

CONSENTIMIENTO - Como elemento constitutivo para la nulidad de actos de terminación contractual / TERMINACION DE MUTUO ACUERDO - Valoración probatoria de actas

Ni los documentos, ni los testimonios practicados en el proceso dan cuenta del vicio de fuerza o violencia que dice la sociedad Escobitas Ltda. que llevó a su representante legal a negociar y suscribir el acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato, producto de la presión e intimidación de las circunstancias propias de un estado de penuria o precariedad o urgencia económica extrema - que insinúa con el argumento de una supuesta mora del municipio en los pagos y en los procesos ejecutivos contra ella promovidos por sus trabajadores para el recaudo de deudas laborales conciliadas, deudas bajo su exclusiva responsabilidad de acuerdo con la cláusula octava, letra c)- o de agresión o presión física o moral ejercida por agentes del ente municipal, con el fin de provocarle un temor de experimentar un mal inminente y grave. (...) tampoco se demostró en este juicio, se hubiesen dado conductas de incumplimiento del municipio de Magangué quedaba en libertad la sociedad contratista -de estar cumplida en lo suyo- de acudir a las vías judiciales para desligarse del vínculo que la unía a aquel mediante la solicitud de resolución del contrato con indemnización de perjuicios (condición resolutoria tácita, art. 1546 C.C.), estando amparada en el entre tanto con la excepción de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus, art. 1609 C.C.), medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica, en vez de concurrir a la celebración de un negocio jurídico extintivo del contrato, figura esta última que fue a la que acudió en consenso con el ente territorial, al suscribir las actas de terminación por mutuo acuerdo del contrato de 1997. (...)no se acreditó una fuerza que haya viciado el consentimiento del actor al momento de suscribir el acta de terminación del contrato; si la sociedad actora escogió de consuno con la entidad demandada ese cauce y luego se arrepintió de ese acto dispositivo, esta última situación no la ampara el derecho en el sentido pretendido en la demanda, dado que ello significaría desconocer la decisión a la que llegaron las partes para poner fin al contrato y así a las diferencias que se venían presentando en su ejecución y, de rebote, vulnerar el ejercicio legítimo de la autonomía de la voluntad en el que descansa y se ampara dicho acuerdo, que es ley para las partes. (...), llama la atención la Sala que en la demanda y en el recurso de apelación el demandante señaló que el contrato no se había liquidado, mientras que en la contestación de la demanda por parte del municipio de Magangué y en la sentencia del juez a quo se indicó que el contrato del sub lite habría sido liquidado unilateralmente, no obstante, se subraya que en el proceso no quedó demostrado ese hecho, en tanto no se allegó prueba alguna sobre dicha actuación, ni tampoco existen peticiones a propósito del mismo, razones por las cuales no hay lugar a realizar reflexiones adicionales en torno a este aspecto.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente (E): DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de 2012

Radicación número: 13001-23-31-000-1998-00343-01(23605)

Actor: SOCIEDAD ESCOBITAS LTDA.

Demandado: MUNICIPIO DE MAGANGUÉ

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de 6 de mayo de 2002, dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se decidió declarar no probadas las excepciones propuestas y denegar las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

En desarrollo de un contrato celebrado entre las partes para el servicio de recolección domiciliaria, transporte y disposición final de residuos sólidos en el municipio de Magangué, la entidad y el contratista decidieron de común acuerdo darlo por terminado. Una vez suscritas dos actas, con fechas 28 febrero y 3 de marzo de 1998, que contienen esa decisión de terminación por mutuo acuerdo, la contratista alegó la invalidez de las mismas, pues, a su juicio, el representante legal concurrió a su celebración mediando un vicio del consentimiento (fuerza), que acarrea su nulidad, así como irregularidades en el trámite llevado a cabo para su firma, derivadas de presiones manifestadas en incumplimientos del municipio (retiro de vehículos y herramientas, falta de pago de las cuentas), vías de hecho, desviación de poder y otras arbitrariedades.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1. El 27 de octubre de 1998, la Sociedad Escobitas Ltda. presentó demanda en contra del municipio de Magangué (Bolívar), en ejercicio de la acción de controversias contractuales (f. 1-12, c. 1), en la cual solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

1°- Que se declare válido y existente el contrato suscrito entre ESCOBITAS LTDA. y el Municipio de Magangué -Bol.-, suscrito el 1° de agosto de 1997, cuyo objeto es el servicio de recolección domiciliaria, transporte y disposición final de residuos sólidos dentro de la cabecera municipal, por una duración de tres (3) años.

2°- Que son nulas las actas de febrero 28 y marzo 3 de 1998 mediante las cuales se terminó de "Mutuo Acuerdo" el contrato celebrado entre ESCOBITAS LTDA. y el Municipio de Magangué -Bol.-

3°.- *Que se declare el incumplimiento por parte de la entidad demandada del contrato celebrado con ESCOBITAS LTDA. y al que hace alusión los hechos de la demanda.*

4°.- *Condénase al Municipio de Magangué –Bol.- a pagar a la sociedad ESCOBITAS LTDA., el valor de los perjuicios de orden material –daño emergente y lucro cesante- que le fueron ocasionados, los cuales ascienden aproximadamente, a la suma superior a los quinientos millones de pesos (\$500.000.000,00), o de conformidad con lo que resulte probado en el proceso, monto que ha de ser actualizado en su valor.*

5°.- *A la sentencia que le ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 C.C.A.*

2. En apoyo a sus pretensiones, la parte actora relató que en el año de 1997 celebró con el municipio de Magangué un contrato para el servicio de recolección domiciliaria, transporte y disposición final de residuos sólidos dentro de la cabecera municipal y el corregimiento de Cascajal, de conformidad con el pliego de condiciones y especificaciones de la licitación pública n.º 001 de 1997; con un plazo de duración de 3 años, contados a partir del 16 de agosto de 1997, y un valor mensual de \$34 048 923, pagaderos dentro de los 10 primeros días de cada mes, para una suma equivalente en el primer año fiscal de \$153 220 153,5. Según la sociedad demandante, después de la posesión del alcalde de Magangué siguiente al que suscribió el contrato, se inició una persecución contra su representante legal, señor Rafael González Pupo, que llevaron a éste a suscribir bajo presión y amenazas dos (2) actas, los días 28 de febrero y 3 de marzo de 1998, mediante las cuales se termina por mutuo acuerdo el contrato celebrado con el municipio, configurándose un vicio del consentimiento (fuerza) e irregularidades en el procedimiento de su adopción, que hace consistir en los siguientes hechos:

2.1. Adujo que a partir de enero de 1998 el municipio de Magangué incumplió el contrato en la medida en que no pagaba su valor dentro del término estipulado en la cláusula sexta del contrato, pese a que solicitó la entrega oportuna de los pagos y el valor del acordado.

2.2. Señaló que se sabotó y bloqueó la actividad de Escobitas Ltda., al retener indebidamente los vehículos y maquinarias que estaba obligada a suministrar según la cláusula décima segunda del contrato, circunstancia ante la cual el contratista debió presentar una acción de tutela contra el municipio de Magangué.

2.3. Indicó que en el Juzgado Civil del Circuito de Magangué a la fecha de presentación de la demanda existían 40 demandas ejecutivas contra Escobitas Ltda. por créditos laborales a favor de los trabajadores que ascienden aproximadamente a \$100 000 000 y que fueron conciliados ante el Inspector de Trabajo de Magangué por sugerencia y presión del municipio, al que se le ofició para que iniciara las retenciones de las sumas que le debía pagar al contratista, lo cual nunca hizo.

2.4. Mencionó que el contrato jamás fue liquidado.

2.5. Enfatizó que además las actas de terminación por mutuo acuerdo están viciadas, por cuanto no prevén los mecanismos de conciliación, transacción, responsabilidad, etc., ni tienen peso los argumentos que se tuvieron en cuenta para tomar la decisión y tampoco se ha cumplido lo previsto en las mismas; de

otro lado, establecen como fecha de terminación el día 1 de agosto de 1998 y no se pagó sino hasta marzo de ese año.

3. Invocó en la demanda la actora como infringidos los siguientes preceptos: (i) artículos 2, 6, 25, 83 y 124 de la Constitución Política; y (ii) artículos 23, 26, 27, 50 y 51 de la Ley 80 de 1993. Sostuvo, por una parte, que las normas constitucionales anotadas se infringieron con la actuación injusta y arbitraria del municipio, materializada en sus incumplimientos y el abuso de poder reflejado en las actas de terminación por mutuo acuerdo, al igual que las vías de hecho y presiones utilizadas para dar por terminado el contrato, todo lo cual evidencia un atentado a la protección al trabajo en condiciones dignas y justas, al mínimo vital y al pago oportuno de las prestaciones sociales. Y afirmó, por otra parte, que los preceptos de la Ley 80 de 1993 se transgredieron al incumplir la administración sistemáticamente y en clara desviación de poder el contrato en sus cláusulas sexta, décimo segunda y otras, y después con la elaboración arbitraria de las actas de terminación de mutuo acuerdo y las vías de hecho mediante las cuales terminó el contrato, so pretexto de salvaguardar errónea e injustamente sus intereses, rompiendo el equilibrio de las cargas públicas y agudizando un problema laboral y la prestación del servicio.

II. Trámite procesal

4. El Tribunal Administrativo de Bolívar **admitió** la demanda por auto de 30 de noviembre de 1998 (f. 95 c.1), el cual fue notificado personalmente al alcalde del municipio de Magangué (f. 97 vto.).

5. La entidad demandada **contestó la demanda** (f. 101 a 102 c.1) y se opuso a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y en particular afirmó que es absolutamente falso que la administración haya perseguido a la contratista y presionado a su representante legal para suscribir las actas de terminación por mutuo acuerdo, dado que, por el contrario, éste las firmó libre y espontáneamente, previo acuerdo con la administración. Agregó que la administración, el 2 de julio de 1998, liquidó unilateralmente el contrato, porque el contratista no compareció para tal propósito dentro de los 4 meses siguientes.

6. Formuló las siguientes **excepciones de fondo**: (i) el contrato de obra suscrito por las partes en la contienda careció de un requisito legal, sin el cual era imposible desarrollarlo por parte de la administración, toda vez que se estipuló un término de duración de 3 años, sin que mediara ningún tipo de autorización del concejo municipal al señor alcalde de la época de su celebración para comprometer vigencias futuras, falta de exigencia legal que enerva sus efectos por estar viciado de nulidad, pues los recursos incorporados al presupuesto no pueden ser destinados al pago de obligaciones futuras que trasciendan la vigencia de un año; (ii) el acta de 28 de febrero de 1998 no fue firmada por el alcalde municipal de Magangué, razón por la cual las partes suscribieron otra el 3 de marzo de ese mismo año, acto jurídico este último que fue celebrado de común acuerdo entre ellas y no presenta vicios de ninguna especie que conduzca a una declaratoria judicial de nulidad. Por esta razón, agregó, el contrato se terminó de la misma forma en que se celebró, de común acuerdo, al amparo de lo prescrito por el artículo 1602 del Código Civil, norma aplicable a los contratos estatales (artículo 13 de la Ley 80 de 1993) y en cuanto a la liquidación del mismo, se agotaron los pasos señalados en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993.

