

**INCUMPLIMIENTO - Aplicabilidad de la declaratoria de incumplimiento en contratos estatales / EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO – Contrato estatal. Aplicación**

La figura de la “excepción de contrato no cumplido” se encuentra prevista en el artículo 1609 del C. C., (...) Esta figura, en principio propia de los contratos de Derecho Privado, ha sido admitida en el campo de los contratos de Derecho Público, tal como lo evidencia el pronunciamiento de la Sección Tercera, recogido en la sentencia de 31 de enero de 1991, Exp. 4739, con un alcance limitado, por razón de la naturaleza misma de los contratos de Derecho Público y por el interés general que se encuentra envuelto en los mismos a cuya satisfacción se enderezan tales vínculos contractuales (...) la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos del Estado se encuentra condicionada a los siguientes supuestos: i) La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer, regla “do ut des” (te doy para que me des); ii) el no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; iii) que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, por manera que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista, iv) que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone y que ha de justificarse por la configuración de aquel; v) el cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión seria y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente.

**INCUMPLIMIENTO DE LA ENTIDAD ESTATAL - Contrato estatal. El incumplimiento o el cumplimiento tardío de las obligaciones contractuales a cargo de una entidad pública origina reconocimiento de perjuicios / CUMPLIMIENTO TARDIO - Contrato estatal. Deber de reconocer perjuicios por cumplimiento tardío de obligaciones a cargo de autoridad administrativa / INCUMPLIMIENTO O CUMPLIMIENTO TARDIO - De autoridad administrativa no es excusa para incumplimiento de contratista**

Es claro que en el sub-lite no se dan los anteriores presupuestos, toda vez que, como se mencionó anteriormente, si bien la entidad pública demandada incurrió en mora en el pago del acta número 002, no puede concluirse que tal incumplimiento generara una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista en tanto el valor pagado a modo de anticipo era superior al valor de los suministros realizados por parte de la sociedad actora; tampoco puede concluirse que ese incumplimiento de la Administración constituyó la causa del incumplimiento del contratista, por cuanto del material probatorio arrojado al proceso fácilmente puede observarse que éste ocurrió por motivos absolutamente imputables a la sociedad demandante; tampoco puede predicarse en este caso el cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad CHECO LTDA., en tanto, además de evidenciar el incumplimiento durante todo el tiempo de ejecución del contrato, no se observó, para el momento en el cual la entidad incurrió en mora, una seria intención de cumplir con sus obligaciones (...) efectivamente se encuentra probado que la entidad pública demandada pagó de forma tardía la mencionada acta y así se declarará. El incumplimiento o el cumplimiento tardío de las obligaciones contraídas por las partes de un negocio jurídico constituyen circunstancias en virtud de las cuales se irrogan perjuicios al acreedor de la prestación insatisfecha o cumplida con retraso, ora por razón de los bienes que efectivamente salen del patrimonio del afectado o de la pérdida que se produce de manera inmediata —daño emergente—, ora en atención a que existe una

ganancia o provecho que deja de ingresar al peculio del perjudicado, elementos éstos del perjuicio que también concurren cuando la incumplida es la obligación consistente en pagar una suma de dinero. En este último caso, la tardanza en el pago del acta número 002 da lugar al pago de intereses moratorios, de conformidad con el mandato del artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 4 NUMERAL 8

**ANTICIPO - Entrega tardía del anticipo / ANTICIPO - Pago tardío del anticipo**

Se encuentra en este caso que en la cláusula antes transcrita se establecieron dos condiciones para la entrega del anticipo: i) el perfeccionamiento del contrato y ii) la constitución de las garantías a satisfacción de la entidad. (...) La ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: "Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito." (...) De conformidad con las probanzas antes mencionadas, no se acreditó que el anticipo correspondiente al contrato demandado se hubiera pagado de forma extemporánea, así pues, se denegará la pretensión de declaratoria de incumplimiento derivada del pago tardío del anticipo.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993

**EQUILIBRIO ECONOMICO - Ruptura del equilibrio financiero del contrato estatal / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Requiere acreditación**

La ruptura del equilibrio económico financiero del contrato, dado que en relación con el silencio administrativo positivo no se acreditó en el proceso que la sociedad demandante hubiere adelantado el procedimiento al cual hace alusión el artículo 42 del C.C.A., toda vez que al expediente no se allegó constancia alguna relativa a la protocolización y a la declaración jurada de tal circunstancia, en los términos prescritos por esta norma legal. (...) Observa la Sala que no se encuentra una correlación entre la mora en el pago del acta y las alegadas razones de ruptura y, además, tampoco se allegó al expediente prueba alguna con la cual se acreditara la ocurrencia del desequilibrio mencionado por la actora.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 42

**LIQUIDACION UNILATERAL - No se formula cargo / TERMINACION UNILATERAL - No se formula cargo**

Observa la Sala que en la demanda no se plantea cargo alguno directo contra la decisión de la entidad de liquidar unilateralmente el contrato, como tampoco respecto de la terminación unilateral, que deba ser estudiado, así pues, en este punto confirmará la decisión de primera instancia que negó la pretensión de nulidad de las resoluciones acusadas, por este concepto.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

## SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCON

Bogotá D.C., once (11) de abril de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 73001-23-31-000-1997-05591-01(17851)**

**Actor: SOCIEDAD CHECO LIMITADA**

**Demandado: MUNICIPIO DEL ESPINAL**

**Referencia: CONTRACTUAL – APELACIÓN SENTENCIA**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la sociedad CHECO LIMITADA, contra la sentencia del veintidós (22) de noviembre de 1999, dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se dispuso:

*“1º NEGAR las pretensiones formuladas en la demanda y en el escrito presentado por la Compañía de Seguros del Estado S.A., persona jurídica interesada en las resultas del proceso.*

*“2º CONDENAR en costas del proceso a la parte actora.”*

### I. ANTECEDENTES

#### 1. La demanda.

El día 28 de agosto de 1997, la sociedad CHECO LIMITADA, en ejercicio de la acción contractual, formuló demanda con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas (folios 119 a 145 del cuaderno número 1):

*“PRIMERA: Que es nula la Resolución No. 1062 del 6 de noviembre de 1.996, proferida por el señor ALCALDE del Municipio de EL ESPINAL (TOLIMA), por medio de la cual declaró el incumplimiento del Contrato de suministro No. 029-04 de 1994, y además tanto declara la terminación unilateral, como también impone una sanción;*

*“SEGUNDA: Que es nula la Resolución 0259 del 17 de febrero de 1.997, proferida por el señor Alcalde del Municipio de El Espinal (Tolima), por medio de la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto por la sociedad CHECO LIMITADA.*

*“TERCERA: Que el Municipio de El Espinal (TOLIMA), incumplió el contrato de suministro No. 029-04 del 23 de junio de 1.994, celebrado entre el precitado Municipio y la sociedad Cadena Sierra, contrato cedido en debida forma a la sociedad CHECO LTDA, en virtud a la tardía entrega del anticipo y de los dineros correspondientes a la cuenta de cobro del acta de entrega parcial No. 2 y así*

*mismo, con la no entrega de los dineros de las actas No. 03 y 04. Así mismo por el no reconocimiento de los reajustes del contrato.*

**“CUARTA:** *Que el Municipio de EL ESPINAL, le causó evidentes perjuicios a la sociedad CHECO LTDA., como consecuencia del largo período que duró suspendido el contrato No. 029-04 de 1.994, y además al proferir la mencionada Resolución, confirmada por la Resolución No. 0259 del 17 de febrero de 1.997, en virtud de las cuales se declaró el incumplimiento del contrato, se ordenó la terminación unilateral y se impuso una sanción.*

**“QUINTA:** *Que como consecuencia de las declaraciones precedentes, se condene al Municipio de EL ESPINAL a pagarle a la sociedad CHECO LIMITADA, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los perjuicios causados, tanto por el daño emergente, lucro cesante, como los morales.”*

El demandante solicitó, como consecuencia de las anteriores declaraciones, por concepto de indemnización de indemnización de perjuicios, una *“suma superior a los CIENCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000.00), moneda legal”*<sup>1</sup>.

## **2. Los hechos.**

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

- Que el 23 de junio de 1994 se celebró el contrato de suministro de tubería 029-04 de 1994, por valor de \$ 265'524.965.00, entre la entidad pública demandada y la sociedad CADENA SIERRA LTDA., el cual fue cedido a la sociedad CHECO LIMITADA, con la autorización de la misma entidad.
- Que el anticipo debía entregarse antes del 23 de junio de 1994 y que, no obstante, se pagó el 31 de agosto de ese año.
- Que se presentaron varios imprevistos para iniciar la ejecución del contrato, los cuales obligaron a adicionarlo en varias oportunidades.
- Que la Administración se negó a recibir la tubería que iba a serle entregada de manera oportuna, en razón de que no había apropiado los recursos con los cuales debía efectuar el pago.
- Que en vista de que el Municipio no contaba con los recursos se acordó con el señor Alcalde la suspensión del contrato hasta que la entidad contara con los recursos.
- Que al tratar de legalizar la situación presupuestal, el Municipio incurrió en una serie de errores e imprecisiones que obligaron al contratista a exigir su reiniciación.

---

<sup>1</sup> Suma que para la fecha de presentación de la demanda, esto es el 28 de agosto de 1997, resulta superior a la entonces legalmente exigida para tramitar el proceso en dos instancias: \$13'460.000, de conformidad con el Decreto 597 de 1988.

- Que después de quince meses el Municipio pagó únicamente el acta número 2, dejando pendiente de pago las actas números 03 y 04, así como el reajuste del precio, a pesar de las múltiples solicitudes formuladas por la sociedad actora.
- Que la Administración, en vista de que la sociedad demandante no reinició la fabricación de la tubería, al no obtener mayores recursos económicos, así como el incremento en los precios de la misma, decidió declarar el incumplimiento del contrato, a través de la Resolución No. 1062 de noviembre 6 de 1996, la cual fue recurrida por la demandante y confirmada por la entidad a través de la Resolución 0259 del 17 de febrero de 1997.
- Que en los actos administrativos emanados de la Administración *“se refleja la venganza del Municipio hacia el contratista para cubrir u ocultar el posible peculado comentado, la desidia, la negligencia y la mala fe”* con un contratista que siempre estuvo disponible para realizar un arreglo amigable.
- Que la entidad pública demandada le ocasionó a la actora graves perjuicios de toda índole que debían serle indemnizados.

### **3. Normas violadas y concepto de la violación.**

Afirmó la parte actora que el municipio de El Espinal, al expedir los actos acusados, vulneró las normas jurídicas contenidas en los siguientes artículos:

El artículo 84 del C.C.A.: a pesar de que el contratista había soportado el incumplimiento del contrato, la Administración se limitó a ocultar los hechos realmente sucedidos a través de las resoluciones acusadas.

El artículo 1609 del Código Civil Colombiano: en razón de que la entidad pública demandada no podía obligar al contratista a reiniciar los suministros hasta tanto cumpliera con los pagos de la totalidad de las actas adeudadas. Sostuvo que la Administración desconoció abiertamente la excepción de contrato no cumplido invocada por la actora.

El numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, en tanto la entidad no efectuó los pagos de manera oportuna.

El artículo 27 de la Ley 80 de 1993, por cuanto la falta de reserva presupuestal generó la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato.

El numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en virtud de que se desconoció que de conformidad con lo dispuesto por esta norma jurídica debía aplicarse el silencio administrativo positivo respecto de una solicitud de incremento de los precios formulada el 10 de enero de 1996.

El artículo 1603 del Código Civil Colombiano, por cuanto las actuaciones de la entidad pública demandada no se ajustaron al postulado de la buena fe prescrito en esta norma legal.

### **4. Actuación procesal.**

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo del Tolima el día 28 de agosto de 1997 (fl. 145 del primer cuaderno).

El día 18 de septiembre de 1997, el Tribunal a quo admitió la demanda y ordenó la notificación personal al Alcalde del municipio de El Espinal, al Gerente de la Compañía Seguros del Estado S.A., y al Agente del Ministerio Público; además, dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del C.C.A., y reconoció personería adjetiva a la apoderada de la parte actora (folio 149, cdno. ppal.).

Mediante auto de noviembre 24 de 2007 el Tribunal Administrativo a quo comisionó al Juez Civil de Reparto de El Espinal para que notificara personalmente al Alcalde Municipal (folios 155 y 156 del primer cuaderno). La notificación se llevó a cabo por parte del Juzgado Tercero Civil Municipal de El Espinal, el día 22 de enero de 1998 (folio 172 del primer cuaderno).

## **5. Contestación de la demanda.**

### **5.1. Seguros del Estado S.A.**

Una vez notificada la demanda, la sociedad Seguros del Estado S.A., contestó a través de apoderado, mediante escrito visible a folios 162 a 166 del primer cuaderno, en el cual se aceptaron algunos de los hechos y respecto de otros expresó que se atenía a lo que se probara en el proceso y sostuvo que *“El Municipio de El Espinal desconoció en la actuación administrativa que culminó con la Liquidación Unilateral del Contrato las garantías constitucionales condensadas en el principio del Debido Proceso, así como que en la expedición de los actos contenidos en las Resoluciones cuya nulidad se depreca, violó normas de rango superior a las cuales estaba obligada”*, en virtud de lo cual solicitó la nulidad de las resoluciones demandadas.

Coadyuvó la solicitud de pruebas presentadas por la actora y adicionalmente pidió que se valorara como tal la *“Póliza de Seguro de Cumplimiento a favor de Entidades Nacionales, Departamentales, Distritales y Municipales número 9437022 y sus certificados de modificación 140698, 1138910, 134711, 134710 y 265604, con el clausulado general”*.

### **5.2. El Municipio de El Espinal.**

Una vez notificada la demanda, el municipio contestó a través de apoderado, mediante escrito visible a folios 178 a 194, en el cual se aceptaron algunos de los hechos y se negaron otros.

La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y sostuvo que declaró el incumplimiento y la terminación del contrato en vista de los sucesivos incumplimientos en los cuales incurrió la sociedad contratista, en virtud de los cuales la demandada había sido multada; afirmó que *“las Resoluciones impugnadas ostentan una legalidad que servirá de soporte al despacho desfavorable de todas y cada una de las declaraciones impetradas en esta demanda”*.

## **6. Decreto de pruebas.**

Mediante auto calendado el 19 de febrero de 1998 se abrió el proceso a pruebas, se aceptaron como tales los documentos aportados con la demanda y se decretaron las demás pedidas por las partes. Se ordenó la práctica de un

dictamen pericial y se efectuó el nombramiento de los peritos, los cuales se posesionaron el día 20 de abril de 1998 (folio 202 del primer cuaderno).

En el mismo acto se reconoció personería adjetiva a los apoderados de la entidad pública demandada y de la compañía aseguradora (folio 196 del primer cuaderno).

## **7. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.**

El 30 de julio de 1999, el Tribunal Administrativo a quo ordenó dar traslado a las partes para que presentasen sus respectivos alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiese su concepto (folio 213 del primer cuaderno).

