

CADUCIDAD DEL CONTRATO – Declaratoria – Facultad

Una de las inquietudes que a lo largo del tiempo ha acompañado a la facultad de declarar la caducidad de un contrato, hace referencia a la oportunidad dentro de la cual se puede expedir el correspondiente acto administrativo. Habida cuenta de que la norma no dispone expresamente al respecto, ha sido la jurisprudencia de la Sala la fuente para definir si sólo es posible decretar la caducidad dentro del plazo para la ejecución del contrato, esto es, durante el período en el que el contratista se encuentra legal y contractualmente habilitado para cumplir con las obligaciones contraídas, o si la posibilidad de proferir el acto correspondiente se extiende hasta cuando el contrato no haya sido liquidado, es decir, con posterioridad al vencimiento del plazo acordado para la ejecución del contrato. La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que resulta aplicable en la actualidad, señala que la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre éste vigente, y no durante la etapa de la liquidación [...] Al respecto, la Sala, a través de este pronunciamiento, reitera la posición jurisprudencial transcrita, en el sentido de que una vez expirado el término de ejecución del contrato no es posible decretar la caducidad.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Mora – Configuración

Una vez que el término o plazo de ejecución expira sin que se haya cumplido con la prestación de lo que se debe, es decir, sin satisfacer al acreedor, el contratista en su calidad de deudor de la obligación, se encuentra en mora y para todos los efectos, se considera incumplida la obligación, la cual si correspondía a la prestación principal u objeto del contrato, implicará el incumplimiento del contrato. El incumplimiento puede provenir “de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”, lo que da lugar a que el acreedor pueda pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., doce (12) de julio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 85001-23-31-000-1995-00174-01(15024)

Actor: NIMROD MIR LTDA.

Demandado: MUNICIPIO DE CHAMEZA-CASANARE-

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES; APELACION SENTENCIA

La Sección Tercera del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia del 6 de marzo de 1998, dictada por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones. También se hará el análisis correspondiente en atención al grado jurisdiccional de consulta.

SÍNTESIS DEL CASO

El municipio de Chámeza (Casanare) decretó la caducidad de un contrato celebrado para la construcción de un puente, después de que el plazo de ejecución respectivo había expirado.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1 El 18 de octubre de 1995, la empresa NIMROD MIR LTDA., presentó demanda contra el municipio de Chámeza (Casanare), en ejercicio de la acción de controversias contractuales (f. 29–37, c. 1).

1.1 Los hechos sobre los cuales hizo consistir la demanda se pueden presentar así: (i) El municipio de Chámeza (Casanare) y la empresa demandante celebraron, el 29 de diciembre de 1993, un contrato de obra cuyo objeto comprendía la construcción de un puente de punto aéreo, al igual que la realización de un terraplén de acceso a la estructura; (ii) el valor del contrato fue de \$63 960 000, de los cuales el contratista recibió el 70%, \$44 772 000, a título de anticipo, el 20 de enero de 1994, mientras que el valor restante habría de percibirse a la firma del acta de recibo del puente, una vez presentada la cuenta de cobro; (iii) el contratista se comprometió a entregar la obra en un plazo de 60 días, contados a partir de la entrega del anticipo; (iv) la entidad estatal, previa solicitud presentada por el contratista, concedió como plazo máximo para la entrega de la obra el 19 de julio de 1994; (v) la entidad, el 21 de julio de 1994, expidió la resolución n.º 044, mediante la cual declaró la caducidad del contrato, ordenó hacer efectivas las garantías constituidas y efectuar la liquidación del contrato; (vi) la entidad, frente al recurso interpuesto por el contratista en contra del acto referido, profirió la resolución n.º 047 del 12 de agosto de 1994, a través de la cual lo confirmó; (vii) posteriormente, expidió la resolución n.º 051 del mismo mes y año para precisar el año de expedición del Decreto–ley 222 de 1983 y el nombre de la firma contratista; (viii) el contratista continuó ejecutando la obra sin que la entidad se opusiera y el concejo municipal de Chámeza le concedió como plazo perentorio de culminación de las obras el 28 de febrero de 1995; (ix) el 3 de abril de 1995, la entidad, a través de comunicación escrita firmada por el alcalde, informó al contratista que el

municipio no podía anular la resolución de declaratoria de caducidad del contrato hasta tanto no ejecutara totalmente la obra, y le solicitó entregarla en el menor tiempo posible, con la advertencia de que si no lo hacía tomaría posesión del puente y haría la respectiva liquidación del contrato; (x) el contrato se liquidó unilateralmente por parte de la entidad, sin reconocer al contratista el pago de algunas sumas pendientes.

1.2 Las pretensiones de la demanda estuvieron referidas a:

1.- *Que se declare nula la resolución n.º 0044 de julio 21 de 1994, proferida por la Alcaldía de Chámeza, por medio de la cual se decreta la caducidad del contrato administrativo celebrado con el objeto de fabricar, montar e instalar sobre el Río Sunce en la vía Recetor-Chámeza, un puente de punto aéreo de 42 mts de luz, de diseño gálibo de 7.00 mts, ancho útil de 3.25 mt., capacidad de carga 40 toneladas a un nivel de 1.40 mts., por encima del puente actual. Igualmente la realización de un terraplén de acceso a la estructura y del lado de Recetor.*

2.- *Que se declare como consecuencia de lo anterior, igualmente nula la resolución n.º 047 de agosto 12 de 1994 proferida por la Alcaldía de Chámeza, mediante la cual se decide el recurso de reposición en contra de la resolución antes mencionada y en la cual además de confirmarla, determina que se liquide el contrato.*

3.- *Que se declare también nula la resolución n.º 0041 de agosto 16 de 1994 proferida por la Alcaldía de Chámeza, mediante la cual se corrige la Resolución n.º 0044 de julio 21 de 1994, en el sentido de aclarar el nombre del contratista y la fecha del decreto citado.*

4.- *Que se declare la nulidad del acta de liquidación final no solo como consecuencia de las pretensiones precedentes, sino también, por cuanto que no tiene en cuenta ni la magnitud de la obra desarrollada, ni las cifras en ella consagradas ni si los conceptos son reales y coherentes.*

5.- *Que se declare que el Municipio de Chámeza debe cancelar a mi mandante la suma de CIEN MILLONES DE PESOS (\$100.000.000.00), o la que pericialmente se justiprecie, con ocasión de los sobrecostos asumidos en la ejecución de la obra.*

6.- *Que se declare que el municipio de Chámeza debe cancelar a mi mandante la suma de doscientos millones de pesos (\$200.000.000,00) o la que pericialmente se justiprecie, con ocasión de los perjuicios materiales sufridos, con motivo de la caducidad del contrato.*

7.- *Que se indexen todas las sumas demandadas.*

8.- *Que se declare que el municipio de Chámeza es responsable de las costas y demás expensas que se causen.*

1.3 La demanda indicó como fundamentos jurídicos la supuesta vulneración del artículo 28 de la Constitución Política y de los artículos 62, literal f), 64, 65, 67 y 71 del Decreto-Ley 222 de 1983, al expresar que: (i) los hechos no daban lugar a la declaratoria de caducidad, por no existir causa que imposibilitara la continuidad del contrato, ya que, en situaciones de retraso, la ley ha establecido el apremio al contratista mediante la imposición de multas, más no la declaratoria de caducidad; (ii) la entidad, después de que había quedado en firme el acto a través del cual se declaró la caducidad del contrato, no procedió a liquidarlo sino que apremió al contratista para que continuara la construcción del puente, como en efecto ocurrió, hasta llegar a un 95%; (iii) los actos impugnados fueron falsamente motivados, como quiera que la relación contractual continuó normalmente, como si nada hubiere ocurrido; (iv) la entidad no cumplió el compromiso de construir las vías de acceso al puente para que el contratista accediera al sitio de la obra; (v) el interés de la entidad al declarar la caducidad del contrato y al mismo tiempo permitir que se continuara ejecutando la obra, fue dejar en desventaja al contratista, puesto que lo inhabilitó para contratar, no le reconoció los sobrecostos y le adelantó un juicio fiscal, que lo condenó a devolver el anticipo.

II. Trámite procesal

2 El Tribunal *a quo* admitió la demanda (f. 40, c. 1) y la notificó debidamente al alcalde del municipio de Chámeza (f. 41, c. 1), no obstante lo cual la entidad se abstuvo de dar la contestación correspondiente, tal y como fue certificado por la secretaría del Tribunal (f. 44, c. 1).

3. El Procurador Judicial 53 en asuntos administrativos de Casanare conceptuó que se debía declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, porque las exigencias que establecía el literal f) del artículo 62 del Decreto 222 de 1983 no se cumplieron, dado que *“en el expediente no existe prueba ninguna de que para la época de la declaratoria de caducidad del contrato, el contratista se encontrara en imposibilidad de ejecutar el contrato o que a la alcaldía se le hubieren ocasionado perjuicios por el incumplimiento hasta ese momento del contratista”* (f. 86–90, c. 1).

4. El Tribunal Contencioso Administrativo de Casanare, el 6 de marzo de 1.998, a través de sentencia, accedió parcialmente a las pretensiones (f. 97–119, c. 1).

4.1 Consideró que: (i) la declaración de caducidad del contrato se hizo por fuera del límite temporal, de conformidad con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, pues se expidió vencido el plazo otorgado al contratista para la ejecución; (ii) a pesar de que al vencimiento del plazo de ejecución del contrato la obra aún no había culminado y de que se declaró la caducidad del contrato, la entidad permitió al contratista continuar con su ejecución, de tal suerte que el puente metálico aéreo se instaló y construyó, aproximadamente, en un 90%, lo cual representó una revocatoria tácita de la declaratoria de caducidad; (iii) para efectos de la indemnización que correspondía al demandante, se abstuvo de reconocer a título de daño emergente los sobrecostos que alegó y el lucro cesante, puesto que no fueron acreditados.

4.2 En la parte resolutive, dispuso:

PRIMERO: Declárese el incumplimiento parcial del contrato de obra pública sin número de fecha 29 de diciembre de 1993, celebrado entre la firma NIMROD MIR LTDA, y el municipio de Chámeza (Casanare), para la construcción, montaje e instalación de un puente de punto aéreo sobre el río Sunce, vía Recetor-Chámeza, de 42 mts de luz, de diseño gálibo de 7.00 mts, ancho útil de 3.25 mts., capacidad de carga 40 toneladas a un nivel de 1.40 mts., por encima del puente actual. Igualmente la realización de un terraplén de acceso a la estructura y del lado de Recetor.

SEGUNDO: Condénese en abstracto al municipio de Chámeza a pagar el valor total del contrato debidamente actualizado.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, declárase nula la resolución n.º 0044 de julio 21 de 1994, expedida por el Alcalde de Chámeza (Casanare), por medio de la cual se decretó la caducidad del contrato administrativo reseñado anteriormente; y de las resoluciones n.º 047 de agosto 12 y n.º 0051 de agosto 16 del mismo año, mediante las cuales se decidió un recurso de reposición de la citada resolución de caducidad y se corrigió la misma, respectivamente. De la misma manera, se declara la nulidad del acta de liquidación final del respectivo contrato.

CUARTO: Para el cumplimiento de esta sentencia debe darse aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO: Denegar las demás súplicas de la demanda.

SEXTO: Si esta sentencia no fuere apelada, consúltese con el superior.

SÉPTIMO: No se condena en costas.

5. En contra de la sentencia presentaron recurso de apelación la parte demandante (f. 124, c.1) y la demandada (f. 125, c.1), en los días 20 y 24 de marzo de 1998, respectivamente. El recurso fue concedido por parte del Tribunal *a quo*, mediante auto del 2 de abril de 1998 (f. 126–127, c.1), y, en atención a que solo fue sustentado por el actor (f. 132–135, c.1), el Consejo de Estado, mediante auto del 31 de julio de 1998 (f. 147, c.1) admitió únicamente la apelación que la parte demandante. La sustentación comprendía los siguientes argumentos: (i) que existían elementos suficientes para condenar en concreto, en especial el dictamen pericial que no fue objetado por la entidad demandada y que incorporaba el detalle de los sobrecostos, lucro cesante, daño emergente, montaje de la estructura; (ii) que: *“por el solo hecho de ser víctima del acto administrativo expedido en forma ilegal, ha tenido que soportar la carga de terminar en un 90% el puente bajo su propia cuenta y riesgo, con dineros propios, no poder contratar desde la fecha de expedición de las resoluciones con entidad estatal alguna ... asumir sobrecostos, perder su good will, ser inicialmente condenado por la Contraloría Departamental, todo lo cual legitima la reclamación pecuniaria.*

6. Una vez que se dio el traslado para que las partes presentaran los alegatos de conclusión de segunda instancia y para que el Ministerio Público hiciera lo de su competencia (f. 150, c. 1), el ente de control rindió el concepto respectivo (f. 153–166, c. 1) y pidió que se modificara la sentencia. Conceptuó que el acto que declaró la caducidad del contrato fue extemporáneo y, en consecuencia, procedía su anulación. Habida cuenta de que el Tribunal *a quo* condenó a la entidad a que pagara el valor total del contrato, el Ministerio Público pidió la reducción del monto al 20% del valor del contrato porque se encontraba probado que el contrato había sido ejecutado hasta un 90% y que el valor recibido a título de anticipo había sido del 70%. En relación con los demás perjuicios demandados concluyó que no habían sido probados.

7 El expediente llegó al despacho del ponente, luego de que, a través de auto del 25 de mayo de 2011 (f. 265, c. 1), lo pasara el consejero Enrique Gil Botero, quien elaboró un proyecto de fallo que no fue acogido por la Sala. Con anterioridad, el expediente había estado en el despacho del consejero Mauricio Fajardo Gómez (E) –de donde salió el 23 de septiembre de 2010 con destino al despacho del consejero Gil Botero, como resultado de la redistribución de procesos que tuvo lugar cuando se incorporaron a la Sección cuatro nuevos consejeros (f. 265, c. 1)– y en el de la consejera Myriam Guerrero de Escobar –quien presentó a la Sala un

proyecto de sentencia que fue derrotado y, en consecuencia, el 28 de julio de 2009 (f. 236, c. 1) lo pasó al siguiente despacho en turno—.

CONSIDERACIONES

I. Competencia

8 El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

8.1 En relación con el recurso de apelación debidamente sustentado por la parte demandante, la Sala es competente pues el *sub judice* corresponde a un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia, dado que, conforme al Decreto 597 de 1988, la cuantía exigida en 1995 para tales efectos era de \$9 610 000 y la mayor de las pretensiones de la demanda asciende a la suma de \$200 000 000, que concierne al monto reclamado por los supuestos perjuicios materiales sufridos por el demandante.

8.2 La Sala conoce también en el grado jurisdiccional de consulta, puesto que ante la falta de sustentación del recurso de apelación presentado por la entidad, éste se considera desierto, lo cual implica que el artículo 184 original del Código Contencioso Administrativo se aplica en su integridad al caso concreto, es decir, que *“las sentencias ... deberán consultarse con el superior, cuando no fueren apeladas por la administración”*. No está de más recordar que la sentencia fue proferida el 6 de marzo de 1998 y que el recurso de apelación fue interpuesto por el demandante el 20 de marzo de 1998, fechas anteriores al 8 de julio de 1998, día en que entró en vigencia la Ley 446 de 1998; en tal sentido, la Ley 446 modificó el artículo 184 referido, pero no tiene efectos para determinar la procedencia del grado jurisdiccional de consulta en el caso concreto, puesto que se somete a la normatividad originaria del Código Contencioso Administrativo¹.