7. Mediante proveído de 30 de agosto de 2000 se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión**. La demandante reiteró lo expresado en la demanda y

añadió que de acuerdo con las pruebas se deducía que el acta de 3 de marzo de 1998 es la conclusión de todo el episodio de irregularidades fraguado por la administración para dar por terminado el contrato, que venía ejecutando a cabalidad (f. 379 a 381 c.1). La demandada guardó silencio. El Procurador 22 Judicial ante el Tribunal *a quo* conceptuó (f. 384 a 391 c.1) que la demanda no está llamada a prosperar, porque no puede pasar desapercibido que existe una diligencia de terminación por mutuo acuerdo del contrato objeto de la controversia y, por tanto, la discusión relacionada con la formación del contrato y sus obligaciones correlativas devienen estériles, superfluas y extrañas frente al planteamiento del debate realizado por el accionante, a menos que se hubiese demostrado que el acta de terminación del contrato se obtuvo por injerencia de alguno de los vicios del consentimiento, error, fuerza o dolo, para invalidar la convención, situación que no ocurrió en el *sub lite*.

8. El Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión, el 6 de mayo de 2001, profirió la **sentencia** objeto de impugnación (f. 393-402, c. 3) y en ella resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas y denegar las pretensiones de la demanda.

8.1. En cuanto a las excepciones planteadas por la demandada consideró el juzgador de primera instancia que carecen de lógica y oportunidad, dado que no tiene importancia cuestionar aspectos relacionados con el período de formación del contrato de obra suscrito entre las partes en litigio, cuando éste se dio por terminado por mutuo acuerdo e incluso posteriormente fue liquidado de manera unilateral, como tampoco la tiene el hecho de celebrarse el contrato sin haberse dispuesto reserva presupuestal que cubriera los dos últimos años, cuestión que, por lo demás, no fue probada.

8.2. En relación con el fondo del asunto, señaló que del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 se desprende la procedencia de la liquidación de los contratos de tracto sucesivo, como es el de obra; pero también el que las partes puedan optar por el mecanismo directo de la terminación del contrato mediante acuerdo recíproco, sin acudir previamente a los mecanismos de solución de controversias contractuales establecidos en el artículo 68 de la misma ley.

8.3. Sostuvo que pretender la obtención de ilegalidad y nulidad del acta acusada, por la presencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), requiere de la ineludible prueba de dichos vicios, lo cual no se presenta en el trámite llevado a cabo para la terminación del contrato, ni en el consentimiento prestado para efectos de la celebración de la misma; al contrario, observó que el acta de terminación del contrato por mutuo acuerdo aparece firmada no solo por la sociedad demandante sino por su apoderado judicial.

8.4. Llamó la atención el *a-quo* sobre las dudas que le generaba la transparencia del procedimiento de liquidación unilateral del contrato del *sub-exámene*, no obstante lo cual, como la parte actora no hacía peticiones subsidiarias respecto a este cuestionable hecho, no podían ser objeto de estudio oficioso.

8.5. El *a-quo* concluyó que no había encontrado durante el trámite de este proceso ilegalidad en el acto impugnado por la sociedad Escobitas Ltda., ya que no se probó ningún vicio del consentimiento al momento de manifestar la voluntad en la terminación del contrato de mutuo acuerdo, por dicha sociedad y el municipio Magangué.

9. Contra la sentencia primera instancia la sociedad demandante interpuso oportunamente **recurso de apelación**, con el fin de que sea revocada y se acceda a las peticiones formuladas, porque, a su juicio, no se analizan en conjunto las pruebas aportadas, ni se les atribuye el valor que se merecen, es decir, se desconocen por completo (f. 403-406, c. 3).

9.1. Adujo que no se tiene en cuenta la actuación de la acción de tutela obrante en el expediente donde se evidencia la conducta del mandatario local, relacionada con la forma como se despojó de los vehículos y herramientas al contratista para que de esta manera no pudiera cumplir con la ejecución del contrato en el mes de enero de 1998.

9.2. Añadió que los testimonios dan cuenta de la conducta arbitraria e ilegal del alcalde municipal frente al contrato y de la violación a la ley y al debido proceso al elaborar las actas de terminación, que contienen una desviación de poder, independiente de la fuerza a que fue compelido el representante legal de Escobitas Ltda., lo que además se demuestra en el hecho de que el contrato no fue liquidado.

9.3. Observó que en este caso las partes no se encuentran en pie de igualdad real o material e insistió en que el contrato fue terminado por vías de hecho, pues ninguna razón tendría el contratista de terminar un contrato por mutuo acuerdo cuya cuantía supera los dos mil millones de pesos.

9.4. Manifestó que Escobitas Ltda. no pertenece a la casta política tradicional del alcalde de la época, situación que incomodó a éste y por lo cual amenazó e intimidó a su representante legal, lo que encaja en la definición de vicios del consentimiento.

9.5. Enfatizó que en el presente asunto no se acudió a los mecanismos de solución directa de controversias contractuales, previsto en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, ya que al municipio de Magangué *“le pareció más fácil e irresponsable la burda acta con el objeto de burlarse del contratista, causándole perjuicios económicos considerables, mediante el abuso de poder, la falta de transparencia”*.

9.6. Finalmente, recalcó que el municipio no le pagaba oportunamente el contrato, como así ocurrió para los meses de diciembre de 1997, enero-marzo de 1998, cuyos pagos retuvo el alcalde municipal, alegando que sólo pagaba si terminaba el contrato con Escobitas Ltda., es decir, lo acorraló, con el propósito de obligarlo a suscribir las actas.

CONSIDERACIONES

I. Competencia

10. El Consejo de Estado es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso suscitado mediante la interposición de la acción de controversias contractuales, idónea de acuerdo con la legislación vigente y ejercida en término legal¹, competencia que tiene su fuente en lo dispuesto por el artículo 129 del

¹ El término para intentar la acción de controversias contractuales estaba previsto en el artículo 136 del C.C.A. –modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998–, esto es, dos años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento, y que por tratarse de un contrato de tracto sucesivo, como es el de obra pública, el término para demandar con ocasión de cualquiera de las incidencias que se presentaran en la relación negocial, apenas empezaba a computarse desde la liquidación del contrato, etapa para la cual las

Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado, contenido en el Acuerdo 58 de 1999 (modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003), en el que se distribuyen los negocios por Secciones.

11. Adicionalmente, precisa la Sala que le corresponde resolver el asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que la cuantía de la demanda alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988 para que asuma el conocimiento de una acción contractual en segunda instancia. En 1998, cuando fue presentada la demanda, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción contractual fuera conocido por esta corporación era de \$18 850 000 –artículos 129 y 132 del C.C.A, subrogados por el Decreto 597/88– y la mayor de las pretensiones fue estimada en la demanda en la suma de \$542 987 945.

II. Hechos probados

12. De conformidad con las pruebas válidamente aportadas al proceso, se tienen probados los siguientes hechos relevantes:

12.1. El 1 de agosto de 1997, previo el adelantamiento del proceso de licitación pública n.º 001 de 1997, entre el municipio de Magangué (Bolívar) y Escobitas Ltda., se celebró el contrato que denominaron “de obra pública” (sin número), con el objeto de prestar dicha sociedad los servicios de recolección domiciliaria, transporte y disposición final de residuos sólidos en el municipio de Magangué y en el corregimiento de Cascajal, de conformidad con el pliego de condiciones y especificaciones del proceso de selección y la propuesta presentada por el contratista (copia auténtica a f. 111-120 c.1).

12.1.1. Las labores y servicios a que se obligó el contratista consistieron en la recolección, transporte y descarga de basuras o desechos en las zonas contratadas al sitio de disposición final, producto de las actividades domiciliarias, comerciales, industriales, institucionales, mercados, hospitales, clínicas de grandes productores, de podas de árboles y jardines, erradicación de botaderos y sitios rojos clandestinos, basura dejada por efectos de arroyos, escombros provenientes de reparaciones locativas y demoliciones, animales muertos y servicios de barrido manual de vías y áreas públicas; además el alcance del objeto contempla la construcción y operación del relleno sanitario como sistema de disposición final de basuras (cláusula tercera).

12.1.2. Tal como se señaló en la demanda, se acordó que el contrato tendría una duración de tres (3) años contados a partir del dieciséis (16) de agosto de 1997, previa legalización, esto es, otorgamiento de la garantía única y pago del impuesto al timbre (lo cual se hizo según consta en las copias a f. 24-26, 197-198 c. 1); y su vigencia se podía extender hasta cuatro (4) meses más, tiempo este último dispuesto para la liquidación del contrato (cláusula quinta).

partes tenían cuatro (4) meses para hacerla de mutuo acuerdo a partir del vencimiento del plazo de ejecución del contrato o dentro del término por ellas acordado (art. 60 de la Ley 80 de 1993) y luego de transcurrido ese término la administración debía proceder a liquidarlo unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes (art. 136 numeral 10, letra e). En este caso, como no se encuentra probado que el contrato de 1997 fuente del litigio se hubiese liquidado, se tiene que la fecha de terminación del mismo por mutuo acuerdo se fijó el día 3 de marzo de 1998, según el acta suscrita entre las partes en esa fecha y la oportunidad para hacer la liquidación bilateral se estipuló en 10 días, vencido los cuales la administración municipal tenía 2 meses para hacerla unilateralmente en aplicación de la norma citada, lo que significa que desde el 23 de mayo de 1998 comenzaba el cómputo legal para el ejercicio oportuno de la acción y que permite colegir que al tiempo de la interposición de la demanda el 27 de octubre de 1998, no había transcurrido el plazo legal mencionado para presentarla.

12.1.3. El valor del contrato para efectos legales y fiscales se pactó en la suma de \$34 048 923 mensuales, más el valor de trabajos adicionales cuando fuera el caso debidamente autorizados por el municipio, correspondiendo a la vigencia fiscal de 1997 la suma \$153 220 153,5; el municipio debía pagar mensualmente dentro de los 10 días siguientes al mes de servicio prestado, con sujeción al previo visto bueno de los informes mensuales que presentara la interventoría y a los trámites internos exigidos por la administración (cláusula sexta). Igualmente, se comprometió al registro presupuestal correspondiente al valor del contrato en cada vigencia fiscal y, además, a efectuar las apropiaciones presupuestales para garantizar el pago de las próximas vigencias (parágrafo *ídem*).