### **7.1. De la parte sociedad actora.**

La parte actora reiteró lo expresado en la demanda y concluyó que en el proceso se demostró que el municipio de El Espinal incumplió el Contrato celebrado y que, por esa razón, las Resoluciones demandadas carecían de sustento legal (folios 214 a 218 del primer cuaderno).

### **7.2. De la compañía aseguradora.**

Reiteró la solicitud de declaratoria de nulidad de las resoluciones demandadas, en virtud de que a la sociedad Seguros del Estado S.A., le fue vulnerado el debido proceso y el derecho de defensa, en tanto no le fueron notificados los actos administrativos por medio de los cuales se declaraba la ocurrencia del siniestro. Sostuvo que únicamente le fue notificada la liquidación unilateral, en la cual también le hacían efectiva una multa impuesta mediante otro acto administrativo, el cual, además de no haberle sido notificado a la aseguradora, resultaba ilegal a la luz de la Ley 80 de 1993.

Consideró que se presentaba incongruencia entre la parte considerativa y la parte resolutive de la Resolución 1062 de 1996; sostuvo que *“aunque es clara la intención de definir los resultados económicos del contrato, la parte resolutive ignora tal motivación para dirigirse a declarar el incumplimiento y la terminación unilateral, que son dos potestades que no se comunican entre si en un plano jurídico. La Administración no podía en un solo acto declarar TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO, DECLARAR SU INCUMPLIMIENTO, DECLARAR HACER EFECTIVA LAS COBERTURAS DE CUMPLIMIENTO Y FUNCIONAMIENTO, DE ANTICIPO, DE CALIDAD Y LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO”* (folios 231 y 232 del primer cuaderno).

### **7.3. De la entidad pública demandada.**

La entidad pública demandada efectuó en su escrito de alegatos un recuento de diversos momentos por los cuales atravesó el contrato, con la pretensión de acreditar que la Administración al declarar el incumplimiento, ordenar la terminación y liquidar unilateralmente el contrato obró de conformidad con el ordenamiento jurídico, razón por la cual no le cabía vicio alguno de ilegalidad a las resoluciones demandadas (folios 219 a 228 del primer cuaderno).

### **7.4. Concepto del Ministerio Público.**

El delegado del Ministerio Público solicitó desestimar las pretensiones de la demanda en tanto consideró que en el proceso se acreditó que se presentó incumplimiento por parte de la sociedad demandante, cuyo término de ejecución

iniciaba una vez que fuere recibido el anticipo. Sostuvo además que el contrato celebrado fue de suministro y no de fabricación de la tubería, por lo cual no resultaban válidas las razones esgrimidas por la demandada para soportar el retraso en la entrega de la misma, (folios 229 y 230 del primer cuaderno).

#### **8. La sentencia impugnada.**

El Tribunal Administrativo del Tolima profirió sentencia -en el presente asunto- el 22 de noviembre de 1999 (folios 233 a 239 del cuaderno principal), mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la sociedad actora.

Encontró que no se presentaba la falsa motivación a la cual aludía la actora, en tanto las razones expuestas en las resoluciones demandadas correspondían a lo ocurrido en el contrato.

Sostuvo que si bien la Administración se retrasó en la entrega del anticipo, ésta fue generosa al concederle plazos adicionales que la contratista incumplió, por lo cual éste no podía alegar la excepción de contrato no cumplido y que además *“no se puede sostener que el incumplimiento inicial del Municipio demandado haya colocado al CONTRATISTA en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, ni que sea causa para la purga de la mora del mismo”*.

Afirmó además que si la actora y la compañía aseguradora consideraban que no había lugar a declarar la terminación y la liquidación del contrato debieron acusar la vulneración por parte de la entidad de los artículos 17 y 61 de la Ley 80 de 1993, lo cual no hicieron y por ello relevaban al fallador de efectuar tal análisis.

#### **9. El recurso de apelación.**

Inconforme con la decisión anterior, la parte actora interpuso recurso de apelación (folio 243 del cuaderno principal), el cual fue concedido por el Tribunal *a quo* mediante auto de diciembre 13 de 1999 (folio 245 del cuaderno principal); en escrito presentado el 22 de febrero de 2000, la impugnante en la sustentación del recurso solicitó revocar la sentencia apelada y despachar favorablemente las pretensiones de la demanda. En síntesis la recurrente expuso los siguientes argumentos (folios 250 a 270 del cuaderno principal):

- Que las aseveraciones del Tribunal respecto de la exactitud en los argumentos de la entidad pública demandada eran *“ABSOLUTAMENTE CONTRARIAS A LA EVIDENCIA PROCESAL”*, por cuanto bastaba con leer los documentos aportados al proceso para concluir que la Administración Pública incumplió el contrato.
- Que no fueron tenidas en cuenta por el *a quo* las pruebas que acreditaban la falsa motivación *“pues a simple vista se puede llegar a la conclusión [de] que la decisión del Acto Administrativo tiene razones ocultas y nunca las que se esbozaron en la providencia recurrida”*.
- Que si bien era cierta la afirmación del Tribunal Administrativo del Tolima acerca de que la entidad con el incumplimiento inicial hubiere puesto al contratista en imposibilidad de cumplir sus obligaciones, no obstante el *a quo* al fallar desconoció que *“lo que determinó el incumplimiento fue la carencia absoluta de dinero por parte del Municipio, que impidió en su oportunidad pagar las Actas No. 2, 3 y 4, hechos determinantes para la aplicación de la excepción invocada y soportada por hechos que se probaron en el proceso”*.

- Que las prórrogas concedidas por el Municipio tenían como propósito evitar que se venciera el término del contrato para lograr conseguir los recursos con los cuales no contaba.
- Que el a quo al negarle la reclamación sobre el incumplimiento del equilibrio financiero del contrato, en contra de lo probado en el proceso, desconoció que los motivos por los cuales se suspendió el término del contrato resultaban ajenos a la voluntad del contratista, además de que no tuvo en cuenta que la actora había invocado en la demanda la vulneración del artículo 27.

#### **10. Actuación en segunda instancia.**

**10.1.** Mediante auto del 17 de marzo de 2000, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima (folio 272 del cuaderno principal).

**10.2.** Esta Corporación, por medio de auto proferido el 12 de mayo de 2000, corrió traslado a las partes para que presentasen sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiere su concepto (folio 274 del cuaderno principal).

Tanto las partes como el Ministerio Público guardaron silencio en esta instancia.

**10.3.** Mediante escrito que obra a folio 290 del cuaderno principal, el magistrado Carlos Alberto Zambrano Barrera manifestó su impedimento para conocer de este proceso, por haber participado como magistrado ponente del Tribunal Administrativo del Tolima, Corporación conocedora del proceso en primera instancia. El impedimento le fue aceptado por la Sala mediante auto calendarado el dieciocho (18) de enero de dos mil doce (2012), (folios 292 y 293 del cuaderno principal).

### **II. CONSIDERACIONES :**

Para adelantar el estudio de los distintos temas que constituyen materia de la litis, se avanzará en el siguiente orden: **1)** competencia de la Sala para conocer del asunto; **2)** las pruebas aportadas al proceso; **3)** El asunto sometido a examen.

#### **1. Competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto.**

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75<sup>2</sup> de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por cuanto el municipio de El Espinal tiene el carácter de entidad estatal, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente en su condición de entidad territorial.

---

<sup>2</sup> Artículo 75, Ley 80 de 1993. *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”*

Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala:

*“De este modo, son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”<sup>3</sup> (Negrilla fuera del texto)*

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado.

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.

Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato:

*“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”<sup>4</sup>*

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

<sup>4</sup> Según este artículo, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

*“Para los solos efectos de esta ley:*

*“1o. Se denominan entidades estatales:*

*“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía*

Adicionalmente, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En efecto, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2007, define el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

*“Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:*

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

*“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.*

*“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”. (Negrillas fuera de texto)*

---

*mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.*

*“b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.*

*“(…)”*

*“Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.*

*“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.”* (Negrillas fuera de texto)

La norma legal transcrita, al definir el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, determinó que a la misma le compete *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”*, en lugar de *“juzgar las controversias y litigios administrativos”*, como disponía el anterior artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

Respecto de su alcance se pronunció la Sala mediante auto de febrero 8 de 2007, radicación 30.903, en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, señaló:

*“A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:*

*“i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo.*

*“(…).”*

## **2. Las pruebas aportadas al proceso.**

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo<sup>5</sup> señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también la filosofía<sup>6</sup> que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad.

Bajo esta perspectiva, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.<sup>7</sup>, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia

<sup>5</sup> Artículo 168, C.C.A.: *“PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”*

<sup>6</sup> Sobre la filosofía que inspiró la redacción del artículo 177 del C de P. C, ver: PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 245.

<sup>7</sup> Artículo 253, C. de P. C.: *“Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”*

autenticada; **ii)** cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C.

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos: **i)** cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; **ii)** cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; **iii)** cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; **iv)** cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y **v)** cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, puntualizó:

*“El artículo 25 citado se refiere a los **“documentos”** y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio, las normas acusadas versan sobre las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.*

*“Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.*

*“De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.*

*“En tratándose de **documentos originales** puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.”*

Ahora bien, la Sala observa que algunos documentos aportados al proceso por la entidad pública demandada, por solicitud del Tribunal Administrativo a quo, reposan en copia simple. Así las cosas, para la Sala resulta imprescindible definir su valor probatorio, a efectos de realizar el respectivo examen de legalidad.

Pese a que, en principio, estas copias carecerían de valor probatorio, la Sala encuentra que muchas de ellas fueron aportadas por la misma entidad pública que las profirió, razón por la cual hay lugar a concluir que en realidad deben tenerse como copias auténticas, si se tiene en cuenta la obligación legal asignada a las entidades públicas para que administren sus archivos y velen por su integridad, autenticidad y fidelidad, resulta preciso concluir que los actos o documentos creados por ellas mismas necesariamente reposan, o al menos deben reposar, en su archivo bajo las condiciones de veracidad exigidas por la normatividad legal que regula la materia<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> La Ley 57 de 1985, se ocupó del tema de la publicidad de los actos y documentos oficiales y en su artículo 12 dispuso lo siguiente:

*“Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la Ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional.”*

La Ley 80 de 1989, por la cual se creó el Archivo General de la Nación y se dictaron otras disposiciones, consagró en el artículo 3º el carácter obligatorio del Sistema Nacional de Archivo, en los siguientes términos:

*“El Sistema Nacional de Archivo tendrá carácter de programa especial, para todas las instituciones archivísticas y colecciones documentales públicas y privadas, del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal y distrital.”*

De acuerdo con el artículo 12 de la Ley 594 de 2000, constituye responsabilidad de toda entidad pública gestionar sus documentos y administrar sus archivos, a efectos de cumplir con la obligación dispuesta en los artículos 11 y 16 de la misma Ley, que en su orden prescriben:

*“Artículo 11: “Obligatoriedad de la conformación de los archivos públicos. El Estado está obligado a la creación, organización, preservación y control de los archivos, teniendo en cuenta los principios de procedencia y orden original, el ciclo vital de los documentos y la normatividad archivística.”*

*“Artículo 12: Responsabilidad. La administración pública será responsable de la gestión de documentos y de la administración de sus archivos.”*

*“Artículo 16: Obligaciones de los funcionarios a cuyo cargo estén los archivos de las entidades públicas. Los secretarios generales o los funcionarios administrativos de igual o superior jerarquía, pertenecientes a las entidades públicas, a cuyo cargo estén los archivos públicos, **tendrán la obligación de velar por la integridad, autenticidad, veracidad y fidelidad de la información de los documentos de archivo** y serán responsables de su organización y conservación, así como de la prestación de los servicios archivísticos.”*  
(Resalta la Sala)

Bajo este entendido, cuando una entidad pública aporta a un proceso copias de determinados actos o documentos proferidos o creados por ella misma, se debe concluir que se trata de copias fieles de su original y que cuentan con las condiciones de autenticidad requeridas legalmente, pues de acuerdo con los postulados del Principio Constitucional de la Buena Fe<sup>9</sup> (Principio General de Derecho), no se esperaría, por parte de la Administración Pública, un comportamiento diferente a la debida aportación de esos actos, comoquiera que fue ella misma quien los expidió.

En cuanto al principio de la *bona fides*, esta Sección ha señalado:

*“El principio de la buena fe que se sustenta en el valor ético de la confianza constituye la base de las relaciones jurídicas, que impone a los sujetos de derecho determinados comportamientos y reglas de conducta, tanto en el ejercicio de sus derechos como en el cumplimiento de sus obligaciones.*

*“La buena fe ha sido considerada por la doctrina como el tipo de conducta social que se expresa en la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado y diligente que supone necesariamente no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, guardar fidelidad a la palabra dada y conducirse de forma honrada en cada una de las relaciones jurídicas; también ha señalado que todo comportamiento de una de las partes (deudor o acreedor, autoridad o súbdito), contrario a la honestidad, a la lealtad, a la cooperación, etc., entraña una infracción del principio de la bona fides porque defrauda la confianza puesta por la otra parte, que es el fundamento del tráfico jurídico.”<sup>10</sup>*

Como puede observarse, de acuerdo con el principio de la *bona fides*, tanto la Administración como el administrado tienen la obligación de actuar con lealtad en cualquier etapa o evento de sus relaciones; así pues, cuando se solicita a la entidad pública que profirió un determinado acto administrativo que lo aporte a un proceso, se tiene la confianza legítima en que ésta allegará lo solicitado de conformidad con las exigencias normativas y no tendría por qué hacerlo de otra forma; por ende, en el evento de que al proceso se aporte ese acto o cualquier otro documento que tenga su génesis en la misma entidad que lo allega, éste deberá considerarse como auténtico, toda vez que no cabe esperar de la Administración Pública una conducta diferente a que la copia aportada sea fidedigna respecto de su original, pues quién más que ella misma para constatar y dar cuenta de su veracidad al punto de que la propia entidad pública se encuentra legalmente autorizada para autenticar los documentos que reposan en sus archivos y expedir copias válidas de los mismos.

Cabe advertir al respecto que, en todo caso, estos documentos podrán ser tachados de falsedad en el proceso, de acuerdo con el artículo 252 del C. de P. C., pero mientras ello no ocurra, las copias simples aportadas por la misma entidad que creó o produjo los actos o documentos originarios, se reputarán auténticas. Al tema se ha referido la Jurisprudencia de la Sección Tercera, en los siguientes términos:

---

<sup>9</sup> Al respecto, el artículo 83 de la Constitución Política prescribe: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de agosto 29 de 2007. Exp. 15469.