¹ La Ley 446 de 1998, a través del artículo 57, modificó el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, que quedó con la siguiente redacción: *“Artículo 184.- Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier Entidad Pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas”*. Acerca de la vigencia de la Ley 446 de 1998, la misma norma prescribe: *“Artículo 163.- Vigencia. Esta ley rige desde su publicación. Salvo disposición en contrario, los recursos*

II. Hechos probados

9 De conformidad con las pruebas incorporadas al expediente, las cuales se hallan en estado de valoración puesto que fueron allegadas en cumplimiento de los presupuestos procesales, los hechos que dan lugar a la presente actuación se pueden resumir de la siguiente forma:

9.1 El 29 de diciembre de 1993, el municipio de Chámeza y la empresa Nimrod Mir Ltda., celebraron un contrato (copia auténtica, f. 1–3, c.1) en cuyo texto, entre otras, se incorporaron las siguientes cláusulas:

ARTÍCULO PRIMERO: Objeto del contrato. El contratista se compromete a fabricar, montar e instalar sobre el río Sunce en la vía Recetor Chámeza un puente de punto aéreo de 42 mts de luz, de diseño gálibo de 7 mts, ancho útil de 3,25 mts, capacidad de carga de 40 toneladas a un nivel de 1.40 mts por encima del puente actual. PARÁGRAFO: El contratista se compromete por medio de este documento a conformar el terraplén de acceso a la estructura y del lado de Recetor. ARTÍCULO SEGUNDO: Valor. El valor del presente contrato es de sesenta y tres millones novecientos sesenta mil pesos (\$63'960.000) ... ARTÍCULO TERCERO: Duración. El contratista se compromete a entregar el puente objeto de este contrato, montado e instalado en el plazo de sesenta (60) días a partir de la fecha de la entrega del anticipo. ARTÍCULO CUARTO: Forma de pago. El contratante entregará al contratista a manera de anticipo el 70% del valor del presente contrato contra la presentación de la respectiva cuenta. Así mismo pagará el 30% restante inmediatamente después de la firma del acta de recibo del puente y contra la respectiva cuenta. PARÁGRAFO: El acta de recibo final será firmada por las partes luego de la prueba de carga respectiva, el contratante se compromete a ejecutar los accesos que permitan dicha prueba de carga en un término de cinco (5) días hábiles a partir de la solicitud presentada por el contratista. ARTÍCULO QUINTO: El contratista suscribirá ante su compañía de seguros a favor del contratante las siguientes pólizas de garantía. a- Cumplimiento. La garantía de cumplimiento asegura un valor equivalente al 10% del contrato por un término igual al del contrato más seis (6) meses...

9.2 El 29 de diciembre de 1993, Seguros Caribe expidió la póliza n.º 176519, en la cual aparece la siguiente información: (i) “tomador”: “NIMROD MIR JULIO

interpuestos, los términos que hubieren comenzado a correr y las notificaciones que se estén surtiendo se registrarán por las normas vigentes cuando se interpuso el recurso, el término, se promovió el incidente, o comenzó a surtirse la notificación...”. En tal sentido, la Sala profirió la sentencia del 14 de abril de 2005, expediente n.º 13.814, C.P. Germán Rodríguez.

ALBERTO PINEDA PEÑUELA”; (ii) “asegurado”: “MUNICIPIO DE CHÁMEZA”; (iii) “suma asegurada”: “\$6’396.000”; (iv) “objeto del seguro (Descripción del contrato)”: “garantizar el cumplimiento del contrato n.º CA-4111597 de fecha diciembre 29 de 1993 suscrito para construcción, montaje e instalación de un puente de punto aéreo sobre el río Sunce vía Recetor-Chámeza” (copia auténtica, f. 24, c.2).

9.3 El 21 de julio de 1994, el alcalde de Chámeza expidió la resolución n.º 44 “por medio del (sic) cual se declara la caducidad administrativa de un contrato” (copia auténtica, f. 4–6, c. 1).

9.3.1 En su parte considerativa se expresó:

... 4.- Que según acta sin número calendada el 29 de diciembre de 1993 en dicha fecha se iniciaron los trabajos objeto del presente contrato... 5.- Que mediante acta sin número fechada el 18 de febrero de 1994 suscrita por las partes se convino en suspender temporalmente la obra en virtud al (sic) mal tiempo reinante en la zona, hasta el día 5 de julio del presente año. 6.- Que mediante acta sin número de julio 5 de 1994 suscrita por las partes contratantes se convino reiniciar la obra fijando como fecha límite de entrega el 19 de julio del año en curso. 7.- Que a pesar de las prórrogas dadas por la Administración al contratista éste no ha dado cumplimiento a los términos del contrato ya que prácticamente su actividad se ha limitado a la apertura de unos huecos para unas futuras bases y dejar una parte de estructura en el lugar. 8.- Que según fax enviado por el ingeniero interventor de obras Fernando Granados Peña bajo el número SOPT: DI 0014 que data del junio 28 del presente año manifiesta que ha sido imposible la comunicación con el representante legal de la firma contratista y como quiera que es evidente su irresponsabilidad y negligencia en la ejecución de la obra, se decidió darle un plazo hasta el 19 de julio de presente año y a partir de esa fecha liquidar unilateralmente el contrato y hacer efectivas las pólizas.

9.3.2 Habida cuenta de lo anterior, resolvió:

ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar la caducidad administrativa del contrato... ARTÍCULO SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior se ordena hacer efectivas las pólizas constituidas por el contratista. ARTÍCULO TERCERO.- Ordenar la liquidación del contrato en los términos previstos en los artículos 287 y siguientes del Decreto 222 de 1993 (sic). ARTÍCULO CUARTO.- Notifíquese personalmente esta providencia a los demás interesados... Contra la presente providencia cabe el recurso de reposición interpuesto dentro de los diez días siguientes a la fecha de su notificación o publicación.

9.4 El 12 de agosto de 1994, el alcalde de Chámeza expidió la resolución n.º 47 “por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición” (copia auténtica, f. 7–12, c. 1), interpuesto por parte de la sociedad Nimrod Mir Ltda., en contra de la resolución n.º 44.

9.4.1 En su parte considerativa se lee:

El literal F del artículo 62 del Decreto 222 de 1983, bajo cuyo régimen se suscribió el contrato objeto de la presente controversia, dispone: “si a juicio de la entidad contratante del incumplimiento de las obligaciones del contratista se derivan consecuencias que hagan imposible la ejecución del contrato o se causan perjuicios a dicha entidad”. En el presente caso en examen, obra dentro de la actuación administrativa el informe del interventor de la obra Ing. Fernando Granados Peña del 29 de julio del corriente año, dentro del cual solicita a la administración local la terminación unilateral del contrato debido entre otros argumentos a la irresponsabilidad y desinterés del contratista en ejecutar la obra. De otra parte, también milita en el expediente, acta de inspección fiscal practicada el 18 de julio del presente año por la Contraloría Departamental, dentro de la cual se consignó que la obra no se ha ejecutado, no obstante se afirma que existen unas excavaciones y hay unas estructuras metálicas, en definitiva asevera que hay absoluto incumplimiento del contratista. Finalmente, la Alcaldía Municipal practicó una visita al lugar de la obra, el día 22 de julio del año en curso, con la finalidad de constatar su ejecución y se pudo establecer que la obra, en el estado actual que presentan los trabajos indica y confirma el incumplimiento del contratista. En ese orden de ideas existen los suficientes y serios motivos para proceder a la declaratoria de la caducidad del contrato, máxime si se tiene en cuenta que al contratista se le entregó el 70% del valor del contrato, es decir \$44.772.000 como anticipo, y la administración no ha podido constatar que se haya hecho su inversión; en esa medida, entonces, los argumentos expuestos por el recurrente no desvirtúan las razones que la alcaldía tuvo para emitir el acto administrativo contenido en la resolución n.º 44 del 21 de junio de 1994.

9.4.2 En consideración a lo anterior, resolvió:

ARTÍCULO PRIMERO.- Confirmar en todas sus partes la resolución n.º 0044 de fecha 21 de julio de 1994, por la cual se declara caducidad administrativa del contrato. ARTÍCULO SEGUNDO.- Proceder a la liquidación final del contrato en los términos del artículo 287 y siguientes del Decreto 222 de 1983 y a tomar posesión de las obras en el estado en que se encuentren. ARTÍCULO TERCERO.- Notificar en los términos de ley la presente resolución al representante legal de la firma NIMROD MIR LTDA. ... ARTÍCULO QUINTO.- Contra la presente resolución no procede recurso alguno. Por lo tanto con ella se agota la vía gubernativa.

9.5 El 16 de agosto de 1994, el alcalde de Chámeza expidió la resolución n.º 51 “por medio de la cual se hacen unas correcciones a la resolución n.º 44 de julio 21 de 1994” (copia auténtica, f. 13–14, c. 1). En atención a que dentro de la parte considerativa de la resolución n.º 44 se indicó que el nombre del contratista era “Minrod Mir Ltda.”, se corrigió para indicar que el nombre preciso era “Nimrod Mir Ltda.”; también se corrigió que en la parte considerativa y en la resolutive de la resolución n.º 44 se hizo referencia al “Decreto 222 de 1993”, puesto que la información correcta es “Decreto 222 de 1983”.

9.6 El 4 de octubre de 1994, el contratista dirigió una comunicación al alcalde del municipio de Chámeza a través de la cual le solicitó “anular la resolución 044 por la cual declaró la caducidad del contrato”; también pidió que para efectos de terminar la obra “conceda un plazo de dos meses a partir de la fecha” (original, f. 15–16, c. 1).

9.7 El 6 de febrero de 1995, el presidente del concejo municipal de Chámeza, mediante documento escrito (original, f. 19, c. 1), manifestó al contratista:

Con todo respeto me permito comunicarle que en la sesión del honorable Concejo Municipal de Chámeza Casanare, del día 3 de febrero del presente año, se acordó por unanimidad conceder un plazo hasta el día 28 de febrero de 1995 para la entrega de la obra de la construcción del puente sobre el río Sunce que lleva a cabo según contrato suscrito por el municipio de Chámeza Casanare y la compañía Nimrod Mir Ltda., de fecha diciembre 29 de 1993. Igualmente se acordó que vencido este plazo y la obra no ha sido recibida a satisfacción por el contratante, se dictará un acuerdo de traslado de los dineros que cubre este contrato, para efectuar la construcción de un puente que desembotelle a este municipio, teniendo en cuenta la época de invierno que se avecina. El anticipo girado por la contratación de esta obra será tramitado jurídicamente por el contratante y los perjuicios causados.

9.8 El 3 de abril de 1995, el alcalde de Chámeza, a través de comunicación escrita (copia auténtica, f. 22, c. 1), manifestó al contratista:

Por medio de la presente me permito comunicarle que el municipio de Chámeza, por indicaciones de la oficina jurídica del departamento, no puede anular la resolución de caducidad del contrato para la construcción del puente de punto aéreo sobre el río Sunce, mientras tanto no se ejecute en su totalidad la obra materia del contrato. Teniendo en cuenta que los impases para la construcción de los accesos ya fueron superados y éstos estarán listos en el corto plazo, le solicito entregar la obra en el menor

tiempo posible para poder recibirlo a satisfacción y poder subsanar de una vez por todas los impases jurídicos que ha tenido este contrato. De no ser esto posible, el municipio procederá a tomar posesión del puente y hará la respectiva liquidación del contrato según las normas vigentes.

9.9 El 21 de abril de 1995, en relación con las preguntas formuladas por el contratista, consistentes en si se había incorporado en el presupuesto alguna suma para pagar sobrecostos y ajustes de la obra (original, f. 23, c. 1), el alcalde de Chámeza dio respuesta (copia auténtica, f. 24, c. 1), en los siguientes términos:

La presente es para informarle que dentro del presupuesto del municipio no figura partida alguna para cubrir los reajustes y sobrecostos si es que los hay, de la construcción del puente sobre el río Sunce. Igualmente le comunico que a partir de ayer 20 de abril se inició la construcción de los accesos al puente en referencia. Le solicito estar presente en el sitio de la obra para que se hagan las sugerencias del caso y el trabajo se desarrolle acorde a sus planos.

9.10 El 11 de septiembre de 1995, el alcalde de Chámeza expidió la resolución n.º 61 de 1995 “por la cual se aprueba la liquidación de un contrato” (copia auténtica, f. 41–42, c. 2), a través de la cual dispuso:

ARTÍCULO PRIMERO.- Adoptar la liquidación del contrato en papel sellado CA 411597 de fecha agosto 28 de 1995, celebrado con el ingeniero JULIO ALBERTO PINEDA PIÑUELA de conformidad con el siguiente detalle:

LIQUIDACIÓN FINAL

| | |
|---|---------------------|
| <i>VALOR CONTRATO</i> | |
| <i>\$63'960.000</i> | |
| <i>VALOR ANTICIPO</i> | <i>\$44'772.000</i> |
| <i>DEVOLUCIÓN ANTICIPO POR OBRA NO TERMINADA NI ENTREGADA</i> | <i>\$44'772.000</i> |
| <i>SALDO A FAVOR DEL CONTRATANTE POR OBRA NO TERMINADA NI ENTREGADA</i> | <i>\$63'960.000</i> |
| <i>--</i> | <i>-----</i> |
| <i>SUMAS IGUALES</i> | <i>\$63'960.000</i> |
| <i>\$63'960.000</i> | |

ARTÍCULO SEGUNDO.- El contratista deberá cancelar a favor del tesoro municipal la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y DOS MIL PESOS (\$44'772.000) durante el término de diez (10) días a partir de la fecha de la notificación, so pena de adelantar ejecución en su contra.

9.11 El 20 de octubre de 1995, la Contraloría Departamental de Casanare expidió la resolución n.º 13 (copia auténtica, f. 46–52, c. 1), a través de la cual decidió abstenerse de “*proferir fallo de carácter fiscal*” en contra de Nimrod Mir Ltda., y “*compulsar copias de esta providencia con destino a la fiscalía y a la Procuraduría Departamental para efectos de establecer conductas punibles y disciplinables de los últimos alcaldes de Chámeza*”. Lo anterior, en atención a las siguientes consideraciones:

Al proferirse la resolución de caducidad del contrato CA-4111597, por parte de la alcaldía de Chámeza, de facto se entró a sancionar al contratista, tal como lo establece la ley 80 de 1993, puesto que en la misma declaratoria de caducidad se ordena hacer efectivas las pólizas de garantía y esta declaración lleva implícita la sanción de inhabilidad del contratista por cinco años y la no indemnización de perjuicios a su favor... Así las cosas, y como quiera que la ley 42 de 1993 predica sobre el control fiscal y su procedimiento, para este caso ya ha quedado meridianamente establecido que las acciones a cumplir por parte de este ente de control han sido relevadas por la administración municipal de Chámeza, desde el mismo momento en que se profirió la declaratoria de caducidad del contrato CA-4111597 y no le es dado a este ente de control desplazar al municipio en una función administrativa que en derecho le compete. En consecuencia, es menester concluir que en el caso sub jure, compete a la administración municipal proseguir con el procedimiento establecido por las leyes 80 y 104 de 1993. Competencia administrativa exclusiva y excluyente del mandatario municipal que le endilgan las circunstancias jurídicas consecuentes de la caducidad. Es preciso resaltar que la administración no ha puesto en movimiento la actividad administrativa en procura de demandar los efectos de la caducidad; procedimiento que en forma negligente se ha omitido desde el mismo momento en que quedó ejecutoriada la ya referida declaratoria, conducta negligente susceptible de ser examinada desde el punto de vista penal y disciplinario.

III. Problema jurídico

10. El análisis que a continuación adelantará la Sala habrá de absolver el siguiente problema jurídico principal: ¿Es anulable por falta de competencia temporal el acto a través del cual el municipio declaró la caducidad del contrato, habida cuenta de que fue expedido con posterioridad a la extinción del plazo de ejecutoria del contrato? Si bien es cierto que el demandante no atacó el acto administrativo con base en ese argumento, también lo es que la falta de competencia constituye el más grave de los vicios que puede afectar la validez de un acto y, por tal razón,

puede ser declarado de oficio, tal y como lo ha dispuesto la Sala en un caso que guarda similitud con el que ahora se estudia:

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Sección acerca de que la administración sólo puede declarar la caducidad del contrato durante la vigencia del mismo. En el caso que se examina se encuentra que la extemporaneidad alegada no fue objeto de las pretensiones de la demanda y esta consideración sólo la hace la parte actora en el alegato de conclusión ante esta instancia. Sin embargo, por tratarse del cargo de incompetencia temporal o ratione tempore que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador².