12.1.4. Las obligaciones de las partes se acordaron así (cláusula octava):

CLÁUSULA OCTAVA. OBLIGACIONES DE LAS PARTES: A. DEL CONTRATISTA: EL CONTRATISTA tendrá a su cargo las siguientes: a) EL CONTRATISTA se obliga para con el Municipio de Magangué a efectuar bajo su responsabilidad técnica, administrativa, financiera y legal los trabajos contratados descritos en este contrato, de acuerdo con la oferta presentada (...). b) Preparar y presentar informes mensuales sobre los resultados y avances logrados (...). c) El CONTRATISTA se obliga a contratar a su cargo y a su costa y bajo su responsabilidad, el personal suficiente e idóneo que sea necesario para la cabal ejecución del servicio (...), pago oportuno de los sueldos o salarios, o prestaciones sociales, indemnizaciones del personal a su cargo que emplee y demás obligaciones laborales; d) facilitar al interventor en cualquier momento a sus instalaciones en general a todas sus dependencias así como la inspección de los equipos, la supervisión de las obras y de los servicios; e) Atender los reclamos de la comunidad que sean recibidos en relación con la prestación del servicio de aseo; f) Informar a la colectividad sobre el programa de prestación de los servicios de aseo urbano, los días y horarios de recolección asignados, así mismo que contribuya con la limpieza de las vías y demás áreas públicas; g) Tener sus instalaciones y oficinas ubicadas en el sector de fácil acceso en el MUNICIPIO, dotadas de manera que permitan el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones pactadas con las facilidades y equipos ofrecidos en la propuesta técnica contemplada en el contrato; h) Acatar las instrucciones que dentro del desarrollo del contrato imparta el MUNICIPIO DE MAGANGUÉ, a través de la Interventoría, (sic) obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilaciones o entramientos; i) Emplear el personal capacitado con experiencia en el desarrollo de las tareas asignadas, en el material de operación de equipos, conducción de automotores, seguridad industrial, para la realización de este tipo de servicios, supervisión y todas aquellas que sean propias del trabajo a ejecutar; j) Mantener los equipos suministrados por (...) EL MUNICIPIO y los ofrecidos en su propuesta en buen estado, remplazar los averiados y retirarlos del servicio; k) No acceder a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de omitir algún hecho de interés; l) Ejecutar las actividades objeto del presente contrato con la calidad exigida en los pliegos de condiciones y en la propuesta presentada y demás documentos que la complementen y adicionen y con sujeción a las instrucciones que le formule EL MUNICIPIO; (sic) ñ) Mantener la generalidad, regularidad, continuidad y calidad de los servicios de aseo durante todo el plazo de vigencia del contrato; o) Poner en conocimiento de la ALCALDÍA MUNICIPAL DE MAGANGUÉ cualquier hecho o circunstancia que pueda afectar la oportuna eficiencia y eficacia de la prestación de servicios de este contrato; p) Dar cumplimiento a las disposiciones laborales en Colombia tanto individuales como colectivas así como a las leyes, reglamentos y disposiciones sobre higiene y seguridad social; q) Conservar, mantener los vehículos que ponga a disposición

EL MUNICIPIO y restituirlos en el mismo estado que le sean entregados o su compensación de dinero; r) Acreditar al inicio de cada (sic) durante la ejecución del contrato, que los seguros se encuentran vigentes; s) Las demás obligaciones que se deriven de la naturaleza del contrato y las establecidas en las normas pertinentes. **OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO:** Corresponde al MUNICIPIO DE MAGANGUÉ las siguientes obligaciones: a) (...) efectuar los pagos pactados en este contrato, luego del informe presentado por la Interventoría y visto bueno del funcionario que para el efecto designe el Alcalde Municipal, b) Poner a disposición del CONTRATISTA los vehículos y equipos que se ofrecieron en el pliego de condiciones para el uso de la prestación del servicio; c) Colaborar con EL CONTRATISTA para el mejor éxito de los servicios y trabajos encomendados. d) Exigir el cumplimiento del contrato y de las especificaciones en todas sus partes; e) Atender y resolver todas consulta sobre la correcta interpretación de los documentos e información que le interesen al CONTRATISTA, acerca de las omisiones u errores que puedan contener; f) Por medio de la Interventoría del contrato estudiar y recomendar los cambios sustanciales que se consideren convenientes o necesarios en las especificaciones y presentarlos a la consideración del CONTRATISTA y decidir oportunamente los cambios que le presente EL CONTRATISTA; g) Aprobar o rechazar los informes que conforman el informe final previo el examen y discusión concertados con EL CONTRATISTA; h) Solicitar la aplicación de multas y la declaración de caducidad en caso de comprobar hechos que den lugar a tales decisiones; i) En general todas las atribuciones que la ley y este contrato consideren como potestativas del MUNICIPIO.

12.1.5. Dentro de las obligaciones especiales del municipio de Magangué para el cumplimiento del objeto, sin perjuicio de la autonomía técnica y administrativa y financiera bajo la cual debía operar el contratista, se contempló (cláusula décima octava) la entrega a éste de los siguientes vehículos y equipos:

COMPACTADOR MARCA FORD, TIPO DE VEHÍCULO CHASIS, PLACA AJF-7RP-27477; TIPO SERVICIO PARTICULARES, MODELO BULDOZER (Papeles en Trámite). COMPACTADO MAZDA DE COLOR ROJO PLACA OVJ074 MAGANGUÉ. Para lo cual se suscribirá el acta correspondiente donde especificará y reverenciara (sic) cada uno de ellos, consignando el estado en que se entrega y el valor correspondiente.

12.2. Durante el transcurso de ejecución del contrato, en particular desde el mes de enero de 1998, se presentaron diferencias entre la sociedad contratista Escobitas Ltda. y la Alcaldía del municipio de Magangué, como se puede deducir de las siguientes actuaciones:

12.2.1. El señor Rafael González Pupo, representante legal de la sociedad Escobitas Ltda., presentó acción de tutela contra el señor Hernando Padaui Álvarez, para que se le tutelara el debido proceso, por cuanto el 1 de enero de 1998 los vehículos y los equipos necesarios para la prestación del servicio, y que fueron inicialmente entregados por el municipio de Magangué en virtud de la cláusula décima segunda del contrato, no fueron encontrados en los sitios donde permanecían guardados y a disposición del contratista, por una presunta orden dada por el mandatario local, dado que éste había supuestamente decidido terminar el contrato (copia auténtica del proceso f. 181-368 c. 1).

12.2.2. La decisión adoptada por el Juez Penal Municipal con sede en Magangué, que conoció la tutela, mediante providencia de 19 de enero de 1998 (copias auténticas a f. 362-368 c. 1), fue adversa a los intereses de Escobita Ltda., al

considerar que se trató de un hecho superado por habersele retornado los vehículos y que el hecho de no contar el contratista con dos vehículos entre el 1 al 7 de enero de 1998, no se debió a órdenes del alcalde Hernando Padaui Álvarez:

Del acervo obrante en esta acción de tutela está probado que la SOCIEDAD ESCOBITAS LTDA., no prestó los servicios de recolección y transporte de basura en el perímetro urbano de esta ciudad los días 1º al 5 de Enero de 1998 en cumplimiento del contrato de obras celebrado el día 1º. de agosto de 1997, entre el Municipio de Magangué (Bol.) y la Sociedad ESCOBITAS LTDA. por no contar en parte con el volteo No. 05 de la Secretaría de Obras Públicas Municipales y del Ford Blanco, hecho éste que fue superado plenamente el día 7 de Enero al recibir el último vehículo, que le había suministrado el Municipio de Magangué al contratista ESCOBITAS LIMITADA en cumplimiento del Contrato de Obra ya citado (Cláusula Décima Segunda) y hasta la fecha de este fallo la Administración Municipal de Magangué (Bol), no ha dado por terminado mediante un acto administrativo, ni por vías de hecho, el Contrato celebrado con ESCOBITAS LTDA., y el hecho de no contar con dos vehículos los días 1 al 7 de enero de 1998, no se debió a órdenes del Alcalde HERNANDO PADAUI ALVAREZ, de todos modos se reitera que el hecho fue superado, y cuando el hecho se ha superado no tiene objeto la Acción de Tutela.

12.2.3. El alcalde del municipio de Magangué, mediante oficio de fecha 23 de enero de 1998 (original a fl. 40-43 c. 1), invocando el cumplimiento del artículo 29 de la Constitución Política (debido proceso), le manifestó a la sociedad contratista Escobitas Ltda. el conocimiento de las quejas presentadas por la comunidad, a la Oficina de Saneamiento Básico, la Secretaría de Salud, la Dirección del Hospital "sobre la forma deficiente como se presta el servicio contratado de Recolección y Disposición Final"; así como de los incumplimientos relacionados en los informes de interventoría (f. 224-231 c. 1) que le habían sido transmitidos verbalmente por ésta y que se resumen así: 1. Incumplimiento en la ejecución técnica del contrato (según propuesta); 2. En los aspectos administrativo y financiero; 3. En la entrega de los informes mensuales establecidos; 4. En el pago de los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores a su cargo. 5. En la ejecución de las campañas educativas a la comunidad; 6. En la adecuación y mantenimiento de las instalaciones locativas, oficinas y equipos; 7. En las recomendaciones hechas por la interventoría por solicitud de la alcaldía municipal; 8. En el mantenimiento de equipos entregados por el municipio; 9. Fallas en la regularidad de horarios y calidad del servicio por cese de actividades; 10. Incumplimiento en la construcción y operación del relleno sanitario y la disposición final de basuras. Al efecto, se adjuntó con la comunicación copia de las quejas y de los informes de interventoría.

12.2.4. La sociedad contratista, en comunicación de 24 de enero de 1998, recibida por el interventor el 27 de los mismos mes y año (copia con constancia de radicado a fls. 28-29 c.1), dio respuesta al municipio del oficio anterior, en el sentido de que las quejas fueron presentadas los días 1 a 6 de enero de ese año, días en los que la administración suspendió el contrato, y sobre la queja del Hospital San Juan de Dios, señaló que los inconvenientes obedecen a que, pese a los requerimientos efectuados, no ha cumplido dicho hospital con la clasificación de los desechos. Así mismo, negó haber recibido con anterioridad y conocer los informes de interventoría trasladados, pero aseveró en relación con los incumplimientos sobre los que versan los mismos -excepto la adecuación de la oficina y el mantenimiento de los vehículos entregados que había comenzado a cumplir- que estaban sujetos a que la alcaldía municipal cumpliera con la entrega del otro vehículo recolector de basuras, el bulldozer para el relleno sanitario, y las

obligaciones estipuladas en la cláusula sexta -pago-, séptima -reajuste- y octava -obligaciones del municipio-.

12.3. En desarrollo del contrato se presentaron dificultades laborales con el personal contratado por la contratista para el desarrollo del mismo, toda vez que algunos trabajadores destinados a la ejecución del contrato, a quienes se les adeudaban sus salarios y prestaciones sociales (cesantías, primas y vacaciones), promovieron sendos procesos ejecutivos contra la sociedad Escobitas Ltda. ante el Juzgado Civil del Circuito de Magangué (cfr. procesos ejecutivos laborales de Dager Arenilla y otros, por un capital de \$10.983.640, y Adalgisa Pérez Escobar y otros por un capital de \$15.773.424, visibles a f. 1-87 c. 2), para obtener el pago de sus acreencias laborales, que habían sido conciliadas ante el Inspector del Trabajo en los meses de febrero y marzo de 1998, pero que correspondían al año de 1997 y primer trimestre de 1998 (enero, febrero y marzo). Si bien estos procesos fueron instaurados en los meses de abril y junio de 1998, demuestran que en el tiempo de ejecución del contrato la sociedad contratista adeudaba a sus empleados sumas por concepto de salarios y prestaciones sociales, que le correspondía asumir de acuerdo con lo estipulado en la cláusula octava, letra c), del contrato.