*“[S]e tiene que el numeral 1º del artículo 254 del C. de P. C., en relación con la competencia de las entidades públicas para verificar la autenticidad de las copias, consagra, a su vez, dos supuestos: en primer término contempla el caso de que en la entidad reposa el original o la copia auténtica de un acto o documento que no sea de su autoría y de los cuales, sin embargo, se solicite una copia. En ese evento, el funcionario competente la expedirá, señalando, expresamente, su coincidencia con el respectivo original o con la copia auténtica, pues sólo de esta forma esa nueva copia se reputará, igualmente, auténtica; y, en segundo lugar, se tendrán como auténticas también aquellas copias aportadas por la misma entidad pública que produjo o creó los actos o documentos originarios, sea que en ellos se certifique su concordancia con el original o con la copia auténtica o que, simplemente, los aporte en copia simple, ya que, como se dijo anteriormente, no tendría por qué aportarlas en condiciones disímiles a su original, amén de que en todos los casos la contraparte mantiene a salvo su derecho para controvertir, cuestionar e incluso tachar tales documentos si estima contar con elementos suficientes para dudar de su veracidad o autenticidad e incluso para concluir acerca de la falsedad de los mismos.*

*“Según lo expuesto, las copias aportadas a un proceso, previa autorización del respectivo director de oficina administrativa, sólo se tendrán como auténticas cuando se manifieste su coincidencia con el original o con copia autenticada y, de no ser así, se verificará si el documento que fue aportado fue, a la vez, proferido o creado por la misma entidad pública que lo allega, pues en ese caso se tendrá como auténtico.”<sup>11</sup>*

Previo a examinar de fondo el recurso de apelación propuesto, se requiere revisar las pruebas aportadas al proceso de la referencia, a efectos de establecer su autenticidad y, por ende, realizar el respectivo juicio de legalidad; de esta forma se relacionan a continuación los documentos aportados y su respectiva calificación probatoria:

## **2.1. Documentos aportados en original o en copia auténtica.**

Los siguientes documentos, debidamente decretados como pruebas, se allegaron al proceso en original, en copia auténtica o en copia simple proveniente de la entidad emisora del documento, allegado por solicitud del Tribunal Administrativo a quo, razón por la cual serán valorados como pruebas válidas:

### **2.1.1. El contrato celebrado, modificaciones y ejecución.**

- Copia auténtica del Contrato número 029-04 de suministro de tubería y accesorios, celebrado entre el Municipio de El Espinal y la sociedad Cadena Sierra Ltda., el día 23 de junio de 1994, por un valor de \$ 265'524.965.00 y un plazo de entrega de noventa (90) días calendario contados a partir de la entrega del anticipo (folios 8 a 15 del tercer cuaderno). En la cláusula cuarta del contrato se estipuló lo siguiente:

*“CLAUSULA CUARTA: FONDOS DEL CONTRATO Y SUJECIÓN A LAS APROPIACIONES PRESUPUESTALES DE EL MUNICIPIO DE EL ESPINAL se obliga a reservar con destino a este contrato la suma estipulada en la cláusula*

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de febrero 4 de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

*tercera tomada del presupuesto de gastos de la actual vigencia en el cubro colector sur IMPUTACION: III-03-38 SEGÚN DESEMBOLSOS FINDETER.”*

- Copia auténtica del documento contentivo de la “CESION DEL CONTRATO 029 – 04 DE 1994, DE SUMINISTRO DE TUBERIAS Y ACCESORIOS EN DESARROLLO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA No. SM-001-93”, suscrito el día 22 de julio de 1994 por el representante legal de la cedente –sociedad CADENA SIERRA LTDA.-, el representante legal del cesionario –CHECO LTDA.- y el visto bueno del Alcalde Municipal (folios 38 y 39 C1).
- Copia auténtica del Recibo de caja número 0011652, emanado de la Tesorería General de la Secretaría de Hacienda del departamento del Tolima, calendado el 2 de agosto de 1994 y correspondiente al pago de las publicaciones del contrato 029 de 1994 y del contrato de cesión del mismo (folio 50 del tercer cuaderno)
- Documento en copia simple remitido por la entidad demandada, a solicitud del Tribunal Administrativo a quo, calendado el 10 de agosto de 1994 y contentivo del certificado de reserva presupuestal número 11489, correspondiente a la Reserva # 211, en el cual se dejó la siguiente constancia (folio 42 del tercer cuaderno):

*“LA SECCION DE PRESUPUESTO MUNICIPAL  
HACE CONSTAR*

*“Que existe la partida Presupuestal disponible para atender el pago de la cuenta a nombre de CHECO LTDA.*

*“Concepto C # 029-04 SUMINISTRO DE TUBERIA Y ACCESORIOS COLECTUR SUR.*

*“Por un valor de \$265.524.965.00, la cual se encuentra imputada al artículo III.03.38.*

*“Dada en el Despacho de la Secretaría de Hacienda del Espinal (Tolima) a los 10 días del mes de agosto de 1994”*

Firmada por el Jefe de Presupuesto Municipal

- Copia auténtica del acta de iniciación del contrato número 029-04, suscrita el día 15 de septiembre de 1994 entre el Secretario de Obras Públicas, el Ingeniero Interventor y el contratista (folio 19 del tercer cuaderno).
- Copia auténtica de un oficio que el contratista remitió al Alcalde Municipal, en octubre 4 de 1994, en el cual le solicitó la ampliación del plazo del contrato en 45 días, en razón de los requerimientos necesarios para el montaje de una fábrica de tubería reforzada en el Municipio (folios 20 y 21 del tercer cuaderno).
- Documento remitido por la entidad en copia simple, a solicitud del Tribunal Administrativo a quo, el cual contiene el ACTA DE SUSPENSION DE OBRA”, suscrita entre las partes y el interventor, el 8 de octubre de 1994, en la cual se plasmó que se reunían “con el fin de dar SUSPENSIÓN de la obra objeto del Contrato de la Referencia, según anexos” (los anexos tienen que ver con oficios que remitió la entidad al contratista, en los cuales le ponían de manifiesto el incumplimiento y le anunciaban la iniciación de acciones legales, (folio 59 del tercer cuaderno).

- Copia simple remitida por la entidad pública demandada a petición del Tribunal Administrativo a quo, contentiva de una comunicación calendada el 10 de octubre de 1994, dirigida por el Jefe de la Sección de Justicia Municipal a la sociedad demandante, de la cual se destaca lo siguiente (folio 60 del tercer cuaderno):

*“De acuerdo al oficio No. 075 – 00.PP.MM. de fecha octubre 6 de 1994, enviado a esta dependencia por el interventor del contrato No. 029-04 y 029-04A de suministro de tubería, Ingeniero FERNANDO GUZMAN CAPERA, se le hace requerimiento y manifestándole que está próximo al vencimiento de los términos en el suministro de tubería al Municipio de El Espinal en cabeza de la firma que usted representa.*

*“Lo anterior obedece a que dicha entidad se le constituyó anticipo para el suministro de tubería y al momento no se ha instalado en el Municipio y no ha cumplido con la entrega parcial o total de los bienes solicitados a través de la licitación conocida. Solicito que de manera inmediata se dé cumplimiento al contrato referenciado o de lo contrario iniciaremos las acciones judiciales correspondientes.”*

- Copia simple remitida por la entidad pública demandada, a solicitud del Tribunal Administrativo a quo, contentiva de un oficio calendado el 20 de octubre de 1994, en el cual el Jefe de la Sección de Justicia Municipal le manifestó de nuevo que se encontraba incumpliendo el contrato y que no había hecho entrega de comunicación alguna al respecto, por lo cual la Administración se vería obligada a ejercer las acciones legales correspondientes (folio 61 del tercer cuaderno)
- Documento remitido por la entidad en copia simple, a solicitud del Tribunal Administrativo a quo, el cual contiene el “ACTA DE REINICIACIÓN DE OBRA”, firmada el día 19 de diciembre de 1994 por las partes y por la interventoría (folio 63 del tercer cuaderno).
- Original de un oficio emanado del Gerente Administrativo de la sociedad CHECO LTDA., calendado el 25 de enero de 1995, en el cual le informó al Secretario de Obras Públicas de El Espinal que tenía una tubería a disposición para la entrega (folio 41 del C1).
- Copia auténtica de un oficio remitido por la interventoría al contratista -en enero 31 de 1995- en el cual le expresó preocupación por el retraso en la entrega de la tubería y le solicitó “por tercera vez” la programación de entrega (folios 22 del tercer cuaderno).
- Copia auténtica de un oficio remitido por el contratista el 1 de febrero de 1995 al Alcalde Municipal, con sello de recibido en febrero 13 de 1995, en el cual le manifestó que había terminado de fabricar la tubería de algunos de los diámetros y le informó que la producción de la tubería de diámetro 1.50 metros se iniciaría a partir del 8 de febrero de 1995 (folios 24 y 25 del tercer cuaderno).
- Copia auténtica del acta de inspección a la planta de suministro del contratista, elaborada por la “COMISION DE INSPECCIÓN” el día 22 de febrero de 1995, en la cual dejaron constancia de que la fabricación se encontraba paralizada el “penúltimo día del plazo de duración del contrato” y que además la tubería fabricada no se podía recibir por la ausencia de prueba técnica (folios 27 y 28 del tercer cuaderno).

- Copia auténtica de un oficio remitido por el contratista al Alcalde Municipal, fechado el 2 de marzo de 1995, a través del cual le hacía llegar la programación de entrega de la tubería *“la cual fue ejecutada acorde a la disponibilidad de la planta eléctrica y a los recursos de tipo económico y técnico que son indispensables para recuperar el tiempo perdido por causas de fuerza mayor”*. La programación correspondió al período comprendido entre abril y julio de 1995 (folios 29 y 30 del tercer cuaderno).
- Copia simple remitida por la entidad, a solicitud del Tribunal Administrativo a quo, contentiva de un contrato adicional, firmado por las partes y por el interventor el 2 de marzo de 1995, mediante el cual se prorrogó el plazo del contrato en sesenta (60) días, en el documento se expresó que *“la firma CHECO LTDA., mediante oficio sin número de marzo 02 de 1995, solicita una PRORROGA para el cumplimiento del contrato, por el término de sesenta (60) días calendario”*, (folios 65 y 66 del tercer cuaderno)
- Copia auténtica de un oficio remitido por el contratista al Secretario de Obras Públicas del Municipio, el día 28 de marzo de 1995, con sello de recibido por la entidad en la misma fecha, en el cual le informó que la demora, que a esa fecha cumplía 30 días, se debió a la *“reorganización de las estructuras de la Planta de Producción y la cancelación de las deudas a proveedores y trabajadores”*, (folio 31 del tercer cuaderno).
- Copia auténtica del contrato adicional al contrato de suministro No. 029-04, suscrito entre las partes el día 4 de mayo de 1995, en el cual se prorrogó el plazo de entrega en sesenta (60) días calendario. En el documento se expresó que *“el doctor GUILLERMO GUERRERO ENRIQUEZ, (...) de la firma CHECO LTDA., mediante oficio sin número de mayo 02 de 1995, solicita una PRORROGA para el cumplimiento del contrato, por el término de sesenta (60) días calendario”*, (folios 32 y 33 del tercer cuaderno).
- Original de un oficio remitido al contratista por el Secretario de Obras Públicas del Municipio en junio 28 de 1995, en el cual le informó que el Municipio estudiaba la posibilidad de efectuar un reajuste en los precios de la tubería (folio 97 del primer cuaderno).
- Copia auténtica del contrato adicional al contrato de suministro No. 029-04, suscrito entre las partes el día 4 de julio de 1995, en el cual se prorrogó el plazo de entrega en sesenta (60) días calendario. En el documento se expresó que *“el doctor GUILLERMO GUERRERO ENRIQUEZ, (...) de la firma CHECO LTDA., mediante oficio sin número de mayo 02 de 1995, solicita una PRORROGA para el cumplimiento del contrato, por el término de sesenta (60) días calendario (...) término dentro del cual el contratista se compromete a suministrar la totalidad del objeto del presente contrato”*, (folio 78 del tercer cuaderno).
- Documento en copia simple remitido por la entidad a solicitud del Tribunal Administrativo a quo, contentivo del acta de inspección a la planta de suministro de CHECO LTDA., en julio 4 de 1995, en la cual se expresó lo siguiente (folio 79 del tercer cuaderno):

*“Esta tubería o sea la de primera etapa no ha sido entregada con ensayos de laboratorio por la firma contratista.*

*“El Ingeniero ARNULFO GIRALDO ECHAVARRIA, deja la siguiente constancia de que al ritmo de trabajo de la última prórroga se deduce que el tiempo solicitado por*

*el contratista de 60 días no es suficiente y que es deber de la interventoría informar al ordenador el tiempo real necesario, por tal razón solicito respetuosamente se estudie la posibilidad de conceder hasta 90 días de plazo, lo cual sería el tiempo real necesario.”*

- Original de un acta de suspensión de común acuerdo del contrato número 029-04, firmada por el interventor, el Alcalde Municipal y el Contratista el día 18 de julio de 1995 *“hasta que se verifique el pago de las actas que tenga pendiente de pago la sociedad contratista”,* (folios 44 y 45 C1). En el acta se expresó lo siguiente:

*“1. Que es necesario para la ejecución del contrato, el pago de las cuentas presentadas por la sociedad CHECO LTDA., conforme lo estipula el contrato referido.*

*“2. Que a la fecha al Municipio del Espinal le es imposible cumplir con la antecitada obligación, por cuanto LA FINDETER no ha efectuado a la fecha el desembolso requerido, siendo procedente suspender el término contractual, hasta tanto el Municipio reciba de la FINDETER los dineros necesarios para cumplir con el pago de las obligaciones contractuales. Y*

*“3. Una vez se verifique el hecho que obstaculiza la ejecución del contrato, las partes suscribirán una acta donde se hará constar la fecha de reiniciación y así mismo que se declare el recibo por parte del contratista de los recursos a que tiene derecho de acuerdo con el contrato en mención y con las actas presentadas.*

*“Por lo expuesto en precedencia, las partes acuerdan suspender el término del contrato hoy dieciocho (18) de julio de mil novecientos noventa y cinco hasta que se verifique el pago de las actas que tenga pendiente de pago la sociedad contratista.”*

- Original de un oficio emanado de la sociedad actora el 21 de julio de 1995, en el cual ésta le hizo saber a la demandada que las actas pendientes de pago no contaban con los respectivos soportes presupuestales, razón por la cual se encontraban glosadas por la Personería Municipal, además le insistió en la legalización de la situación presupuestal y en el pago de las mismas (folios 59 y 60 del primer cuaderno).
- Documento en copia simple sin fecha, remitido por la entidad a solicitud del Tribunal Administrativo a quo, contentivo del certificado *“CONSTITUCION RESERVA DE APROPIACION No. 002”,* en el cual se dejó la siguiente constancia (folio 81 del tercer cuaderno):

*“Que en la Secretaría de Hacienda Municipal – Sección Presupuesto a 31 de diciembre de 1994, quedaron obligaciones legalmente contraídas por la Administración Municipal, debidamente sustentadas con los soportes legales respectivos, obligaciones pendientes de pago a 31 de Diciembre/94.*

*“Que según Resolución No. 0843 de agosto 17/95 se ordena al Jefe de Presupuesto hacer la reserva de Apropiación correspondiente, en virtud a que se encontró (sic) inconsistencias en la Reserva presupuestal expedida el año inmediatamente anterior.*

*“Que es deber de la Administración Municipal por intermedio de la secretaría de Hacienda-Sección de Presupuesto, efectuar la constitución de la Reserva de Apropriación al llegarse a un acuerdo entre las partes.*