IV. Análisis de la Sala

11 Las entidades estatales tienen, entre otras potestades, las de interpretar, modificar y terminar unilateralmente el contrato, así como también la de declarar su caducidad frente al incumplimiento de las obligaciones del contratista. Estas facultades concedidas por la ley, surgen de la naturaleza especial de la relación que entre las entidades estatales y los particulares se establece, de la condición del Estado como contratante y de las finalidades del contrato estatal.

12 Una de las inquietudes que a lo largo del tiempo ha acompañado a la facultad de declarar la caducidad de un contrato, hace referencia a la oportunidad dentro de la cual se puede expedir el correspondiente acto administrativo. Habida cuenta

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 1999, exp. n.º 10.196, C.P. Ricardo Hoyos. En otros pronunciamientos la Sala ha declarado la nulidad por falta de competencia de los actos administrativos expedidos en desarrollo de un contrato estatal, aun cuando no haya sido pedido en la demanda. Así, en sentencia del 15 de abril de 2010, exp. n.º 18.292, C.P. Mauricio Fajardo, se indicó: “Toda vez que la parte actora solicitó, entre otras, la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad pública demandada liquidó unilateralmente el contrato, para la Sala resulta importante examinar el tema relacionado con la competencia ratio temporis de la entidad para el ejercicio de esta potestad. Lo anterior en razón a que: primero, la naturaleza de orden público propia de las normas que regulan y determinan la competencia, sea ésta de carácter jurisdiccional o administrativa, exige un control de aquellos eventos en los cuales éstas se transgreden, así este aspecto no se constituya como pretensión, comoquiera que la incompetencia se erige en la más grave de las distintas formas o clases de ilegalidad; y segundo, teniendo en cuenta que la liquidación constituye el finiquito del contrato administrativo, resulta igualmente necesario que el juez, oficiosamente, adelante el examen del punto, aún cuando éste no se hubiere solicitado en el proceso. Con base en lo expuesto y considerando la naturaleza de orden público, propia de las normas que regulan y atribuyen competencia y los postulados del principio de legalidad, se concluye que en aquellos casos en los cuales el juez advierta falta de competencia en determinado caso, debe abordar oficiosamente su estudio, debido a que ésta constituye una grave causal de ilegalidad”.

de que la norma no dispone expresamente al respecto, ha sido la jurisprudencia de la Sala la fuente para definir si sólo es posible decretar la caducidad dentro del plazo para la ejecución del contrato, esto es, durante el período en el que el contratista se encuentra legal y contractualmente habilitado para cumplir con las obligaciones contraídas, o si la posibilidad de proferir el acto correspondiente se extiende hasta cuando el contrato no haya sido liquidado, es decir, con posterioridad al vencimiento del plazo acordado para la ejecución del contrato.

13 La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que resulta aplicable en la actualidad, señala que *“la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre éste vigente, y no durante la etapa de la liquidación”*, con base en las siguientes razones:

a) El Legislador pretendió con la institución de la caducidad -tanto en la Ley 80 de 1993 y antes con el Decreto-ley 222 de 1983 art. 62 letras a) a la f)- la remoción del contratista incumplido, con el fin de evitar que se interrumpa o paralice la prestación de los servicios y funciones a cargo de las entidades contratantes, y asegurar su continuidad, mediante la correcta ejecución del objeto contractual por la misma entidad o por un tercero en reemplazo del contratista incumplido. b) Por el anterior motivo, la oportunidad de la medida está íntimamente relacionada con el plazo de ejecución del contrato y, por tanto, una vez culminado éste, no es viable caducarlo para el propósito previsto en la ley, y con independencia de que no se haya extinguido el contrato en virtud de su liquidación; en efecto, se destaca que: i.) La caducidad es una atribución para afrontar el incumplimiento del contrato, de manera que su ejercicio es jurídicamente viable dentro del término convencional de ejecución de las obligaciones, vencido el cual no es posible satisfacer la concurrencia de sus requisitos legales materiales; por ende, fenecido el plazo de ejecución la finalidad de la potestad se pierde y con ella la facultad para imponerla; y ii.) La etapa y el plazo de liquidación del contrato no están consagrados para ejercer esta potestad exorbitante, pues la ley no señaló que pudiera aplicarse durante ésta, sino dentro de la etapa y plazo fijado en el contrato para su ejecución; y, además, se reitera, no se trata de solucionar un problema exclusivamente económico o sancionatorio. c) Declarar la caducidad del contrato con posterioridad al fenecimiento del plazo de ejecución y en la etapa o plazo que se tiene para liquidarlo, sería reconocerle a este instituto un carácter meramente sancionatorio e indemnizatorio, dejando a un lado que con él se persigue la continuidad en la prestación de los servicios y funciones a cargo de las entidades, en los eventos en que se presente un incumplimiento del contratista que afecte grave y directamente el contrato y amenace con su paralización. f) (sic) En definitiva, la declaratoria de caducidad del contrato por parte de la Administración sólo procede por los motivos y con los requisitos señalados en la ley, durante el plazo pactado para la ejecución y cumplimiento oportuno de las obligaciones del mismo -que incluye tanto el plazo original como los

*adicionales-, y no cuando éste hubiese expirado, so pena de que el acto quede afectado con un vicio de nulidad, por incompetencia*³.

14 Al respecto, la Sala, a través de este pronunciamiento, reitera la posición jurisprudencial transcrita, en el sentido de que una vez expirado el término de ejecución del contrato no es posible decretar la caducidad y se permite añadir, por considerarlo pertinente, las siguientes reflexiones.

14.1 De acuerdo con lo acreditado en el acervo probatorio, la prestación principal que debía cumplir el contratista, la cual constituía el objeto del contrato –entregar el puente “*montado e instalado*”– estaba sujeta a plazo⁴, en el entendido de que sólo le era exigible al momento de la llegada de la fecha acordada para tal efecto y no antes⁵. En el caso concreto, el plazo acordado por las partes determinó el período dentro del cual el deudor debía ejecutar la prestación principal, con un límite temporal, convencionalmente dispuesto.

14.2 Una vez que el término o plazo de ejecución expira sin que se haya cumplido con “*la prestación de lo que se debe*”⁶, es decir, sin satisfacer al acreedor, el contratista en su calidad de deudor de la obligación, se encuentra en mora⁷ y para todos los efectos, se considera incumplida la obligación, la cual si correspondía a la prestación principal u objeto del contrato, implicará el incumplimiento del contrato. El incumplimiento puede provenir “*de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el*

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, expediente n.º 17.031, C.P. Ruth Stella Correa. En el mismo sentido, la providencia presenta esta argumentación: “*i) Legalmente la caducidad sólo procede en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista “...que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización...”. ii.) Se trata de un poder excepcional que le ha sido conferido a la Administración con la finalidad de afrontar el incumplimiento del objeto contractual y garantizar así la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos y funciones a cargo de la entidad contratante. iii.) El término o plazo concedido para la etapa de la liquidación unilateral o bilateral del contrato, no está destinado para la adopción de la caducidad del contrato. iv.) La facultad que tiene el acreedor de recibir o aceptar tardíamente o en mora el cumplimiento de la prestación, no puede ser entendida como una extensión del plazo estipulado en el contrato para ejecutarlo y que autorice, por tanto, declarar su caducidad dentro del término que se tiene para liquidarlo”.*

⁴ “*Artículo 1551.- El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación*”.

⁵ “*Artículo 1553.- El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo*”.

⁶ “*Artículo 1626.- El pago efectivo es la prestación de lo que se debe*”.

⁷ “*Artículo 1608.- El deudor está en mora: 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado*”.

*cumplimiento*⁸”, lo que da lugar a que el acreedor pueda “*pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios*”⁹.

14.3 En el campo de la contratación estatal, al cual se incorporan las normas civiles y comerciales¹⁰, el incumplimiento de la prestación originariamente contraída o débito primario dentro del plazo acordado, da lugar a que la responsabilidad contractual del contratista sea demandada ante el juez del contrato, para que el deudor sea compelido, mediante la ejecución forzada, al cumplimiento de la prestación debida –*in natura*– o del subrogado pecuniario y, en ambos casos, a la indemnización respectiva.

14.4 Sin perjuicio de lo anterior, en la contratación estatal, como resultado de los intereses generales y la utilidad pública que gravitan en torno a ella, las entidades del Estado se encuentran investidas de la facultad de decretar la caducidad del contrato en los casos previstos en la ley, en virtud del privilegio de la decisión

⁸ Código Civil, artículos 1613 y 1614.

⁹ “*Artículo 1546.- En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios*”.

¹⁰ Ley 80 de 1993: “*Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley...*” “*Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo*”. “*Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales. 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 equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos*”. “*Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación [obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública]*”. “*Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes siempre que no sean contrarias a la Constitución, la Ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración*”

previa. El literal f) del artículo 62 del Decreto 222 de 1983, aplicable al contrato celebrado entre el municipio de Chámeza y Nimrod Mir Ltda., prescribía que la declaratoria de caducidad era procedente, entre otras causales, *“si a juicio de la entidad contratante, del incumplimiento de las obligaciones del contratista se derivan consecuencias que hagan imposible la ejecución del contrato o se causan perjuicios a dicha entidad”*. Posteriormente, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 definió la caducidad como *“la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre...”*.

14.5 .

indican que se podrá decretar la caducidad cuando el incumplimiento de las obligaciones del contratista haga imposible la ejecución total del contrato –en los términos del Decreto 222– o *“afecte grave y directamente la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización”* –en los términos de la Ley 80–.

14.6 La Sala aprecia que en los textos referidos el legislador diferenció claramente los conceptos de *“obligación”* y *“contrato”*, puesto que el incumplimiento lo predica de las obligaciones, no del contrato en su totalidad, y respecto de éste indica que lo que dará lugar a decretar la caducidad será la imposibilidad o la afectación grave y directa de su ejecución, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones.

14.6.1 Resulta indispensable establecer la diferencia entre los conceptos referidos, para lo cual debe apreciarse, en primer lugar, que el término jurídico *“obligación”* no tiene definición legal –más allá de lo que se prescribe acerca de las civiles y naturales¹¹–, a pesar de lo cual la doctrina nacional lo precisa como el vínculo protegido por el derecho, que puede emerger de diferentes fuentes jurídicas de acuerdo con las normas y la jurisprudencia –contratos, actos jurídicos unilaterales, hecho ilícito, ley, enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, fraude a la ley,

¹¹ *“Artículo 1527.- Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se dado o pagado, en razón de ellas”*.

etc¹²–, en virtud del cual un deudor debe cumplir con una cierta prestación a favor del acreedor, so pena de ejecución judicial¹³.

14.6.2 Por su parte, el “contrato” sí tiene definición expresa dentro de algunos artículos de la Ley 80 de 1993¹⁴, del Código Civil¹⁵ y del Código de Comercio¹⁶, con fundamento en los cuales se entiende como el acto o acuerdo que dentro del conglomerado social o de la organización estatal celebran dos o más partes, de conformidad con su voluntad y condiciones propias, con sujeción a los límites que imponen las normas imperativas, en razón al cual se fija un conjunto de obligaciones y derechos judicialmente exigibles, dada su condición de norma, ley o reglamento de la específica relación.

14.6.3 Los hechos y el derecho demuestran claramente que de los contratos surge una pluralidad de obligaciones entre las partes, las más de las veces recíprocas – relaciones sinalagmáticas–, que lleva a la creación de derechos correlativos a las obligaciones contraídas, de suerte que las partes en tales relaciones, son al tiempo acreedoras y deudoras. En ese orden de ideas, el contrato es el marco dentro del cual se fijan los derechos y obligaciones de las partes, o el contenedor

¹² Código Civil: “Artículo 1494.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”. Código de Comercio: “Artículo 830.- El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”. “Artículo 831.- Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”.

¹³ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 55: “Obligación significa ligamen, atadura, vínculo, términos próximos entre sí, cuando no sinónimos, que vertidos al derecho implican una relación jurídica, o sea una relación sancionada por aquel, establecida entre dos personas determinadas, en razón de la cual un sujeto activo, que se denomina acreedor, espera fundadamente un determinado comportamiento, colaboración, que es la prestación, útil para él y susceptible de valoración pecuniaria, de parte y cargo de otro, sujeto pasivo, llamado deudor, quien se encuentra, por lo mismo, en la necesidad de ajustar su conducta al contenido del nexos, so pena de quedar expuesto a padecer ejecución forzada, o sea a verse constreñido alternativamente, a instancia de su contraparte, a realizar la prestación original o a satisfacer su equivalente en dinero y, en ambos casos, además, a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento”.

¹⁴ “Artículo 32.- De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación [obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública]”

¹⁵ “Artículo 1495.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa...”

¹⁶ “Artículo 864.- El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”

en el que se concentran, o el camino por el cual circulan, y la obligación por excelencia del deudor radica en satisfacer la prestación principal debida, la cual constituye, por tal razón, el objeto del contrato.

14.7 En el asunto *sub judice*, el contrato celebrado entre las partes comprende diferentes obligaciones y derechos, y corresponde a aquellos cuyo cumplimiento íntegro o total requiere del cumplimiento singular de una serie de prestaciones sucesivas o continuas, como las actividades para el montaje e instalación del puente y, en tal sentido, no es susceptible de ser ejecutado en su totalidad en un solo momento. Así, con anterioridad al momento de exigir el cumplimiento final de la prestación principal, es decir, antes del vencimiento del plazo para la entrega final de la obra, han debido verificarse por parte de la entidad estatal las entregas parciales respectivas, puesto que la naturaleza del contrato¹⁷ indica que si tales actividades no se han desarrollado de manera idónea y oportuna, no podrá entregarse la obra completa dentro del plazo acordado.

14.8 En ese orden de ideas, la Sala concluye que las entidades estatales no deben esperar a que se venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si hubo un incumplimiento total del mismo y decretar la caducidad; todo lo contrario: las normas que consagran la facultad de declarar la caducidad exigen que el plazo no haya expirado para declararla, puesto que el incumplimiento que esas normas requieren para decretar la caducidad es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, advertirá que la prestación principal, el objeto del contrato, no será satisfecho dentro del plazo de ejecución y, por tal motivo, decretará la caducidad.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2007, expediente n.º AP-369, C.P. Ramiro Saavedra Becerra: *“La naturaleza jurídica de un contrato puede definirse como el cauce sobre el cual transcurre la corriente de las disposiciones contractuales, las cuales tienen como afluentes a las normas jurídicas, la común intención de las partes, la buena fe, la costumbre y la equidad natural. Al nacimiento de esa corriente concurre la causa, en el recorrido de la misma y en su desembocadura están presentes los efectos, y hacen las veces de dique, para impedir su desbordamiento, las normas imperativas. El cauce ha sido construido sobre bases prácticas primero, y dogmáticas después, para, posteriormente, ser consagrado positivamente en diferentes períodos de la evolución jurídica, y moldeado en función de las necesidades materiales de los particulares y del Estado”*.

14.9 De tal forma, al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que *“la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista...”* y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado.

14.10 Como argumento final, el bien jurídico que se ampara, esto es, la ejecución del objeto contratado, no se puede proteger mediante la declaratoria de caducidad cuando el plazo para la ejecución del contrato –pactado originariamente en el contrato o en la adición u otrosí que para el respecto se suscriba– haya expirado. Si bien es cierto que en ocasiones el contratista ejecuta obras pactadas después de expirado el plazo, incluso con la aquiescencia de la entidad, tal comportamiento no genera jurídicamente extensión alguna del plazo de ejecución, puesto que un contrato que es solemne por prescripción legal¹⁸ –como el contrato estatal y dentro de este, por supuesto, la cláusula que establece el plazo de ejecución–, solo se puede modificar a través de un acuerdo o convención que se ajuste a las mismas formalidades requeridas para la creación del contrato originario, dado que la convención modificatoria está tomando el lugar del contrato originario y la solemnidad que se predica legalmente de éste, se exige para reconocer existencia, validez y eficacia a la convención que lo modifica¹⁹.