12.4. Las anteriores diferencias y dificultades condujeron a que el 28 de febrero de 1998, el representante legal de Escobitas Ltda., Rafael González Pupo, su apoderado judicial, Heriberto Solas Arrieta, y el secretario jurídico de la Alcaldía del municipio de Magangué, José Eduardo Prieto Rodríguez, suscribieran un acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato celebrado para la prestación del servicio de recolección domiciliaria, transporte y disposición final de residuos (copia auténtica f. 120 c.1), en la que manifestaron lo siguiente:

ESCOBITAS Ltda., que en la fecha da por terminado el contrato suscrito entre la sociedad y el municipio de Magangué, de manera libre y voluntaria, siempre que la administración así lo acepte, dejando constancia de que las obligaciones laborales son de su cuenta, que se proceda a su liquidación en el estado que se encuentre a la fecha. El Municipio de Magangué, manifiesta que igualmente da por terminado el contrato antes descrito, de manera libre y voluntaria, que cancelará los quince días de servicio que a la fecha se le adeudan, incluyendo el incremento de 1998, que para la materialización de la anterior propuesta se procederá a la liquidación inmediata del contrato a la fecha, momento en el cual incluirá la suma de CINCUENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$55.000.000) para cubrir los conceptos que en ese momento se especificarán. Las partes en este estado del acta manifiestan que por ser la terminación por MUTUO ACUERDO, no habrá lugar a indemnizaciones ni reclamaciones posteriores fundamentadas en el mismo contrato. Hecha la liquidación conforme al art. 60 de la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes, las partes se declaran a paz y salvo por cualquier concepto, de lo cual se dejará constancia en la respectiva acta. No siendo otro el objeto de la presente se da por terminada no sin antes ser leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.

12.5. El 3 de marzo de 1998, el representante legal de Escobitas LTDA., Rafael González Pupo y el abogado de la Empresa, Luis Miguel Villalobos, de una parte, y de otra parte, el alcalde municipal, Hernando José Paduai Álvarez, la secretaria general, Elsy Sampayo Benavides y el secretario jurídico de la Alcaldía del municipio de Magangué, José Eduardo Prieto Rodríguez, suscribieron otra acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato celebrado para la prestación del servicio de recolección domiciliaria, transporte y disposición final de residuos (copia auténtica fl. 121 c.1), en los siguientes términos:

En este estado las partes manifestaron sus inquietudes acerca de la manera como se viene cumpliendo el contrato y luego de un análisis técnico, jurídico y administrativo de la situación y buscando el mejoramiento en la prestación del servicio de aseo, se decide libre y voluntariamente TERMINAR POR MUTUO ACUERDO EL CONTRATO DE OBRA, anteriormente referenciado, a partir de la firma de la presente acta para liquidar de MUTUO ACUERDO el contrato, de acuerdo con la ley.

12.6. El municipio de Magangué según los comprobantes de egreso números 5608, 5942, 5643 y 6143 (con firma de recibido) pagó en el año de 1997, las cuatro mensualidades del contrato del 1 de agosto de ese año por valor cada una de \$34 048 923, para una suma total de \$136 195 692 (cfr. copias auténticas a f. 241-244 c.1).

12.7. El municipio de Magangué, según se desprende de la comunicación de fecha 14 de septiembre de 1998, enviada por el contratista al interventor (original a fl. 30 c. 1), pagó el 13 de marzo de 1998 las cuentas por la prestación del servicio correspondientes a los períodos de: (i) 15 de diciembre a 31 de diciembre de 1997; (ii) 1 de enero a 31 de enero de 1998; y (iii) 1 de febrero hasta el 28 de febrero de 1998; si bien no se expresa la suma cancelada se infiere que corresponde a la sumatoria del valor mensual causado por cada período, por cuanto el reclamo expresado por la sociedad Escobita Ltda. en la citada comunicación no obedeció a ese concepto sino a la discriminación de los montos de los descuentos realizados y la indicación de la norma legal en que los soporta.

III. Problema jurídico

13. Teniendo en cuenta los hechos probados y las razones de inconformidad de la parte apelante con el fallo de primera instancia la Sala observa que el problema jurídico en el *sub-lite* estriba en dilucidar si se presentó el vicio del consentimiento alegado (fuerza) y los hechos irregulares alegados si en consecuencia éste afectó la validez de las actas de terminación del contrato por mutuo acuerdo, de modo que se puedan abrir paso o no las pretensiones de la demanda. Debe, entonces, la Sala definir si las actas suscritas por las partes los días 28 de febrero y 3 de marzo de 1998, tuvieron el alcance jurídico suficiente para dar por terminado el contrato que con anterioridad habían celebrado, al punto de haberse extinguido las obligaciones y derechos que de él surgían tanto para el contratista como para la entidad demandada, y si dichas actas se encuentran afectadas o no de nulidad por un vicio del consentimiento (fuerza) o irregularidades en su formación.

IV. Análisis de la Sala

La terminación del contrato estatal por mutuo acuerdo

14. En primer lugar, cabe advertir que de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia², los contratos pueden terminarse de forma normal o anormal debido a diversas causas saber: (i) por mutuo consentimiento, denominada también resciliación o mutuo disenso (art. 1602 C.C.); (ii) por causas atribuibles a los contratantes: incumplimiento grave de la administración que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones del contratista (*exceptio non adimplenti*

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 22 de junio de 2011, exp. 18.169, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

contractus, art. 1609 C.C.), o incumplimiento grave del contratista que implica su caducidad (art. 18 de la Ley 80 de 1993); (iii) por causas legales o contractuales: muerte del contratista, resolución, extinción del plazo, nulidad del contrato (absoluta o relativa, art. 44 Ley 80 de 1993), o terminación unilateral (en los casos del art. 17 Ley 80 de 1993 o por los vicios recogidos en el art. 45 *ibídem*)³.

15. Respecto del mutuo disenso, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás enseña que es uno de los correctivos jurídicos que tienen las partes contratantes en el régimen común para aniquilar el contrato, esto es, “[l]a primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley, que otros denominan ‘mutuo disenso’, ‘resciliación’ o ‘distracto contractual’, es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del artículo 1625 del Código Civil, en cuanto dice que ‘toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula’⁴.

16. Ese mutuo disenso puede originarse del consentimiento expreso, el cual no requiere de la intervención judicial, o tácito ante la recíproca y simultánea inexecución o incumplimiento de las partes de sus obligaciones contractuales, conducta que puede interpretarse como una manifestación de extinción del vínculo contractual⁵. La doctrina civilista⁶, al explicar este modo indirecto de extinción de las obligaciones, con base en el artículo 1602 del Código Civil, por cuya inteligencia el contrato es ley para las partes y sólo puede dejarse sin efectos, por el consentimiento mutuo de ellas o por causas legales, ha señalado:

[E]l acto jurídico legalmente celebrado (convención, contrato o acto unipersonal) puede crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, cual si dicho acto emanase del propio legislador que lo autoriza. Además, como se ve, el propio texto enuncia la principal consecuencia del postulado al prohibirles a los agentes destruir unilateralmente, salvo excepciones..., la obligatoriedad de sus convenciones y contratos; para ello se exige un nuevo acuerdo entre los agentes, o sea su mutuo disenso (résiliation en Francia), por oposición al mutuo consentimiento que ellos prestaron al celebrar tales actos. A propósito del comentado texto legal, importa aclarar que al decir este ‘y no puede ser invalidado [el contrato] sino por su mutuo consentimiento...’, no significa que el contrato o convención pueda ser anulado por el mutuo disenso de las partes, como si el referido acto adoleciera de un vicio dirimente, pues el texto parte del supuesto del que el acto ha sido ‘legalmente

³ Se aplica también en este ámbito el Código Civil que establece en el artículo 1625 los modos de extinción de las obligaciones: “Artículo 1625. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte: / 1o.) Por la solución o pago efectivo. / 2o.) Por la novación. / 3o.) Por la transacción. / 4o.) Por la remisión. / 5o.) Por la compensación. / 6o.) Por la confusión. / 7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe. / 8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión. / 9o.) Por el evento de la condición resolutoria. / 10.) Por la prescripción”.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de noviembre de 1979, G.J. t. CLIX, pág. 306; en similar sentido: sentencias de 16 de julio de 1985, G.J. t. CLXXX, pág. 125; 7 de junio de 1989, G.J. t. CXCVI, pág. 162; 1º de diciembre de 1993, G.J. t. CCXXV, pág. 707; 15 de septiembre de 1998, G.J. t. CCLV, pág. 588 y 12 de febrero de 2007, exp. 00492-01, 14 de agosto de 2007, exp. 08834 – 01.

⁵ Ella se ha deducido de la armonía que se produce entre los artículos 1546 –condición resolutoria de los contratos bilaterales- y 1602 del Código Civil –ley del contrato-.

⁶ Ospina, Fernández, Guillermo, *Régimen General de las Obligaciones*, Ed. Temis, Bogotá, 2005, Págs. 313 a 315 y 481.

celebrado', o sea, que reúne todos los requisitos para su existencia y validez. Luego el verdadero sentido de la expresión legal impropia es la de indicar que, **así como las partes gozaron de autonomía para celebrar la convención o contrato, también la tienen para deshacerlo, para revocarlo convencionalmente, para privarlo de su eficacia futura (ex nunc) y, si así lo quieren, para destruir en cuanto sea posible los efectos ya producidos (ex tunc) (...).**

(...) el mutuo disenso, que es un modo indirecto por cuanto afecta todo el contrato y, consecuentemente, todas las obligaciones emanadas de este. El motivo de tal proceder consiste, (...) en la circunstancia de que algunos han confundido la simple convención extintiva que es el género, con el mutuo disenso que es una de las especies, dando así lugar a excluir la convención que solo se encamina a la extinción de una sola obligación, cualquiera que sea su fuente (se resalta).

17. Así pues, en el derecho privado es viable la terminación del contrato por el mutuo acuerdo de las partes, al amparo de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, aplicables a la contratación estatal como todas las reglas civiles y comerciales que no resulten incompatibles con el Estatuto de Contratación de la Administración Pública (arts. 13 y 40 de Ley 80 de 1993).

18. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Corporación cuando ha dicho que *"el derecho público impone que los contratos de la administración como en general todos los contratos se celebran con el propósito de cumplirse, de ejecutarse con el cabal y oportuno cumplimiento de las prestaciones a las que tanto la administración como el contratista particular se comprometieron al celebrarlo; pero ello no impide que cuando surjan circunstancias que tornen imposible su ejecución, las partes determinen poner fin a la relación contractual sin que el contrato se haya ejecutado."*⁷

19. La terminación del contrato por mutuo acuerdo o rescisión convencional, como modo anormal de conclusión de los contratos celebrados por la administración, ha sido también una figura desarrollada ampliamente en la doctrina *ius administrativa*; Escola a propósito expone lo siguiente:

Los contratos administrativos pueden concluir, al igual que los de derecho privado, en virtud de una rescisión convencionalmente acordada por las partes que los contrataron, es decir, la administración pública y el cocontratante particular.

De este modo, las mismas voluntades que se concertaron para dar nacimiento al contrato, se ponen de acuerdo para darle fin, sin esperar el cumplimiento del objeto del contrato, o sin aguardar la expiración del término fijado como de duración de aquél.

La simplicidad de esta forma de conclusión de los contratos administrativos exime de mayores comentarios, tratándose de la aplicación de un principio recibido en materia de contratos y que ha sido consagrado por el art. 1200 de nuestro Código Civil, según el cual 'Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen trasferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza'.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de noviembre de 1999, exp. 10.781, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

*El mutuo consentimiento, que fue el que creó la relación contractual, es también el que la extingue, y será igualmente la voluntad acordada de las partes la que habrá de determinar los efectos que producirá la extinción del contrato, que por lo general se limitarán al pago de la parte del precio contractual correspondiente a los trabajos o prestaciones que se hubieren cumplido y a la liquidación definitiva de la situación contractual, según su estado.*⁸

20. Para Bercaitz, “[e]n todo lo demás y dentro de la relativa autonomía de que gozan los órganos administrativos, lo que el mutuus consensus ha formado, el mutuus disensus puede disolverlo sin mayores impedimentos, siempre que el fin público que constituyó la causa del contrato sea resguardado, tanto tratándose de una concesión de servicios públicos, de obra pública, de empleo público o de suministros”⁹.