**CERTIFICA**

*“Constituir la Reserva de Apropriación No. 002 por la suma de CIENTO SESENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS VEINTICINCO PESOS CON CINCUENTA CTVOS. (\$167.239.425.50).*

*“III.03.38 CHECO LTDA.                      \$167.239.425.00  
Rva. Ptal. No. 211/94  
Cto. # 029”*

*Firmada por el Alcalde Municipal, el Secretario de Hacienda Municipal y el Jefe de Presupuesto.*

- Original de un oficio calendado el 4 de septiembre de 1995, en el cual la actora solicitó al Alcalde Municipal el incremento de los precios del contrato, con base en las siguientes razones: i) la situación invernal que impidió la explotación de arena y gravilla; ii) la imposibilidad de explotar arena y gravilla en el primer semestre de 1996, en virtud de las disposiciones del Ministerio de Ambiente; iii) Los continuos cortes de energía; iv) los sobrepuestos de los combustibles; v) el error cometido por la Administración anterior en relación con la reserva presupuestal (folios 69 a 71 del primer cuaderno).
- Copia auténtica de un oficio remitido por la interventoría al contratista –en octubre 5 de 1995- en el cual le expresó preocupación por el retraso en la entrega de la tubería y le solicitó “por tercera vez” la programación de entrega (folios 23 del tercer cuaderno).
- Original de oficio remitido por el administrador de la planta de CHECO LTDA., al Secretario de Obras Públicas del Municipio en octubre 5 de 1995, en el cual le solicitó que se hiciera presente en la planta para que escogiera los tubos a los cuales se les haría la prueba de laboratorio (folio 85 del primer cuaderno).
- Original de la respuesta negativa al oficio anterior, calendada el 6 de octubre de 1995 y firmada por el Secretario de Obras Públicas del Municipio, en razón de que el contrato se encontraba suspendido (folio 87 del primer cuaderno).
- Original de un oficio remitido el 28 de diciembre de 1995 por el Gerente de la contratista al Alcalde Municipal, solicitándole la designación de un empleado para que participara en la prueba selectiva de los tubos (folio 88 del primer cuaderno).
- Original de una comunicación calendado el 10 de enero de 1996 y remitida por el Gerente de la sociedad actora al Alcalde Municipal del Espinal, en la que solicitó la fecha de reiniciación de labores, la cual se encontraba supeditado al pago de las cuentas pendientes; en la misma comunicación solicitó un incremento del 56% en los precios correspondientes a la parte del contrato que se encontraba pendiente por ejecutar, en razón de que el mayor tiempo empleado en la producción de la tubería había elevado los costos de forma significativa (folios 67 y 68 del primer cuaderno).

- Copia auténtica de un oficio remitido por el Secretario de Obras Públicas al Personero Municipal del Espinal, en febrero 15 de 1996, en el cual le rindió informe respecto de varios contratos del Municipio que se encontraban en ejecución, entre los cuales se mencionó el No. 029-04 de 1994, respecto del que se informó que había sido objeto de varias suspensiones, de prórrogas y de apremios de la interventoría al contratista para que cumpliera con sus obligaciones contractuales, (folios 3 al 7 del tercer cuaderno).
- Copia auténtica de un oficio remitido por el contratista al Alcalde Municipal en abril 24 de 1996, en el cual le expresó lo siguiente: i) que el pago del acta No. 2 se efectuó con un retraso de 60 días; ii) que no se ha legalizado el reajuste de los precios del contrato; iii) que se encontraba pendiente el pago del Acta No. 3; iv) que tenía la bodega llena de materiales que no había podido entregar y v) que la sociedad se encontraba sometida al *“continuo hostigamiento por parte de miembros del Consejo (sic) de ese municipio”*.
- Original de un oficio remitido por la actora al Secretario de Obras Públicas del Municipio, en abril 29 de 1996, en el cual le expresó que debía conseguir los recursos para cumplir con el pago del contrato (folios 89 y 90 del primer cuaderno).
- Copia auténtica del Acta No. 001 del 8 de mayo de 1996, producto de una reunión celebrada entre las partes del contrato, el interventor y la Personera Municipal, con el propósito de *“evaluar los antecedentes y actual condición del contrato de suministro No. 029 de junio 23 de 1994”*. En este documento se concluyó lo siguiente:

*“Se deja constancia que a la fecha, las obligaciones contractuales están suspendidas según Acta de fecha julio 18 de 1995, suscrita por el doctor RAFAEL VANEGAS DAVILA Alcalde Municipal, GUILLERMO A. GUERRERO E, Gerente de ‘CHECO LTDA.’, Contratista y ARNULFO GIRALDO ECHAVARRIA, Interventor. En conclusión de la Exposición efectuada por las partes y referidas a los antecedentes mediatos e inmediatos, del Contrato mencionado, se propone como primera fórmula de solución, la Evaluación perentoria de CONVENCION EXTINTIVA DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES POR MUTUO ACUERDO y, con las consecuencias equitativas previstas por la Ley. Segunda opción, es el Acuerdo para la ejecución parcial de las obligaciones contractuales, con la alternativa para el Municipio, para contratar parte del Objeto con distinto contratista de su escogencia. Tercera opción la constituye, de ser el caso, propuestas distintas de la firma ‘CHECO’ para solucionar las controversias contractuales. Los representantes del contratista se comprometen a allegar a más tardar el día quince (15) de mayo de 1996, por escrito, su evaluación económica y sus consideraciones compensatorias, teniendo en cuenta los derechos de las partes, con el fin de ser evaluados por el Municipio.”*

- Original con sello de recibido en la Secretaría General de la entidad el día 15 de mayo de 1996, de un oficio emanado de la sociedad actora, en el cual, en respuesta a la reunión celebrada el 8 de mayo –acta 001 de 1996-, en resumen, planteó lo siguiente:

**i)** Afirmó que estaba de acuerdo con la resciliación del contrato o la terminación de mutuo acuerdo, siempre que le pagaran las actas números 3 y 4 con sus correspondientes incrementos, así como el daño emergente y el lucro cesante ocasionados, los cuales equivalían a la suma de \$143'905.782.00.

- ii) Sostuvo que en el evento de que ejecutara parcialmente las obligaciones le deberían pagar \$ 411'631.602.00, los cuales provenían del precios de la tubería que se encontraba pendiente de fabricar -\$267'725.820- más la indemnización calculada en el evento de liquidar de común acuerdo -\$ 143'905.782.00-.
- Original de un oficio calendado el 12 de junio de 1996, emanado del contratista y dirigido al Alcalde Municipal, en el cual le daba respuesta a una comunicación fechada el día 23 de mayo. Esta comunicación no cuenta con constancia de recibo y en la misma se afirma, en síntesis, lo siguiente (folios 104 a 109 del primer cuaderno):
    - i) Que el tiempo del contrato únicamente debía contarse a partir del 17 de agosto de 1995 *“porque sólo en esa fecha, la ALCALDIA MUNICIPAL le dio existencia a la disponibilidad presupuestal correspondiente”*.
    - ii) Que el incumplimiento resultaba imputable al Municipio en tanto no contaba con las partidas presupuestales.
    - iii) Que debían reconocérsele reajustes e intereses porque se había producido mora en el pago de las cuentas, máxime que en ese caso había obrado el silencio administrativo positivo.
    - iv) Que se negaba a firmar el acta de reiniciación del contrato, hasta tanto se cumplieran las condiciones establecidas en el acta de suspensión.
    - v) Solicitó que se efectuara la liquidación del contrato de común acuerdo entre las partes y que en el acta se tuvieran en cuenta los ajustes, revisiones y reconocimientos a que hubiera lugar.
  - Documento en copia simple remitido por la entidad a solicitud del Tribunal Administrativo a quo, el cual contiene una comunicación remitida por la entidad demandada a la sociedad actora en julio 18 de 1996, en la cual le expresó lo siguiente en relación con el acta de suspensión de obligaciones calendada en la misma fecha, que condicionó la ejecución del contrato al pago de las cuentas presentadas por la sociedad:
    - i) Que a la fecha de suscripción del documento únicamente se encontraba pendiente de pago un acta por valor neto de \$ 25'281.778.00, después de descontarle un 30% del valor del anticipo.
    - ii) Que la suma anterior fue pagada como valor del acta parcial No. 002, el día 20 de marzo de 1996.
    - iii) Que el mismo día en el cual la sociedad recibió el pago se comprometió a asistir a una reunión el día 29 de marzo, a la cual no se presentó sin excusa alguna de su parte.
    - iv) Que el día 8 de abril de 1996 la actora presentó una nueva cuenta de cobro por valor de \$36'888.622.00, la cual no podía considerarse pendiente por ser posterior a la suspensión del día 18 de julio de 1995 y por no encontrarse incluida en el acuerdo.
    - v) Que a pesar de que la entidad cumplió con el pago, el contratista desde el día 4 de julio de 1995 había incumplido con los requerimientos necesarios para la formalización de las prórrogas: ampliación de las garantías del contrato,

publicación legal y, además, no se presentó a la reunión para acordar la reiniciación del contrato (folios 89 y 90 del tercer cuaderno).

- Original de un oficio calendado el 24 de julio de 1996, remitido por la demandante al Alcalde Municipal, en el cual le solicitó una certificación en la cual constara la existencia de la disponibilidad presupuestal correspondiente al contrato 029-04, (folios 54 y 55 del primer cuaderno)
- Copia auténtica de un oficio remitido por el Director de la Unidad Regional No. 4 al Alcalde Municipal de El Espinal, calendado el 18 de febrero de 1997, en el cual le informaba que se aceptaba la modificación del plan financiero para el crédito destinado a la *"Construcción del Colector Sur"* (folios 25 y 26 C1).

#### **2.1.2. Entregas de tubería y pagos recibidos.**

- Documento en copia simple remitido por la entidad a solicitud del Tribunal Administrativo a quo, contentivo del ACTA PARCIAL No. 001, calendada el 20 de diciembre de 1994, en la cual consta que la entidad pública demandada recibió de la sociedad actora tubería por valor de \$ 26'611.500.00, (folio 44 del tercer cuaderno).
- Documento remitido por la entidad en copia simple, a solicitud del Tribunal Administrativo a quo, el cual contiene la Resolución No. 0085 de febrero 22 de 1995, mediante la cual el Alcalde Municipal designó una comisión para el recibo definitivo de los suministros, (folio 64 del tercer cuaderno).
- Copia auténtica del Acta No. 01 del 14 de junio de 1995, en la cual se efectuó un recibo parcial de la obra. Se expresó que *"una vez comprobado que los ensayos de laboratorio demuestran el cumplimiento de las exigencias de la Licitación Pública No. SM-001-93 se acepta la tubería del lote mencionado y su correspondiente pago por parte del Municipio del Espinal"* (folio 38 del tercer cuaderno).
- Copia auténtica de un documento contentivo de un acta aclaratoria, calendada el día 21 de julio de 1995, en la cual se expresó que el objetivo del acta era la revisión de los siguientes soportes: i) acta de inspección de la planta de julio 4/95; ii) control de calidad de tubería expedido por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Santafé de Bogotá; iii) oficio de fecha 22 de junio de 1995 emitido por la Interventoría de suministro al contratista; iv) cambio del acta No. 01 de 1995 y v) cuenta de cobro de CHECO LTDA., al municipio de El Espinal, en la cual se relacionó la cantidad de tubería para ser cobrada en el Acta No. 01 de 1995. En el acta se expresó que la tubería entregada tenía un valor de \$ 36'116.826 y menos el 30% de anticipo -\$10'835.048-, arrojaba un valor final de \$ 25'281.778.00, (folio 39 del tercer cuaderno).
- Documento en copia simple remitido por la entidad a solicitud del Tribunal Administrativo a quo, contentivo del comprobante de egreso número 0098, por valor de \$ 25'281.778, correspondiente al pago del acta parcial No. 002 y que registra como fecha de pago el día 20 de marzo de 1996 (folio 1 del segundo cuaderno).
- Documento en copia simple remitido por la entidad a solicitud del Tribunal Administrativo a quo, que contiene una constancia expedida por el Jefe de Presupuesto Municipal en abril 15 de 1998, en el cual certificó que a la actora a

esa fecha le habían sido pagados el anticipo y las actas números 001 y 002 (folio 4 del segundo cuaderno).

- Documento en copia simple remitido por la entidad a solicitud del Tribunal Administrativo a quo, contentivo de una certificación dirigida por la Tesorera Municipal de El Espinal al Tribunal Administrativo a quo, en fecha 15 de abril de 1998, en la cual se consignó lo siguiente (folio 5 segundo cuaderno):

*“En atención a la Providencia de Febrero 19 del año en curso y en particular a lo ordenado en el punto 7 de la misma, me permito acompañarle las pruebas documentales en las cuales se advierte las sumas de dinero que el MUNICIPIO DE EL ESPINAL pagó al Contratista CHECO LTDA. en desarrollo del CONTRATO DE SUMINISTRO No. 029-04-93 así:*

*“1. Fotocopia del libro de Bancos-Banco Popular Cuenta No. 362-02064-6 Financiera de Desarrollo Territorial S.A. FINDETER Colector Sur, Cheque No. 1872951 girado a GUILLERMO GUERRERO ENRÍQUEZ-CHECO LTDA. por valor de \$77'267.764.50 el día agosto 24 de 1994.*

*“2. Cheque No. 1872980 de diciembre 22 de 1994 por \$ 17'137.805 girado a GUILLERMO GUERRERO ENRIQUEZ-CHECO LTDA.*

*“3. Cheque No. 1872990 de marzo 20 de 1996 por valor de \$ 25'281.778 a nombre de CHECO LTDA. según la Cuenta de Comprobante de Egreso No. 0098.*

*“(…), lo anterior significa que con cargo al Contrato a que ya se hizo referencia y según los documentos que me permito acompañarle en cuatro folios a CHECO LTDA. se le ha pagado la suma de \$119'687.347.50.”*

- Documento en copia simple remitido por la entidad a solicitud del Tribunal Administrativo, contentivo de una constancia del Jefe de Presupuesto Municipal acerca de los pagos efectuados a la sociedad CHECO LTDA., por concepto de la ejecución del contrato No. 029 de 1994. En el mencionado oficio se expresó lo siguiente:

*“Que revisado el libro de presupuesto de la vigencia fiscal de 1994, se pudo constatar que el Contrato No. 029 a nombre de la firma CHECO LTDA. por valor de \$265.524.965.00, se realizaron los siguientes movimientos:*

<i>“Agosto 10/94. 30% Anticipo</i>	<i>\$79.657.489,50</i>
<i>Diciembre 20/94. Acta No. 01</i>	<i>\$18.628.050.00</i>
<i>Marzo 20/96. Acta No. 02</i>	<i>\$25.281.778.00</i>

<i>Saldo por ejecutar</i>	<i>\$141.957.647-50”</i>
---------------------------	--------------------------

### **2.1.3. Las sanciones impuestas.**

- Copia auténtica de la Resolución No. 0413 de abril 24 de 1995, por medio de la cual se impuso una multa por incumplimiento al contratista (folio 2 del tercer cuaderno).
- Copia auténtica de la Resolución No. 8586 de junio 27 de 1995, por medio de la cual se confirmó la multa impuesta mediante Resolución No. 0413 de 1995 (folio 2 del tercer cuaderno).