¹⁸ *“Artículo 39.- De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. (...)” “Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”*

¹⁹ El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla al señalar que: *“[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, de suerte que el consentimiento mutuo para modificar o adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales, por ende a las solemnidades, que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente n.º 15596, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

15 El Consejo de Estado cumple la labor de aplicar el ordenamiento jurídico a los casos que se someten a su consideración. También las interpreta de acuerdo con las particularidades de los casos que decide y fija posiciones que las aclaran, explican, integran o complementan, las cuales han de ser consideradas por la misma corporación en sus futuros pronunciamientos, así como también por los tribunales y jueces administrativos. La Sala considera que temas como el que en el asunto *sub judice* se discute, en los cuales no existe una definición legal expresa sino que ha sido la labor de la corporación la que ha extraído de las normas la regla jurídica aplicable, deben contar con líneas jurisprudenciales claras y estables, que brinden confianza a las entidades estatales y a los particulares acerca de cuál es el contenido y alcance de la regla correspondiente. La seguridad es una de las más importantes búsquedas del derecho, la cual, ante la realidad indiscutible de que en las leyes se presentan ambigüedades y lagunas, solo se logra con una jurisprudencia armónica, con vocación de estabilidad, que únicamente se debe modificar cuando los cambios normativos y sociales lo impongan. Así, el Consejo de Estado debe estar atento y vigilante de las líneas jurisprudenciales que ha trazado, para que frente a las decisiones que debe tomar, tales líneas se mantengan, o se modifiquen de manera parcial o total cuando los cambios lo demanden.

16 En el asunto *sub judice*, de conformidad con lo que ha sido probado a lo largo del proceso, el plazo máximo para la finalización de las obras era el 19 de julio de 1994 y la entidad territorial decretó la caducidad el día 21 de julio de 1994 – párrafo 9.3–.

17 De acuerdo con lo expuesto, como consecuencia de la falta de competencia temporal del alcalde del municipio de Chámeza para decretar la caducidad del contrato, en atención al Código Contencioso Administrativo²⁰, la Sala declarará la nulidad de los actos administrativos expedidos por la entidad para tal efecto, a saber: resolución n.º 44 del 21 de julio de 1994 –párrafo 9.3–; resolución n.º 47 del 12 de agosto de 1994 –párrafo 9.4–; resolución n.º 51 del 16 de agosto de 1994 – párrafo 9.5–. También declarará la nulidad de la resolución n.º 61 del 11 de

²⁰ “Artículo 84.- Modificado por Decreto 2304 de 1989, artículo 14.- Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que las profirió.”

septiembre de 1995 –párrafo 9.10–, a través de la cual se liquidó el contrato, porque toda ella se fundamenta sobre los actos administrativos que declararon la caducidad del contrato y, en consecuencia, la nulidad de tales actos afecta su validez.

18 En relación con el argumento propuesto por el actor, consistente en la supuesta falsa motivación de las resoluciones referidas, la Sala observa que el estudio sobre la falta de competencia temporal resulta suficiente para resolver a favor del demandante sus pretensiones declarativas, razón por la cual se abstendrá de adelantar análisis ulteriores.

V. Liquidación de perjuicios

19 El dictamen pericial practicado en el proceso, de fecha 12 de septiembre de 1996 (f. 49–63, c.2), concluyó que: (i) el puente objeto del contrato “*se encuentra sin terminar, pero en servicio restringido ... se halla en un noventa por ciento de construcción (90%)*”; (ii) los sobrecostos ascienden a la suma de \$60 746 875 de 1994, sin intereses ni corrección monetaria; (iii) las utilidades promedio que debería percibir el constructor “*se pueden estimar en condiciones normales en un 10% del costo del puente más el montaje*”; (iv) el número de puentes que el contratista podría instalar se determina de la siguiente forma: “*Si la firma posee una línea de producción y existencias de las partes en puentes de bodega, podría montar diez unidades en un año. Pero si está a la espera de pedidos para su fabricación, solo podría instalar en promedio cinco puentes en un año*”. Es importante señalar que la entidad demandada se limitó a atacar el peritaje con el argumento de que había sido presentado por fuera de la oportunidad correspondiente (f. 65–66, c. 2; f. 69–71, c. 2); el Tribunal *a quo* profirió el auto del 24 de abril de 1997 (f. 82–85, c. 2), por medio del cual desestimó la petición de la entidad y ordenó tener en cuenta el peritaje al momento de valorar las pruebas. En relación con la parte sustancial de la peritación, la entidad demandada se abstuvo de solicitar aclaración o adición y de objetarlo.

19.1 La Sala ha expuesto a propósito de la prueba pericial:

... de conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, la peritación como medio de prueba es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El perito debe

informarle razonadamente al juez lo que de acuerdo con esos conocimientos especializados sepa de los hechos... Para su eficacia probatoria debe reunir ciertas condiciones de contenido ... que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas... El dictamen del perito debe ser claro, preciso y detallado, en él se deben explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones (numeral 6 del artículo 237 ejusdem) ... el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra... En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma²¹.

19.2 En relación con la construcción del puente en un 90%, la Sala encuentra que la opinión de los peritos debe ser recibida, puesto que los documentos que se incorporaron dentro del informe correspondiente, así como la visita de los expertos al sitio, llevan a concluir con certeza que la obra se realizó hasta por ese porcentaje. En el mismo sentido, se aprecia que en parte alguna del expediente la entidad territorial objetó que las obras habían alcanzado el porcentaje indicado. El perjuicio corresponde entonces al daño emergente.

20 Así las cosas, en atención a que el contratista recibió a título de anticipo el 70% del contrato, existe un valor equivalente a 20 puntos porcentuales que debe ser pagado por parte de la entidad territorial para llegar al 90%.

20.1 Con el propósito de definir cuál es la fecha a partir de la cual se hizo exigible el pago de la suma equivalente a los veinte puntos porcentuales referidos y así proceder con la actualización del capital y la liquidación de los intereses moratorios, la Sala aprecia, en primer lugar, que en la cláusula cuarta del contrato se dispuso expresamente que la entidad, luego del anticipo del 70%, pagaría “*el 30% restante inmediatamente después de la firma del acta de recibo del puente y contra la respectiva cuenta*”. Habida cuenta de que no hubo un acta de entrega del

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2008, expediente No. 16.491, C.P. Ruth Stella Correa.

puede ni se presentó cuenta alguna sobre el particular, se puede concluir que las disposiciones contractuales no resuelven la inquietud planteada.

20.2 Ahora bien, en vigencia del Decreto 222 de 1983, norma a la cual estaba sujeto el contrato *sub judice*, la jurisprudencia del Consejo de Estado estableció que en aquellos contratos que requerían del trámite de liquidación, se debía proceder en tal sentido dentro de un término máximo de seis meses, de los cuales, los primeros cuatro correspondían a la liquidación de mutuo acuerdo y los dos últimos, cuando no se lograra el acuerdo, al período dentro del cual se liquidaría unilateralmente el contrato por parte de la entidad estatal²², posición que fue acogida por la Ley 80 de 1993, en el artículo 60²³. En consecuencia, la Sala entiende que el término dentro del cual ha debido liquidarse el contrato y pagar el valor equivalente a los veinte puntos porcentuales de ejecución que no fueron reconocidos por parte de la entidad, es de seis meses, contados desde el 19 de julio de 1994, fecha en que ha debido entregarse la obra, pues entonces expiraba el período de ejecución del contrato –párrafo 9.3–.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 1988, expediente n.º 3615, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. La Sala estimó que el término para liquidar de mutuo acuerdo los contratos era de cuatro meses, al precisar: “... aunque la ley no lo diga, no quiere significar esto que la administración pueda hacerlo a su arbitrio, en cualquier tiempo. No, en esto la jurisprudencia ya ha tomado también partido. Se ha considerado como término plausible el de cuatro meses: dos para que el contratista aporte la documentación adecuada para la liquidación, y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo. Si vence este último, la administración no podrá esperar más y deberá proceder a la liquidación unilateral mediante resolución administrativa debidamente motivada...”. En el mismo sentido, con posterioridad, mediante sentencia del 11 de diciembre de 1989, expediente n.º 5334, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo, la Sala indicó que adicional a los cuatro meses para la liquidación de mutuo acuerdo entre las partes, debía existir un período de dos meses para la liquidación unilateral, así: “...A falta de acuerdo, estima la Sala que la entidad contratante debe proceder a la liquidación unilateral dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término para hacer la liquidación de común acuerdo. Aunque este nuevo plazo no está previsto por la ley de manera específica, coincide con el consagrado legalmente para que se produzca el fenómeno del silencio administrativo negativo (Decreto ley 2.304 de 1989, arts. 1º y 7º) y, por esta razón, lo adopta la Sala para eventos como el que aquí se presenta”.

²³ El artículo 60 de la Ley 80, en su redacción original, establecía: “Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A.”.

20.3 En ese orden de ideas, el término de seis meses expiraría el 19 de enero de 1995, fecha que la Sala considera como aquella en la cual la entidad ha debido pagar el saldo del 20% del valor total del contrato. Así, se procederá con el cálculo correspondiente, de acuerdo con la siguiente información: (i) Valor histórico: es el 20% del total del contrato, es decir: \$12 792 000; (ii) IPC final (junio de 2012): 111,35; (iii) IPC inicial (enero de 1995): 26,63. En consecuencia, el valor actualizado asciende a **\$53 488 141**.

21. En el mismo sentido, la parte demandada tiene derecho a que se le reconozcan los intereses que tal suma de dinero habría generado, en observancia de lo dispuesto en las normas jurídicas que regulan expresamente el procedimiento para el cálculo de los intereses moratorios, esto es, el inciso segundo del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993²⁴ y el artículo 1 del Decreto 679 de 1994²⁵.

21.1 Si bien es cierto que la normatividad a la cual está sometido el contrato de la referencia es el Decreto 222 de 1983, se deben liquidar los intereses moratorios de acuerdo con lo dispuesto en las normas antes referidas, en virtud de la posición que al respecto ha asumido la Sala, de forma reiterada y pacífica:

(i) Ante el silencio de las partes al respecto, de conformidad con el artículo 38, numeral 2, de la Ley 153 de 1887, y en armonía con la figura de la mora, los intereses de mora deben liquidarse de conformidad con la norma vigente al momento de la infracción, de suerte que si la conducta incumplida y tardía del deudor se proyecta en el tiempo y existe durante ese lapso cambio de legislación, es menester aplicar la norma vigente que abarque el período o días de mora de que se trate. (ii) Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, la tasa del interés de mora aplicable en cada contrato que celebren las entidades públicas, ante el silencio de las partes, es la establecida en el citado numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, con independencia de que la actividad ejercida sea o no de carácter civil o comercial, sin perjuicio de que ellas puedan estipular otro tipo de tasa incluso la civil o comercial sin incurrir en interés de usura. (iii) En los contratos celebrados por las entidades públicas

²⁴ “Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”.

²⁵ “De la determinación de los intereses moratorios. Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4°, numeral 8° de la ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos”.

con antelación a la Ley 80 de 1993, en los cuales no se pactaron intereses de mora ante el incumplimiento, la norma aplicable para sancionar a la parte incumplida y liquidar intereses de mora por el período anterior a su entrada en vigencia, será el artículo 884 del Código de Comercio, si la parte afectada tiene la condición de comerciante o el acto es para éste de carácter mercantil (arts. 1, 10, y 20 y ss C. Co.); o el artículo 1617 del Código Civil si ninguna de las partes (contratista o entidad) tiene esa condición; y por el período posterior a la fecha de vigor de la citada Ley 80 de 1993, le será aplicable la establecida en el numeral 8º del artículo 4 ibídem para liquidar el interés de mora²⁶.

21.2 En relación con la fecha a partir de la cual se deben reconocer los intereses moratorios, la jurisprudencia vigente de la Sala, con fundamento en el artículo 885 del Código de Comercio²⁷, ha indicado que:

...en aquellos contratos estatales en los cuales no se hubieren establecido o estipulado, de manera expresa o precisa, plazos específicos para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la respectiva entidad estatal contratante y en especial, cuando se trate de obligaciones de contenido dinerario, las respectivas entidades estatales contarán con un plazo de treinta (30) días para la realización del pago correspondiente, por manera que incurrirán en mora a partir del vencimiento de ese plazo, el cual habrá de contarse i) bien a partir de la fecha en la cual la Administración hubiere recibido, a satisfacción, los bienes, las obras, los servicios o, en general, las prestaciones a cargo del contratista particular o ii) bien – y contando como presupuesto con el cumplimiento de las obligaciones a cargo del particular contratista–, a partir de la fecha de presentación o entrega de la correspondiente cuenta de cobro o factura, lo que ocurra primero, tesis que en buena medida corresponde a aquella que ya en ocasiones anteriores había adoptado la propia Sala...²⁸.

21.3 Lo anterior significa que a partir del momento debido para la liquidación del contrato, 19 de enero de 1995, debe contarse un período adicional de 30 días para

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2010, expediente n.º 17.214, C.P. Ruth Stella Correa. Dentro del cuerpo de la providencia se hace referencia a pronunciamientos anteriores de la Sala de 11 de septiembre de 2003, expediente n.º 14781; 9 de octubre de 2003, expediente n.º 3412; 29 de enero de 2004, expediente n.º 10779. En el mismo sentido, sentencia del 10 de junio de 2009, expediente n.º 16495, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁷ “Artículo 885.- Todo comerciante podrá exigir intereses legales comerciales de los suministros o ventas que haga al fiado, sin estipulación del plazo para el pago, un mes después de pasada la cuenta”.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 2008, expediente n.º 23.003, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Dentro del texto de la providencia se hace referencia a otros pronunciamientos de la Sección Tercera: sentencia de 29 de enero de 2004, expediente n.º 10.779, C.P. Alier Hernández; sentencia de 21 de junio de 1999, expediente n.º 14.943, C.P. Daniel Suárez.

iniciar el cobro de los intereses moratorios, de suerte que a partir del 19 de febrero de 1995 iniciaría su causación.

21.4 Huelga advertir que la posición vigente de la Sala consistente en que solo reconoce intereses moratorios a partir de la fecha de la sentencia, está referida a aquellos casos en los que la autoridad judicial correspondiente declara la nulidad del acto a través del cual la entidad impuso una multa o hizo efectiva una cláusula penal pecuniaria, puesto que es entonces cuando nace la obligación a favor del contratista y a cargo de la entidad de restituir la suma respectiva, bajo el entendido de que con anterioridad a la sentencia el acto estaba amparado por la presunción de legalidad correspondiente, y la entidad no debía suma alguna al contratista por ese concepto²⁹. A diferencia de lo anterior, en el asunto *sub judice* se está condenando por la falta de pago de una suma de dinero que se debía en función de la realización de obras en desarrollo de un contrato estatal, debidamente acreditadas en el expediente, situación que no involucra hipótesis de multa alguna.

21.5 Es pertinente recordar que las obligaciones están conformadas por dos elementos indisolubles denominados débito y responsabilidad³⁰; que en virtud del

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 2009, exp. n.º 24.639, C.P. Myriam Guerrero de Escobar: *“La parte actora, también reclamó a título de indemnización de perjuicios el pago de intereses bancarios corrientes y el pago de intereses moratorios, pretensión que será denegada por las siguientes razones: (i) En el caso sub lite la suma que se ordena reintegrar a la parte actora como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que la impuso, no corresponde a una obligación surgida del contrato celebrado entre las partes y a cargo de la parte demandada. (ii) La obligación de reintegro de la multa a cargo del ISS, indiscutiblemente surge de la sentencia misma, en tanto que es ella la que define la controversia suscitada en relación con la legalidad de la sanción impuesta por el ISS. (iii) Al encontrar la Sala que el acto administrativo que impuso la sanción es ilegal, una vez se encuentre ejecutoriada la providencia que declara su nulidad, se produce un doble efecto, de una parte, surge la obligación del ISS de hacer el reintegro del valor pagado y correlativamente, el derecho de GRANAHORRAR de exigir su devolución. (iv) Es claro que la sentencia es constitutiva de la obligación, puesto que con ella se introduce una estructura nueva en la relación jurídica, creándola, modificándola o extinguiéndola, es decir que para producir dicha situación nueva resulta indispensable dictar la sentencia [H. MORALES MOLINA, Parte General, Novena edición, Bogotá, 1985, pág. 496]. En otras palabras solo con la sentencia, el ISS se convierte en deudor y GRANAHORRAR en acreedor y es este el momento en que nace la obligación y, por lo tanto, no habría lugar al reconocimiento de intereses corrientes bancarios y mucho menos moratorios, como lo pretende la parte actora, toda vez que al momento en que la multa fue pagada por GRANAHORRAR, el ISS no tenía obligación de restitución alguna a su cargo, única razón para que procediera el reconocimiento de los frutos civiles, desde esa época. En este orden de ideas, tan solo procede en favor de la parte actora y a título de indemnización de perjuicios, el reconocimiento al Banco GRANAHORRAR del valor de la multa que canceló en el año 2001, debidamente indexada”.*

³⁰ F. HINESTROSA, *Tratado de las Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 78: *“Resalta, entonces, los dos elementos característicos de la relación*

primero de ellos el deudor se encuentra compelido al cumplimiento del objeto debido, al comportamiento o conducta que el acreedor espera para su satisfacción; que el segundo representa la posibilidad del acreedor, frente a la renuencia del deudor, de exigir judicialmente no solo el pago de la prestación *in natura* o del subrogado pecuniario, sino también de los perjuicios ocasionados, dentro de los cuales aparecen claramente los intereses moratorios.

21.6 Así, resulta claro para la Sala que la diferencia fundamental entre la sentencia que anula el acto administrativo que impone una multa o hace efectiva una cláusula penal pecuniaria y la que advierte la falta de pago de unas obras contratadas y realizadas, radica en que en el primer caso la sentencia constituye el título que obliga a la entidad a restituir al contratista la suma que éste había pagado, pues anula el acto administrativo que la impuso, y solo a partir de entonces se puede decir que la entidad le debe al contratista una suma de dinero, razón por la cual no se puede hablar de que haya mora de la entidad con anterioridad a la constitución del título de la obligación, es decir, al momento en que la sentencia queda en firme. Por el contrario, en el caso de la falta de pago de las obras realizadas por parte del contratista, el título de la obligación correspondiente es el contrato, pues ahí se encuentra el acuerdo que dio lugar a que el contratista las construyera y a que la entidad las pagara, de suerte que ante la renuencia de esta última y la consecuente persecución judicial adelantada por el contratista, acreedor de la obligación dineraria, se activa la responsabilidad como elemento de la obligación y surge a su favor el derecho de cobrar la suma debida y los intereses moratorios respectivos, causados desde el momento en que ha debido pagarse, obviamente, con anterioridad a la fecha de la sentencia de acuerdo con lo que el título indicare, o en los términos del artículo 885 del Código de Comercio, tal y como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sección.

21.7 En consecuencia, se tomarán los siguientes datos: capital: \$12 792 000; fecha exigibilidad: 19 de febrero de 1995; fecha de la presente sentencia: 12 de julio de

obligatoria: el débito y la responsabilidad. Débito consistente en la esperanza o creencia del beneficiario de la prestación, de que el obligado cumplirá exactamente el compromiso contraído, junto con la necesidad en que se halla el deudor de preferir el interés ajeno al propio y acomodar sus actos y omisiones a la finalidad del vínculo. Y responsabilidad, término con el que se señala la posibilidad que tiene el acreedor, una vez establecida la renuencia del obligado al pago, de exigir coercitivamente la prestación específica determinada en el título y, en subsidio, trocado el bien o el servicio en dinero, realizar la expropiación forzosa de los bienes del deudor por causa de utilidad privada, hasta concurrencia del equivalente pecuniario de la prestación y de los perjuicios del incumplimiento, mediante proceso ejecutivo”.

2012. Períodos anuales: desde la fecha de la mora hasta la fecha de esta sentencia y sobre cada valor actualizado por año, se le aplica el 12% anual. IPC: total variación año anterior.

| Período a liquidar | Capital histórico por período \$ | Variación I.P.C. % | Valor actualizado \$ | Tasa de interés % | Interés Moratorio \$ |
|-----------------------------------|---|--------------------------------------|-----------------------------|--------------------------|-----------------------------|
| 19 feb - 31 de diciembre de 1995 | 12 792 000 | 19,58 (fracción del IPC 1994, 22,59) | 15 296 673 | 9,4 | 1 437 887 |
| 1 enero - 31 de diciembre de 1996 | 15 296 673 | 19,46 (IPC 1995) | 18 273 405 | 12 | 2 192 808 |
| 1 enero - 31 de diciembre de 1997 | 18 273 405 | 21,63 (IPC 1996) | 22 225 942 | 12 | 2 667 113 |
| 1 enero - 31 diciembre de 1998 | 22 225 942 | 17,68 (IPC 1997) | 26 155 488 | 12 | 3 138 658 |
| 1 enero - 31 diciembre de 1999 | 26 155 488 | 16,70 (IPC 1998) | 30 523 454 | 12 | 3 662 814 |
| 1 enero - 31 diciembre de 2000 | 30 523 454 | 9,23% (IPC 1999) | 33 340 768 | 12 | 4 000 892 |
| 1 enero - 31 diciembre de 2001 | 33 340 768 | 8,75% (IPC 2000) | 36 258 085 | 12 | 4 350 970 |
| 1 enero - 31 diciembre de 2002 | 36 258 085 | 7,65% (IPC 2001) | 39 031 828 | 12 | 4 683 819 |
| 1 enero - 31 diciembre de 2003 | 39 031 828 | 6,99% (IPC 2002) | 41 760 152 | 12 | 5 011 218 |
| 1 enero - 31 diciembre de 2004 | 41 760 152 | 6,49% (IPC 2003) | 44 470 385 | 12 | 5 336 446 |
| 1 enero - 31 diciembre de 2005 | 44 470 385 | 5,50% (IPC 2004) | 46 916 256 | 12 | 5 629 950 |
| 1 enero - 31 diciembre de 2006 | 46 916 256 | 4,85% (IPC 2005) | 49 191 694 | 12 | 5 903 003 |
| 1 enero - 31 diciembre de 2007 | 49 191 694 | 4,48% (IPC 2006) | 51 395 481 | 12 | 6 167 457 |

| | | | | | |
|--------------------------------|------------|---------------------------------------|------------|-----|-----------|
| 1 enero - 31 diciembre de 2008 | 51 395 481 | 5,69% (IPC 2007) | 54 319 883 | 12 | 6 518 386 |
| 1 enero - 31 diciembre de 2009 | 54 319 883 | 7,67 (IPC 2008) | 58 486 218 | 12 | 7 018 346 |
| 1 enero - 31 diciembre de 2010 | 58 486 218 | 2,00 (IPC 2009) | 59 655 942 | 12 | 7 158 713 |
| 1 enero - 31 diciembre de 2011 | 59 655 942 | 3,17 (IPC 2010) | 61 547 035 | 12 | 7 385 644 |
| 1 enero - 26 de abril de 2012 | 61 547 035 | 1,95 (fracción del IPC 2011, 3,73) | 62 747 202 | 6,3 | 3 953 073 |
| Total INTERESES MORA | | | | | |
| \$ 86 217 197 | | | | | |

22 En relación con los sobrecostos, el cálculo incluido en la peritación comprendía:

**CÁLCULO DE SOBRECOSTOS CONSTRUCCIÓN PUENTE
METÁLICO DE PUNTO AÉREO**

FECHA: Septiembre 1996

| | <i>Cant</i> | | <i>V/día</i> | <i>V/parcial</i> | <i>Subtotal/día</i> |
|-------------------------------|--------------|-----------------------|-------------------------|------------------|---------------------|
| EQUIPO | | | | | 296.125 |
| <i>Equipo soldadura</i> | <i>0,625</i> | | <i>70.000</i> | <i>43.750</i> | |
| <i>Retroexcavadora 1 yd3</i> | <i>0,625</i> | | <i>300.000</i> | <i>187.500</i> | |
| <i>Campero</i> | <i>0,1</i> | | <i>80.000</i> | <i>8.000</i> | |
| <i>Tilfor y diferenciales</i> | <i>2,5</i> | | <i>12.000</i> | <i>30.000</i> | |
| <i>Garluchas</i> | <i>2,5</i> | | <i>5.000</i> | <i>12.500</i> | |
| <i>Campamento</i> | <i>1</i> | | <i>5.000</i> | <i>5.000</i> | |
| <i>Herramienta menor</i> | <i>0,625</i> | | <i>15.000</i> | <i>9.375</i> | |
| | | | | | |
| PERSONAL | | <i>Salario sin p.</i> | <i>Con prestaciones</i> | | 51.000 |
| <i>Campamentero</i> | <i>2</i> | <i>15.000</i> | <i>25.500</i> | <i>51.000</i> | |
| VALOR DÍA | | | | | 347.125 |

VALOR COSTO DIRECTO SEMANAL
2.429.875

A.I.U (25%) semana
607.469

VALOR COSTO TOTAL SEMANAL
3.037.469

TIEMPO DE SUSPENSIÓN "STAND BY" (SEMANAS)

| | | |
|--------------------|-----------|---|
| FECHA SUSPENSIÓN | 18-FEB-94 | |
| FECHA REINICIACIÓN | 5-JUL-94 | x |
|20 | | |

VALOR TOTAL DE SOBRECOSTOS POR SUSPENSIÓN
60.746.875

(VALOR PRESENTE)

22.1 Es bien sabido que la naturaleza jurídica de la pretensión, como manifestación del demandante para que se vincule al demandado mediante una sentencia en determinado sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos³¹, atribuye al actor la facultad, en ejercicio del principio dispositivo, de dirigir el proceso hacia un fin y de determinar el camino correspondiente. El juez, por su parte, de manera coherente debe estarse a ese camino para la toma de la decisión final en el proceso. En el caso concreto, lo que demanda el actor por concepto de sobrecostos y lo que las pruebas y el dictamen pericial acreditan sobre el particular, no concuerdan puesto que el demandante hace derivar los perjuicios incorporados en el libelo introductorio –“sobrecostos asumidos en la ejecución de la obra”– de la declaratoria de caducidad del contrato; en sentido contrario, en la peritación se hizo el avalúo de los sobrecostos con base en los que supuestamente surgieron de la suspensión del contrato desde el 18 de febrero de 1994 hasta el 5 de julio de 1994, la cual se atribuyó, dentro del texto de la resolución n.º 44 del 21 de julio de 1994 –párrafo 9.2– “al mal tiempo reinante en la zona”.

22.2. De otra parte, la Sala aprecia que el dictamen pericial más allá de incorporar las cifras transcritas no brinda información alguna sobre la proveniencia de las mismas, es decir, no cuenta con fundamentación que brinde certeza para concluir que tales perjuicios tuvieron ocurrencia en realidad. En tal sentido, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público rendido ante el Consejo de Estado –párrafo 6–, que acoge la Sala, se puede concluir:

³¹ H. DEVIS ECHANDÍA, *Nociones Generales del Derecho Procesal Civil*, Aguilar, Madrid, 1966, p. 216.

A pesar de que los peritos en su informe hacen unos cálculos de sobrecostos por mano de obra y materiales, se observa que no se explica con claridad de dónde proviene su cálculo, son hipotéticos, dado que el demandante no acreditó que en realidad hubiera incurrido en ellos, pues no se arrimó prueba alguna en el sentido de que hubiera utilizado más mano de obra, maquinaria y equipos de los presupuestados y el costo adicional de los mismos; además, el peritazgo habla de los sobrecostos producidos por el tiempo de suspensión, mientras que el demandante reclama los sobrecostos en la ejecución total de las obras, cuya existencia tampoco se probó en el plenario.

23 Con referencia a los efectos que la declaratoria de caducidad generó sobre el contratista, la Sala concluye que está debidamente acreditado que hubo un perjuicio, puesto que estuvo inhabilitado para contratar con el Estado por espacio de cinco años³². A pesar de lo anterior, no hay certeza sobre el monto o cuantía del perjuicio ocasionado al actor por la inhabilidad para contratar, en tanto que el dictamen pericial, al indicar que la sociedad demandante podría montar diez unidades de puentes en un año si contaba con una línea de producción y que el número se limitaría a cinco si estuviera a la espera de pedidos para la fabricación, está refiriéndose a la oferta pero no a la demanda de construcción de los puentes.

23.1 La Sala, frente a situaciones similares a la que ahora se presenta, ha expuesto que *“el principio de valoración en equidad no se aplica respecto de la existencia del daño mismo, pues él debe estar demostrado en el proceso, sino que procede únicamente para la determinación del quantum a indemnizar en aquellos casos en que resulta difícil o compleja la acreditación de su valor”*³³.

23.2 La equidad, principio general del derecho y criterio auxiliar de la actividad judicial, ha sido considerada como la justicia del caso concreto que corrige a la ley. Es cierto que el derecho se fundamenta sobre el principio de legalidad y que éste último sujeta a los jueces más que cualquier otro vínculo: es el deber ser, es el

³² Decreto 222 de 1983: *“artículo 8. De las inhabilidades.- No podrán celebrar contratos por sí o por interpuesta persona con las entidades a que se refiere este estatuto: 2) Quienes por hechos de que fueron responsables dieron lugar a la declaratoria de caducidad por parte de cualquier entidad pública. Parágrafo.- Las inhabilidades a que se refieren los numerales 2º y 3º, se extenderán por cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria de la resolución de caducidad o de la firma del contrato”*. Ley 80 de 1993: *“artículo 8. 1º Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contrato con las entidades estatales: c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad... Las inhabilidades a que se refieren los literal c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad...”*

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, expediente n.º 17.031, C.P. Ruth Stella Correa.

logro de muchos siglos de evolución jurídica y social; es la forma como las reglas sustantivas y procesales de juzgamiento se hacen públicas, objetivas, generales, impersonales y abstractas. Pero también es cierto que en nombre del derecho y de la legalidad es mucho lo que se ha tenido que sacrificar. Este problema no es nuevo y desde Roma, en atención a la influencia helenística, hace más de dos mil años, se lo advertía con la utilización del brocardo *summum ius summa iniuria* (mucho derecho, mucha injusticia).

23.3. Así, en el día a día del quehacer jurídico se habla de la equidad para flexibilizar el formalismo aséptico de la norma abstracta, de conformidad con las diferentes funciones que se le reconocen, como: (i) informadora del espíritu del legislador, en cuanto que le da sustancia a la ley; (ii) integradora frente a los vacíos o lagunas que quedan de las generalizaciones de la ley y que no encuentran concreción en los asuntos específicos; (iii) correctiva de la ley en cuanto que constituye un fundamento para rectificar su iniquidad, cuando quiera que ella se dé; (iv) interpretativa, pues fija el sentido justo de los objetos jurídicos que se someten al entendimiento de los diferentes actores que participan en el campo de lo jurídico. En consecuencia, es equitativa la decisión que adecúa su resultado a todas las circunstancias susceptibles de valoración; que mantiene imparcialmente el equilibrio proporcional entre los legítimos intereses de las partes y en la que se tienen en cuenta todos los elementos particulares del caso, de su conjunto, de su conflicto y de sus interferencias, con el propósito de lograr la atemperación de los intereses de las partes.

23.4 De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, la Sala debe tener en cuenta que en casos como el presente, en los cuales hay certeza sobre el perjuicio, pero no acerca de la cuantía, sería inequitativo e injusto que no se profiriera condena a favor del actor. La equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad que sufrió el actor de participar de procesos de contratación por espacio de cinco años y, en consecuencia, para condenar en concreto, debe contar con elementos objetivos que la sustenten, puesto que lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario. En este caso, tales elementos objetivos recaen en la certeza que tiene la Sala acerca de que el demandante se dedicaba profesionalmente a la ingeniería y a que contrataba con el Estado para la construcción de obras públicas, en tanto que Nimrod Mir Ltda., es una sociedad organizada conforme a las normas del derecho privado, con ánimo de lucro, cuyo objeto social es “*ocuparse principalmente del ejercicio y la comercialización de la*

profesión de ingenierías (sic) y arquitectura” (f. 26, c. 1), la cual se dedicaba efectivamente al desarrollo de tal actividad, como lo demuestra el contrato celebrado con el municipio de Chámeza, que da lugar al presente proceso. Así, equitativamente, la Sala considera que el número de contratos respecto de los cuales el demandante estuvo inhabilitado para celebrar, fue de cinco, uno en razón de cada año que duró la inhabilidad.

23.5 En cuanto al valor que el demandante habría percibido por concepto de utilidad, de acuerdo con la posición que en casos anteriores ha asumido la Sala³⁴, se estima en un 10% del valor total del contrato; ahora bien, dado que en el caso concreto el contrato que se toma como referencia sólo se ejecutó hasta un 90%, que equivale a \$57 564 000, se reconocerá sobre esa suma el 10%, es decir, por cada año \$5 756 400. En relación con el período que se indemnizará, teniendo en cuenta que la inhabilidad produjo efectos a partir del 12 de agosto de 1994, fecha en la cual el alcalde de Chámeza expidió la resolución n.º 47, por medio de la cual confirmó la resolución n.º 44, que había declarado la caducidad del contrato – párrafo 9.4–, se hará el cálculo correspondiente a los años 1995, 1996, 1997, 1998 y 1999, tomando para tal efecto como mes de referencia agosto de cada año, porque entonces se cumplía la anualidad correspondiente, y asumiendo que en esa fecha se habría pagado la utilidad respectiva.

24. En ese orden de ideas, la actualización del capital es la siguiente:

24.1 En relación con el año 1995, en primer lugar corresponde llevar al valor de agosto de 1995, el valor histórico de 1994: (i) Valor histórico (1994): \$5 756 400; (ii) IPC final (agosto de 1995): 30,18; (iii) IPC inicial (agosto de 1994): 24,92. En consecuencia, el valor actualizado a 1995 asciende a \$6 971 434. El valor referido se debe actualizar a la fecha de la sentencia, así: (i) Valor histórico (1995): \$6 971 434; (ii) IPC final (junio de 2012): 111,35; (iii) IPC inicial (agosto de 1995): 30,18. Así, el valor actualizado a la fecha de la sentencia asciende a \$25 721 312.

24.2 Con referencia a 1996, se debe llevar al valor de agosto de 1996, el valor histórico de 1994: (i) Valor histórico (1994): \$5 756 400; (ii) IPC final (agosto de 1996): 36,56; (iii) IPC inicial (agosto de 1994): 24,92. En consecuencia, el valor actualizado a 1996 asciende a \$8 445 183. El valor referido se debe actualizar a la

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2010, expediente n.º 17.935, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

fecha de la sentencia, así: (i) Valor histórico (1996): \$8 445 183; (ii) IPC final (junio de 2012): 111,35; (iii) IPC inicial (agosto de 1996): 36,56. Así, el valor actualizado a la fecha de la sentencia asciende a \$25 721 312.

24.3 A propósito de 1997, corresponde llevar al valor de agosto de 1997, el valor histórico de 1994: (i) Valor histórico (1994): \$5 756 400; (ii) IPC final (agosto de 1997): 43,12; (iii) IPC inicial (agosto de 1994): 24,92. En consecuencia, el valor actualizado a 1997 asciende a \$9 960 512. El valor referido se debe actualizar a la fecha de la sentencia, así: (i) Valor histórico (1997): \$9 960 512; (ii) IPC final (junio de 2012): 111,35; (iii) IPC inicial (agosto de 1997): 43,12. Así, el valor actualizado a la fecha de la sentencia asciende a \$25 721 312.

24.4 Acerca de 1998, corresponde llevar al valor de agosto de 1998, el valor histórico de 1994: (i) Valor histórico (1994): \$5 756 400; (ii) IPC final (agosto de 1998): 51,29; (iii) IPC inicial (agosto de 1994): 24,92. En consecuencia, el valor actualizado a 1998 asciende a \$11 847 743. El valor referido se debe actualizar a la fecha de la sentencia, así: (i) Valor histórico (1998): \$11 847 743; (ii) IPC final (junio de 2012): 111,35; (iii) IPC inicial (agosto de 1998): 51,29. Así, el valor actualizado a la fecha de la sentencia asciende a \$25 721 312.

24.5 Finalmente, para el caso de 1999, se debe llevar al valor de agosto de 1999, el valor histórico de 1994: (i) Valor histórico (1994): \$5 756 400; (ii) IPC final (agosto de 1999): 56,05; (iii) IPC inicial (agosto de 1994): 24,92. En consecuencia, el valor actualizado a 1999 asciende a \$12 947 280. El valor referido se debe actualizar a la fecha de la sentencia, así: (i) Valor histórico (1999): \$12 947 280; (ii) IPC final (junio de 2012): 111,35; (iii) IPC inicial (agosto de 1999): 56,05. Así, el valor actualizado a la fecha de la sentencia asciende a \$25 721 312.

24.6 En consecuencia, el valor que correspondería a la actualización del capital asciende a **\$128 606 560**.

25 En relación con los intereses moratorios sobre esta cifra, la Sala considera que no hay lugar a condenar a la entidad territorial por tal concepto. Al respecto es conveniente recordar la tesis expuesta con anterioridad –párrafo 21.4– acerca de que el acto administrativo a través del cual se impone una multa o se hace efectiva una cláusula penal pecuniaria está amparado con la presunción de legalidad, y que por tal motivo solo a partir de la sentencia que lo anula se causan los

intereses moratorios, pues es entonces cuando nace la obligación de pago correspondiente a cargo de la entidad. En el caso concreto, la Sala encuentra que el acto a través del cual la entidad territorial declaró la caducidad del contrato, resolución n.º 44 del 21 de julio de 1994 –párrafo 9.3–, se presume ajustada al ordenamiento jurídico hasta que la presente sentencia que declarará su nulidad se halle en firme y, en tal virtud, también la inhabilidad con la que legalmente se sancionó al demandante para contratar con las entidades estatales por espacio de cinco años está amparada con la presunción de legalidad. Así, solo a partir de la ejecutoria de esta providencia, en los términos correspondientes del Código Contencioso Administrativo, la entidad se encontrará en mora del pago de la suma reconocida a título de lucro cesante, puesto que la fuente de esta obligación dineraria es la sentencia.

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

RESUELVE:

MODIFICAR la sentencia del 6 de marzo de 1998, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de los siguientes actos administrativos proferidos por el alcalde del municipio de Chámeza (Casanare), de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de la sentencia: resolución n.º 44 del 21 de julio de 1994; resolución n.º 47 del 12 de agosto de 1994; resolución n.º 51 del 16 de agosto de 1994 y resolución n.º 61 del 11 de septiembre de 1995.

SEGUNDO: CONDENAR al municipio de Chámeza (Casanare) a pagar a favor de la sociedad demandante, NIMROD MIR LTDA., la suma de ciento treinta y nueve millones setecientos cinco mil trescientos treinta y ocho pesos **(\$139 705 338)** por concepto de actualización de la suma que la entidad se abstuvo de pagar al contratista por la ejecución de un 20% de las obras y por los intereses moratorios correspondientes, de acuerdo con lo dispuesto en la parte considerativa de la providencia.

TERCERO: CONDENAR al municipio de Chámeza (Casanare) a pagar a favor de la sociedad demandante, NIMROD MIR LTDA., la suma de ciento veintiocho millones seiscientos seis mil quinientos sesenta pesos **(\$128 606 560)** por concepto de lucro cesante, de acuerdo con lo dispuesto en la parte considerativa de la providencia.

CUARTO: Aplicar lo dispuesto en los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTO: Expedir por Secretaría, copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, las cuales se entregarán a quien ha venido actuando como apoderado judicial.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y DEVUÉLVASE

Stella Conto Díaz del Castillo

Presidente

Henán Andrade Rincón

Mauricio Fajardo Gómez

Enrique Gil Botero

Danilo Rojas Betancourth

Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Olga Valle de De La Hoz

Carlos Alberto Zambrano

CONSEJO DE ESTADO



SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "B"
Consejero Ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Radicación: 85001233100017401 (15.024)
Proceso: Acción de controversias contractuales
Actor: NIMROD MIR Ltda.
Demandado: Municipio de Chámeza

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el acostumbrado respeto, me permito exponer las razones para apartarme parcialmente de la decisión adoptada en la sentencia del doce (12) de julio de dos mil doce (2012), en los siguientes términos:

1. Mi desacuerdo se concreta en la inexistencia de pruebas encaminadas a probar el perjuicio causado con la inhabilidad que sobreviene de la declaratoria de caducidad. En efecto, en la sentencia de la que me aparto se sostiene que el contratista afrontó *“un perjuicio [porque] estuvo inhabilitado para contratar con el Estado por espacio de cinco años”* y, en consecuencia, ante la falta de pruebas que permitan determinar el *quantum* de ese perjuicio, se recurre a la equidad, con bases objetivas, tales como: la actividad profesional de la actora, dado que, en razón del contrato celebrado, se supone que, de no haberse incurrido en inhabilidad a causa de la declaratoria de caducidad, cada año celebrarían un contrato igual al analizado en el *sub lite*, durante los cinco años siguientes.

2. De entrada es preciso recordar que la Sección³⁵, de vieja *data*, ha venido sosteniendo al respecto que *“[n]o es suficiente que en la demanda y en desarrollo del proceso se afirme su existencia, tampoco es suficiente probar la ilegalidad del acto demandado para deducir la existencia del perjuicio; es*

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de febrero de 2001, exp. 12.848, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

necesario, se repite, que el mismo se acredite³⁶". En efecto, para el evento particular de los perjuicios causados por la inhabilidad que supone la declaratoria de caducidad, la Sección sostuvo³⁷:

*Sin embargo, en los casos en que se presenta la anulación del acto administrativo que dio lugar a la declaratoria de caducidad, por encontrarse que fue ilegal la actuación de la administración (por falsa motivación, desviación de poder, etc.), la sala estimó que el actor tiene legítimo derecho a reclamar perjuicios y ellos son procedentes como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de caducidad, por los efectos que ésta produjo (la inhabilidad para contratar con entidades públicas), mientras tuvo el atributo de la presunción de legalidad.³⁸ Este resarcimiento de los daños causados es procedente **"siempre y cuando, desde luego, exista prueba suficiente de los perjuicios alegados... por el uso indebido de la potestad unilateral de la administración"**³⁹, los cuales le corresponde determinar en su clase y monto y de acuerdo a la magnitud de los mismos al contratista que se le causó el daño.⁴⁰*

Postura ratificada, en los siguientes términos⁴¹:

Con relación a tales pretensiones, la Sala observa que si bien es cierto se declarará la nulidad del acto administrativo acusado, el cual

³⁶ Cita original: **"Así lo ha explicado la Sala en varias providencias, entre otras cabe citar: sentencia dictada dentro del expediente 6.030, el día 6 de febrero de 1992; Sentencia proferida el 11 de diciembre de 1992, exp. 7403. Sentencia proferida el 13 de julio de 2000, exp. 12.513"**.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2004, exp. 15.936, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

³⁸ Cita original: **"Sentencia del 26 de marzo de 1998, Exp. 10.538"**.

³⁹ Cita original: **"Sentencia del 14 de octubre de 1999, Exp. 11197"**.

⁴⁰ Cita original: **"En igual sentido pueden verse las sentencias del 19 de mayo de 1994, Exp. 8.726; 13 de octubre de 1994, Exp. 9.206; 12 de diciembre de 1996, Exp. 9.964 y 8 de febrero de 2001, Exp. 12.848"**.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2006, exp. 13.414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

*por lo tanto desaparece del ámbito jurídico en su integridad, el solo hecho de que se haga tal declaración, no es suficiente para acceder a las demás pretensiones, toda vez que resulta necesario además -con base en lo establecido por el artículo 177 del C.P.C., que consagra el principio de la carga de la prueba y que es aplicable al proceso contencioso administrativo por expresa disposición del artículo 168 del CCA-, que se prueben los hechos que les sirvieron de fundamento, como es **el incumplimiento contractual de la entidad demandada, y los perjuicios** que dijo haber sufrido la demandante con ocasión de la decisión administrativa impugnada;*

De lo expuesto es posible concluir que si bien la declaratoria de nulidad del acto administrativo de caducidad es un presupuesto necesario para reclamar los perjuicios que se deriven, particularmente, de la imposibilidad de contratar por cinco años con el Estado, ello no infunde certeza *per se* de la “*perdida de oportunidad*” o constitutiva de aquella, pues para el efecto se requerirá contar con los elementos probatorios que así lo determinen. En tal sentido, la Sección, en oportunidad más reciente, después de ratificar que se requieren probar los perjuicios en este tipo de casos, sostuvo⁴²:

Por consiguiente, en eventos como el que se viene analizando, el perjuicio económico se ocasiona por la pérdida de las nuevas oportunidades u ocasiones favorables para contratar con entidades públicas en un período de cinco (5) años, debido a la inhabilidad que por ese tiempo genera el acto que decreta en forma ilegal la caducidad del contrato, mientras éste surte efectos, lo que priva al contratista de unas utilidades razonablemente esperadas de los contratos que previsiblemente hubiera celebrado con aquellas durante ese lapso.

En otras palabras, se trata de un daño futuro y cierto, bajo la modalidad de lucro cesante (artículos 1613 y 1614 C.C.), que consiste en que el contratista perjudicado, al no poder celebrar contratos con la

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

*Administración en un determinado tiempo en virtud del ejercicio ilegal e indebido de la cláusula exorbitante, dejará de percibir un incremento patrimonial, situación por la cual debe ser indemnizado **sobre la base de la probabilidad o posibilidad razonable de que habría suscrito otros negocios jurídicos con el sector público, si no hubiese mediado el acto ilegal que contiene la drástica medida excepcional.** En rigor, dicha teoría no exime en modo alguno de una certeza razonable y objetiva del daño, ni mucho menos del nexo causal entre el hecho dañino y el propio daño, pues debe evitarse, a toda costa, que bajo su invocación se indemnice un perjuicio totalmente eventual e hipotético. (...).*

*En el marco de estas directrices, **es claro que cuando el juez tiene la certeza de la existencia del daño futuro** debe condenar al responsable a resarcir en orden a aplicar justicia al caso concreto, para lo cual habrá de liquidar la indemnización de dicho daño con base en la prueba que obra en el proceso, tanto directa como indirecta -indicios-, o, en caso de dificultades probatorias, como es el caso que se estudia, según el arbitrio iudices y con aplicación del criterio de equidad.*

Claramente en la sentencia citada se pone de presente que el daño en esta clase asuntos se concreta en “*la probabilidad o posibilidad razonable de que habría suscrito otros negocios jurídicos con el sector público, si no hubiese mediado el acto ilegal que contiene la drástica medida excepcional*”, pero en modo alguno se releva a la parte interesada de convencer al juez de que la inhabilidad efectivamente causó una pérdida de oportunidad, es decir, de aportar elementos que permitan inferir, más allá de simples “*suposiciones o conjeturas*”⁴³, que el contratista afectado mantenía una actividad contractual con el Estado de la que resultaría efectivamente privado.

⁴³ HENAO, Juan Carlos. El daño, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p.p. 130 y 131. Dicho autor precisa: “*Para que el perjuicio se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente ya se produjo, bien sea probando que, como lo anuncia una fórmula*

3. En ese orden, cuando en la sentencia en estudio se sostiene que en el presente caso hay certeza del perjuicio, en tanto lo concreta en la *“imposibilidad de participar de procesos de contratación por espacio de cinco años”*, pero no así de su cuantía, se confunde la causación del daño futuro, esto es la inhabilidad en sí misma, en cuanto imposibilidad de contratar con el Estado, con la probabilidad certera de que efectivamente el contratista tenía un intercambio contractual sistemático y permanente con el Estado.