Los vicios del consentimiento y en particular la fuerza o violencia

21. Por otra parte, es menester señalar que la administración y los particulares pueden celebrar los contratos y negocios jurídicos que se estimen necesarios para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas que persigan la satisfacción del interés público en el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos (art. 3 Ley 80 de 1993), pero es una actividad que para que surta eficacia, esto es, la plenitud de los efectos jurídicos deseados, debe respetar los límites impuestos por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres (arts. 16 y 1518 del C.C.).

22. La validez indica la regularidad del contrato, o sea, que existiendo responde a las prescripciones legales y su inobservancia conduce a la nulidad del contrato. Dentro de los requisitos de validez establecidos en el ordenamiento jurídico, se encuentra la capacidad de las partes para obrar; el objeto lícito, la causa lícita y el consentimiento exento de vicios (art. 1502 C.C.).

23. El consentimiento hace referencia a la exteriorización de la voluntad de una persona para aceptar derechos y obligaciones, en el marco de la autonomía privada. Significa la manifestación o declaración de voluntad, expresa o tácita, ya sea en forma verbal o escrita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente. Es la exteriorización de una conducta, por acción u omisión, en la que una parte acepta y otorga su conformidad sobre el contenido del contrato o negocio jurídico celebrado con otra, que a la vez emite en forma coincidente su asentimiento o aquiescencia en torno al mismo. El consentimiento debe ser libre, sano, lo que significa que debe estar exento de vicios, como son el error, la fuerza y el dolo (art. 1508 C.C.).

24. El error es una discordancia entre la realidad y lo que una de las partes cree sobre la identidad de las cosas, las calidades esenciales o accidentales de ellas, la naturaleza del negocio que se celebra, o la persona con quien se celebra (arts. 1509, 1510, 1511 inc. 1 y 2, 1512 y 1524 C.C.). El dolo es una maquinación fraudulenta o engañosa o artificio para conseguir el consentimiento de una persona en la realización de un contrato y vicia el consentimiento cuando aparezca claramente que sin él no se hubiera contratado (art. 1515 C.C.).

⁸ Escola, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1977, Volumen I, pág. 476.

⁹ Bercaitz, Miguel A, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1980, 2ª edición, pág. 598.

25. La fuerza (*vis*) consiste en la presión física o moral que se ejerce sobre una persona con el fin de lograr la celebración del contrato, y para que vicie el consentimiento debe ser injusta, grave, determinante; debe producir una impresión fuerte a una persona en sano juicio, según las consideraciones de sexo, edad y condición (*temor: metus*). En efecto, doctrina y jurisprudencia han entendido por fuerza o violencia aquella injusta presión o coacción física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a prestar su consentimiento en la celebración de un acto o negocio jurídico¹⁰, vicio que tiene por efecto su nulidad (arts. 1504, 1741, 1743, 1750 C.C.), en tanto el orden jurídico privilegia la libertad negocial y la autonomía de la voluntad de las partes en la regulación y disposición de sus intereses.

26. Por eso, la presión o coacción en que consiste la fuerza o violencia, se ha dicho, con acierto, debe producir en la víctima un sentimiento de miedo o temor que la sitúa en la disyuntiva de realizar el acto que se le propone o de sufrir un mal grave e irreparable, con lo cual se le coarta o mengua la libertad de decisión o voluntad que demanda la ley para el ejercicio válido de la disposición de intereses en el negocio jurídico¹¹. De ahí que, realmente, la causa que vicia la voluntad no es la fuerza (*vis*) *per se*, sino el temor (*metus*) que a través de ella se infunde en el ánimo de la víctima y que la compele a otorgar su consentimiento en el acto o negocio jurídico.

27. Tradicionalmente, se ha dividido la fuerza o violencia en dos clases: física (*vis absoluta*) o moral (*vis compulsiva*)¹². La fuerza o violencia física, consiste en toda coacción sobre la integridad y libertad material de la persona de la víctima, como pueden ser los maltratos, las torturas y el secuestro¹³, y en ella existe ausencia total de elección en el sentido de la manifestación de la voluntad del compelido materialmente a la realización del acto; y la fuerza o violencia moral consiste en una presión psicológica que perturba a la víctima y conduce su voluntad contractual manifestada, de manera que ella no elimina la voluntad del contratante, sino que la guía en la formación del negocio jurídico y hacia su celebración, conservando un margen de elección entre su suscripción o el riesgo de sufrir un mal amenazado; por lo general, se traduce “*en las amenazas encaminadas a intimidar a la víctima y*

¹⁰ Cfr. Ospina, Fernández, Guillermo, Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Ed. Temis, Bogotá, 2005, pág. 212. Hinestrosa, Fernando, *Curso de Obligaciones (Conferencias)*, segunda edición, 1961, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 147. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 1969.

¹¹ Vid. Betti, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducción al español por A. Martín Pérez, Granada, Editorial Comanares, 2000, pág. 397 y ss.

¹² “...hay diferencia sustancial entre la fuerza física total o *vis absoluta* y la simple coacción o *vis compulsiva*, pues en la primera no habría sino un remedo de la voluntad, un simulacro de acto (inexistencia), cuando en la segunda mediaría voluntad de la declaración pero no del acto, habría una voluntad pero no libre (anulabilidad). El problema carece de importancia, no sólo por la rara ocurrencia de la *vis absoluta* y por la ausencia de regulación legal específica de la figura, sino porque en esa oportunidad, como en la de la simple amenaza, el acto se produce, sólo que viciado, no hay manera de declarar excluida la volición...” Cfr. Hinestrosa Fernando, *Ob. Cit.*, pág. 149. “...Nuestro Código Civil no consagra la clasificación de fuerza antes mencionada... Ahora bien, como la fuerza, aún la absoluta siempre se oculta tras la apariencia normal del acto jurídico celebrado bajo su imperio, está de acuerdo con las necesidades del comercio que este se presuma legal y válido, como también que pueda consolidarse por la ratificación de la víctima y por la prescripción cuatrienal de la acción rescisoria, todo lo cual se consigue con la aplicación del régimen jurídico de los vicios de la voluntad sancionados con la nulidad relativa...” Vid. Ospina, Fernández, Guillermo, Ospina Acosta, Eduardo, *ob. cit.* pág. 213. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 9 de febrero de 1932, G.J, No. 1883, pág. 463. Se citan como ejemplos por la doctrina en general los casos de *hinopsis* o llevando con fuerza la mano del declarante para hacerlo firmar sobre el documento a suscribir.

¹³ *Ídem.*

crear en su ánimo la resolución de consentir en el acto jurídico para librarse del mal con que se le conmina, como las amenazas de muerte, el secuestro de un pariente, de destrucción.”¹⁴

28. El artículo 1513 del Código Civil consagra en nuestra legislación la fuerza como vicio del consentimiento que permite solicitar la anulación del contrato, en los siguientes términos:

Artículo 1513. La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

29. En el primer supuesto de la norma transcrita, se establece que la fuerza debe ser de tal naturaleza e intensidad que genera una impresión fuerte en una “persona de sano juicio”, en consideración a su edad, sexo y condición; y a renglón seguido, en el segundo supuesto se mira como fuerza todo acto que infunde en una persona un justo temor de verse expuesta ella misma, su consorte o algunos de sus ascendientes o descendientes o parientes más cercanos a un mal irreparable y grave.

30. Como puede apreciarse, son dos los elementos que se consagran en la norma para determinar la fuerza: el primero, de carácter objetivo del tipo abstracto del hombre sano de juicio que víctima del miedo cede su consentimiento en un contrato; y el segundo, de carácter subjetivo, según el cual debe examinarse para ello su edad, sexo y condición, y en ésta última acepción, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la experiencia o inexperiencia, ignorancia o conocimiento, dependencia, debilidad mental, necesidad o ligereza en la situación, que le infunden un temor justo de sufrir un mal irreparable en su persona o en sus bienes o en los de sus parientes o en las personas que le son más próximas. Sin que pueda confundirse la fuerza con el temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, el cual no basta para viciar el consentimiento.

31. De otra parte, a términos del artículo 1514 *ibídem*, “...Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento...”

32. Si bien los requisitos para la configuración de la fuerza o violencia no emergen en forma nítida de los artículos 1513 y 1514 del Código Civil, la jurisprudencia y la doctrina¹⁵ se han encargado con base en estas disposiciones de perfilar los siguientes:

¹⁴ Cfr. Ospina, Fernández, Guillermo, Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Ed. Temis, Bogotá, 2005, pág. 212.

¹⁵ Vid. Pérez, Vives, Alvaro, *Teoría General de las Obligaciones*, Volumen I, Primera Parte, Edi. Temis, Bogotá, 1953, págs. 201 y ss.

32.1. Que la amenaza sea grave, por cuanto debe producir un justo temor de verse expuesta la víctima a un mal irreparable. La amenaza ha de ser idónea y de tal magnitud que someta la voluntad de quien la padece, porque real y razonablemente le causa un temor que permite llegar a la conclusión de que sólo por esa presión o coacción concurrió a la celebración del negocio, pues no se trata de un vano temor el cual no excusa (*vani timoris non excusat*). Es claro que la gravedad debe ser estudiada por el juez frente a cada caso concreto, con base en los criterios expuestos (objetivo y subjetivo).

32.2. Que el mal amenace directamente a la persona a la que se inflige la fuerza o a sus bienes, o recaiga en su cónyuge, parientes y personas más cercanas a las cuales se encuentre vinculado por un sentimiento de afecto.

32.3. Que la fuerza sea actual o inminente en la celebración del negocio jurídico. Únicamente la amenaza presente puede infundir temor, esto es, aquella fuerza previa o concomitante a la celebración del negocio que infunda un temor de recibir un mal irreparable y grave a ella, sus parientes cercanos y allegados o a sus bienes.

32.4. Que la fuerza sea ilegítima o que siendo legítima se persiga una ventaja injusta o en abuso del derecho. La fuerza debe ser injusta, es decir, provocada sin legitimación en el ordenamiento jurídico, o sin motivo o razón atendible o tutelable jurídicamente. Puede abarcar tanto amenazas mediante actos ilícitos, como por las vías del derecho, cuando con su ejercicio esté destinado a intimidar a la otra parte del contrato para pretender unas ventajas injustas, excesivas o leoninas¹⁶. Conviene anotar que la presión o amenaza para hacer efectivo un derecho o el cumplimiento de un deber o la satisfacción de un interés patrocinado por el orden jurídico, no puede constituir por sí sólo un acto de fuerza o violencia. En efecto, “[l]a simple prevención de que se ejercitarán ciertos medios compulsivos que la ley otorga no constituye en principio amenaza indebida, desde que lo buscado por esa vía sea apenas el cumplimiento de los deberes asumidos con anterioridad. (...) Pero cuando la amenaza de los derechos procure un derecho indebido, o plantee una desproporción entre el deber y el mal anunciado, deja de ser legítima y, por abusiva, puede llegar a constituir un verdadero acto de fuerza...”¹⁷ Es decir, la amenaza del ejercicio de un derecho como supuesto de anulabilidad del contrato, asimilable a fuerza, se fundamenta en la vulneración a la libertad de consentir en términos equitativos por una de la partes dada la especial situación en que se encuentra y en el aprovechamiento de ésta por la otra para lograr una ventaja injusta.