- Copia auténtica de la Resolución número 1062 de noviembre 6 de 1996, expedida por el Alcalde Municipal de El Espinal “*Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato número 029-04 de 1994 cuyo objeto es el de suministro de tuberías y accesorios para la construcción del colector del sur, se declara la terminación unilateral y se impone una sanción*”, (folios 3 a 15 C1).
- Original del escrito contentivo del recurso de reposición interpuesto por la sociedad CHECO LTDA., en contra de la Resolución No. 1062 del 6 de noviembre de 1996, en el cual se pidió la revocatoria de la totalidad de su contenido y la exoneración de cualquier responsabilidad de la actora, con base, en síntesis, en los siguientes argumentos: i) nulidad por falsa motivación; ii) aplicación de la excepción de contrato no cumplido; iii) no reconocimiento de la ruptura del equilibrio financiero del contrato; iv) liquidación unilateral sin contabilizar las actas 3 y 4; v) incumplimiento del Municipio en el recibo de la tubería y en el retiro de la misma de las instalaciones de la sociedad; vi) requerimiento de la actualización de las garantías del contrato, (folios 77 a 84 del primer cuaderno).
- Copia auténtica de la Resolución No. 0259 de febrero 17 de 1997, “*Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición*” interpuesto en contra de la Resolución No. 1062 del 6 de noviembre de 1996, (folios 16 a 24 del C1).

## **2.2. Copias simples.**

Al proceso se allegaron varios documentos en copia simple, los cuales, de conformidad con lo anteriormente mencionado, carecen de valor probatorio<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Los siguientes documentos fueron aportados al proceso en copia simple:

1. Documento ilegible que parece ser la copia de un comprobante de egreso del Departamento del Tolima. Este documento se remitió en copia simple por la actora (folio 40 del primer cuaderno).
2. Documento que aparenta ser copia de un “*acta de visita de inspección*”, que habría practicado la Contraloría Municipal. Este documento se remitió en copia simple por la demandante (folios 42 y 43 del primer cuaderno)
3. Documento que en apariencia contiene el recurso de reposición interpuesto por la actora en contra de la Resolución No. 0413 de 1995, por medio de la cual se impuso una multa al contratista. Este documento se remitió en copia simple por la entidad pública demandada y no puede valorársele como si fuera un original porque proviene de la demandante y no de la misma entidad (folios 45 a 48 del tercer cuaderno).
4. Documento que aparenta contener una solicitud de la demandante para utilizar unos terrenos de la demandada durante un término de 120 días, para fabricar la tubería. Este documento se remitió en copia simple por la entidad pública demandada y no puede valorársele como si fuera un original porque proviene de la demandante y no de la misma entidad (folio 51 del tercer cuaderno).
5. Aparente correspondencia cruzada entre la interventoría del contrato, la sociedad demandante y la aseguradora. Estos documentos se remitieron en copia simple por la entidad pública demandada y no se pueden valorar como si se tratara de originales porque no provienen directamente de la misma (folios 54 a 58, 62, 67, 68, 69 a 74, 76, 77, 82, 83, 84, 85, 87, 88, 248, 249, 250, 251, 252, 255 a 265 del tercer cuaderno).

### 2.3. Prueba pericial.

La prueba pericial fue decretada oficiosamente por el Tribunal Administrativo a quo mediante auto de junio 01 de 1999, el mismo en el cual se designaron como peritos las auxiliares de la Justicia María Mabel Polanía y Edna Carolina Triana Sánchez (folios 88 y 93 C1), quienes se posesionaron los días 16 de junio y 14 de julio de 1999, respectivamente, (folios 92 y 95 C1).

El informe fue rendido el día 06 de agosto de 1999 y en el mismo estimaron el valor de la indemnización a la cual tendría derecho el actor por los conceptos de daño emergente y de lucro cesante (folios 98 a 103 del primer cuaderno).

La parte actora formuló objeción por error grave en razón de que consideró que los peritos no tuvieron en cuenta la totalidad de las prueba (folios 1 y 2 del cuarto cuaderno).

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante auto de noviembre 27 de 1998, ordenó la práctica de pruebas y para resolver sobre la existencia del error grave nombró nuevos peritos (folio 4 del cuarto cuaderno), los cuales rindieron el dictamen el día 19 de marzo de 1999 (folios 17 y 18 del cuarto cuaderno), del cual

- 
6. Documento contentivo de lo que en apariencia corresponde al acta No. 4, que habría sido elaborada por la sociedad actora. Este documento se aportó en copia simple por la entidad pública demandada y no puede valorarse como si fuera un original porque no proviene de la misma entidad, además de que no contiene sello alguno de recibido (folios 86 y 245 del tercer cuaderno).
  7. Documento que en apariencia corresponde a la Resolución No. 0843 de agosto 17 de 1995 "*Por medio de la cual se sanean vicios de procedimiento o de forma de un Contrato Administrativo*". Este documento no puede valorarse como si se tratara de un original porque no existe constancia en el expediente de que el mismo hubiere sido remitido por la entidad a solicitud del Tribunal Administrativo a quo (folios 47 a 48 del primer cuaderno)
  8. Presunto oficio que habría remitido el Secretario de Obras Públicas del Municipio de El Espinal al Personero Municipal. Este documento no puede ser valorado como si se tratara de un original porque no existe constancia en el expediente de que el mismo hubiere sido remitido por la entidad a solicitud del Tribunal Administrativo a quo (folios 61 a 66 del primer cuaderno).
  9. Aparente respuesta del contratista al acta No. 001 del 8 de mayo de 1996. Documento aportado por la demandante (folios 112 a 116 del primer cuaderno)
  10. Documento en copia simple allegado por el apoderado de la demandada, cuyo contenido aparente ser el pliego de condiciones y la orden de apertura de la licitación pública internacional SM-001-93 (folios 134 a 235 del tercer cuaderno)
  11. Aparente oficio que habría remitido la sociedad demandante al Secretario de Obras Públicas de la Alcaldía, en el cual habría informado acerca de la disponibilidad de tubería, remitido por la entidad y que no puede valorarse como original por no provenir de la misma (folio 239 del tercer cuaderno).
  12. Documento que aparentan ser cuentas de cobro formuladas por la demandante a la demandada en junio 9 de 1995, remitidas en copia simple por la entidad demandada y que no pueden valorarse como auténticas por no provenir de la misma (folio 243 y 244 del tercer cuaderno)

el a quo corrió traslado a las partes mediante auto de abril 9 de 1999 (folio 19 del cuarto cuaderno).

La demandada presentó escrito de “*protesta*” e “*inconformidad*” por el dictamen presentado (folios 20 y 21 del cuarto cuaderno). El a quo entendió que nada tenía para resolver y oficiosamente solicitó aclaración (folio 22 del cuarto cuaderno).

La aclaración fue rendida el 2 de junio de 1999 (folios 26 a 29 del cuarto cuaderno) y de la misma se corrió traslado a las partes mediante auto de junio 16 de 1999 (folio 31 del cuarto cuaderno)

### **3. El asunto sometido a examen.**

Solicitó la sociedad actora la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 1062 de noviembre 6 de 1996 y 0259 de febrero 17 de 1997, por medio de las cuales se declaró el incumplimiento, se liquidó unilateralmente y se terminó el contrato número 029 de 1994; pretende además la declaratoria de incumplimiento de la entidad pública demandada y la consecuente indemnización de perjuicios.

El Tribunal Administrativo despachó desfavorablemente las pretensiones, en tanto encontró que no le asistía razón a la accionante, por cuanto el incumplimiento provenía de la misma sociedad actora; la demandante interpuso recurso de apelación en virtud de que consideró que el Tribunal *a quo* dejó de apreciar el material probatorio que evidenciaba los vicios en los cuales incurrió la entidad al proferir los actos acusados.

Se ocupará entonces la Sala del análisis de cada uno de los cargos formulados.

#### **3.1. Falsa motivación.**

De la lectura del libelo de la demanda se deduce que la falsa motivación es el cargo central, con el cual se pretende derrumbar la presunción de legalidad de las Resoluciones acusadas.

En este punto la Sala debe referirse al argumento planteado en el recurso de alzada, según el cual, se reprochó la decisión del Tribunal a quo por no apreciar el material probatorio.

Sobre este aspecto debe recordarse al apelante que cuestionar la legalidad de un acto administrativo contractual impone necesariamente un proceso de análisis, valoración de pruebas y juzgamiento concentrado en los cargos de nulidad planteados en la demanda. Sobre el particular la Jurisprudencia de la Corporación ha precisado lo siguiente:

*“1. Tratándose de la responsabilidad contractual proveniente de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo contractual las pretensiones son mixtas: **una impugnatoria**: de la legalidad del acto acusado, que para salir triunfante se requiere que el actor contrapruebe en el juicio las presunciones de legalidad y de veracidad que lo amparan, pues la ley procesal, desde otro punto de vista, establece que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos que ellas persiguen (art. 177 del C.P.C)<sup>13</sup>, Y,*

<sup>13</sup> Así lo reiteró la Sala en sentencia proferida el 12 de febrero de 1992, exp. 7.177, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

**de otra parte**, la o las otras pretensiones son resarcitorias, que para su prosperidad es indispensable demostrar el daño aseverado definitivamente y el nexo de causalidad, eficiente y determinante.

*“La responsabilidad contractual como objeto de declaración judicial requiere pues, tratándose de la impugnación de acto contractual, de la declaración previa de nulidad de éste; así se constata de la lectura del primer inciso del artículo 87 del C.C.A., entre otros.”<sup>14</sup>*

Para la sociedad demandante la falsa motivación de la decisión administrativa consiste en haber ocultado que el incumplimiento del contrato se originó en problemas presupuestales de la entidad contratante, en razón de que las suspensiones y las prórrogas del contrato se produjeron por este motivo y no por causas imputables a la cesionaria y que esta circunstancia se ocultó en las resoluciones acusadas.

Se transcriben a continuación la motivación contenida en las resoluciones demandadas.

i) Resolución número 1062 de noviembre 6 de 1996, expedida por el Alcalde Municipal de El Espinal *“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato número 029-04 de 1994 cuyo objeto es el de suministro de tuberías y accesorios para la construcción del colector del sur, se declara la terminación unilateral y se impone una sanción”*, (folios 3 a 15 C1), de la cual se destacan los siguientes apartes:

*“Que según acta del 15 de septiembre de 1994 suscrita por el Secretario de Obras Públicas, el Interventor y el Contratista se dio inicio en cumplimiento del objeto contratado, previa certificación de modificación número 134710, expedido por la ‘COMPAÑÍA DE SEGUROS DEL ESTADO S.A.’, en donde se modificaba la vigencia de la póliza única de garantía.*

*“Que mediante oficio de septiembre 22 de 1994, el interventor del Contrato No. 029-04 del 22 de junio de 1994, le comunica al contratista la falta de atención a la interventoría y a las responsabilidades del contrato.*

*“Que mediante oficio de octubre 5 de 1994 el interventor manifiesta su gran preocupación por no entregar los materiales objeto del contrato en mención e igualmente, solicita por tercera vez, el programa completo para la entrega del suministro de tubería.*

*“Que mediante oficio de octubre 7 de 1994 la interventoría notifica a la ‘COMPAÑÍA SEGUROS DEL ESTADO S.A.’ el incumplimiento en el contrato No. 029-04 suministro de tubería a fin que (sic) tome las medidas pertinentes.*

*“Que mediante acta del 8 de octubre de 1994 suscrita por FERNANDO GUZMAN CAPERA Secretario de Obras, ARNULFO GIRALDO ECHAVARRIA Interventor, GUILLERMO GUERRERO ENRIQUEZ Contratista y EDGAR BARRETO HERNANDEZ, Alcalde Municipal, se suspendió el objeto del contrato No. 029-04 suministro de tubería y accesorios.*

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de noviembre 27 de 2003, exp. 14.431, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

*“Que mediante oficio de octubre 24 de 1994 la Interventoría manifiesta a la Ingeniera MARIA DEL SOCORRO DE GUERRERO, Sub-gerente de la firma CHECO LTDA., que la programación para la entrega de suministro presentada mediante fax, contempla plazo por fuera del otorgado y que la Interventoría no ha otorgado la ampliación del plazo ni que está contemplado darla.*

*“Que mediante acta del 19 de diciembre de 1994 suscrita por FERNANDO GUZMAN CAPERA Secretario de Obras Públicas Municipales, ARNULFO GIRALDO ECHAVARRIA Interventor, GUILLERMO GUERRERO ENRIQUEZ Contratista, se da reinicio al contrato No. 029-04 suministro de tubería y accesorios, previa presentación del certificado de modificación de garantía única número 134711, suscrito por la ‘COMPAÑÍA SEGUROS DEL ESTADO S.A.’*

*“Que mediante oficio de enero 31 de 1995 suscrito por la Interventoría del contrato, ésta manifiesta al contratista la lentitud y la misma falta de programación para la entrega del objeto contratado, con perjuicio de los contratos de obra civil y deja en claro que a ese ritmo de producción incumplirán todas las metas físicas y por ende, el contratista será sujeto a la aplicación de la cláusula décima tercera penal pecuniaria y la décima sexta multas y sanciones.*

*“Que mediante Resolución 0085 del 22 de Febrero de 1995, la Administración Municipal, nombró la Comisión de recibo definitivo de los suministros objeto del contrato. Dicha comisión se desplazó a las instalaciones, ese mismo día, a las bodegas donde funciona la firma CHECO LTDA., y en la misma se dejó plasmado, que la fabricación estaba paralizada, que no existen condiciones para la fabricación total del suministro.*

*“Que mediante acta del 23 de febrero de 1995 se suspende el contrato de suministro No. 029-04 de 1994, por un término de 10 días.*

*“Que mediante comunicación de marzo 1 de 1995 la Interventoría le hace exigible al contratista CHECO LTDA., el cumplimiento de varios puntos para que éste pueda cumplir con el acta compromisorio de prórroga solicitada.*

*“Que mediante contrato adicional al contrato de suministro No. 029-04 de Marzo 2 de 1995, se proroga el plazo del mismo en sesenta (60) días y en virtud del mismo, la ‘COMPAÑÍA SEGUROS DEL ESTADO S.A.’, expide el certificado de modificación número 138910 de la Póliza Número CU9437022.*

*“Que mediante acta de Marzo 5 de 1995, suscrita por JUAN CARLOS LOZANO ROJAS, Secretario de Obras Públicas, ARNULFO GIRALDO ECHAVARRIA, Interventor y GUILLERMO A. GUERRERO E., Contratista, se da reinicio al contrato en mención por un plazo de sesenta (60) días calendario.*

*“Que mediante comunicación de Marzo 14 de 1995, la Interventoría manifiesta nuevamente al contratista el incumplimiento y el atraso (sic) de ocho (8) días con respecto a la programación presentada por el mismo.*

*“Que la Interventoría mediante oficio de Marzo 21 de 1995, manifiesta su preocupación por la forma como CHECO LTDA., a (sic) manejado la prórroga dada al contrato.*