En efecto, la inhabilidad imposibilita celebrar contratos con el Estado, pero inferir de allí que serían suscritos en la cantidad mínima de uno anual en iguales condiciones que el que dio lugar a la caducidad, sin elementos probatorios que así lo indiquen, comporta caer en la indemnización de un daño eventual, con todas las graves consecuencias que ello implica. Es de anotar que en la última sentencia traída a colación⁴⁴, la convicción de la

bastante utilizada en derecho colombiano, el perjuicio “aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual”. Pero debemos subrayar que no debe confundirse perjuicio futuro con perjuicio eventual e hipotético, puesto que aquél “es indemnizable, siempre y cuando se demuestre oportunamente que se realizará”.

⁴⁴ Particularmente: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. En efecto, en esa oportunidad, después de desestimar el peritaje obrante, por carencia de respaldo, se dijo: *“Por lo demás, es claro que averiguar la contratación del perjudicado con entidades públicas en años anteriores a la declaratoria ilegal de la caducidad para proyectar la utilidad frustrada y, por ende, el porcentaje de probabilidades de pérdidas de contratar, implica acudir a bases ciertas y objetivas, tales como los textos de los contratos celebrados por el afectado, balances y estados financieros, sus estados de pérdidas y ganancias, los libros de contabilidad, estados de cuenta, dictamen de peritos, etc., elementos todos éstos de los que pudiera realizarse una proyección económica de la situación del contratista en cuanto a las utilidades esperadas por contratos suscritos con la Administración antes y después de ser inhabilitado. (...) // Aunque la Sala estima*

razonable que en el dictamen pericial, ante la inexistencia de otros elementos de juicio, se acogiera como soporte el mismo contrato del sub examen para establecer la entidad del daño por concepto de pérdida de oportunidad, no comparte que al valor de ese contrato se le hubiese agregado un porcentaje del 20% para proyectar la utilidad anual y luego multiplicar ese guarismo resultante por el número de años que duró la inhabilidad, porque no se soportó tal actuación por los peritos en una base sólida y objetiva dentro del proceso. Por esa razón, no tendrá en cuenta y se apartará de la liquidación realizada por los peritos. // En cambio, para determinar el valor de los contratos que la demandante hubiera podido celebrar en el evento de que no se hubiesen expedido los actos que se acusan, observa la Sala que a los \$4.325.689, correspondiente al valor del contrato de 5 de febrero de 1991, deben sumársele los valores de los otros negocios jurídicos celebrados con el mismo municipio demandado y que se acreditaron en el proceso, esto es, \$80.000 de la orden de trabajo de 10 de enero de 1991; \$305.465 de la orden de trabajo No. 17 de 29 de abril de 1991; \$182.618,65 del contrato adicional de 2 de junio de 1991, y \$76.458 de la orden de trabajo de obra extra y adicional sin fecha, lo que arroja un total de \$4.893.782,65. De esta suerte, como la declaratoria de caducidad implica que la contratista, de conformidad con el numeral 2º y el parágrafo del artículo 8º del Decreto ley 222 de 1983, quedó inhabilitada para contratar con entidades públicas durante un período de cinco (5) años a partir de la ejecutoria de la resolución de caducidad, injustamente se le privó de una utilidad por la pérdida de oportunidad de contratar, que la Sala en ejercicio de su arbitrio judicial, ante la inexistencia de otros elementos de juicio, liquida así: // i.) El valor de \$4.893.782,65, que representa la cuantía de los contratos que se acreditaron como celebrados con el sector público, se multiplicará por el 0.08, que equivale a la cifra de utilidad establecida por la sociedad contratista y ahora actora por la ejecución del contrato de 5 de febrero de 1991, lo que arroja un guarismo de \$391.502,61 de utilidad, el cual se reconocerá totalmente, o sea, en el cien por ciento (100%), sobre la base de que no existe prueba en contrario que permita su reducción o inferir que ésta no habría sido percibida en dicho porcentaje por la actora en el evento de que no se le hubiera suprimido la oportunidad de contratar mediante el acto administrativo que lo sancionó ilegalmente con la caducidad del contrato y cuya nulidad se declarará. // ii.) El monto de \$391.502,61, que constituye el valor histórico de la pérdida de oportunidad o lucro cesante, es decir, estimado a 19 de diciembre de 1991, será actualizado a la fecha de esta sentencia, aplicando los índices de precios al

causación del perjuicio, más allá del daño, se allegó porque el contratista demostró antecedentes de contratación estatal, lo que permitió inferir, porque las reglas de la experiencia así lo indican, que la actividad habría continuado de no haber sido indebidamente inhabilitado. Convicción que la posición mayoritaria pasa por alto, en tanto supone, sin otro sustento que el contrato afectado con la declaratoria, que la actividad contractual de la actora se habría mantenido en los cinco años siguientes, dando lugar a colegir que toda inhabilidad comporta *per se* la convicción del perjuicio o, lo que es lo mismo, que los contratistas reciban necesariamente una indemnización liquidada sobre el mismo contrato y proyectada para los cinco años siguientes.

Cabe precisar que mi inconformidad no se dirige a aplaudir la actuación de la administración, a todas luces contraria a derecho, claramente establecida en el *sub lite*, empero sí a distanciarme de la decisión de erigir en punible la declaratoria de caducidad, sin mayor reflexión sobre la adopción de una clase de daño dirigido, no a dejar indemne a la víctima, sino a sancionar al infractor; pues no de otra manera puede entenderse que, en aras de la equidad, se disponga que el contratista, por el hecho de haber sido indebidamente inhabilitado, reciba una suma de dinero, a título de un perjuicio no demostrado en el plenario.

Ahora, la sentencia de la que me aparto, bajo el entendido de que la falencia probatoria tiene que ver con el *quantum*, trata de superar la discusión con la simple referencia de que el contratista era ingeniero, que celebró un contrato con el Estado y, por ende, cada año celebrarían uno igual durante el período de la inhabilidad, sustento que deviene en claramente insuficiente para llevarme a la convicción de que efectivamente el contratista fue privado de la oportunidad de suscribir un contrato igual en los cinco

consumidor certificados por el DANE, para preservar su valor adquisitivo en el tiempo y dejarlo a salvo de cualquier pérdida o depreciación de la moneda originada del fenómeno inflacionario, con la siguiente fórmula (...)”.

años siguientes, lo que, además, como lo anoté, supone un cambio jurisprudencial, en la medida que releva probar el perjuicio real y cierto que genera la inhabilidad impuesta por la declaratoria de caducidad anulada, en los términos expuestos.

En esos términos dejo sentado mi salvamento parcial de voto.

Fecha ut supra

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
MAGISTRADA**

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA**

Consejero: Enrique Gil Botero

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil doce (2012)

Proceso número: 850012331000 199500174 01

Rad.: 15.024

Demandante: Sociedad NIMROD MIR LTDA

Demandado: Alcaldía Municipal de Chámeza

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto frente a las decisiones de la Sala, salvo mi voto en relación con la sentencia proferida el 12 de julio de 2012, en el proceso de la referencia –CP. Danilo Rojas Betancourth-, y expresaré, en los términos que siguen, las razones que me condujeron a disentir de la mayoría.

1. Síntesis del problema

La providencia apelada ante esta Corporación sostuvo que era ilegal el acto administrativo que declaró la caducidad de un contrato, porque se expidió cuando había vencido el plazo de ejecución del mismo, es decir, que la ilegalidad del acto administrativo se soporta en la incompetencia "*ratione témpore*". De esta manera, la Sala no estudió el fondo del proceso, por la razón expuesta.

2. Razones de mi disentimiento con la Sala: La competencia temporal para declarar la caducidad del contrato

La Sala analizó la posibilidad que tiene la administración de ejercer la facultad de declarar la caducidad del contrato, tan pronto expira el término pactado, porque es la que reviste mayor trascendencia, en la medida en que se trata de una de las formas anormales de extinguir un negocio jurídico estatal. Concluyó que no era posible y por eso anuló el acto demandado.

En mi criterio, en cambio, si se analiza la causal de caducidad prevista en el literal f) del artículo 62 del Decreto Ley 222 de 1983 se colige que guarda similitud con los motivos que en vigencia del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 dan lugar a la declaratoria de caducidad, y analizados ambos supuestos se deduce que es procedente declararla después de fenecido el término de ejecución del contrato o término ordinario dispuesto para el cumplimiento de las prestaciones.

La posibilidad de caducar el contrato, por su naturaleza, supone la *existencia* del negocio jurídico y la eficacia del mismo en el ordenamiento jurídico, por esta razón, mientras el contrato esté *vigente* la administración está revestida de las facultades excepcionales que el ordenamiento jurídico le otorga para realizar los fines de la contratación y, salvo que las circunstancias, por imperativo lógico, lo

impongan, no podría decirse que la administración se halle habilitada para renunciar o pueda ser despojada de tales facultades, porque ni siquiera ella puede disponer de las prerrogativas cuando la ley le impone ejercitarlas, en caso de darse el supuesto consagrado por el ordenamiento jurídico.

La razón fundamental que permite afirmar que la caducidad puede declararse luego de expirado el plazo de ejecución fue expuesta de manera estructurada, lógica y acorde en la providencia de esta Sección, el 13 de septiembre de 1999 – Exp. 10.264-, que a la vez acogió el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil el 8 de noviembre de 1976 -Concepto No. 1.088-, posición que retomo bajo las siguientes precisiones:

Allí se explicó que el *vencimiento término no extingue el negocio*, simplemente representa el momento a partir del cual se determina si la obligación fue cumplida o no en las condiciones pactadas⁴⁵, es decir, mira la exigibilidad de la obligación, por consiguiente, resulta forzoso concluir, como premisa general, que a partir de ese momento se puede establecer si el contratista incumplió sus obligaciones y si reviste tal gravedad que amerite terminarlo, declarando la caducidad, siempre y cuando converjan las demás exigencias señaladas por el ordenamiento jurídico para su procedencia; de lo contrario, la caducidad perdería su razón de ser, sería inocua para los fines que persigue, que no es otro que terminar el contrato cuando sobrevenga alguna causal que la configure, para impedir que la relación produzca efectos jurídicos y permita a la entidad estatal cumplir los fines implícitos en la contratación, evitando la conservación de un contrato nocivo, que definitivamente ya no podrá ejecutarse, brindándole la posibilidad de extinguir el vínculo para quedar en libertad de continuar la ejecución con otro contratista y así satisfacer, finalmente, la prestación que constituía el objeto del contrato celebrado.

Negar -como lo hizo la Sala Plena de la Sección Tercera- que la caducidad pueda declararse después de expirar el término de ejecución, reduce su procedencia a los incumplimientos parciales o a las moras parciales que se presenten en el cumplimiento de las obligaciones en los contratos de tracto sucesivo, excluyendo,

⁴⁵ Téngase en cuenta que el término está dispuesto en función del cumplimiento de la prestación, no de clausurar la existencia del negocio jurídico.

incluso, que el supuesto pueda configurarse cuando se deba cumplir el último pago parcial y, asimismo, descartando que pueda ser declarada en los contratos que a pesar de ser de tracto único estén sometidos a plazo.

En este sentido, también impediría a la administración terminar la relación contractual cuando se presente el hecho constitutivo de mora, consistente en incumplir el plazo de ejecución pactado, conduciendo a que el negocio jurídico subsista inconcluso en el tiempo y a que las partes queden ligadas por una relación jurídica, para cuya extinción deberá acudir a otro mecanismo o instrumento jurídico, como sería la instauración de la acción contractual, con la dilación que ello conlleva y el efecto negativo frente a la reanudación en la ejecución del objeto de las obligaciones y en el logro del interés general ínsito en el contrato, ya que mientras se halle vigente el vínculo contractual la administración está en imposibilidad jurídica de desplazar al contratista o sustituirlo por otro.

Desde luego, para que se declare la caducidad, como se viene explicando, el contrato tiene que estar *vigente* y por esta razón debe descartarse el supuesto de que la facultad excepcional se torne eficaz cuando un contrato ha sido ejecutado, pues en tal caso la obligación se extingue⁴⁶, y con ella el negocio jurídico que le da origen. Además, si la prestación se ejecuta en la forma y término pactados, no existiría ninguna razón que motivara la declaratoria de caducidad, por ende, un acto administrativo, en tal sentido, estaría viciado de nulidad, por falsa motivación.

Cabe anotar, además de lo anterior, que el vencimiento del término de ejecución no confiere la posibilidad de que la entidad desplace automáticamente al contratista incumplido para continuar la ejecución, bien con su garante u otro contratista, pues, se reitera, *con el vencimiento del término ordinario no se extingue la relación negocial*, y tal hipótesis sólo se presenta si el vínculo obligacional ha culminado, es decir, sólo resulta viable cuando se declara la caducidad del contrato, de lo contrario la entidad estatal mantendría vigentes dos relaciones contractuales con el mismo objeto, debido a que si la relación jurídica

⁴⁶ Modo general de extinción de las obligaciones, reitera la Sala, en los términos del artículo 1625 del C.C.

no ha culminado por alguna de las formas expuestas en precedencia, no podría impedírsele al contratista incumplido allanarse a cumplir con mora.

En suma, es posible declarar la caducidad expirado el término de ejecución del contrato, siempre que se cumplan los supuestos previstos en la ley, pero en todo caso debe garantizarse el debido proceso, de manera que el factor temporal incide en la medida en que determina el hecho objetivo que conlleva al incumplimiento calificado de la obligación, pero no incide para limitar temporalmente el ejercicio de la potestad excepcional, porque las únicas limitaciones que puede encontrar la administración para terminar el contrato por caducidad es que la cláusula esté contenida en un contrato en el que su inclusión sea prohibida o que siendo de inclusión facultativa no se haya pactado, o que no se presente el supuesto objetivo que la norma contempla para su declaración, o que el contrato se haya extinguido por una de las formas de terminación mencionadas a título enunciativo en precedencia –pues por imposición de las reglas de la lógica no es posible terminar lo que ya está terminado-.

Ahora bien, cabe destacar que en el caso concreto la sociedad actora no cuestionó la competencia de la Administración para declarar la caducidad del contrato, fue el Tribunal administrativo, de oficio, el que planteó la situación, y concluyó que la decisión se expidió por fuera del límite temporal para ejercer la facultad excepcional. Sobre este asunto ha dicho la Sala⁴⁷ que cuando el vicio que se configura es el de incompetencia, es posible examinarlo oficiosamente⁴⁸.

En el evento *sub iudice*, el vencimiento del plazo pactado se dio el 19 de julio de 1994, y la liquidación del contrato se produjo unilateralmente el 28 de agosto de 1995, la cual fue adoptada por Resolución No. 061 de 11 de septiembre de 1995.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 11 de mayo de 1999, Exp. 10.196.

⁴⁸ Cita original del texto. JEAN RIVERÓ. Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pág. 274.

De esta manera, si el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato se expidió el 21 de julio de 1994, y el recurso de reposición se resolvió mediante la Resolución No. 047 del 12 de agosto de 1994, es indiscutible que la declaratoria de caducidad se produjo *durante la ejecución* del mismo, pero con posterioridad al *vencimiento del plazo*, de donde surge que la Administración tenía competencia para expedirlo; contrario a lo que sostuvo el Tribunal Administrativo y la Sala Plena de la Sección Tercera, providencia en la que manifestó que se produjo después del 19 de julio de 1994, plazo final concedido al contratista para ejecutar la obra.

A propósito del plazo de ejecución de la obra, en el caso *sub lite* conviene precisar que al expediente no fue aportada prueba de la que pudiera deducirse la fecha límite de que disponía el contratista para ejecutarla, toda vez que el único documento que permite establecer tal circunstancia es el contrato, y según éste, el plazo era de sesenta días, contados a partir de la entrega del anticipo, lo cual ocurrió el 20 de enero de 1994, es decir, que el contrato vencía el 20 de marzo de 1994.

No obstante, en la Resolución No. 0044 del 21 de julio de 1994, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato, el Municipio afirmó que en el acta del 18 de febrero de 1994, suscrita por las partes, se convino suspender temporalmente la obra, hasta el 5 de julio de 1994, y que luego, según el acta del 5 de julio de 1994, suscrita también por las partes, se acordó prorrogar el plazo hasta el 19 de julio del mismo año, es decir, la entidad municipal da cuenta con dicho acto administrativo que el plazo de ejecución del contrato expiró el 19 de julio de 1994. Esto también, por cierto, lo afirma el contratista en la demanda.

De igual manera, en el auto del 30 de agosto de 1994, la Contraloría Departamental de Casanare sostuvo que a solicitud de la investigadora fiscal, el Secretario de Obras Públicas del Departamento envió con oficio S.O.P.T 227 copia autenticada de las actas de iniciación, suspensión y reiniciación de la ejecución del contrato, de donde se deduce que dichas actas existieron, pero no fueron aportadas al proceso.

En todo caso, de conformidad con las razones expuestas en la primera parte de esta salvamento de voto, el límite temporal que tenía el municipio para expedir el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato se extendía *durante la*

ejecución del negocio jurídico, y como para la fecha en que se produjo su declaración estaban pendientes las obligaciones a cargo del contratista, el vínculo jurídico subsistía, pese a que había vencido el plazo de ejecución⁴⁹, circunstancia que por sí misma no lo extinguió.

En estos términos, las potestades exorbitantes no tienen como límite temporal para su ejercicio el plazo de ejecución del contrato -tal como lo ha expuesto el Consejo de Estado en otras oportunidades-, por tanto, su ejercicio no se restringe a dicho lapso, conservándose la competencia para utilizarlas aunque esté vencido, en las circunstancias analizadas antes; sin embargo, se harán otras precisiones.

En primer lugar, la competencia temporal -*ratio temporis*- para el ejercicio de las potestades exorbitantes por la administración ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, el cual, luego de un tránsito jurisprudencial, retomó la doctrina expuesta en este salvamento de voto, determinando que la competencia estudiada no fenece con el vencimiento del plazo, sino que, con posterioridad a ese momento, y luego de evaluar el cumplimiento del objeto contractual, puede ejercitarse para impedir que la afectación al interés público sea más gravosa.

Fue así como la Sección Tercera, en la sentencia de septiembre 13 de 1999 –citada atrás-, retomó dicha posición, reiterada en los autos de junio 29 de 2000, exp. 16.756 –Actor: Héctor Echavarría V. y CIA. LTDA.- y de febrero 19 de 2004, exp. 26.054 –Actor: Consorcio INGEPRIMA-, así como en la sentencia de marzo 18 de 2004, exp. 15.936 –Actor: Antonio María Escobar Enríquez-; entre otras providencias.

En resumen, la competencia para ejercitar los poderes exorbitantes por parte de la administración no expira al vencer el plazo, pues éste es, incluso, un momento propicio para evaluar el cumplimiento de las obligaciones y, por tanto, con posterioridad a su acaecimiento puede verificarse que el contratista no satisfizo las

⁴⁹ El caso que se analiza resulta ser la más fiel corroboración de lo que se expuso líneas atrás. Es decir, que los contratos estatales tienen previsto, por regla general, un término ordinario, cuyo vencimiento no obsta para que materialmente sea posible ejecutar la prestación debida.

prestaciones a las que se obligó, o que las ejecutó incorrectamente, de manera que la entidad puede ejercer sus potestades excepcionales, e imponer la medida respectiva.

De hecho, el error de apreciación de la Sala radica en no diferenciar el “plazo del contrato” de la “ejecución del contrato”, pues si bien lo normal es que un negocio jurídico se ejecute dentro del tiempo previsto –estado usual y, además, esperado por las partes-, también es cierto que con frecuencia la ejecución se cumple fuera del plazo: tal es el caso en que el contratista incumple sus obligaciones, y termina fuera del tiempo convenido. En este evento aún existe el contrato –por tanto vincula-, pero el plazo ha vencido, aunque la ejecución continúa. Nada de esto se opone ni al derecho ni a la realidad, como implícita o inconscientemente lo da a entender la opinión contraria. En estos términos, el ejercicio de los poderes exorbitante no tiene por qué supeditarse al *plazo del contrato* –pese a que suele coincidir con el-, sino a su *ejecución*, la cual puede continuar vencido el término pactado.

Esta posición, por cierto, tiene respaldo normativo en el inciso primero del artículo 14 de la ley 80, que pone estas facultades excepcionales al servicio de la “dirección general” y “vigilancia *de la ejecución del contrato*”, y se sabe que puede existir contrato aún cuando haya vencido el plazo –salvo que se halla pactado que con su llegada terminaba el negocio jurídico, lo cual requiere pacto expreso al respecto-. De esta manera, es incorrecto limitar el ejercicio de los poderes exorbitantes al plazo nominal del negocio, pues no recoge el sentido íntegro del contrato, y sobre todo la posibilidad directora del negocio jurídico, en cabeza de la administración pública.

En otras palabras, si el decreto ley 222 de 1983, y también la ley 80, disponen que los poderes exorbitantes se confieren para vigilar *la ejecución del contrato*, y también para evitar la paralización o afectación grave de los servicios públicos⁵⁰, ¿por qué habría de

⁵⁰ Dispone el numeral primero del art. 14 de la ley 80, en este sentido, que las entidades públicas: “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 2o. de este artículo, interpretar

identificarse estas hipótesis con el *plazo del contrato* y no con *su ejecución*, así esté vencido aquél? La comprensión de esta idea se facilita con un ejemplo sencillo, ajustado al caso concreto –aunque también aplica a la ley 80 de 1993-: si una causal de caducidad en vigencia del decreto 222 de 1983 es la muerte del contratista, o la declaración de quiebra o la interdicción judicial del contratista, y si alguna de ellas se presenta vencido el plazo del contrato, ¿no podrá la administración dar por terminado el negocio, porque debió hacerlo durante el término pactado para la ejecución de las obligaciones? ¿Acaso la circunstancia ocurrió en ese momento?

No cabe la menor duda que ese supuesto del ejemplo, que no se terminó por expiración del plazo, sigue vigente –probablemente porque alguna de las partes lo incumplió-, y debe terminarse unilateralmente, toda vez que durante su ejecución –así sea fuera del plazo- acaeció la causal de terminación unilateral, que impone –obliga- a la administración a adoptar la medida correspondiente, mediante un acto administrativo.

En esta línea de pensamiento queda claro, para resumir y concretar, que los poderes exorbitantes se pueden utilizar durante la ejecución, aunque haya vencido el plazo del contrato, pero siempre que las obligaciones del contratista estén pendientes. De esta manera, ni siquiera durante la liquidación del contrato sería posible, porque la ley circunscribe la potestad a la etapa de ejecución del mismo.

Una postura similar contempló la ley 1.150 de 2007 para el ejercicio de la imposición de multas y de la cláusula penal, pues el artículo 17 señaló que ello será posible "... mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista...", lo cual puede ocurrir –se insiste- vencido el plazo del contrato⁵¹.

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." (Negrilla fuera de texto)

⁵¹ Dispone el artículo 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

En estos términos, examinada la parte motiva de la resolución No. 0044 de 21 de julio de 1994 que declaró la caducidad del contrato, se advierte que en los numerales 7 a 9 se establecieron los hechos constitutivos del incumplimiento del contratista, que para la Administración, configuraron la causal de caducidad. En el primero se afirmó que se concedieron al contratista varias prórrogas, pero que no cumplió los términos del contrato, ya que su actividad se redujo a la apertura de unos orificios, donde se instalarían las bases del puente, y a dejar una parte de la estructura del mismo en el lugar destinado a su instalación.

Otra razón consiste en que el interventor informó sobre la imposibilidad de comunicarse con el contratista, y que dada su irresponsabilidad y negligencia se le dio plazo hasta el 19 de julio de 1994 para que culminara la ejecución de la obra, fecha a partir de la cual se liquidaría unilateralmente el contrato y se harían efectivas las pólizas.

La tercera razón se apoyó en el informe de visita practicada por la Contraloría Departamental al lugar de ejecución de las obras, diligencia en la que se constató que existían unas estructuras metálicas y las respectivas excavaciones en los estribos del puente, que según el interventor correspondían a los puertos de anclaje. En el acta de visita se hizo constar el incumplimiento del contratista, y se solicitó a la Administración tomar los correctivos previstos por la ley.

En el acto administrativo mediante el cual se resolvió el recurso de reposición - Resolución No. 047 de 12 de agosto de 1994-, la Administración mantuvo los argumentos de la resolución que declaró la caducidad, pero agregó uno: que la Alcaldía Municipal había practicado una visita al lugar de la obra, el 22 de julio de 1994, para observar su avance, y estableció que por el estado en que se encontraba el puente, se debía confirmar el incumplimiento del contratista.

En el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato se manifestó: "Que según Fax enviado por el Ingeniero interventor de obras bajo el número SOPT: DI

podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato." (Negrillas fuera de texto)

0014 que data del 28 de junio del presente año, manifiesta que ha sido imposible la comunicación con el representante legal de la firma contratista y como quiera que es evidente su irresponsabilidad y negligencia en la ejecución de la obra, se decidió darle un plazo hasta el 19 de julio del presente año, y a partir de esa fecha liquidar unilateralmente el contrato y hacer efectivas las pólizas.”

Igualmente, como soporte de la decisión, también se relacionó en dicho acto la visita de inspección fiscal practicada por la Contraloría Departamental⁵². En el acta de visita se estableció que existían en el lugar de las obras unas estructuras metálicas y unas excavaciones en los estribos del puente, que según lo afirmado por el Ingeniero interventor podía tratarse de las excavaciones para los respectivos “puertos de anclaje” del nuevo puente, descripción que los funcionarios de la Contraloría encontraron “muy ambigua, máxime cuando no se tuvo los planos del diseño”.

En mi criterio, estos hechos eran suficientes para entender que, efectivamente, el contratista incumplió gravemente el contrato, toda vez que para la fecha de entrega no había ejecutado las obras encargadas, pese a que recibió del contratante una suma de dinero considerable para avanzar en los trabajos. Los informes técnicos del propio municipio, sumados a los de la contraloría departamental son suficientes para entender que los hechos ocurrieron de ese modo.

Incluso, esto no lo controvierte el contratista, y no podía ser de otro modo; es claro que pasado casi un año desde la declaración de caducidad, continuó trabajando, hasta llegar a un estado de ejecución del puente del 90% -según la prueba pericial del proceso-, lo cierto es que para el 19 de julio de 1994 las obras no habían concluido, lo que acredita el incumplimiento.

Ahora bien, alega el actor que, en gracia de discusión, la entidad debió imponerle multas en lugar de declarar la caducidad, argumento que carece de respaldo tanto en el decreto ley 222 de 1983, como en la ley 80 de 1993, en atención a que en ninguno de estos estatutos se ha establecido un requisito de procedibilidad como

⁵² Folio 29, cuaderno 2.

este. De hecho, basta que se presenten los presupuestos que la ley señala para adoptar la sanción contractual extrema, para que el Estado pueda imponerla.

También sostiene el actor que las razones del retraso –con lo que admite la mora (fl. 33, cdno. ppal.)- tuvieron una justificación conocida por la administración –sin explicar más-, luego, esperaba que esas circunstancias, que no explica, purgaran su mora. Este argumento también carece de respaldo probatorio en el proceso, porque se ha debido acreditar si se presentó una circunstancia de fuerza mayor o de caso fortuito que lo eximiera de responsabilidad –si es que alude a un hecho de esta envergadura-. Por el contrario, lo único que demuestra es el incumplimiento de sus obligaciones. En estos términos, no fue falsa la motivación de los actos administrativos, porque el incumplimiento sí existió, y además grave, puesto que no se puso en servicio de la comunidad una obra necesaria para su beneficio.

Ahora bien, el otro argumento de defensa del actor consistió en que después de declararse la caducidad, continuó trabajando para terminar la obra, comportamiento que consintió la administración municipal. Efectivamente, se encuentra acreditada esa afirmación, pero aclara que eso no significa que el contratista hubiera cumplido sus obligaciones contractuales. De hecho, más bien confirma su mora, porque demuestra que para el 19 de julio de 1994 los trabajos no habían concluido, luego, no puede admitirse que los actos demandados adolecieran de falsa motivación, porque las razones que lo fundamentaron sí existieron al momento de su expedición.

En este último argumento radica la defensa más enérgica del actor contra la decisión del municipio, pero enfatizo que el hecho de que el contratista continuara ejecutando los trabajos, quizá desesperadamente, no significa que hubiera cumplido sus obligaciones, ni que la entidad pública haya falseado las razones que la indujeron a declarar la caducidad. Este hecho sólo da cuenta de que hubo ejecución luego de la caducidad, lo que sin duda es anormal, porque el negocio ya no existía, sin embargo, a lo que no puede llegarse es a pensar que esto prueba el cumplimiento de las obligaciones del actor, que es lo único que le serviría para controvertir las decisiones administrativas.

En este mismo orden de ideas, el actor sostiene que le solicitó al Alcalde que revocara la decisión, y que este le contestó que no era posible mientras no entregara las obras. De aquí busca deducir una aceptación tácita del comportamiento del contratista después de la declaración de caducidad, con la entidad suficiente para acreditar un vicio en la decisión.

Una vez más, no comparto esta lectura que hace de los hechos la parte demandante, porque hasta allí no existe ninguna irregularidad en una respuesta como esa, ya que no puede olvidarse que respecto a los actos desfavorables es perfectamente posible revocarlos, de modo que tanto podía el contratista sugerir su revocatoria –aunque, en estricto sentido no procedía esta petición, porque el afectado hizo uso de los recursos en la vía gubernativa- como la entidad responder esas solicitudes. Este comportamiento de la administración, en realidad, no es demostrativo de que el actor hubiera cumplido, o que ella hubiera faltado a sus obligaciones, sólo demuestra o confirma lo que es una verdad en el proceso: que para la fecha en que venció el plazo del contrato la ejecución no se cumplió. Esto es lo que expresa la respuesta de la Alcaldía a la sugerencia del contratista, porque confirma que no revocará porque la obligación estaba incumplida.

Finalmente, es bueno señalar que entre las pruebas se aportó una certificación del Jefe de la División de Construcción y Mantenimiento de Carreteras de la Secretaría de obras Públicas de la Gobernación de Casanare, enviada al Tribunal, en la que se hace constar que el 20 de abril de 1995 fue trasladado un buldózer por orden de dicha División para "...construir los accesos de un puente flotante construido en tubería de diferente diámetro sobre el río Sunce, a su vez construir la variante necesaria para dar vía sobre éste...".

Pareciera indicar esto -pero sólo por impresión rápida-, que la administración no cumplió una obligación a su cargo, como era construir los accesos al puente, de donde sería injustificado que declarara su incumplimiento cuando la entidad también estaba en mora. Sin embargo, una conclusión semejante es incorrecta, porque el parágrafo de la cláusula cuarta del contrato estableció que el municipio construiría los accesos "... que permitan dicha prueba de carga en un término de cinco (5) días hábiles a partir de la solicitud presentada por el contratista", lo que significa que ello se requería para realizar la "prueba de carga", que era el

requisito para el recibo de la obra y el pago del 30% restante del valor. Obviamente, esto sólo era exigible cuando se ejecutara el contrato, pero como el 19 de julio de 1994 el puente no estaba construido, resulta lógico que la administración no hubiera ejecutado esta obligación contractual, porque necesitaba que el contratista terminara la obra, que nunca culminó, ni siquiera después de declarada la caducidad.

Por estas razones, la Sala debió revocar la sentencia apelada, comoquiera que no había vicios ni de temporalidad de la decisión ni de veracidad de la motivación, que afecten la validez de los actos administrativos demandados.

En estos términos dejo planteada mi posición.

Enrique Gil Botero