32.5. Que la fuerza provenga del contratante o de un tercero o aún de acontecimientos o circunstancias especiales de la víctima. La fuerza puede ser ejercida por cualquier persona, lo cual significa que no interesa el autor de la coacción o la amenaza, si lo es el cocontratante o beneficiario del acto o un tercero con el fin de obtener el consentimiento, como tampoco si es su causante o se aprovecha de los acontecimientos o la presión que éstos ejercen sobre el ánimo del contratante para lograr en esas circunstancias su consentimiento en el contrato. En realidad, se presentan eventos en que un negocio jurídico se celebra

¹⁶ Se citan como ejemplos por la doctrina nacional y extranjera la amenaza de una acción judicial para aprovecharse de una circunstancia de penuria o estado de necesidad del deudor con el fin de obtener de él una promesa excesiva de pago; o la amenaza de demandas para obtener obligaciones o renunciaciones que se presentan carentes de causa.

¹⁷ Cfr. Hinestrosa, Fernando, ob. cit. pág. 149.

por temor e intimidación sin que la fuerza que produce ese estado se ejerza por otra persona, sino que proviene de acontecimientos sociales o de sucesos de la naturaleza o de circunstancias especiales en las que se encuentra el individuo¹⁸, casos en los cuales el consentimiento no es libre, espontáneo o voluntario, sino determinado, dirigido o encauzado por una insuperable coerción originada por dichos factores externos a una persona en particular y que generan un estado de necesidad o estado de peligro, según el caso, de quien concurre a la celebración del negocio jurídico en condiciones inicuas y con el conocimiento y aprovechamiento de la otra parte de la situación de intimidación¹⁹.

33. De otra parte, la fuerza o violencia puede demostrarse por cualquiera de los medios probatorios legalmente aceptados, para lo cual corresponde al juzgador al valorarlos con base en los criterios expuestos, dilucidar si con determinada acción, conducta o circunstancia se mermó la libertad de una persona al momento de celebrar el negocio jurídico por un justo temor de verse expuesto a un mal grave e irreparable.

34. Finalmente, es menester anotar que respecto de las personas jurídicas, al ser entes ficticios (art. 663 C.C.) que actúan en el tráfico jurídico por medio de personas naturales que conforman sus órganos de decisión y ejecución, según lo establecido en los documentos de creación o constitución y de sus estatutos, es claro que la fuerza o violencia que vicia el consentimiento de las mismas en los negocios jurídicos que celebren, se predica también de ellas pero a través de la fuerza o violencia que se ejerza a sus administradores o representantes legales, a quienes, como en el caso de las sociedades, se les atribuye la facultad para celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad (art. 196 C. Co.).

¹⁸ En nuestra legislación no se distinguen expresamente esos casos, como ocurre en otras latitudes (Código Civil Italiano, artículos 1447 y 1448), pero ello no ha sido óbice para que la jurisprudencia haya considerado que la fuerza o violencia puede presentarse no sólo cuando es ejercida por otros seres humanos, sino también por fuerzas extrañas o de la naturaleza.; así, por ejemplo, se ha dicho que: "(...) *Ante estas circunstancias, en la doctrina foránea, especialmente en la francesa, empezó a abrirse paso el criterio consistente en que la fuerza o violencia tiene la entidad de viciar el consentimiento no sólo cuando el contrato vio eliminada o menguada su libertad por la violencia de otros seres humanos, sino también cuando se aprovecha a la víctima del estado de necesidad en que ha sido colocada por fuerzas extrañas o de la naturaleza. La aceptación en el país de la doctrina precedente comenzó en el año de 1962, cuando la Corte en fallo de 17 de octubre de ese año, afirmó: 1. A la autonomía de la voluntad como base de la contratación repugna el consentimiento determinado por la violencia. Es porque así el contrato se quiere, no por obra de la voluntad espontánea y libre, sino para evitar el mal que se teme, y a impulsos del miedo. Nada más en desacuerdo con la libertad contractual, con el orden y sosiego de las gentes, y con los cimientos mismos del régimen jurídico. 2. Toda la teoría de la coacción moral como vicio del consentimiento se encamina a suprimir los efectos del negocio ajustado bajo el peso de situaciones de hecho limitativas en tal grado de la autonomía de quien se obliga, que de otra manera no habría contratado, habida consideración de sus circunstancias personales y del medio en que actúa, aunque la violencia y su intensidad no dependan del otro contratante sino de extrañas personas, y aun en trances conflictivos dependientes nada más que de las fuerzas de la naturaleza...*". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 3 de mayo de 1984.

¹⁹ Verbigracia, la Ley 201 de 1959, estableció las hipótesis de fuerza que anulan el contrato por el aprovechamiento del estado de anormalidad bajo la extinta figura del estado de sitio y por violencia generalizada -artículos 1 y 2-; así mismo, actualmente en la Ley 1448 de 10 de junio de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral de las víctimas del conflicto interno armado, en el marco del modelo de justicia transicional, estableció, en el artículo 77, una serie de presunciones, unas de derecho y otras legales en relación con ciertos contratos, en las cuales dentro de los procesos de restitución de tierras se presume que existe ausencia de consentimiento o causa ilícita en los negocios y contratos de compraventa o cualquier otro mediante el cual se transfiera o se prometa transferir un derecho real, la posesión u ocupación sobre el inmueble objeto de restitución, celebrados en el período de violencia por el conflicto armado y ante ciertas circunstancias.

El alcance jurídico de las actas suscritas por las partes los días 28 de febrero y 3 de marzo de 1998 y su incidencia en las pretensiones de la demanda

35. El tema de fondo que provocó este litigio, sin duda, versa sobre la terminación de mutuo acuerdo del contrato suscrito entre las partes el 1 de agosto de 1997, para el servicio de recolección domiciliaria, transporte y disposición final de residuos sólidos en el municipio de Magangué, cuyo régimen jurídico aplicable al mismo es el contenido en la Ley 80 de 1993²⁰, vigente para la época de su celebración (art. 38 Ley 153 de 1887). En cuanto al problema jurídico que se desprende de la demanda, del recurso de apelación y de los hechos probados no es otro, como arriba se anotó, que la determinación de la validez de dicha terminación mutua del contrato, pues, a juicio de la sociedad actora, concurrió a ella mediando un vicio del consentimiento (fuerza), que acarrea su nulidad, así como irregularidades en el trámite llevado a cabo para su firma.

36. Con base en los razonamientos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios expuestos, encuentra la Sala que con la suscripción de las actas del 28 de febrero y 3 de marzo de 1998, las partes del contrato expresamente lo dieron por terminado de mutuo acuerdo y, en consecuencia, se extinguieron las obligaciones allí contraídas.

37. En las referidas actas se aprecia la existencia de un consentimiento mutuo o recíproco, como lo exige la ley para que se configure el mutuo disenso o convenio extintivo expreso (cfr. artículos 1602 y 1625 Código Civil, 864 Código de Comercio), pues, ha de recalcarse que ellas contienen una declaración bilateral de los contratantes con destino a aniquilar el convenio sinalagmático que los ligaba, es decir, una decisión acerca de la disolución del vínculo, mediante un consentimiento recíproco para dar por extinguido el negocio jurídico.

38. De acuerdo con lo anterior, el municipio demandado y la sociedad actora encaminaron su voluntad a la terminación del contrato tal y como aparece expresado en el acuerdo mencionado, teniendo aquí plena aplicación el principio de la prevalencia de la intención de las partes, según el cual *“conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”* (art. 1618 Código Civil), regla de la que se deduce que cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, y que, por lo mismo, se torna en inocuo cualquier intento de interpretación que desconozca, limite o restrinja los efectos legales de un acuerdo cuyo sentido es claro y terminante²¹.

²⁰ Cabe anotar que el contrato se tipificó como de obra por involucrar la actividad del relleno sanitario para la destinación final de las basuras y desechos un componente de obras; no obstante, si se mira la definición que de éste trae el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 [*1o. Contrato de Obra: Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago*], parecería que no se enmarca en éste sino en el del contrato de prestación de servicios [*3o. Contrato de prestación de servicios: Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad*], por cuanto los componentes y prestaciones mayores son propias de esta categoría de contratos. De todos modos, recuérdese que la nominación que de un contrato hagan las partes no determina su naturaleza y tipología, dado que es el objeto y las prestaciones que en él se acuerden, los que perfilan su noción y elementos y dan lugar a su existencia de acuerdo con la ley.

²¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de julio 1983.

39. Con otras palabras, para la Sala las partes dieron por terminado anticipadamente el contrato de 1 de agosto de 1997 a través del mutuo disenso, en tanto emitieron una declaración de voluntad expresa, directa, coincidente y concordante con la finalidad de deshacer, extinguir y liberarse del acuerdo y privarlo de sus efectos jurídicos, tal y como se corrobora en las actas demandadas.

40. Ahora bien, por ser la terminación por mutuo acuerdo, en principio, no habría lugar a indemnizaciones ni reclamaciones posteriores de las partes fundamentadas en el período restante que faltaba por cumplir del contrato de 1997 ni en el acta que lo extingue, pues, como se dijo, tiene que presumirse que esa estipulación de finalizar el convenio jurídico es el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, excepto, como también ya se vio, que mediara un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) u otra causal de nulidad del negocio jurídico, que conduzca a la invalidación de la misma, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en las mismas. Premisa que también se fundamenta en el principio de que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, "*venire contra factum proprium non valet*", que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.

41. La sociedad actora alegó la fuerza o violencia como vicio del consentimiento que, en su concepto, debe dar paso al aniquilamiento del acta de terminación del contrato que fue firmada por las partes. Empero, para la Sala, no logró la demandante demostrar la fuerza o violencia que afirmó fue ejercida contra su representante legal por la entidad pública y que lo condujo a celebrar en su nombre el negocio jurídico bilateral extintivo que se enjuicia.

42. En efecto, según la *causa petendi* de la demanda, los hechos que sustentan las pretensiones consisten en diversas acciones y omisiones en el cumplimiento del contrato, atribuibles al municipio de Magangué, que supuestamente forzaron a que el representante legal de la sociedad Escobitas Ltda., Rafael González Pupo, suscribiera las actas de terminación del contrato, influenciado por la presión y persecución que desató la nueva administración en cabeza del alcalde Hernando Padaui Álvarez contra ella.

43. La fuerza ejercida contra el representante legal de la sociedad contratista por el municipio, que vició su consentimiento y, por ende, el de la persona jurídica que representaba, consistió en concreto en el retiro de los vehículos y herramientas asignados a la ejecución del contrato y a la falta oportuna del pago de las cuentas, circunstancias configurativas de vías de hecho, desviación de poder y arbitrariedad.

44. En cuanto a la retención de los vehículos y maquinarias que debía suministrar el municipio de Magangué al contratista, según la cláusula décima segunda del contrato, que condujo a éste a presentar una acción de tutela por violación al debido proceso, observa la Sala que la decisión de la misma no solamente fue adversa a los intereses de Escobita Ltda., sino que en ella también se aclaró que el hecho de no contar con dos vehículos los días 1 a 7 de enero de 1997 fue superado (según las entregas que le realizó su propio subcontratista señor Eliécer Caldera Dávila, Gerente de Aseo y Reciclaje, visible a fls. 233 y 234 cd. ppal.) y no

se debió a órdenes del alcalde Hernando Padauí Álvarez²² (providencia de 19 de enero de 1998, proferida por el Juez Penal Municipal con sede en Magangué, visible en copias auténticas a fls. 362 a 368 cd. ppal.). De manera que, contrario a lo sostenido por el impugnante, la actuación de tutela obrante en el expediente no es prueba del incumplimiento contractual alegado ni tampoco de hechos de arbitrariedad de la administración municipal.