*“Que mediante oficio de Marzo 27 de 1995, la interventoría manifiesta a CHECO LTDA., su preocupación por el silencio que ha guardado y que habiendo*

*transcurrido treinta (30) días de la prórroga dada al mismo, éste no ha suministrado ni un tubo nuevo.*

*“Que mediante Resolución Número 0413 de Abril 24 de 1995, la Administración Municipal impuso una multa a la firma CHECO LTDA., por el incumplimiento contractual, equivalente a CIENTO DIECIOCHO MIL PESOS (\$ 118.000.00) MCTE, decisión que fue recurrida por el contratista y la cual fue confirmada por la Administración, mediante Resolución Número 0686 de Junio 27 de 1995.*

*“Que mediante contrato adicional al contrato de suministro número 029-04, se prorrogó el plazo al contrato por sesenta (60) días calendario, a partir del 4 de Mayo de 1995, previo certificado de modificación número 140698 suscrita por la ‘COMPañÍA DE SEGUROS DEL ESTADO S.A.’, en donde se modificaba la póliza única de garantía.*

*“Que mediante contrato adicional al contrato de suministro número 029-04 del 4 de Julio de 1995, se le prorrogó el plazo al mismo, por un término de sesenta (60) días calendario, a partir del 4 de Mayo de 1995, previo certificado de modificación número 140698 suscrita por la ‘COMPañÍA DE SEGUROS DEL ESTADO S.A.’, en donde se modificaba la póliza única de garantía.*

*“Mediante contrato adicional al contrato de suministro número 029-04 del 4 de Julio de 1995, se le prorrogó el plazo al mismo, por un término de sesenta (60) días calendario, dicha prórroga quedó condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:*

- *Publicación del contrato en la Gaceta Departamental.*
  - *Ampliación de las pólizas para garantizar el cumplimiento, el manejo del anticipo y la calidad de los materiales a suministrar.*
- Sin que el contratista hubiere cumplido con lo pactado.*

*“Que mediante Oficio número 109-00.PP.MM. del 29 de Febrero de 1996, el Secretario de Obras Públicas solicitó a la firma CHECO LTDA., presentar la ampliación de las garantías según lo suscrito en la cláusula tercera del contrato adicional de Julio 4 de 1995.*

*“Que mediante oficio número 155-00.PP.MM. de Marzo 29 de 1996, el Secretario de Obras Públicas solicitó a la firma CHECO LTDA., presentar la programación para la entrega de tubería de D=1.50 mts.*

*“Que mediante oficio número 2277 A.M. de Julio 18 de 1996, la Administración Municipal, requirió a la firma CHECO LTDA., contratista del contrato de suministro Número 029-04 de Junio 23 de 1994, para que cumpliera con las obligaciones de actualizar las pólizas de garantía exigidas, efectuara las publicaciones legales respectivas e hiciera saber al municipio el cronograma de entrega del suministro restante dentro del término que restaba a la firma, para cumplir con la ejecución contractual e insistió en advertir que el incumplimiento del contratista lesiona los intereses patrimoniales del contratante, en la medida que la carencia del suministro paraliza la ejecución de obras civiles que lo requieren.*

*“Que mediante oficio número 2346A.M. del 24 de Julio de 1996, la Administración Municipal reitera a la firma CHECO LTDA., el requerimiento contenido en la comunicación según oficio número 2277A.M. de Julio 18 de 1996.*

*“Que mediante oficio número 2465A.M. de Agosto 5 de 1996, la Administración Municipal, nuevamente, le reitera el requerimiento contenido en la comunicación según oficio número 2277 A.M. de Julio 18 de 1996.*

*“Que mediante comunicación de Agosto 29 de 1996, dirigida a la Secretaría de Obras Públicas la interventoría del contrato de suministro de tubería suscrito con la firma CHECO LTDA., hace algunas apreciaciones técnicas con respecto al contrato, y conceptúa que los equipos que el contratista tiene en la planta y la conducta en los repetidos incumplimientos a todos los pactos realizados, es que la firma CHECO LTDA., no tiene la capacidad para dar cumplimiento al objeto del contrato en el plazo requerido por la Administración.*

*“Que mediante oficio número AM2766 del 17 de septiembre de 1996, se requirió a la firma CHECO LTDA., para que el día 27 de Septiembre del mismo año, se presentara en el despacho de la Alcaldía a fin de proceder a liquidar de mutuo acuerdo el contrato ya referido.*

*“Que en la fecha prevista del 27 de Septiembre de 1996, se reunieron los representantes de la firma CHECO LTDA. y la Administración Municipal, a fin de liquidar el contrato, no habiéndose llegado a un acuerdo sobre el contenido del mismo, ordenándose por parte de la Administración Municipal liquidar el contrato en los términos del art. 61 de la Ley 80 de 1993.*

*“Dando cumplimiento a la Resolución No. 0937 de septiembre 27 de 1996, el 28 de octubre de 1996 se procedió a elaborar el acta de liquidación final, en la cual se determinó lo siguiente:*

*“(…)*

*“Valor pagado al Contratista: \$ 123'567.317,50*

*“Valor Multa Según Resolución 0413 de abril 24 de 1995: 118.000,00*

*“Valor cláusula penal pecuniaria según cláusula Décima Tercera del Contrato No. 029-04 de junio 23 de 1994: 26'552.496,50*

*“Menos valor total recibos actas parciales 62'728.326.00*

*“SALDO A CARGO DEL CONTRATISTA 87'509.488.00*

*“(…)*

*“Que en la misma acta se dejó constancia de la obligación del contratista de constituir Póliza de Calidad de los bienes suministrados a favor del Municipio, de acuerdo a la Cláusula Tercera del Contrato Adicional al Contrato de Suministro 029-04 de julio 4 de 1995.*

*“Que el pliego de condiciones constituye la ley del contrato, y a sus determinaciones y exigencias se someten no sólo los contratistas, a quienes se les adjudica un contrato, sino la administración, que, de ninguna manera y por ningún motivo, puede apartarse de sus condiciones, haciéndose de imperioso cumplimiento para este proceso de liquidación.*

*“(…)*

*“Que en el referido pliego, además, se determinó exigir del contratista la constitución de póliza de calidad y correcto funcionamiento de los bienes, cuyo valor es equivalente al diez (10%) por ciento del valor de cada entrega con vigencia de dieciocho (18) meses, contados a partir del recibo de los bienes contratados, sin que la (sic) mismas hallan (sic) sido suscritas por el contratista en cada una las actas parciales de recibo parcial.*

*“Que en el contrato número 029-04 de suministro de tuberías y accesorios, se pactó ‘que si suspendido el contrato por autorización del Municipio de El Espinal, el contratista no reinicia su ejecución dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de orden para hacerlo, la Administración podrá hacer uso de las cláusulas exorbitantes (sic) determinadas en la Ley 80 de 1993’.*

*“Que en la cláusula decima (sic) tercera del precitado contrato, se pactó como cláusula penal pecuniaria por el incumplimiento del contratista el pago de hasta el diez por ciento (10%) del valor del contrato, cláusula que deberá hacerse efectiva en virtud del incumplimiento de parte del contratista.*

*“Que se hallan configuradas las causales de incumplimiento de parte del contratista para decretarlo así, en razón de que éste se podrá declarar aún después del vencimiento del plazo de la ejecución contractual y dentro del acto liquidatorio del contrato.*

*“(…)*

#### **RESUELVE**

*“PRIMERO: Declarar que LA SOCIEDAD COMERCIAL LIMITADA, DENOMINADA ‘CHECO LTDA.’, (...) ha incumplido con el objeto contractual pactado en la cláusula primera del contrato número 029-04 cuyo objeto fue (...), que el proveedor se obligó a cumplir según la adjudicación efectuada por la Alcaldía Municipal de El Espinal, mediante Resolución 0286 del 2 de Febrero de 1994.*

*“SEGUNDO: En virtud del incumplimiento, hágase efectiva la cláusula penal pecuniaria, determinada en el diez por ciento (10%) del valor del contrato.*

*“TERCERO: Hacer exigible en los términos del pliego de condiciones, las garantías de calidad y correcto funcionamiento de los bienes recibidos, según actas de recibo No. 1 y No. 2, que se hallan relacionadas en la parte motiva de esta Resolución.*

*“CUARTO: Declarar LIQUIDADO UNILATERALMENTE el contrato número 029-04 suscrito entre el Municipio de El Espinal y LA SOCIEDAD COMERCIAL LIMITADA, DENOMINADA ‘CHECO LTDA.’, (...), en los términos del Acta de Liquidación final relacionada en la parte considerativa de este acto.*

*“QUINTO: Dejar a cargo de LA SOCIEDAD COMERCIAL LIMITADA ‘CHECO LTDA.’ y a favor del **MUNICIPIO DE El Espinal, la suma de OCHENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS (\$87’509.488.oo).***

*“SEXTO: Hágase exigible la póliza única de garantía expedida por la ‘COMPAÑÍA DE SEGUROS DEL ESTADO S.A.’ con la cual se avaló el cumplimiento de las obligaciones del contrato en los términos de la cláusula octava, parágrafo primero del mismo. (...).*

“(...).”

ii) Resolución No. 0259 de febrero 17 de 1997, “Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición” interpuesto en contra de la Resolución No. 1062 del 6 de noviembre de 1996. De la cual se destacan los siguientes apartes (folios 16 a 24 del C1):

“Respecto a lo planteado por el recurrente, se ha de aclarar que no tiene fundamento el vicio de nulidad del acto acusado por falsa motivación, menos cuando argumenta como fundamento de la misma, la inexistencia de recursos para cancelar el mentado contrato.

“(…) al analizar el contrato en mención, se tiene que la disponibilidad presupuestal exigida por la Ley existe y no de otra manera se hubiera podido suscribir e iniciar la ejecución del mismo, de donde no puede desconocer el recurrente su existencia, como pregona en su recurso, máxime que el art. 26 del Decreto 679 Reglamentario de la Ley 80, prevé como requisito de ejecución la existencia de disponibilidad presupuestal correspondiente, así como el respectivo registro presupuestal.

“Por lo tanto, no es válido el argumento planteado por el recurrente, menos aun cuando se le han realizado pagos parciales, incluyendo el anticipo del respectivo contrato.

“Arguye el recurrente la **exceptio non adimpleti contractus** (...) olvida el recurrente que a través de la ejecución del contrato, no solamente ha tratado de variar condiciones del mismo, en cuanto ha tratado de marcarlo como un contrato de obra, siendo éste un contrato de suministro, que la administración a pesar de haber pactado un plazo inicial de noventa días, ha aceptado suspensiones y prórrogas, hasta el punto de que el contratista ha incumplido lo pactado, como se desprende de la parte considerativa de la Resolución aquí impugnada, en donde aparecen cronológicamente los requerimientos reiterados que la Administración realizó a éste para que cumpliera con el objeto contractual pactado.

(...)

“Además, en el contrato de suministro se especificó en la cláusula ibídem que si el contratista no reiniciaba la ejecución del contrato dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha dada para hacerlo, se podía hacer uso de las llamadas cláusulas exorbitantes y así se ha decidido.

“Tampoco es de recibo como se demostrará, que el Municipio no hubiere cumplido con sus obligaciones contractuales en cuanto al pago, puesto que al realizar el acta de liquidación final y confrontarla con los dineros dados por el Municipio, el contratista no alcanza a asumir la amortización total del valor anticipado.

“Se pregona así mismo, rompimiento del equilibrio financiero del contrato. De manera extraña el contratista pretende argumentar el rompimiento del llamado equilibrio financiero a su favor, cuando si existe alguna persona lesionada con el incumplimiento de este contrato, es el Municipio de El Espinal, quien ha tenido que suspender la ejecución de los contratos de obra civil por la falta de suministros (...).

“En principio lo que el Municipio pactó fue un contrato de suministro; contrato que se halla definido como aquel por medio del cual una parte se obliga a cambio de

*una contraprestación a favor de otro, en forma periódica, independiente o continua de cosas o servicios. La parte que se obliga a la prestación se llama PROVEEDOR.*

*“Significa lo anterior, que el Municipio lo que contrató fue un suministro de tubería como se halla definido en la CLAÚSULA PRIMERA del contrato, obligándose a entregar los elementos que allí se describen en el ciudad de El Espinal, y en el sitio que el Municipio indique, es decir, se parte del presupuesto de que quien contrata, tiene en su poder los elementos sujetos a suministrar, de donde no puede existir el rompimiento pregonado por el contratista, máxime que como se denota, se pretendió cambiar la filosofía del contrato y se decide sin que exista acto administrativo que así lo ordene, fabricar los elementos a suministrar en una planta que fue montada para dicho fin en el Municipio de El Espinal, variando con ello las condiciones originales de los pliego y las condiciones del contrato.*

*“Respecto a la liquidación unilateral, sin la contabilización de las llamadas actas 3 y 4, sobre este punto, se debe aclarar que las mentadas actas no existen, pues los documentos que pretende hacer valer el recurrente no poseen las firmas respectivas ni del representante legal del Municipio, ni del Interventor, ni del Contratista, pues, debe saberlo que para que se le dé el trámite respectivo las mismas deberán aparecer debidamente legalizadas, de lo contrario carecen de valor probatorio.*

*“Ahora bien, si se ha hecho referencia a las mismas es por la presentación de cuentas de cobro, realizadas por el Contratista, sin que estuviera debidamente legalizadas como fue anotado anteriormente.*

*“Atendiendo este punto, y como quiera que la Administración necesita los bienes a suministrar y obrando con los principios determinados en la Ley 80 art. 68 y a fin de buscar una ágil, rápida y directa solución, la Administración accedió a inspeccionar el sitio en donde se dice tener el suministro referido, hallándose algunos elementos a suministrar, elementos que se tendrán en cuenta para liquidar el contrato y que serán recibidos por el Municipio, previo el cumplimiento de las garantías establecidas en el Pliego de Condiciones y en el contrato (...)*

*[Se hace la relación de la tubería]*

*“En el mismo acto se escogió al azar la tubería para practicar el ensayo de laboratorio y así determinar la calidad y resistencia, de acuerdo a las especificaciones de diseño estipuladas en el pliego de condiciones, los cuales fueron remitidos por este despacho mediante Oficio No. 120 AM de enero 15 de 1997, al Centro de Investigaciones de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Santafé de Bogotá.*

*“Mediante oficio No. 2500.97.4.022 de enero 23 de 1997 (a folio 421, 422, 423) la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, envía los resultados de los ensayos de resistencia, método de los tres apoyos, ejecutado a los tubos de concreto reforzado, donde especifica la resistencia a la fisura para cada tubo ensayado.*

*“Mediante informes suscritos por el señor ARNULFO GIRALDO ECHAVARRIA, Representante legal de la firma ‘GIRALDO TAVERA Y CIA. S. EN C.’, Interventor del contrato de suministros, radicados en este despacho con fecha del 12 de Febrero de 1995 (a folio 427, 428, 429, 430), determina que una vez realizado el cuadro comparativo, todos los tubos en sus diferentes diámetros llevados como*

representación de una tubería en la planta de 'CHECO LTDA.', sí cumplen con lo solicitado en los pliegos de condiciones.

