estatales sin mayores limitaciones, salvo aquellas derivadas del propio artículo 71 del Decreto 222 de 1983, es decir, que el contrato no fuere de empréstito y que en verdad se tratara de un contrato administrativo o estatal, siéndole vedada a la administración la inclusión de esa potestad en otro tipo de contratos¹²:

Esa facultad de imponer multas en forma unilateral, no puede ser usada sino en los casos en los cuales expresamente lo autoriza la ley, es decir, en los contratos administrativos, hoy denominados contratos estatales, sin que pueda una entidad de derecho público extenderla a otros eventos no consagrados en la norma, bajo el argumento de que ese es un contrato de naturaleza especial.

36. Cabe resaltar que la Subsección, aunque no ha variado la posición de la procedencia del pacto de multas y su imposición por acto administrativo en los contratos regidos por el Decreto 222 de 1983, incluyó otra limitación al advertir que ello solo podría producirse en el entendido de que la imposición se hiciera aún dentro del término previsto como plazo de ejecución del contrato, ya que lo contrario implicaría desconocer el carácter fundamental de apremio para el contratista que tiene ese tipo de sanción. Así, en sentencia del 25 de agosto del 2011 se sostuvo que¹³:

En materia de contratación estatal, las multas constituyen una sanción pecuniaria que opera como mecanismo de apremio al contratista, tendiente a constreñirlo al exacto cumplimiento de las prestaciones a su cargo dentro de los plazos contractualmente pactados. Por esta razón, la multa debe ser impuesta durante la ejecución del contrato y cuando quiera que se presenten incumplimientos parciales o retrasos en relación con el respectivo cronograma de ejecución, pues sólo en esta forma cumple su finalidad; de tal manera que si una medida de esta naturaleza se produce por fuera del plazo contractual, ya resulta perfectamente inane desde el punto de vista del objetivo que con ella se persigue, cual es la obtención de la correcta y oportuna ejecución del objeto contractual: “No se trata de indemnizar o reparar un daño a través de las mismas, de manera que su imposición no exige la demostración del mismo¹⁴, sino simplemente es un mecanismo sancionatorio ante la tardanza o el incumplimiento del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual¹⁵.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de octubre de 1994, expediente 9288, CP. Carlos Betancur Jaramillo.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, expediente 14461, CP. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁴ [9][12] Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 28 de abril de 2005, expediente 14.393 y de 14 de julio de 2005, Exp. 14.289.

¹⁵ [10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, expediente 18496, CP. Ruth Stella Correa Palacio.

37. La situación fue sustancialmente diferente con la expedición y entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, dado que en su articulado nada se previó sobre la facultad que de manera expresa sí se había consagrado en el anterior régimen y más allá de algunas marginales referencias de carácter general a trámites y deberes de las entidades respecto de multas y sanciones¹⁶, no se incluyó la posibilidad de pactar una multa por la mora en el cumplimiento del contenido obligacional de un contrato en lo que atañe al contratista, ni mucho menos la de declarar esa mora o incumplimiento parcial e imponer la sanción mediante un acto administrativo.

38. El silencio sobre este aspecto en el estatuto de contratación estatal fue interpretado de diferentes formas por la Sección, que en principio consideró ello no era óbice para el uso de la facultad por parte de la administración, ya que era consustancial a su potestad de autotutela y propia de su deber de hacer cumplir los fines estatales mediante la ejecución de la función contractual, siempre que en uso de la autonomía de la voluntad que enmarca a la Ley 80 de 1993, se hubiere pactado ese evento¹⁷:

Si la contratación estatal en los términos del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan “los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”, bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista

39. Sin embargo, esta postura fue posteriormente recogida por la Sección, para en su lugar considerar que no era posible la imposición, mediante la expedición de un acto

¹⁶ “Art. 22. De los registros de proponentes.- (...) En relación con los contratos ejecutados incluirá la cuantía, expresada en términos de valor actualizado, y los respectivos plazos y adiciones. En la certificación constarán, igualmente, los datos e informaciones sobre cumplimiento en contratos anteriores, experiencia, capacidad técnica y administrativa, relación de equipo y su disponibilidad, multas y sanciones impuestas y el término de su duración”.

“22.1 De la información sobre contratos, multas y sanciones de los inscritos. Las entidades estatales enviarán, semestralmente a la Cámara de Comercio que tenga jurisdicción en el lugar del domicilio del inscrito, la información concerniente a los contratos ejecutados, cuantía, cumplimiento de los mismos y las multas y sanciones que en relación con ellos se hubieren impuesto. El servidor público que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta”.