45. En relación con el no pago oportuno del valor del contrato dentro del término estipulado en la cláusula sexta a partir de enero de 1998 (según hecho octavo de la demanda), no se concretó en la demanda ni en el proceso las fechas exactas en que debía cumplirse esta obligación por parte del municipio ni se trajeron al proceso las pruebas que permitieran establecer la mora acusada por el cumplimiento de todas las condiciones necesarias para la procedencia del pago, teniendo en cuenta que de conformidad con dicha cláusula: “EL MUNICIPIO pagará mensualmente [a] dentro de los diez primeros días siguientes al mes de servicio prestado; los pagos estarán [b] sujetos al visto bueno de los informes mensuales que presente la Interventoría y [c] a los trámites internos exigidos por la Administración” (se resalta).

46. En similar sentido se afirmó en la demanda que la entidad pública contratante sólo le pagó a Escobitas Ltda. hasta el mes de marzo, cuando la fecha de terminación fue a partir del 1 de agosto de 1998; sin embargo, el acta de terminación de mutuo acuerdo de 3 de marzo de 1998 bien señala que la finalización del contrato operaba desde la suscripción de la misma, de manera que no se acreditó una fecha posterior y diferente de terminación del contrato y, por lo tanto, era hasta ese 3 marzo que debían pagarse por la entidad pública contratante los servicios prestados.

²² A este propósito se señala en el informe de la interventoría del contrato de fecha 7 de enero de 1998, allegado a la acción de tutela, que *“El 29 de diciembre de 1997 se presentó cese de actividades por parte de los trabajadores de la empresa ESCOBITA LTDA., con el fin de que se le definiera el pago de sus prestaciones sociales. Esta situación fue inducida por un oficio expedido por el gerente de la empresa a sus trabajadores en el cual se les notificaba que la vinculación laboral era hasta el 31 de diciembre de 1997, además el gerente se había comprometido a sostener una reunión para fijar una fecha en la cual se harían los pagos, lo cual no ocurrió porque hasta el momento los empleados desconocen cuando se le cancelará. Las actividades reanudaron el 30 de diciembre a las 11:30 A.M. por concertación de los empleados. Luego el servicio se prestó normalmente hasta el 31 de diciembre de 1997. El día 1 de enero de 1998 el servicio fue prestado como una colaboración por parte de los trabajadores a la ciudad debido a que no está contemplado como día laboral en el contrato a consideración. Para la interventoría fue extraño que no existiendo un acto administrativo notificado a la Empresa ESCOBITA LTDA. para que se suspendiera el contrato ésta cerrara sus oficinas los días 2 al 5 de enero de 1998. (...) [E]xistió el rumor de algunos empleados de ESCOBITA LTDA. que había otra persona u otra empresa prestando el servicio de aseo. La interventoría ante tanta confusión y mal entendidos y después de recibir un comunicado (...) de fecha 6 de enero de 1998 por parte del Gerente de ESCOBITA LTDA. se enteró de que habían sucedido una serie de hechos en donde en términos generales el Gerente de ESCOBITA LTDA. manifiesta que el servicio no se prestó los días 1 a 6 de enero de 1998, porque la alcaldía se lo impidió. La interventoría preocupada por tales afirmaciones decidió indagar al señor Eliécer Caldera que de acuerdo con información recibida era quien estaba prestando el servicio de aseo, según conversación sostenida con la interventoría el señor Eliécer Caldera manifestó que en los días 2 al 6 de enero de 1998, la prestación del servicio se realizó por algunos de los trabajadores de la empresa ESCOBITA LTDA y la Cooperativa de ASEO Y RECICLAJE, subcontratista de esta, cuyo representante es el señor Eliécer Caldera, dicha Cooperativa organizó y dirigió la parte operativa en esos días teniendo en cuenta que la relación contractual con ESCOBITA LTDA. estaba aún vigente. (...) El día 6 de enero de 1998 la Empresa ESCOBITA LTDA. reabrió las oficinas y prestó sólo el servicio de barrido, además el señor Eliécer Caldera le hizo entrega del volteo según acta anexa a este informe. El 7 de Enero de 1998 la Empresa ESCOBITA LTDA. reabrió las oficina y prestó sólo el servicio de barrido, además recibe de parte señor Eliécer Caldera el vehículo FORD 700, mediante acta anexa a este informe”*. (Cfr. copias auténticas a fls. 219 a 221 cd. ppal.) Esto último resulta concordante con la declaración que en este proceso rindió el señor Eliécer Caldera Dávila, en la que aclaró que, *“a pesar de que mi empresa prestó el servicio de barrido en ningún momento fuimos autorizados por el señor Alcalde, nosotros como empresa ambientalista sin ánimo de lucro prestamos ese servicio sin ninguna remuneración”*. -fl. 174-.

47. Sea lo que fuere, advierte la Sala que ni los documentos, ni los testimonios practicados en el proceso dan cuenta del vicio de fuerza o violencia que dice la sociedad Escobitas Ltda. que llevó a su representante legal a negociar y suscribir el acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato, producto de la presión e intimidación de las circunstancias propias de un estado de penuria o precariedad o urgencia económica extrema²³ -que insinúa con el argumento de una supuesta mora del municipio en los pagos y en los procesos ejecutivos contra ella promovidos por sus trabajadores para el recaudo de deudas laborales conciliadas, deudas bajo su exclusiva responsabilidad de acuerdo con la cláusula octava, letra c)- o de agresión o presión física o moral ejercida por agentes del ente municipal, con el fin de provocarle un temor de experimentar un mal inminente y grave.

48. En efecto, obsérvese que sobre los inconvenientes y diferencias presentadas entre las partes del contrato materia de esta controversia rindieron testimonio a solicitud de la parte actora:

48.1. El señor José Javier Lara Bejarano, quien trabajó como supervisor de barrido para la sociedad contratista, ante la pregunta de las razones por las cuales se terminó el contrato (f. 152-153 c. 1), manifestó que:

*[L]legó el 1º de enero una orden de que no se iba a trabajar (...) porque el contrato se lo habían quitado a Escobitas y entró una orden (...) **para gasolina para la empresa Eliécer Caldera que era el que iba a coger el aseo**, después hasta donde yo sé se entabló una tutela la cual tengo entendido falló, ya que entregaron los camiones antes de que la tutela llegara a su fin, después que entregaron el servicio hubo persecución, está bien o está mal el aseo de parte de la interventoría, y (sic) interventoría comenzó a exigir y la empresa como había mucho exigimiento (sic) y la Alcaldía no le cumplía con el billete no tenía como bandearse y le quitaron el contrato a la empresa por esto. (...) Ahí llegó Rafael González Pupo a un acuerdo hasta donde sé no se cumplió porque a nosotros no nos han dado pago y el debía pagarnos prestaciones, cesantías, todo y no lo cumplió, el acuerdo era un acta y consistía en darle una parte de dinero y después otra parte para pagarnos todo lo que nos debían a los trabajadores, en el caso mío no me ha pagado, que yo sepa el municipio no le ha pagado a Rafael González Pupo -se resalta-*

48.2. El señor Fredy de Fex Mejía, quien laboró en la sección de quejas y reclamos para el contratista, declaró que no conocía nada sobre el contrato, y que lo único que sabía era que el contratista había conciliado con los empleados los créditos laborales (f. 162 c. 1).

48.3. El señor Elías David Piedrahita Martínez, quien laboró en calidad de supervisor para el contratista, afirmó que no conocía las razones por las cuales el alcalde del municipio de Magangué le quitó el contrato a Escobitas Ltda.; que supo sobre la suscripción del acta de terminación pero no de sus términos; que a él le pagaron hasta el mes de marzo de 1998 pero no conoce si a la empresa le

²³ “Al no existir otras pruebas de naturaleza como aquéllas que comprende la legislación comercial, tales como el proceso concursal o la quiebra misma, el fallador no podrá atender la exigua perspectiva del demandante en torno al tema de la evidente quiebra en la que apoya su pretensión de nulidad bajo el rodaje de los que se conoce como un estado de necesidad que hizo alterar su consentimiento. Lo hasta aquí expresado equivale a sentencia que parte alguna se probó la “evidente quiebra del actor anunciada con un mal futuro e irreparable”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 1996, exp. 9476, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

cancelaron; que es cierto que Escobitas Ltda. concilió con sus trabajadores las acreencias laborales; además, interrogado acerca de una orden impartida por el alcalde de tomarse los camiones y demás maquinarias sostuvo que fue cierto, pues cuando fue a laborar junto con otros trabajadores el primer día de enero (1998) los camiones estaban en poder de otro personal que no era de la empresa, autorizados según ellos por el Alcalde Municipal (f. 164 c. 1).

48.4. El señor Reynel Antonio González, quien trabajó como supervisor del contratista, testificó que el “contrato fue terminado en forma unilateral por la Alcaldía, las razones no me constan pero fue en una forma arbitraria y no acorde con la ley. (...) Sí se suscribió un acta de liquidación del contrato, pero como dije (...) no fue acorde con la ley, y la suscripción de esta acta por la presión ejercida por la Alcaldía a la empresa. (...) Empresa Escobitas Ltda. no ha podido pagarle a los trabajadores lo correspondiente a prestaciones sociales porque el municipio se ha negado a cancelar los dineros (...)” (f. 168 c. 1.)

48.5. El señor Eliécer Caldera Dávila, quien estuvo vinculado como subcontratista de Escobitas Ltda., para desarrollar las labores en los barrios subnormales, sobre las razones de la terminación del contrato depuso (f. 173 y 174 c.1) que:

[E]l señor Alcalde Municipal Dr. Hernando Padaui Álvarez decidió terminar la licitación que había con Escobitas Limitada en una forma indebida, tanto mi persona como los integrantes de mi Empresa fuimos testigos de la persecución a que se vio (sic) la Empresa Escobitas por parte de la Alcaldía, las personas que se encargaban de la interventoría en todo momento perseguían a la Empresa Escobitas y la acosaban, en ningún momento la interventoría mostró imparcialidad, es decir, solo se limitaba a mostrar las partes que supuestamente eran una debilidad para la Empresa Escobitas Ltda. Cabe anotar también que esta persecución se dio una vez posesionado como alcalde Hernando Padaui Álvarez, muchas veces ellos manifestaron que su misión era acabar como fuere la Empresa Escobitas Ltda., muchas veces presencié que verbalmente agredían al gerente de la Empresa, señor Rafael González Pupo, pero esta persecución afectaba psicológicamente a Rafael, porque aparte que no querían pagarle por los servicios prestados le exigían que prestara el servicio a cabalidad; muchas veces el señor Rafael me manifestó de que se sentía acosado y perseguido por el señor Alcalde y que este lo estaba conllevando a que entregara el servicio de aseo, una vez recuerdo ahora un mes antes de las elecciones para Alcalde en septiembre de 1997 el señor Alcalde en las instalaciones de mi Empresa nos manifestó que apenas fuera elegido y se posesionara la Empresa Escobitas Ltda. desaparecería y nosotros íbamos a ser parte de la nueva Empresa que él y un grupo de colaboradores iba a montar y fueron estas mismas personas las que a partir del 1 de enero de 1998 fueron las encargadas de comprar los suministros de aseos, bolsas, palas nuevas, palines nuevos, tanqueaban los carros, porque el señor Alcalde los había autorizado (...) aclaro, a pesar de que mi empresa prestó el servicio de barrido en ningún momento fuimos autorizados por el señor Alcalde, nosotros como empresa ambientalista sin ánimo de lucro prestamos ese servicio sin ninguna remuneración.