"En el mismo dice que para el recibo de la tubería en mención, el contratista debe presentar póliza de calidad de los mismos.

"En este orden de ideas se procederá a modificar el acta de liquidación final contenida en la resolución impugnada y como quiera que el concepto técnico es favorable, se ha de proceder a hacer una nueva liquidación en donde se consignen las cantidades halladas en la Inspección Judicial:

[En la nueva liquidación se incluyó tubería hallada en la inspección por valor de \$58'755.884.o]

"Del acta anterior se tiene que concluir, que haciéndosele el recibo de la tubería relacionada a 'CHECO LTDA.', éste le queda adeudando al Municipio de El Espinal, la suma de DOS MILLONES OCHENTA Y UN MIL CIENDO SIETE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$2'081.107,50), dineros que hacen parte del anticipo entregado.

"Además se deberán hacerle efectivas la CLAUSULA PENAL PECUNIARIA y la multa que le fue impuesta, lo cual asciende a un valor total de VEINTIOCHO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CUATRO PESOS (**\$28'753.604.OO**). Dineros que deberán hacerse exigibles a través del cobro de jurisdicción coactiva si hubiere lugar, en los términos del artículo 19 del Decreto 679 de 1994.

"(...)

"Finalmente, en cuanto al recibo de la tubería y retiro de la misma de las instalaciones de 'CHECO LTDA.' el Municipio requirió al contratista para que hiciera la entrega de la misma en los sitios que determinó en el Oficio No. 216 de Mayo 16 de 1996, hecho que no lo realizó y una vez más se denota el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, por cuanto, en la CLAUSULA PRIMERA del contrato referido se determinó que el contratante entregará los elementos objeto del contrato en el sitio en que el Municipio lo indique y como se desprende de una comunicación existente en el expediente, éste se niega a realizarlo so pretexto de que se le restablezca el equilibrio.

"Como puede observarse, no han variado los elementos fácticos que originaron la determinación aquí impugnada, por lo que este Despacho deberá confirmarla utilizando las modificaciones necesarias, en cuanto se determinó recibir la existencia del suministro en los términos del acta ya referida. Se debe anotar también que el contratista deberá suministrar los empaques de unión correspondientes, así como deberá entregar en el sitio donde determine la Administración Municipal el respectivo suministro, así como se deberán exigir las garantías ya mencionadas en esta providencia.

"En consideración a las anteriores anotaciones, este despacho

#### **RESUELVE**

"**PRIMERO:** Modificar el artículo 5º de la Resolución No. 1062 de Noviembre 6 de 1996, y dejar a cargo de la 'SOCIEDAD COMERCIAL LTDA. CHECO LTDA.' y a favor del Municipio del Espinal, la suma de VEINTIOCHO MILLONES

SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CUATRO PESOS (\$ 28'753.604.00).

**“SEGUNDO:** De acuerdo al objeto contractual del contrato, el Municipio determinará los sitios en que ‘CHECO LTDA.’ debe hacer entrega de la respectiva tubería. Si existiere renuencia para hacerlo, el Municipio lo hará y cargará los costos de transporte al contratista.

**“TERCERO:** Adiciónese el punto tercero de la resolución impugnada, en cuanto a que las garantías exigibles se extienden a la totalidad del suministro recibido por el Municipio.

**“CUARTO:** Confírmese en lo (sic) demás puntos, la Resolución aquí impugnada.

“(…).

Antes de abordar el análisis de estos planteamientos conviene referir los hechos que se encuentran debidamente probados en el proceso que:

1. En junio 23 de 1994 se celebró el contrato 029-04 de 1994, cuyo objeto constituyó el suministro de tubería al municipio de El Espinal, por valor de \$ 265'524.965.00, en un plazo de 90 días, entre la entidad pública demandada y la sociedad CADENA SIERRA LTDA. El contrato contaba con la respectiva disponibilidad presupuestal, según se expresó tanto en el texto del contrato como en la certificación número 11489, expedida el 10 de agosto de 1994 por la entidad.
2. El día 22 de julio de 1994, antes de publicarse y sin que se exhiba explicación alguna acerca de los motivos, el contrato 029-94 fue cedido a la sociedad actora CHECO LTDA., con la autorización de la entidad pública demandada.
3. El 2 de agosto de 1994 se efectuó la publicación del contrato en la gaceta oficial del Municipio.
4. El 24 de agosto de 1994 la entidad hizo entrega del anticipo al contratista, a través del cheque del Banco Popular número 1872951 girado a nombre de Guillermo Guerrero Enríquez-Checo Ltda., por valor de \$ 77'267.764,50.
5. El día 15 de septiembre de 1994 se firmó el acta de inicio de la obra.
6. En el período comprendido entre la entrega del anticipo y el día 19 de diciembre de 1994 se observa una serie de comunicaciones de la entidad al contratista solicitándole cumplimiento del contrato y expresando la preocupación por la falta de programación.
7. El día 4 de octubre de 1994 el contratista solicitó una ampliación del plazo en 45 días, por razones relacionadas con el montaje de la planta de producción y en octubre 8 se suspendió el contrato de manera indefinida. Se observa que para ese momento habían transcurrido 44 días de los 90 del plazo, toda vez que éste se contaba a partir de la entrega del anticipo.
8. El 19 de diciembre de 1994 se suscribió entre las partes el acta de reinicio del contrato.

**9.** El día 20 de diciembre de 1994 la sociedad demandante realizó la primera entrega de tubería, a través del acta número 001 de esa fecha, por valor de 26'611.500.oo.

**10.** El día 22 de diciembre de 1994 la entidad demandada efectuó a la actora el pago del acta número 001, a través del cheque No. 1872980 del Banco Popular, por valor de \$ 17'137.805,oo, después de descontar el 30% del valor del anticipo, así como las retenciones legales.

**11.** El 25 de enero de 1995 el contratista le anunció a la entidad que tenía algunos tubos listos para que fueran examinados y en febrero 5 y febrero 31 la interventoría le llama la atención por el incumplimiento, le expresa la preocupación por el retraso y le solicita la programación de entregas.

**12.** El 13 de febrero de 1995 el contratista ofrece a la entidad hacerle entrega de tubería de algunos diámetros.

**13.** El Alcalde Municipal, mediante Resolución número 0085 de febrero 22 de 1995 nombró una comisión para que inspeccionara la mercancía ofrecida y efectuara el recibo.

**14.** El 2 de marzo de 1995 el contratista remite el programa de entregas para el período abril a julio de 1995 y en esa misma fecha solicitó una prórroga de 60 días, para lo cual expresó que la misma se pedía por motivos de la reorganización de su planta de producción. Se observa que el plazo final se vencería el día 30 de marzo, si se cuentan los 46 días transcurridos desde el 19 de diciembre de 1994, fecha en la cual se reinició la ejecución del contrato.

**15.** La entidad accedió a la petición del contratista y otorgó una prórroga de 60 días a partir del día 2 de marzo de 1995, con lo cual el nuevo plazo sería el 30 de mayo de 1995.

**16.** En abril 24 de 1995, la entidad mediante Resolución No. 0413 de abril 24 de 1995, la cual fue recurrida y confirmada a través de la Resolución número 8586 de junio 27 de 1995, le impuso al contratista una multa por incumplimiento del contrato.

**17.** El 2 de mayo de 1995 el contratista solicitó una nueva prórroga de 60 días y el 4 de mayo de 1995 se suscribió la prórroga, con lo cual el nuevo plazo se vencería el 30 de julio de 1995.

**18.** El día 14 de junio de 1995, la entidad efectúa un recibo parcial de obra, pendiente de que se efectuaran las pruebas técnicas.

**19.** El día 4 de julio de 1995 la comisión de recibo de las obras efectuó una visita a la planta de producción y en el acta dejó constancia de la imposibilidad de que la contratista cumpliera con la entrega dentro del tiempo de la prórroga.

**20.** El día 18 de julio de 1995, de común acuerdo se efectuó la suspensión del plazo del contrato *"hasta tanto se verifique el pago de las actas"*.

**21.** El día 21 de julio de 1995, mediante acta aclaratoria de la misma fecha, la entidad, después de que recibió el informe de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, acerca del cumplimiento de la tubería con las condiciones técnicas, efectuó el recibo de la que le había sido entregada el 14 de

junio de 1995, cuyo valor fue de \$ 25'281.778.00, después de descontar el anticipo.

**22.** El mismo 21 de julio el contratista envía una comunicación a la entidad, en la cual le expresa su preocupación por la falta de respaldo presupuestal de las actas pendientes de pago. Para ese momento se encontraba pendiente el acta recibida en esa misma fecha, por valor de \$ 25'281.778.00.

**23.** El 17 de agosto de 1995 la entidad expide la Resolución No. 0843 de esa fecha, mediante la cual ordenó hacer reserva de apropiación presupuestal *“por inconsistencias en la expedida con anterioridad”*.

**24.** En septiembre 4 de 1995 el contratista solicitó a la entidad que le reconociera un mayor precio por la tubería en razón de la situación invernal que impedía la extracción de materiales y, además, por el error cometido por la Administración anterior en la reserva presupuestal.

**25.** En octubre 5 de 1995 el contratista solicitó a la entidad que escogiera algunos tubos para realizarles las pruebas de laboratorio, lo cual fue respondido negativamente por la entidad, en vista de que el contrato se encontraba suspendido.

**26.** En enero 10 de 1996 el contratista solicita la reiniciación del contrato, la cual supedita al incremento de los precios.

**27.** El 20 de marzo de 1996 la entidad pública paga al contratista el acta pendiente, la cual para el contratista correspondió a la número 002 y cuyo valor coincide con la recibida en julio 21 de 1995, mediante acta aclaratoria. Se le pagó con el cheque No. 1872990 del Banco Popular, por valor de \$ 25'281.778, después de descontar el anticipo y las retenciones legales, según comprobante de egreso número 0098.

**28.** Durante el período transcurrido entre marzo y noviembre de 1995, las partes se cruzaron comunicaciones, en las cuales el contratista insistía en los incrementos de precios y en la búsqueda de acuerdos para terminar y liquidar el contrato, los cuales no se lograron.

**29.** En noviembre 6 de 1996 la entidad, mediante Resolución número 1062 de noviembre 6 de 1996 declaró el incumplimiento, la terminación y la liquidación unilateral del contrato, la cual, después de ser recurrida se confirmó a través de la Resolución No. 0259 de febrero 17 de 1997.

Como puede apreciarse, solamente hasta el 21 de julio de 1996 se hace alguna mención al hecho expuesto por la sociedad demandante, relativo a la falta de respaldo presupuestal, luego de lo cual la entidad demandada expidió la Resolución número 0843 para corregir un error relacionado con la disponibilidad presupuestal del año anterior; así pues, un juicio objetivo sobre los hechos probados que acaban de relacionarse, permite concluir que los motivos expuestos por el municipio de El Espinal, en los actos administrativos demandados, eran ciertos y contaban con el debido respaldo probatorio, por lo cual no se presenta la alegada falsa motivación.

Si bien es cierto que la entidad incurrió en un retraso en el pago del acta 002 –acta aclaratoria de julio 21 de 1995- , como también que hubo algún error relacionado con el tema presupuestal –el cual se menciona en la Resolución 0843- resulta

incuestionable que la sociedad contratista para ese momento tenía un porcentaje de ejecución excesivamente bajo y que los retrasos y las prórrogas ocurridas resultaron ser de su exclusiva responsabilidad, toda vez que únicamente en la suspensión de mutuo acuerdo de abril 18 de 1995 se hizo alusión al tema presupuestal, fecha en la cual las ejecuciones ni siquiera igualaban el valor del anticipo entregado al contratista y no por ello la motivación expuesta en los actos acusados puede acusarse de falsa y que el incumplimiento del contratista pudiera ampararse en ese hecho.

Todo lo anterior permite concluir que las verdaderas razones del incumplimiento fueron las expuestas por el municipio de El Espinal en los actos administrativos cuestionados y no las mencionadas por la actora en la demanda.

### **3.2. La declaratoria de incumplimiento y la excepción de contrato no cumplido.**

Sostuvo la sociedad demandante que la entidad pública demandada al declarar el incumplimiento desconoció el contenido del artículo 1609 del Código Civil Colombiano en tanto no podía declarar el incumplimiento en razón de que era la Administración quien había incumplido; sostuvo además que la entidad no podía obligar al contratista a reiniciar los suministros hasta que cumpliera con los pagos de la totalidad de las actas adeudadas, con lo cual desconoció abiertamente la excepción de contrato no cumplido.

La figura de la “*excepción de contrato no cumplido*” se encuentra prevista en el artículo 1609 del C. C., en los siguientes términos:

*“En 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.”*

Ella es propia de los contratos bilaterales o sinalagmáticos, su fundamento se encuentra en los principios de la equidad y de la buena fe<sup>15</sup> y ha sido instituida para impedir que una de las partes quiera prevalerse del contrato y exigir a la otra su cumplimiento mientras ella misma no hubiere cumplido o no hubiere estado dispuesta a cumplir con las obligaciones que le incumben<sup>16</sup>

Esta figura, en principio propia de los contratos de Derecho Privado, ha sido admitida en el campo de los contratos de Derecho Público, tal como lo evidencia el pronunciamiento de la Sección Tercera, recogido en la sentencia de 31 de enero de 1991, Exp. 4739, con un alcance limitado, por razón de la naturaleza misma de los contratos de Derecho Público y por el interés general que se encuentra envuelto en los mismos a cuya satisfacción se enderezan tales vínculos contractuales, de conformidad como los apartes que se transcriben a continuación:

*“El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una razonable*

---

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de diciembre de 1973.

<sup>16</sup> Pérez Vives Alvaro, Teoría General de las Obligaciones, Bogotá, Editorial Temis, 1953.

*imposibilidad de cumplir para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal del derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado.”<sup>17</sup>*

*No basta pues que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí, deje de cumplir con sus deberes jurídicos. Así y por vía de ejemplo, si la administración está obligada a poner a disposición del contratista el terreno por donde se ha de levantar la obra y no lo hace, o no paga el anticipo, ¿cómo pretender obligar a la parte que con esa conducta se ve afectada a que cumpla, así sea pagando por anticipado el precio de su ruina? A estos extremos no se puede llegar pues los principios generales que informan la contratación administrativa, tales como la buena fe, la justicia, etc., lo impiden. Será el juez, en cada caso concreto el que valorará las circunstancias particulares del caso para definir si la parte que puso en marcha la exceptio non adimpleti contractus se movió dentro del marco de la lógica de lo razonable.”<sup>18</sup>*

Desde entonces se ha aceptado por la jurisprudencia<sup>19</sup> que la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos del Estado se encuentra condicionada a los siguientes supuestos: **i)** La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer, regla “do ut des” (te doy para que me des); **ii)** el no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; **iii)** que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, por manera que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista, **iv)** que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone y que ha de justificarse por la configuración de aquel; **v)** el cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión seria y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente.

Bajo esta línea jurisprudencial, es claro que en el sub-lite no se dan los anteriores presupuestos, toda vez que, como se mencionó anteriormente, si bien la entidad pública demandada incurrió en mora en el pago del acta número 002, no puede concluirse que tal incumplimiento generara una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista en tanto el valor pagado a modo de anticipo era superior al valor de los suministros realizados por parte de la sociedad actora; tampoco puede concluirse que ese incumplimiento de la Administración constituyó la causa del incumplimiento del contratista, por cuanto del material probatorio arrojado al proceso fácilmente puede observarse que éste ocurrió por motivos absolutamente imputables a la sociedad demandante; tampoco puede predicarse en este caso el cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad CHECO LTDA., en tanto, además de evidenciar el incumplimiento durante todo el tiempo de ejecución del contrato, no se observó, para el momento en el cual la entidad incurrió en mora, una seria intención de cumplir con sus obligaciones.

---

<sup>17</sup> Original de la Sentencia en cita: Sección Tercera, entre otras, Sentencias del 15 de septiembre de 1983, Exp. 3244; de 25 de junio de 1987; Exp. 4994; de 31 de enero de 1991, Exp. 4739 y 4642; de 15 de mayo de 1992, Exp. 5950 y de 17 de enero de 1996, Exp. 8356.

<sup>18</sup> Original de la Sentencia en cita: Sección Tercera, Sentencia de 31 de enero de 1991, Exp. 4739.

<sup>19</sup> Sección Tercera, entre otras, ver sentencias de 19 de septiembre de 2002, Exp.12726; de 15 de marzo de 2001, exp. 13415; del 14 de septiembre de 2000, Exp. 13530; del 17 de octubre de 1995, Exp. 8790; del 21 de febrero de 1992, Exp. 5857 y del 13 de abril de 1999, Exp. 10131.

### **3.3. La pretensión de incumplimiento.**

Solicitó la sociedad actora la declaratoria de incumplimiento de la entidad pública demandada con base en los siguientes hechos: i) entrega tardía del anticipo; ii) entrega tardía de los dineros correspondientes a la cuenta de cobro del acta de entrega parcial No. 2; iii) la no entrega de los valores correspondientes a las actas números 03 y 04 y iv) el no reconocimiento de los reajustes del contrato.

#### **3.3.1. La entrega tardía del anticipo.**

En la cláusula séptima del contrato 029-04, se dispuso lo siguiente respecto del anticipo:

*“ANTICIPO: EL MUNICIPIO DE EL ESPINAL otorgará un anticipo del treinta por ciento (30%) del valor total de los bienes estipulados en la cláusula tercera. Dicho anticipo será entregado al CONTRATISTA dentro de los treinta días siguientes contados a partir del perfeccionamiento del contrato, la Alcaldía Municipal de El Espinal Tolima cuando éste haya constituido a satisfacción las garantías de que tratan los literales a) y b) de la cláusula octava. Los fondos del anticipo sólo podrán ser destinados a gastos relacionados directamente con la materia del presente contrato.”*

Se encuentra en este caso que en la cláusula antes transcrita se establecieron dos condiciones para la entrega del anticipo: i) el perfeccionamiento del contrato y ii) la constitución de las garantías a satisfacción de la entidad.

La ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: *“Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”*

Se encuentra que el contrato de suministro número 029-04 se perfeccionó el día 23 de junio de 1993; que el día 22 de julio de 1994, antes de publicarse, el contrato 029-94 fue cedido a la sociedad actora CHECO LTDA., con la autorización de la entidad pública demandada; que el 2 de agosto de 1994 se efectuó la publicación del contrato en la gaceta oficial del Municipio y que el día 24 de agosto de 1994 se hizo entrega del anticipo.

En cuanto a la constitución a satisfacción de las garantías, no se acreditó en el proceso el momento en el cual esto ocurrió, toda vez que no se encuentran en el expediente las copias de las garantías otorgadas, como tampoco constancia alguna de su aprobación.

De conformidad con las probanzas antes mencionadas, no se acreditó que el anticipo correspondiente al contrato demandado se hubiera pagado de forma extemporánea, así pues, se denegará la pretensión de declaratoria de incumplimiento derivada del pago tardío del anticipo.

#### **3.3.2. El pago tardío del acta número 002.**

En el Contrato 020-04 se estipuló lo siguiente respecto de la forma de pago:

*“CLAUSULA VIGESIMA PRIMERA: FORMA DE PAGO: Los pagos que EL MUNICIPIO DE EL ESPINAL debe hacer al CONTRATISTA, de acuerdo con las obligaciones contraídas en el contrato se hará con anticipos del treinta por ciento*

(30%) y el saldo será entregado al CONTRATISTA por acta o actas parciales que serán pagadas al mismo dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de presentación de las respectivas cuentas de cobro debidamente diligenciadas.”

Se acreditó en el proceso que la distinguida por el contratista como “acta 002”, cuyo valor corresponde, según lo probado, con la llamada acta aclaratoria, se aprobó el día 21 de julio de 1995 y su pago ocurrió el 20 de marzo de 1996.

Así pues, efectivamente se encuentra probado que la entidad pública demandada pagó de forma tardía la mencionada acta y así se declarará.

El incumplimiento o el cumplimiento tardío de las obligaciones contraídas por las partes de un negocio jurídico constituyen circunstancias en virtud de las cuales se irrogan perjuicios al acreedor de la prestación insatisfecha o cumplida con retraso, ora por razón de los bienes que efectivamente salen del patrimonio del afectado o de la pérdida que se produce de manera inmediata —daño emergente—, ora en atención a que existe una ganancia o provecho que deja de ingresar al peculio del perjudicado, elementos éstos del perjuicio que también concurren cuando la incumplida es la obligación consistente en pagar una suma de dinero.

En este último caso, la tardanza en el pago del acta número 002 da lugar al pago de intereses moratorios, de conformidad con el mandato del artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993.

En aplicación de la norma antes citada, el valor del acta número 002 - \$25'281.778,80- se actualizará de acuerdo con la variación del índice de precios al consumidor –VAR. IPC- certificado por el DANE, cuyo valor corresponde al valor histórico actualizado –VHA-, con base en el cual se liquidará el interés moratorio del doble del interés legal civil -12% anual- durante los meses en los cuales se presentó la mora -1% mes-.

VALOR ADEUDADO	PERIODO	VAR. IPC	VALOR VAR	VHA	INTERES MORATORIO
25.281.778	Ago-sept/1995	0,84	\$ 212.366,94	\$ 25.494.144,94	\$ 254.941,45
25.494.145	Sept-oct/95	0,88	\$ 224.348,48	\$ 25.718.493,41	\$ 257.184,93
25.718.493	Oct-nov/95	0,79	\$ 203.176,10	\$ 25.921.669,51	\$ 259.216,70
25.921.670	Novdic/95	0,92	\$ 238.479,36	\$ 26.160.148,87	\$ 261.601,49
26.160.149	Dic/95 a ene/96	2,51	\$ 656.619,74	\$ 26.816.768,60	\$ 268.167,69
26.816.769	Ene-Feb/96	4,01	\$ 1.075.352,42	\$ 27.892.121,03	\$ 278.921,21
27.892.121	Feb-mar/96	2,1	\$ 585.734,54	\$ 28.477.855,57	\$ 284.778,56
<b>TOTAL INTERESES</b>					\$ 1.864.812,02

Toda vez que el valor correspondiente a los intereses moratorios -\$ 1'864.812,02- se debió pagar en marzo de 1996 y ello no se hizo, este valor se actualizará de

conformidad con el último valor del IPC certificado por el DANE al momento de expedir la presente providencia, de acuerdo con los siguientes cálculos:

$$\text{Vr. Actualizado} = \frac{1'864.812,02 \times \text{IPC de marzo de 2012}}{\text{IPC marzo de 1996}}$$

IPC de marzo de 1966: 34,01  
IPC de marzo de 2012: 110,76

$$\text{Vr. Actualizado} = \frac{1'864.812,02 \times 110,76}{34,01}$$

$$\text{Vr. Actualizado} = \$ 6'073.113,12$$

Se declarará entonces que la entidad deberá pagar al contratista la suma de SEIS MILLONES SETENTA Y TRES MIL CIENTO TRECE PESOS CON DOCE CENTAVOS y se declarará la nulidad parcial de las Resoluciones 1062 de noviembre 6 de 1996 y 0259 de febrero 17 de 1997, por medio de las cuales se declaró el incumplimiento, se liquidó unilateralmente y se terminó el contrato número 029 de 1994, en la parte correspondiente a la liquidación, la cual no incluyó suma alguna por concepto de intereses moratorios.

### **3.3.3. El no pago de las actas 003 y 004.**

Sostuvo la sociedad actora que la entidad pública demandada no pagó las actas números 003 y 004 y que, por esa razón debe declararse el incumplimiento de la entidad.

Encuentra la Sala que no se acreditó en el proceso que se hubiere hecho entrega de estas actas y, por esa razón, se denegará la pretensión de declarar el incumplimiento de la entidad por este concepto.

### **3.3.4. Los reajustes.**

Afirmó la demandante que se debía declarar el incumplimiento de la entidad por el hecho de no haber reconocido los reajustes ocasionados por la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y que, además, le debían ser reconocidos en virtud del silencio administrativo positivo.

Se ocupará la Sala del análisis de la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato, dado que en relación con el silencio administrativo positivo no se acreditó en el proceso que la sociedad demandante hubiere adelantado el procedimiento al cual hace alusión el artículo 42 del C.C.A., toda vez que al expediente no se allegó constancia alguna relativa a la protocolización y a la declaración jurada de tal circunstancia, en los términos prescritos por esta norma legal.

### **Ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato.**

Consideró la demandante que durante la ejecución del contrato se alteró en su contra la ecuación contractual y reclamó su restablecimiento, en virtud de lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, cuyo valor no le fue reconocido por la entidad pública demandada.

El siguiente es el texto del artículo 27 de la Ley 80 de 1993:

*“Artículo 27º.- De la Ecuación Contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*

*“Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.”*

Sobre el tema del equilibrio económico-financiero del contrato se ha pronunciado esta Sección en los siguientes términos:

*“Se recuerda que un principio tutelar del contrato como acuerdo de voluntades generador de obligaciones es el pacta sunt servanda, según el cual las estipulaciones acordadas por las partes al celebrar un contrato, deben prevalecer durante todo el término de ejecución del mismo y sólo pueden variarse por un nuevo acuerdo de voluntades; en consecuencia, una de las partes no puede, en principio, unilateralmente, desconocer las condiciones en las que se obligó inicialmente y debe cumplir las prestaciones a su cargo exactamente en los términos en que se comprometió a hacerlo. Manifestación positiva de este principio, es el artículo 1602 del Código Civil, de acuerdo con el cual ‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’.*

*“240. No obstante lo anterior, en consideración de las variaciones que pueden surgir en las condiciones que dieron lugar a la celebración del respectivo contrato y que pueden afectar gravemente su cumplimiento, el pacta sunt servanda ha sido morigerado mediante la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, que corresponde a la regla jurídica contractus qui habent tractum succesivum vel dependiant de futuro rebus sic stantibus intelliguntur: todo acuerdo de voluntad, de tracto sucesivo, cuyos efectos se extienden al futuro, obliga a las partes contratantes sólo si las condiciones originalmente previstas se mantienen inalteradas. Con lo cual, surge la figura de la ecuación contractual, como aquella equivalencia entre derechos y obligaciones que existía al momento de contratar, creada a partir de las precisas circunstancias de índole económica, técnica, fiscal, etc., vigentes a la celebración del negocio jurídico y que fueron tenidas en cuenta por los contratantes al obligarse en la forma en que lo hicieron. Al hablar del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, se hace alusión, precisamente, a la preservación de esa ecuación contractual que surgió al momento de celebrarse aquel. Es claro entonces que, por regla general, esta figura se manifiesta en los contratos de tracto sucesivo, en los que las prestaciones se van realizando en un lapso más o menos largo; por ejemplo, los contratos de suministro, de prestación de servicios o de obra pública, en los cuales, hechos sobrevinientes a la celebración del contrato y que se presentan durante su ejecución, que no eran razonablemente previsibles por las partes*

*cuando se suscribió el acuerdo de voluntades, pueden afectar de manera grave el cumplimiento de las obligaciones haciéndolo más gravoso para una de ellas.*<sup>20</sup>

La sociedad actora sostuvo en la demanda que la ruptura del equilibrio del contrato se manifestó en el aumento de los costos de producción de la tubería, generados por la inexistencia de la respectiva reserva presupuestal que ocasionó los pagos de manera tardía por parte de la Administración.

Al revisar el material probatorio se observa que en un oficio calendado el 4 de septiembre de 1995, la actora afirmó que los costos del contrato se alteraron por las siguientes razones: i) la situación invernal que impidió la explotación de arena y gravilla; ii) la imposibilidad de explotar arena y gravilla en el primer semestre de 1996, en virtud de las disposiciones del Ministerio de Ambiente; iii) Los continuos cortes de energía; iv) los sobrepuestos de los combustibles; v) el error cometido por la Administración en la reserva presupuestal del contrato demandado.

Observa la Sala que no se encuentra una correlación entre la mora en el pago del acta y las alegadas razones de ruptura y, además, tampoco se allegó al expediente prueba alguna con la cual se acreditara la ocurrencia del desequilibrio mencionado por la actora.

Así pues, por las razones acabadas de mencionar se denegará la pretensión de declaratoria de incumplimiento de la entidad derivada del no pago de un reajuste de los precios del contrato por este concepto.

#### **3.4. La liquidación y la terminación unilaterales.**

Observa la Sala que en la demanda no se plantea cargo alguno directo contra la decisión de la entidad de liquidar unilateralmente el contrato, como tampoco respecto de la terminación unilateral, que deba ser estudiado, así pues, en este punto confirmará la decisión de primera instancia que negó la pretensión de nulidad de las resoluciones acusadas, por este concepto.

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

#### **F A L L A :**

**MODIFICAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el día 22 de noviembre de 1999, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia. En consecuencia, quedará así:

**PRIMERO. DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO** del municipio de El Espinal por el pago tardío a la sociedad CHECO LTDA., del acta número 002, correspondiente al contrato de suministro número 029-04 de 1994.

**SEGUNDO. DECLARAR** la nulidad parcial de las Resoluciones 1062 de noviembre 6 de 1996 y 0259 de febrero 17 de 1997, por medio de las cuales la entidad demandada declaró el incumplimiento, liquidó unilateralmente y terminó el

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de agosto 25 de 2011, Expediente 14461, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

contrato número 029 de 1994, en la parte correspondiente a la liquidación del contrato en tanto no se incluyó en la misma suma alguna por concepto de intereses moratorios.

**TERCERO. CONDENAR** a la entidad pública demandada a pagar a la sociedad CHECO LTDA., la suma de SEIS MILLONES SETENTA Y TRES MIL CIENTO TRECE PESOS CON DOCE CENTAVOS (\$ 6'073.113,12), por concepto de intereses moratorios.

**CUARTO. DENEGAR** las demás pretensiones de la demanda.  
En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**  
**Impedido**