“Art 31. De la publicación de los actos y sentencias sancionatorias.- La parte resolutive de los actos sancionatorios, una vez ejecutoriados, se publicará por dos (2) veces en medios de comunicación social escrita con amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad estatal respectiva y se comunicará a la cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista sancionado. También se publicará en el Diario Oficial y se comunicarán a la Procuraduría General de la Nación. Ante la ausencia de estos medios de comunicación se anunciará por bando público en dos (2) días de mercado diferentes. La publicación a que se refiere el presente artículo correrá a cargo del sancionado. Si este no cumple con tal obligación, la misma se hará por parte de la entidad estatal, la cual repetirá contra el obligado”.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 1998, expediente 13988, CP. Ricardo Hoyos Duque. Esta postura fue reiterada por la Sección en sentencia del 20 de junio del 2002, expediente 19488, con ponencia del mismo Consejero.

administrativo, de una multa por incumplimiento, ni siquiera en aquellos casos en los que expresamente se hubiese pactado una cláusula en tal sentido, dado que en tal evento se hace necesaria una declaración judicial sobre el incumplimiento, puesto que las potestades sancionatorias deben provenir de la ley, lo cual, como se dijo ya, no ocurre en vigencia de la Ley 80 de 1993¹⁸:

No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.

40. Esta postura sería reiterada el 23 de septiembre del 2009, en un asunto en el que si bien se determinó que el contrato en el que se enmarcaba la situación puesta a consideración de esta jurisdicción era regido únicamente por las normas del derecho privado dado las funciones financieras de una de las partes, se afirmó con claridad que las normas de la Ley 80 de 1993, al igual que ocurre con las de naturaleza privada, carecen de disposición alguna que permita a la administración imponer unilateralmente una sanción pecuniaria por la mora en el cumplimiento de las obligaciones del contratista¹⁹:

La actividad en materia contractual desplegada por la Administración también se encuentra supeditada al principio de legalidad en cuanto que sus decisiones deben encontrarse sometidas a las atribuciones y competencias determinadas expresamente por la ley, normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, más aún cuando se trata del ejercicio de prerrogativas que son propias del ente estatal en su calidad de contratante. Ello significa que cuando las entidades del Estado se relacionan con los particulares, mediante el vínculo contractual, el ejercicio de facultades requiere de definición legal previa y expresa, en tanto que es la propia ley la que establece límites a la autonomía de la voluntad.

Significa que cuando el ISS decidió imponer la sanción de multa a la Corporación GRANAHORRAR, mediante la expedición de la Resolución 0400 de 15 de febrero de 2000,

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, expediente 14579, CP. Germán Rodríguez Villamizar. En igual sentido: sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009, CP. Enrique Gil Botero.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 24639, CP. Myriam Guerrero de Escobar.

debía encontrarse autorizada por la ley, pero como las normas del derecho privado no consagran competencia alguna a las entidades del Estado para imponer multas mediante acto administrativo unilateral y la Ley 80 de 1993, Estatuto Contractual vigente para la época en que se celebró el contrato, tampoco atribuía dicha competencia a las entidades públicas, resulta claro que actuó sin competencia funcional y, por lo tanto, el acto administrativo que impuso la sanción y aquel que confirmó la decisión, se encuentran afectados de nulidad por vicio de incompetencia, la cual será declarada; en consecuencia, se revocará el numeral segundo de la sentencia que denegó las pretensiones de la demanda.

41. Finalmente, la situación varió nuevamente cuando, mediante la Ley 1150 del 2007 se modificó la materia de la imposición de sanciones, y consagrando una marcada prevalencia de la autonomía de las partes del contrato, estableció en su artículo 17 la posibilidad de pactar las multas, así como la habilitación para la administración de imponerlas unilateralmente mediante un acto administrativo motivado:

Art. 17.- Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo, podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

42. Puede surgir la duda de si a contratos celebrados con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 del 2007 puede aplicarse la habilitación legal reseñada, en virtud de retrospectividad de la ley que se desprende del parágrafo transitorio del artículo 17, mas esta ya fue resuelta por la jurisprudencia de la Sala, que ha hecho hincapié en que la autorización en tal sentido solo puede ser aplicada a aquellas sanciones que hayan sido impuestas en vigencia de la ley, lo que en el caso de las multas, por su carácter

apremiante, implica que para la fecha de la expedición de la ley debía estar en ejecución el contrato²⁰:

El párrafo transitorio transcrito, debe entenderse, en el sentido, de que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley.

43. Entonces, no se puede sino concluir que durante la vigencia de la Ley 80 de 1993, y antes de que la Ley 1150 comenzara a regir, la administración carecía de la potestad de imponer multas de forma unilateral, puesto que esa norma solo le permitía pactarlas en el contrato, siendo indispensable que su imposición al contratista se produjera por parte del juez natural del contrato, y en todo caso, incluso para aquellos contratos celebrados antes de la reforma del 2007, era necesario que la imposición se diera en vigencia suya²¹.

44. Todo lo expuesto implica que, en atención al principio de legalidad que prevalece en materia de las funciones sancionatorias a cargo del Estado, en el caso concreto debe declararse la nulidad de los actos demandados, en cuanto en ellos se ejerció una competencia que no estaba en cabeza de la entidad demandada, consistente en imponer de manera unilateral, mediante un acto administrativo motivado, una multa por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del actor.

45. Se reitera que a pesar de que en la cláusula octava del contrato 031 del 2000 las partes otorgaron esa prerrogativa a la entidad contratante y hoy demandada, la autonomía de la voluntad de las partes no puede soslayar el principio de legalidad, el cual resulta de especial relevancia en el caso de las sanciones a particulares, dado que es claro que una disposición contractual no puede ir directamente en contra de una norma de orden público. De oficio se declarará la nulidad de esta cláusula.

46. Así las cosas, la Sala revocará la sentencia *sub júdice* para en su lugar declarar la nulidad de la resolución n.º 012 del 30 de junio del 2001 y su confirmatoria n.º 013 del 5 de septiembre del 2001, mediante la que el alcalde menor de la localidad de Santa Fe, en su calidad de representante legal del Fondo de Desarrollo Local de Santa Fe, declaró el incumplimiento del señor Gilberto Chinome Barrera respecto del contrato de prestación

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio del 2008, expediente 21574, CP. Enrique Gil Botero.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de julio del 2012, expediente 24306, CP. Stella Conto Díaz del Castillo.

de servicios n.º 031 del 2000 y le impuso una multa, dada su patente falta de competencia para el efecto.

47. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala debe aclarar que la situación de la tercera decisión adoptada mediante las resoluciones acusadas, relativa a hacer efectiva la póliza que sirvió como garantía del cumplimiento del demandante respecto de sus obligaciones contractuales no puede seguir la misma suerte de la declaratoria de incumplimiento e imposición de multa, ya que la administración sí tiene la facultad para el efecto aun siendo este un contrato reglado por la Ley 80 de 1993 sin las modificaciones introducidas por la Ley 1150 del 2007, como se pasa a explicar.

48. La cláusula de garantía de los contratos estatales ha sido prevista por las diferentes normas y estatutos que han regido esa actividad de la administración, los cuales determinan que las personas naturales o jurídicas que celebren contratos con el Estado están en la obligación de prestar una garantía única que avale el cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato y sean puestas en cabeza suya.

49. Este requisito es obligatorio y de orden público, dado que constituye una herramienta para salvaguardar los fines de la contratación estatal tales como la satisfacción del interés general, al asegurar la ejecución del objeto del contrato, y el correcto uso del patrimonio público, al proteger al patrimonio del Estado del perjuicio que se derivaría de un eventual incumplimiento del contratista.

50. Su inclusión imperativa en el clausulado contractual ha sido prevista incluso desde el Decreto Ley 222 de 1983, en sus artículos 67 a 70 para luego ser incorporado a la Ley 80 de 1993 en sus artículos 25.19 y 60, así como en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, y puede consistir, aunque no de manera exclusiva, en pólizas expedidas por sociedades autorizadas para su funcionamiento en el país. Su vigencia depende de su naturaleza y lo fijado en los diferentes reglamentos, pero en cualquier caso, no puede ser inferior al plazo de ejecución y liquidación del contrato.

52. Aunque en general se rige por lo previsto en el Código de Comercio, se trata de un contrato de seguro con elementos sustancialmente diferentes a los celebrados por particulares, especialmente en lo que tiene que ver con la reclamación ante la aseguradora, dado que la administración posee la potestad de proferir un acto administrativo debidamente motivado, mediante el cual declara la ocurrencia del siniestro amparado. Como todo acto administrativo, la declaratoria del siniestro goza de una presunción de legalidad que puede ser impugnada en sede administrativa tanto por quien expidió el seguro, como por el contratista. Obviamente, estas partes también tiene la potestad de demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso Administrativo.

53. Una de las prerrogativas con las que cuenta la administración en el ejercicio de la actividad contractual es, precisamente, la de declarar por medio de un acto administrativo debidamente motivado la ocurrencia del siniestro o riesgo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, el de estabilidad de la obra y el de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados, los cuales, como se dijo, deben encontrarse asegurados por las garantías del contrato.

54. Esta conclusión se deriva de manera lógica de lo previsto en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, que en sus numerales 4 y 5 establece que las pólizas de seguro de las que la administración es beneficiaria prestan mérito ejecutivo junto con el acto administrativo que declara esa obligación –siempre que este se encuentre debidamente ejecutoriado-, lo cual implica la potestad de la entidad de declarar el siniestro, con la posibilidad de la aseguradora de oponerse solo mediante el uso de los recursos propios de la vía gubernativa y/o demandar la nulidad del acto judicialmente.

55. Ahora, debe tomarse en consideración que esta prerrogativa de la administración no tiene una naturaleza sancionatoria, lo que permite su ejercicio después de terminado el plazo previsto para la ejecución del contrato, así como antes o después de su liquidación, en los casos en que esta fuere procedente. Esta posición, que fue acogida por la Sección Tercera en sentencia del 10 de julio de 1997²², sería reiterada en sentencias del 3 de mayo del 2001²³, 24 de agosto de 2002²⁴ y mucho más recientemente 23 de febrero del 2012²⁵.

56. También ha sido clara la jurisprudencia de la Sección en el sentido de que, a pesar de que la Ley 80 de 1993 no contempló específicamente la facultad en comento, aún en los contratos celebrados bajo su vigencia esta seguía existiendo como privilegio de la administración en razón a que el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo aún regía, y aunque el artículo 75 de ese estatuto contractual derogó su numeral 5, esa prerrogativa también se deriva del numeral 4 del citado artículo 68. Concretamente se indicó²⁶:

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 1997, expediente 9286, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 12724, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 13598, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, expediente 20810, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2005, expediente 14583, C.P. Alier Hernández Enríquez.

Son válidos los actos administrativos por los cuales la entidad contratante decidió hacer efectiva la póliza que garantiza la estabilidad de la obra contratada, al declarar la ocurrencia del riesgo amparado. En efecto, no cabe duda de que aquélla contaba, para hacerlo, con una facultad legal expresa, prevista en los numerales 4° y 5° del art. 68 del C.C.A., en las cuales se relacionan los actos que prestan mérito ejecutivo, estas dos normas contemplan la posibilidad de que las garantías constituidas a favor de las entidades estatales, incluida la de estabilidad de la obra, presten mérito ejecutivo, con las siguientes precisiones: En primer lugar, lo dicho supone tener claro que el numeral 4 del art. 68, que se encuentra parcialmente vigente, como se deduce de la sentencia de agosto 24 de 2000 -Exp. 11318, C.P. Jesús María Carrillo-, en la que señaló: 'La Sala precisa que si bien es cierto la Ley 80 no derogó en su totalidad el artículo 68 del C.C.A., el cual prevé el trámite de la jurisdicción coactiva en favor de la administración pública, sí derogó el numeral 4° de la norma, puesto que esta disposición facultaba a las entidades estatales para aplicar el procedimiento coactivo en contra de los contratistas, siempre que los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorgaran a favor de las entidades públicas, integran título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad, o la terminación según el caso. El artículo 75 derogó dicha prerrogativa de la administración y fijó la competencia únicamente en el juez contencioso para el trámite de los procesos de ejecución, cuya fuente de la obligación la configure un contrato estatal.' De modo que la derogatoria ocurrida, según lo entendió entonces la Sala, se circunscribe a la atribución de competencias, para los procesos ejecutivos a la jurisdicción contencioso administrativa, despojando de la misma a la jurisdicción coactiva, pero no se extiende a la posibilidad de dictar los actos administrativos a que dicha norma se refiere, ni a la conformación del título ejecutivo; luego el numeral 4 del artículo 68 sigue vigente, en cuanto al hecho de que indiscutiblemente los actos allí relacionados prestan mérito ejecutivo, pues esto no contraviene la ley 80 de 1993, luego no se ha operado una derogación tácita en este sentido; lo que sí quedó derogado fue el hecho de que dichos actos presten mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, pues el artículo 75 de la ley 80 ha dispuesto que los procesos de ejecución, derivados de los contratos estatales, sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa. En segundo lugar, y partiendo de la vigencia del numeral 4 citado, éste regula y se refiere expresamente a las relaciones de naturaleza contractual, cuando los contratistas constituyen pólizas a favor del Estado, las cuales, junto con el acto administrativo de liquidación, la declaratoria de caducidad o la terminación, prestan mérito ejecutivo. Ahora bien, el numeral 5 establece que cualquier otra garantía presta mérito ejecutivo a favor del Estado, junto con el acto administrativo que declara la correspondiente obligación. Para la Sala estas dos normas se deben integrar, para comprender su alcance y significado plenos, integración de la cual resulta que cualquier póliza contractual, constituida a favor del Estado, presta mérito ejecutivo -aunque no por jurisdicción coactiva-, pues no es lógico -ni es el sentido de la norma- fraccionar el mérito ejecutivo de las garantías contractuales a favor del Estado, cuando es claro que el numeral 4 citado incluye todos los amparos que puede contener una póliza; y el numeral 5 incluye cualquier otro tipo de garantía a favor del Estado, de donde se deduce que el propósito mismo de la norma es el de otorgar una prerrogativa a las entidades estatales para que puedan declarar ellas mismas el siniestro, y hacerlo exigible en forma efectiva.

57. Se concluye de esta manera, que la Sección Tercera ha indicado con meridiana claridad que en el marco de los contratos estatales, la administración tiene la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro amparado por una póliza mediante de la expedición de un acto administrativo ejecutable ante la jurisdicción, sin que esta sea una potestad de carácter sancionatorio.

58. En ese sentido, resulta evidente que la entidad estatal demandada contaba con la competencia para expedir el acto administrativo en el que hizo efectivo el amparo contenido en la póliza otorgada por Seguros del Estado S.A., por lo que en este particular aspecto no podrá declararse la nulidad por falta de competencia, como sí se hizo con los apartes relativos a la declaratoria de incumplimiento e imposición de multas.

59. Se aclara que esta circunstancia no implica *per se* que se enervan las pretensiones de la demanda sobre el particular, sino que deberá hacerse un análisis de los cargos formulados en contra de la decisión, los cuales se enunciaron en los párrafos 1.2. a 1.2.8. de la providencia.

60. La Sala advierte que varios de estos cargos parten de considerar que en la sentencia se incurrió en una falsa motivación, dado que esta no habría tenido en cuenta los motivos de fuerza mayor que no permitieron el desarrollo normal del contrato. La Sala resolverá sobre estos cargos verificando lo que pudo probarse sobre cada una de las causales de fuerza mayor alegadas en la demanda.

61. En primer lugar, el demandante argumentó que en gran medida el retraso en la ejecución del contrato se debió a una considerable demora en el giro del anticipo del 50% del valor total del contrato -\$15 000 000-, el cual habría sido girado más de un mes después de haberse iniciado el plazo de ejecución del proyecto. Esto habría causado que de manera verbal se acordara el inicio de los talleres para el 3 de febrero del 2001 y no el 28 de enero, como estaba originalmente previsto.

62. Estas circunstancias no se encuentran debidamente acreditadas. El acta de inicio del contrato fue suscrita por las partes y la interventoría el 28 de diciembre del 2001 (f. 39 c. 2), mientras que la correspondiente orden de pago del anticipo fue expedida el 30 de diciembre del 2000 (f. 202 c. 1) y efectivamente cancelada el 17 de enero del 2001, según reporte de tesorería visible a folio 200 del cuaderno 2, luego no es cierto que la entidad demandada hubiese tardado más de un mes desde la iniciación del contrato para proveer los recursos necesarios para iniciar los talleres.

63. Ahora, la cláusula cuarta del contrato al hablar sobre la forma de pago sí establece que el anticipo equivalente al 50% del valor del contrato sería girado tan pronto se cumplieran con los requisitos de ejecución, lo cual ocurrió el mismo 28 de diciembre del 2000 cuando se suscribió el acta de inicio de actividades. Sin embargo, lo cierto es que esto no justifica el retraso que existió en el desarrollo de los talleres.

64. El demandante alega que el retraso lo obligó a iniciar las actividades de talleres el 3 de febrero del 2001 y no el 28 de enero como estaba pactado. Sin embargo, el retraso en el desarrollo de los mismos fue tal que para el momento de la terminación del plazo total de ejecución, cuando se debían haber desarrollado dos etapas de talleres, ni siquiera se había desarrollado en su totalidad la primera.

65. Lo cierto es que desde el 17 de enero del 2001 el demandante contaba con los recursos económicos para iniciar los talleres, y aun aceptando que el retardo en la consignación lo retrasó tres días en su inicio, ello no se compadece con el grado de ejecución del objeto que se reportó para el 28 de junio del 2001, que apenas llegaba al 47% según el informe de la interventoría (f. 189-194 c. 1). En otras palabras, el retardo no fue de tres días, sino de más de la mitad del objeto contractual.

66. Finalmente, en este punto debe resaltarse que más allá de la afirmación del mismo demandante, no hay prueba de que en efecto se haya modificado verbalmente la fecha de inicio de las actividades del contrato para que estas comenzaran el 3 de febrero del 2001.

67. También se alegó que hubo un retardo en el pago del segundo 25% del valor del contrato, por lo que no se pudo desarrollar la segunda etapa de talleres. Al respecto, la Sala advierte que es cierto que la cláusula cuarta del contrato previó que este 25% fuese pagado a los tres meses de inicio del contrato, pero olvida el demandante que en la misma cláusula se especificó que el desembolso de los recursos estaría sujeta a entrega del informe parcial de los trabajos y actividades realizadas, lo que evidentemente no se cumplió a cabalidad por el contratista que eludió en varias oportunidades este deber y al final aceptó que incluso al vencimiento del plazo de ejecución faltaban presentar documentos relativos a la primera etapa de talleres, según afirmaría él mismo en la solicitud de prórroga que presentó el mismo 28 de junio del 2001, es decir, el mismo día en que finalizaba dicho término (f. 200 c. 1).

68. Valga resaltar que esa solicitud de prórroga estaba dirigida únicamente a asegurar la entrega de los documentos faltantes de la primera etapa, pero es el mismo contratista el que comunica que no cumplirá con la segunda etapa de los talleres (ver supra párr. 11.16). Por tal razón, para la Sala no resulta razonable que el demandante impute la no ejecución de la segunda parte del contrato a la falta de recursos, cuando es evidente que la razón por la que esto sucedió fue por el vencimiento del plazo de ejecución sin que siquiera culminara la etapa previa, la cual contó con los debidos recursos desde el 17 de enero del 2001.

69. Otro de los puntos que alega el demandante como constitutivos de fuerza mayor fue la mayor cantidad de talleres que realizó durante la primera etapa del proyecto, los cuales resultaron ser 63 cuando se presupuestaron 32. Al respecto debe decirse que el número de talleres realizados fue el necesario para cumplir con la obligación contractual contenida en la propuesta de contar con 2 000 personas como población beneficiada con los talleres de la primera etapa, cifra estimada por el mismo contratista y no impuesta por la entidad estatal. Valga resaltar que esto ni siquiera se cumplió, dado que se acreditó que el número final de participantes fue 1 978 y en proporciones poblacionales diferentes a las acordadas originalmente, -apenas asistió el 36% de los estudiantes universitarios presupuestados, mientras que hubo excedente en los demás grupos- sin que conste que se haya celebrado un contrato adicional u otro sí para cambiar las condiciones contractuales –ver supra párr. 11.13.7.-.

70. El demandante también afirma que a pesar del evidente retraso que se presentaba, nunca se le hizo reclamo o queja por ello. Sin embargo, esto contraría lo probado en el proceso, pues es claro que en varias oportunidades la interventoría le requirió el cumplimiento de los objetivos del contrato, particularmente en lo relativo al número de asistentes, la entrega de informes de ejecución y la sujeción al cronograma –ver supra párr. 11.13.1. a 11.13.9-. Además, por este motivo se le citó el 26 de junio del 2001 a las instalaciones de la Alcaldía Menor de Santa Fe, sin que este asistiera argumentando su aversión a hacer antesala, como puede observarse en la solicitud de prórroga del 28 de junio del 2001 (f. 187 y 200 c. 1).

71. Otra de las presuntas causas de fuerza mayor que se expuso en la demanda fue la de las incoherencias contenidas en la propuesta presentada por el señor Chinome Barrera, ya que los participantes debían ser apenas 1280 por etapa -40 personas por taller y 32 talleres- y la interventoría, de forma unilateral e impuesta, decidió que eran 2000.

72. La propuesta ciertamente tiene incoherencias. Pero esto, por un lado, no puede ser imputable sino al contratista que la elaboró, y por otro resulta ser lo suficientemente clara en torno al número de participantes en los talleres por cada etapa. Así, se reitera que sobre la población beneficiada con el proyecto la propuesta del demandante indicó:

5-. Se espera llegar real y efectivamente a 4000 ciudadanos así:

A-.

Adultos, padres de familia autoridades: 500

Estudiantes de Primaria 500

Estudiantes de Bachillerato 500

Estudiantes de universidades 500
Total.... 2.000 asistentes al taller La Pirámide de los Valores.

B.-

Adultos, padre de familia autoridades: 500
Estudiantes de Primaria 500
Estudiantes de Bachillerato 500
Estudiantes de Universidades 500
Total.... 2.000 asistentes al Taller El Girasol Encantado.

Total General de Participantes a los Talleres 4.000.

73. Es claro entonces que el número ofertado de participantes en el contrato era de 2000 por cada etapa, lo cual, además, resulta congruente con otros elementos de la propuesta que hicieron parte de la proyección del presupuesto, como el número de cartillas para la realización de los talleres. La exigencia de la interventoría estuvo lejos de ser arbitraria, pues se apegó a lo acordado con base en lo presupuestado.

74. También se argumenta que se presentó una fuerza mayor por la inasistencia de los habitantes de la localidad a los talleres. Sin embargo, este argumento no es de recibo para la Sala, pues la posible renuencia de la comunidad a participar es algo que está lejos de ser imprevisible para el contratista al momento de elaborar la propuesta y definir, de forma autónoma, el número de asistentes necesarios para la viabilidad del proyecto, por lo que esto, simplemente, no puede ser calificado como una fuerza mayor²⁷.

²⁷ Sobre la imprevisibilidad como elemento fundante de la fuerza mayor, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación indicó en reciente sentencia: *“De acuerdo con la doctrina francesa, “es un caso constitutivo de fuerza mayor el evento que presenta las tres características siguientes: exterioridad (respecto de quien la invoca), imprevisibilidad (en su ocurrencia) e irresistible (en sus efectos). En Colombia esta figura fue definida legalmente de la siguiente manera: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”. Así las cosas, la fuerza mayor de acuerdo con la ley colombiana se entiende como sinónimo del caso fortuito. (...) Respecto de la fuerza mayor ha expuesto esta Corporación evocando la doctrina: “La fuerza mayor sólo se demuestra:... mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña). Lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias... En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no sólo debe ser irresistible, sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa. Además de imprevisible e irresistible debe ser exterior del agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito...”. De lo anterior, se deduce claramente que la fuerza mayor para que se configure como causal eximente de responsabilidad debe contener los tres elementos indicadores que hacen parte de su definición: 1. Es un hecho externo, 2. Es un hecho imprevisible, y 3. Es un hecho irresistible. Es un hecho externo: la exigencia de este elemento le da el verdadero carácter de causa extraña a la fuerza mayor. El hecho constitutivo de fuerza*

75. De igual manera, la parte demandante alega como motivo de fuerza mayor su interacción conflictiva con la coordinadora del proyecto, Luz Marina Ibagón. Sobre este aspecto si hay pruebas, dado que era conocida la complicada relación entre el contratista y la señora Ibagón, tanto así que ello es reconocido por la interventora en el testimonio que rindió al interior de este proceso (f. 1-2 c. 2).

76. Sin embargo, la Sala no puede discernir en qué sentido esto es justificativo del considerable atraso presentado por el contrato en su ejecución, dado que no se conoce con certeza la consecuencia que esta circunstancia tuvo en el desarrollo del proyecto y en cualquier caso no se vislumbra que esta hubiese tenido nada que ver en el desarrollo de los talleres, máxime su función era de informe sobre el porcentaje de ejecución y no de facilitación de elementos o recursos.

77. Por último, tampoco puede considerarse como causal de fuerza mayor la presunta falta de colaboración del alcalde menor de Santa Fe con el desarrollo del contrato, principalmente porque las acciones que a él se le imputan como su negativa a firmar los diplomas para los participantes e impedir la publicación de un periódico, nada tienen que ver con la forma y el tiempo en el que se hicieron los talleres, ítem en el que fundamentalmente se presentó el retraso en la ejecución del contrato.

78. De esta forma, la Sala encuentra que no logró probarse la existencia de alguna fuerza mayor o causa justificativa del retraso en la ejecución del contrato que no hubiese sido advertida por la entidad demandada al momento de la expedición de las resoluciones acusadas, en las cuales, por el contrario, se plasmaron varias circunstancias que sí están probadas en el proceso, como la ejecución de apenas 47% del total del contrato y la total falta de desarrollo de la segunda parte de talleres a cargo del contratista, descartándose de esta forma la existencia de una falsa motivación.

mayor debe ser ajeno a la actividad dentro de la cual se ha causado el daño; dicho de otra manera, la fuerza mayor está definida como aquel hecho que no depende del actuar de ninguna de las partes que se encuentran vinculadas al hecho dañino: no debe ser imputable ni a quien lo causa ni a quien lo sufre. Es un hecho imprevisible: conforme al criterio unívoco de la jurisprudencia tradicional, la imprevisibilidad se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer qué es lo previsible en cada caso concreto, se requiere analizar las circunstancias particulares que rodean la actividad en desarrollo de la cual acaeció el daño y, por consiguiente, se deben verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega la fuerza mayor. (...) Es un hecho irresistible: se refiere a la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que este elemento de la fuerza mayor consiste en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, no obstante los medios de defensa empleados para superarlo. También implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos". (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de septiembre del 2014, expediente 11001-03-15-000-2009-00415-00, C.P. Gustavo Gómez Aranguren)

79. Por otra parte, tampoco se encuentra probada la concurrencia de una desviación o abuso del poder, dado que los actos acusados encuentran una clara justificación en la defensa del patrimonio público y apenas responden a los elementos de falta de ejecución a los que se ha hecho referencia.

80. Igualmente, para la Sala no es de recibo el cargo de la violación del artículo 84 del Decreto 222 de 1983 al haber permitido la entidad la presentación de una propuesta con errores e incoherencias. Esto debido a que, se reitera, no puede pretender el demandante que los errores de su propuesta le sean imputables a la administración cuando se trata de un documento cuya viabilidad y fiabilidad se hallaba a su cargo por haber sido quien lo elaboró, pero principalmente porque se alega la violación de una norma propia de un régimen jurídico anterior al aplicable al caso concreto, tomando en consideración que el contrato, por la fecha de celebración y la calidad de la entidad contratante, es regido principalmente por la Ley 80 de 1993.

81. Tampoco puede prosperar el cargo relativo a la falta de liquidación del contrato y la retención de dineros del contratista. Respecto de lo primero, la Sala recuerda que es posición de la Subsección que no es necesario que el contrato se haya liquidado para hacer uso de la potestad de hacer efectiva la garantía de cumplimiento, dado que se trata de dos prerrogativas distintas e independientes²⁸. Sobre lo segundo, la Sala no encuentra que se hayan retenido dineros del contratista, lo cual, además, resulta improbable teniendo en cuenta que en cuanto a los montos contenidos en los actos, realmente lo que se ordena es una devolución de lo pagado por concepto de anticipo que a criterio de la entidad demandada no pudo ser justificado por el demandante.

82. En el mismo sentido, se desestimará el cargo relativo a la falta de gestión de la interventoría para la consecución de los recursos, su presunta arbitrariedad para interpretar las incoherencias de las propuestas y su falta de advertencia de incumplimiento en el informe final. Baste recordar que respecto de la primera parte de la financiación, esta fue entregada el 17 de enero del 2001 y la restante simplemente no podía serlo por falta de requisitos como la culminación de la primera etapa de talleres; el número de participantes en las actividades no es un punto debatible en la propuesta a pesar de las falencias de la misma –imputables únicamente a quien la elaboró–; y de hecho el informe final de la interventoría sí revela un claro retraso en la ejecución del contrato, indicando que para la fecha del fin de su vigencia apenas se había logrado desarrollar el 47% de su objeto.

²⁸ Ver párr. supra 55.

83. Finalmente, respecto del cargo relativo a la excepción de contrato no cumplido, también deberá despacharse negativamente, dado que no se advierte incumplimiento en las obligaciones del contratante. Recordemos que de acuerdo con la cláusula tercera del contrato, básicamente las obligaciones del Fondo se circunscribían al pago del valor del contrato conforme a su cláusula cuarta, lo cual no se hizo respecto a los recursos para el desarrollo de la segunda etapa de talleres porque ni siquiera se terminó la primera de forma satisfactoria.

84. De esta forma se concluye que ninguno de los cargos planteados en la demanda puede prosperar respecto de la decisión de la efectividad de la garantía de cumplimiento, razón por la que esta parte de la decisión quedará incólume, sin perjuicio de la nulidad de los apartes relativos a la declaratoria de nulidad y la imposición de la multa.

85. A *contrario sensu*, la Sala encuentra que los artículos segundo y cuarto de la resolución n.º 012 del 2001, así como su confirmatoria n.º 013 del 2001 (ver supra párr. 11.17 y 11.19), se encuentran viciados de nulidad dado que en ellos la Alcaldía Local de Santa Fe desconoció las normas aplicables a la liquidación del contrato.

86. Si bien la entidad pública podía ordenar, como lo hizo en la artículo cuarto, liquidar el contrato, la cláusula segunda de la resolución n.º 012 del 2001 procedió a elaborar un corte de cuentas en el que materialmente se hizo una liquidación parcial del contrato, la cual a renglón seguido, en el mencionado artículo cuarto, se ordena tener en cuenta en dicho balance final.

87. Esto implica que, *de facto*, la entidad demandada procedió a elaborar de forma unilateral una liquidación unilateral del contrato, lo cual contraría los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 que prevé que esta deberá hacerse preferentemente de forma consensuada entre las partes del contrato. Además, se estaría realizando una liquidación parcial que contraría el sentido de la liquidación del contrato.

88. No puede perderse la liquidación del contrato administrativo *“tiene por objeto establecer: (i) el estado en el cual quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato; (ii) los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, según lo ejecutado y lo pagado; (iii) las garantías inherentes al objeto contractual y, excepcionalmente, (iv) los acuerdos, conciliaciones y transacciones a las cuales las partes llegaren para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse mutuamente a*

*paz y salvo*²⁹. Una liquidación parcial como la contenida en los artículos en comento, desconoce el sentido definitivo que debe tener el corte de cuentas de la liquidación.

89. Por tal razón, se declarará la nulidad de los artículos segundo y cuarto de las resoluciones acusadas.

Restablecimiento del derecho

87. Para la Sala esta nulidad de los actos administrativos acusados respecto de la declaratoria de incumplimiento y la multa implica necesariamente la ilegalidad de la sanción impuesta en su contenido.

88. Por lo tanto, sería del caso ordenar que sea restituida al demandante la totalidad del dinero que hubiese pagado. Sin embargo, no consta que el señor Chinome Barrera hubiese pagado ninguna cantidad de dinero por este concepto, ni que por ello se le hubieran retenido dineros, por lo que la sentencia nada ordenará al respecto.

VI. Costas

89. No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

RESUELVE

PRIMERO: Revocar la sentencia del 7 de septiembre del 2005 de la Sección Tercera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

²⁹ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de marzo del 2011, expediente 16246, C.P. Hernán Andrade Rincón.

SEGUNDO: En su lugar, **declarar** la nulidad de los artículos primero y segundo de la resolución n.º 012 del 30 de junio del 2001, mediante los que el Fondo Local de Desarrollo de Santa Fe declaró el incumplimiento del señor Gilberto Chinome Barrera respecto de las obligaciones contenidas en el contrato n.º 031 del 22 de diciembre del 2000 e impuso una multa, así como la n.º 13 del 5 de septiembre del 2001, en cuanto confirmó estas disposiciones.

TERCERO: Declarar la nulidad de los artículos segundo y cuarto de la resolución n.º 012 del 30 de junio del 2001, mediante los que el Fondo Local de Desarrollo de Santa Fe hizo una liquidación unilateral y parcial del contrato n.º 031 del 22 de diciembre del 2000, así como la n.º 13 del 5 de septiembre del 2001, en cuanto confirmó esta disposición.

CUARTO: El resto de las determinaciones tomadas en tales actos administrativos permanecerán incólumes.

QUINTO: Declarar la nulidad de la octava del contrato n.º 031 del 2000, suscrito entre el Fondo de Desarrollo Local de Santa Fe y el señor Gilberto Chinome Barrera.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

En firme este proveído, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Danilo Rojas Betancourth

Magistrado

Stella Conto Díaz del Castillo

Presidenta

Ramiro Pazos Guerrero

Magistrado