48.6. No obstante, sucede que estas personas estaban vinculadas o eran dependientes de la sociedad actora para el tiempo del contrato, e incluso uno de ellos menciona que aún no se le había pagado sus emolumentos laborales y otro que era el subcontratista Eliécer Caldera quien iba a continuar con el servicio de aseo, de manera que sus declaraciones aunque no deban desestimarse en forma absoluta y de inmediato por esa vinculación con la demandante, es menester analizarlas en los términos del inciso final del artículo 218 del C. de P.C., según el

cual corresponde al fallador apreciar los testimonios sospechosos con mayor rigurosidad, *“de acuerdo con las circunstancias de cada caso”*, pues por sí solas no producen la certeza requerida respecto de los hechos que se pretenden demostrar²⁴, excepto que estuviesen respaldadas por otras pruebas dentro del informativo.

48.7. Dicho de otro modo, los mencionados testigos tendrían un interés en el resultado del proceso y su declaración podría ser parcializada, de suerte que su versión debe estudiarse en conjunto con las demás pruebas que obran en el proceso. Así, no ofrecen la convicción necesaria en relación con las razones o motivos por los cuales se produjo la terminación por mutuo acuerdo del contrato; si en verdad existió o no consentimiento recíproco de las partes en el acta que la contiene y no estuvo afectada esa declaración por vicios del consentimiento o si en el procedimiento que dio lugar a la misma se presentaron o no irregularidades (desviación de poder), dado que las otras pruebas que reposan en el expediente no permiten corroborar lo manifestado por ellos en relación con dichos puntos, excepto en lo que tiene que ver con las deudas laborales que tenía la sociedad contratista para con sus trabajadores.

48.8. En adición a estas circunstancias de sospecha, señala la Sala que los testimonios solicitados por la actora están lejos de probar los puntos pretendidos por ella, debido a la vaguedad respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se exponen o llegaron a su conocimiento los hechos materia de declaración o simplemente por el desconocimiento de las mismas, en tanto analizados en conjunto, se infiere que si bien conocen de la suscripción o firma de un acta entre las partes para dar por terminado el contrato de mutuo acuerdo y de la controversia que se venía presentando entre ellas en relación con el cumplimiento de las obligaciones que emanaban de él, ninguno de ellos es claro en su versión o exposición sobre los hechos y circunstancias determinantes o las razones por las cuales se terminó realmente el contrato.

49. Además, para que las circunstancias esgrimidas por el libelista configuren un vicio de fuerza que anule el negocio jurídico, es necesario que sean de tal intensidad que conduzcan a la merma de la libertad de la parte que la soporta, en cuanto le provocan un temor de sufrir un mal grave e irreparable que no le deja otra alternativa u opción razonable para evitarlo que celebrar el negocio jurídico. Y, usualmente, cuando se presenta un incumplimiento contractual, como lo esgrime la actora, sea por la falta de ejecución por una de las partes de sus obligaciones, o la ejecución tardía o defectuosa de las mismas, no es una vicisitud de la relación obligatoria que se estudie a la luz de los vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo) y de la nulidad que éstos generan, sino en el escenario del régimen de responsabilidad que la misma conlleva para exigir el derecho a su cumplimiento sea a través de la conminación directa o extrajudicial para provocar en forma espontánea la solución por el deudor, ora mediante la ejecución forzada por las vías judiciales.

50. De ahí que, las diferencias que se puedan suscitar a propósito del cumplimiento de las obligaciones en un contrato, no pueden viciar en principio y por sí solas el consentimiento en otro negocio jurídico que celebren las mismas partes, sino que deberán estar acompañadas de otro tipo de supuestos que permitan configurar tal irregularidad en la expresión de la voluntad, porque como fuente de obligaciones que es el contrato y, por ende, al constituir un vínculo jurídico, es de derecho que cualquiera de sus partes pueda exigir, presionar,

²⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 12 de febrero de 1980, M.P. José María Esguerra Samper.

perseguir o demandar de la otra determinada conducta o comportamiento (prestación de dar, hacer o no hacer) ajustado a su tenor, y aún contra su voluntad, en el entendido de que se encuentra autorizado para ello y que hace parte del desenvolvimiento de la relación comercial y del régimen de responsabilidad que reconoce y patrocina el orden jurídico. Esto significa que los actos de cumplimiento o incumplimiento del débito contractual por las partes, su exigencia o las controversias que se presenten con ocasión al desarrollo de la relación obligacional no son por definición y, por lo ordinario, constitutivos de fuerza o violencia que puedan restringir o mermar de manera injusta e ilegítima la libertad para expresar el consentimiento en la celebración de un acto bilateral de terminación del contrato.

51. Así las cosas, los hechos señalados por la sociedad actora, no probados por lo demás, por sí solos no pueden ser considerados como mecanismos de presión, amenaza o intimidación que se subsuman en la noción de fuerza o violencia, y que, por ende, hayan impulsado a su representante legal a convenir contra su voluntad la terminación lograda con el municipio de Magangué, toda vez que la fuerza para que vicié el consentimiento debe ser injusta y de tal intensidad y grado que coarte la libertad de elección de celebrar la convención o el riesgo de sufrir un mal grave e irreparable, inclinándolo en forma determinante su decisión hacia la primera, situación no acreditada en el *sub lite*.

52. Es decir, si en verdad, lo cual tampoco se demostró en este juicio, se hubiesen dado conductas de incumplimiento del municipio de Magangué quedaba en libertad la sociedad contratista –de estar cumplida en lo suyo- de acudir a las vías judiciales para desligarse del vínculo que la unía a aquel mediante la solicitud de resolución del contrato con indemnización de perjuicios (condición resolutoria tácita, art. 1546 C.C.²⁵), estando amparada en el entre tanto con la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*, art. 1609 C.C.²⁶), medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica, en vez de concurrir a la celebración de un negocio jurídico extintivo del contrato, figura esta última que fue a la que acudió en consenso con el ente territorial, al suscribir las actas de terminación por mutuo acuerdo del contrato de 1997.

53. De manera que, para la Sala, no se acreditó una fuerza que haya viciado el consentimiento del actor al momento de suscribir el acta de terminación del contrato; si la sociedad actora escogió de consuno con la entidad demandada ese cauce y luego se arrepintió de ese acto dispositivo, esta última situación no la ampara el derecho en el sentido pretendido en la demanda, dado que ello significaría desconocer la decisión a la que llegaron las partes para poner fin al contrato y así a las diferencias que se venían presentando en su ejecución y, de rebote, vulnerar el ejercicio legítimo de la autonomía de la voluntad en el que descansa y se ampara dicho acuerdo, que es ley para las partes.

²⁵ Artículo 1546 del C.C., a cuyo tenor: “[e]n 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.”

²⁶ El artículo 1609 *ibidem*, que preceptúa que “[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

54. Por otro lado, insistió la sociedad actora, tanto en la demanda como en el recurso de apelación, que las actas de terminación del contrato se elaboraron con violación a la ley y al debido proceso, ya que no están motivadas y contienen una desviación o abuso de poder²⁷, argumento que no resulta de recibo, pues el hecho de que la administración y el contratista hayan suscrito de mutuo acuerdo las actas de terminación del contrato, no fue más que la manera de romper de manera anticipada y dejar sin efectos el vínculo contractual que tenían ante las diferencias que en la ejecución del mismo se venían presentando y que ponían en peligro la continuación y prestación del servicio a que hacía referencia el contrato.

55. No de otra forma se explica la manifestación conjunta y coincidente que las partes hicieron en el acta de 3 de marzo de 1997, luego de expresar sus inquietudes acerca de la manera como se venía cumpliendo el contrato y de realizar un análisis técnico, jurídico y administrativo de la situación, buscando el mejoramiento en la prestación del servicio de aseo, en el sentido de decidir "*libre y voluntariamente TERMINAR POR MUTUO ACUERDO EL CONTRATO DE OBRA*", a partir de la firma del acta.

56. Debe recordar la Sala que los contratos de la administración son celebrados por las entidades públicas que la integran para cumplir los fines estatales (art. 2 C.P.), la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (artículo 3 Ley 80 de 1993), todo bajo el principio de legalidad, en desarrollo del interés general y en ejercicio de la función administrativa (art. 209 de C.P.). De ahí que se predique que el contrato estatal es un medio de colaboración o cooperación entre el Estado y los particulares para la satisfacción de los bienes y servicios colectivos que constituyen su objeto, de suerte que cualquier interferencia, complicación, problema, discrepancia o divergencia en la relación jurídica que emana de él amenaza su cabal obtención y el logro de las finalidades generales que animan a contratar, lo que permite que puedan terminarse por mutuo acuerdo contratos cuando en esos casos las exigencias del servicio y el interés público lo aconsejen y justifiquen.

57. De otra parte, reiteró el recurrente la ilegalidad de las actas de terminación del contrato, con fundamento en que previamente a esa medida, se debieron agotar los mecanismos de solución directa de las controversias contractuales, previstos en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, y la conciliación, amigable composición y transacción, sobre lo cual debe señalarse que en parte alguna se condiciona en el sentido indicado el ejercicio de la prerrogativa que tienen las partes para terminar por mutuo acuerdo los contratos, en los términos de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil y 864 del Código de Comercio, aplicables a la contratación estatal como todas las reglas civiles y comerciales que no resulten incompatibles con el Estatuto de Contratación de la Administración Pública (arts. 13 y 40 de Ley 80 de 1993), máxime cuando, como ocurre tratándose de esas figuras, tal facultad y la convención que la materializa son fruto precisamente de la autonomía de la voluntad de la cual son titulares para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

58. Finalmente, llama la atención la Sala que en la demanda y en el recurso de apelación el demandante señaló que el contrato no se había liquidado, mientras que en la contestación de la demanda por parte del municipio de Magangué y en la sentencia del juez *a quo* se indicó que el contrato del *sub lite* habría sido

²⁷ Cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación o abuso de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos, de conformidad con el numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

liquidado unilateralmente, no obstante, se subraya que en el proceso no quedó demostrado ese hecho, en tanto no se allegó prueba alguna sobre dicha actuación, ni tampoco existen peticiones a propósito del mismo, razones por las cuales no hay lugar a realizar reflexiones adicionales en torno a este aspecto.

Conclusión

59. Revisado el marco probatorio del proceso, se impone concluir que no puede prosperar la pretensión de nulidad de las actas de terminación del contrato convenidas por las partes, por cuanto, de una parte, no se demostró que el consentimiento expresado por la contratista que en ellas intervino estuviera viciada por fuerza, y de otra, no se acreditó una desviación de poder en su celebración. Así mismo, tampoco se demostró el incumplimiento contractual endilgado a la entidad demandada. En consecuencia, no es posible acceder a la pretensión de reconocimiento de la indemnización que reclamaba la sociedad actora, tanto por el daño emergente como por el lucro cesante.

60. En este orden de ideas, obró conforme a derecho el Tribunal *a quo*, cuando negó las súplicas de la demanda, razón por cual la sentencia habrá de ser confirmada.

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

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 6 de mayo de 2002, por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE, en firme este proveído, el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO