

ACCION CONTRACTUAL - Competencia / COMPETENCIA - Consejo de Estado / CONSEJO DE ESTADO - Segunda instancia / CONTRATO - Se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración

De acuerdo con los artículos 75 de la Ley 80 de 1993 y 82 del Código Contencioso Administrativo –modificado por el artículo 1 de la Ley 1.107 de 2006-, la competencia para conocer de las controversias originadas en los contratos estatales corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por tanto, considerando que en el presente caso se analizan las diferencias surgidas en un contrato celebrado por el Departamento de Casanare -entidad pública del orden territorial-, situación que a su vez determina que los contratos que realiza tienen naturaleza estatal –art. 32, inciso 1 de la Ley 80 de 1993-, es preciso concluir que la competencia para resolver el asunto corresponde a esta jurisdicción. De otra parte, teniendo en cuenta que el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 establece que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo las excepciones en la misma norma previstas, dentro de las cuales se encuentra el numeral 2º, que al tenor dice "las que señalan penas para el caso de la infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido"¹, los cargos señalados por el actor habrán de resolverse bajo las disposiciones establecidas en la Ley 80 de 1993, pues era ésta la norma vigente al momento de ocurrencia de los hechos que se imputaron como constitutivos de la infracción al contrato.

FUENTE FORMAL: LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 38 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32. INCISO 1 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 75 / LEY 1107 DE 2006 - ARTICULO 1 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 82

ACREEDOR - Derechos / DEUDOR - Obligaciones / DAÑO CIERTO - Existencia / PERJUICIOS RECLAMADOS - Revestidos de plena certeza

El acreedor insatisfecho está legitimado para demandar judicialmente la indemnización por el incumplimiento del deudor, cuando tal incumplimiento le irroge daño y pueda probarlo. El deudor por su parte, está obligado a indemnizar los perjuicios reclamados de acuerdo a la naturaleza de los mismos y la vinculación causal de su incumplimiento con el daño experimentado por el acreedor. Ese daño debe ser cierto y su existencia establecerse plenamente en el respectivo proceso. En otras palabras, los perjuicios que alega el acreedor y que reclama del deudor deben estar revestidos de plena certeza.

DAÑO CONTRACTUAL - Noción / ADMINISTRACION PUBLICA - Obligaciones / ADMINISTRACION PUBLICA - Incumplimiento de obligaciones / INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA - Consecuencias / CONTRATISTA - Derechos. Responsabilidad contractual / DAÑO EMERGENTE - Disminución patrimonial / LUCRO CESANTE - Privación de las utilidades o ganancias

El daño contractual consiste en la lesión del derecho de crédito como consecuencia de un comportamiento del deudor contrario al programa de la prestación y en estos términos, dicha responsabilidad contractual comprende las dos modalidades de daño emergente y lucro cesante. (arts. 1613 y 1614 del Código Civil). Cuando la administración pública incumple sus obligaciones, es responsable de los perjuicios que cause al contratista que si cumplió con las suyas, con fundamento en el art. 50 de la ley 80 de 1993 según el cual "las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas",

eventos en los que "deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista". De ahí que en materia de responsabilidad contractual de la administración pública, el contratista tiene derecho a que la administración le indemnice la totalidad de los daños derivados del incumplimiento contractual, tanto los que se manifiestan como una disminución patrimonial (daño emergente), como los que se traducen en la privación de las utilidades o ganancias que esperaba percibir por la imposibilidad de ejecutar total o parcialmente el proyecto (lucro cesante).

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1613 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1614 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 50

SANCIONES CONTRACTUALES - Objeto

Las sanciones contractuales no tienen como objeto lograr ventajas y ganancias para una de las partes y erogaciones y mayor onerosidad para la otra. Mediante las sanciones lo que se busca es lograr el cumplimiento y obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios sufridos. Donde no hay perjuicios, no pueden existir sanciones.

CONTRATO ESTATAL - Interpretación / INTERPRETACION DEL CONTRATO ESTATAL - Definición / CLAUSULAS CONTRACTUALES AMBIGUAS - Interpretación del juez

Interpretar un contrato, es determinar el sentido y alcance de sus estipulaciones. Se presume que el legislador es culto, conoce el lenguaje, procurando emplear cada palabra en su sentido natural y obvio; en cambio, los contratantes usualmente no tienen un conocimiento cabal y completo del lenguaje y por tanto pueden dar a las palabras un sentido distinto al natural y obvio que les da el Diccionario de la RAE e incluso la sociedad en general. De tal forma, más importante que aquello que los contratos digan, es aquello que las partes quisieron estipular. Si la voluntad de las partes se conoce claramente, si no hay ambigüedad en ninguna de las expresiones del contrato, no hay necesidad de indagar más. Bastará la simple lectura del contrato para interpretar la verdadera intención de las partes. Pero puede ocurrir que las cláusulas del contrato sean ambiguas y que las partes discrepen acerca del sentido que debe dárseles. Interpretará entonces el juez, de conformidad con las reglas que establece la ley.

CONTRATACION - Estado / ESTADO - Atribuciones / ESTADO - Poderes / AUTOTUTELA DECLARATIVA - Acto regulador / AUTOTUTELA DECLARATIVA - Definición / AUTOTUTELA DECLARATIVA - Características

El Estado por tanto, ejerce las atribuciones de dirección, control y vigilancia para asegurar la ejecución del contrato y en desarrollo del poder de policía administrativa de que está investido, mediante actuaciones dentro de la gestión contractual de la Administración, regida por las normas especiales previstas en la ley 80 y el Código Contencioso Administrativo. Son poderes que se manifiestan con la expedición de actos reguladores denominados "autotutela declarativa", dictados por razones de interés público; que tienen la característica de corresponder al privilegio de la decisión previa y ejecutoria en favor de la Administración, y según los cuales, ésta puede regular directamente sus relaciones jurídicas o situaciones con los particulares, sin necesidad de acudir a la jurisdicción, y también, sin perjuicio de que el particular pueda acudir al control de legalidad en sede judicial

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Expedición de actos administrativos / ACTOS ADMINISTRATIVOS - Condiciones para su expedición / ACTOS ADMINISTRATIVOS - Recursos

Los actos administrativos que se expidan durante la actividad contractual o con ocasión de ella, por disposición legal especial, están sometidos a condiciones que presuponen la existencia de límites en la competencia para su expedición, como la motivación en forma detallada y precisa (art. 24.7, ley 80/93) y su ejercicio dentro de las etapas que fueron descritas. Son aplicables las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa y sólo susceptibles del recurso de reposición (salvo el acto de adjudicación) y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo (art. 77 ley 80/93 y 87 del C.C.A.).

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 24.7 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 77 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87

CONTRATO - Terminación unilateral / TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Por causa de nulidad absoluta / NULIDAD ABSOLUTA - Causas / DECLARATORIA DE NULIDAD ABSOLUTA - Instancia administrativa / DECLARATORIA DE NULIDAD ABSOLUTA - Causas / DECLARATORIA DE NULIDAD ABSOLUTA - Garantía del debido proceso / PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS - Garantía del debido proceso

El ordenamiento contempla la terminación unilateral del contrato por causa de nulidad absoluta cuando las partes han celebrado un contrato contra expresa prohibición legal (en el derecho privado su declaración sólo opera por conducto del poder jurisdiccional del Estado); en los contratos estatales es privilegio de la Administración declararla en instancia administrativa; esta competencia ejecutoria consiste en la potestad de terminarlo unilateralmente cuando: en su formación o celebración se haya violado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, cuando se celebra contra expresa prohibición constitucional o legal, cuando los actos administrativos en que se fundan son declarados nulos y en los demás eventos previstos por el artículo 44 de la ley 80. Sin embargo, señala esta Sala que en estos casos el principio del debido proceso debe presidir una determinación de ésta índole, por tener carácter sancionatorio para el contratista incumplido (...) en los procedimientos administrativos sancionatorios "debe darse la oportunidad al interesado para expresar sus puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 77 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 3 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 35

CONTRATO ESTATAL - Incumplimiento recíproco de las partes / INCUMPLIMIENTO RECIPROCO DEL CONTRATO ESTATAL - Efectos jurídicos

En la ejecución del contrato 148 del 30 de diciembre de 1997, existió un incumplimiento recíproco de las partes, sin que lo anterior implique o conlleve a

que el contrato en cita quede en un limbo jurídico, sin ninguna solución jurídica tal como se encuentra en estos momentos. Es evidente que pese al incumplimiento recíproco de las partes en la ejecución del referido contrato, éste produjo unos efectos jurídicos entre las partes, que requieren ponerle fin a las relaciones obligacionales que nacieron entre las partes contratantes y que aún se mantienen vigentes, tal como lo reconocen las mismas partes, quienes afirman que el contrato no se ha liquidado y no pueden aquellas quedar atadas indefinidamente por ese vínculo contractual. Ante el incumplimiento recíproco de los contratantes, para la Sala no hay duda que las pretensiones de la demanda relacionadas en los numerales 1 a 3, no estaban llamadas a prosperar, porque una de las consecuencias jurídicas del incumplimiento recíproco es que ninguno de los contratantes incurre en mora y al no estar en mora no se puede demandar la indemnización de perjuicios, tal como allí se solicita. (Artículos 1546 y 1609 del Código Civil), por lo que la Sala así lo declarará.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1546 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1609

CONTRATO ESTATAL - Liquidación / LIQUIDACION DEL CONTRATO ESTATAL - Finalidad / CONTRATO ESTATAL - Liquidación bilateral, unilateral o judicial

La normatividad contractual ha establecido la liquidación de los contratos estatales -de tracto sucesivo y de otros que así lo exijan- como la oportunidad que tienen las partes para determinar, definir, arreglar y conciliar todos los aspectos concernientes a su ejecución. De manera que allí se ajustan las cuentas y se determinan los débitos y créditos a favor y en contra de cada una de las partes. Por tanto, luego de que los contratantes establecen las obligaciones cumplidas o no cumplidas, y expongan sus reclamaciones, el acta de liquidación expresa las respectivas declaraciones. (...) En el contrato que ha sido objeto de análisis, se observa que las partes contratantes no han procurado liquidar de mutuo acuerdo o no han demostrado interés alguno en realizar la liquidación del citado contrato, al punto que en la actualidad la liquidación del mismo quedó sin ninguna solución ni administrativa, ni judicial. Bajo este entendimiento, la liquidación del contrato estatal según lo establece la Ley 80 de 1993, puede ser bilateral, unilateral o judicial, según el caso, tiene por objeto establecer (i) el estado en que quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato; (ii) los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar según lo ejecutado y lo pagado; (iii) las garantías inherentes al objeto contractual, así como, (iv) los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Ejecutoriado el acto de liquidación cesa definitivamente la relación contractual, o sea se extingue el contrato.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993

NOTA DE RELATORIA: Respecto a la finalidad de la liquidación del contrato, consultar sentencia de abril 10 de 1997, expediente número 10608

LIQUIDACION DEL CONTRATO ESTATAL - Plazo / PLAZO - Otorgado por la ley o estipulado por las partes / PLAZO - El plazo de cuatro meses no es perentorio. Reiteración jurisprudencial

En aplicación de las disposiciones de la Ley 80 de 1993, el Consejo de Estado se ha pronunciado en reiteradas jurisprudencias, sobre el plazo de cuatro (4) meses

que otorga la Ley a las entidades públicas, para la liquidación de los contratos y ha dicho que este término no es perentorio, toda vez que en aplicación del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la facultad subsiste durante los dos años siguientes al vencimiento de la obligación. (...) se debe precisar, que si bien es cierto que el plazo otorgado por la ley de cuatro meses o el que se haya convenido por las partes para la liquidación de los contratos no es perentorio, no es menos cierto que éste se pueda volver perpetuo o indefinido en el tiempo, pues mal podría la administración conservar vínculos de índole contractual con personas naturales o jurídicas, que ya hayan cumplido con el objeto del contrato, se haya finalizado la labor contratada o ejecutado la obra o las concesiones, entre otros, sin que nunca se rompa la relación jurídica que surgió con ocasión del contrato., tal como ha acontecido en el caso de autos.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136

NOTA DE RELATORIA: Sobre el plazo de 4 meses que otorga la ley para la liquidación del contrato estatal, consultar sentencia de 16 de agosto de 2001, expediente número 14384, Consejero Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque

GASTOS - Reembolso / GASTOS - Prueba / GASTOS - Si se incumplen las cláusulas del contrato no se reembolsan

La Sala se abstiene de reconocer los gastos efectuados por la Sociedad Constructora Camarán Ltda., con ocasión de la ejecución del contrato, en razón a que los mismos en el supuesto caso que se hubiesen hechos, la parte demandante no tendría derecho al reembolso de los mismos en razón a que dichos gastos se realizaron contraviniendo lo consignado en las cláusulas del contrato de obra pública No 148/97; de otra parte no existe en el expediente prueba alguna que demuestren o justifiquen válidamente que dichos gastos se hubiesen efectuado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D. C, trece (13) de abril de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-26-000-1998-03040-01(18878)

Actor: CONSTRUCTORA CAMARAN

Demandado: GOBERNACION DE CUNDINAMARCA

Referencia: ACCION CONTRACTUAL

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - el 11 de noviembre de 1999, mediante la cual se dispuso:

“1. Negar las pretensiones de la demanda

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

En ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A., la Sociedad Constructora Camarán Ltda, por intermedio de apoderada judicial, presentó demanda en contra de la Gobernación de Cundinamarca, representada por el Sr Gobernador Andrés González Díaz o quien hiciere las veces, en escrito presentado el 04 de noviembre de 1998¹, cuyas declaraciones y condenas se contraen a las siguientes:

1.1.- “Se declare que la Gobernación del Departamento de Cundinamarca, representado por el señor Gobernador o quien haga sus veces, es administrativamente responsable del incumplimiento del contrato de obra pública No 148 celebrado el 30 de diciembre de 1997 con la sociedad Constructora Camarán Ltda, cuyo objeto fue la remodelación y construcción del colegio Manuel Humberto Cárdenas de Fusagasugá, de acuerdo con los planos y condiciones, a los precios unitarios y en los términos que señaló el contrato, todo al apego de los supuestos de contratación y a la propuesta presentada por el Contratista.

“1.2.-. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al demandado a favor del demandante al pago de los perjuicios causados al contratista por el incumplimiento, que bajo juramento estimatorio éste liquida así:

¹ Fls 7 a 16, cdno 1.

a).- **Perjuicios Materiales:** Se estiman en suma superior a los DOSCIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS (\$ 220'000.000.00), incluyendo el daño emergente y el lucro cesante y demás sumas a que haya lugar por el pago de timbres, seguros, publicación del contrato, transportes, pago de seguros honorarios profesionales y prestaciones sociales de personal y demás.

b).- **Perjuicios Morales:** Bajo juramento estimatorio, el demandante los estima en la suma de dos mil gramos oro, al precio que tenga el gramo oro en el Banco de la República, ya que la entidad demandante se ha expuesto como persona Jurídica y aún sus directivas como personas naturales al descrédito y merma negocial.

“3.- Que se condene a la Gobernación del Departamento de Cundinamarca al pago actualizado y corregido monetariamente (con el fin de evitar la pérdida del poder adquisitivo del dinero), de las sumas que resultaren a su cargo, desde la época de causación del perjuicio hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso; y adicionalmente se condene al pago de los intereses sobre el monto de los perjuicios ya actualizados y para el mismo período.

“4.- Que se liquide judicialmente el contrato de obra pública No 148 celebrado el 30 de diciembre de 1997, entre la Gobernación de Cundinamarca y la Sociedad Constructora Camarán Ltda..

“5.- Que la Gobernación del Departamento de Cundinamarca está obligada a dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto por el art. 176 del C.C.A que nos rige”.

2. Los hechos.

La parte actora soportó su demanda en los hechos que a continuación sintetizan:

2.1. La Gobernación de Cundinamarca celebró con la Sociedad Constructora Camarán Ltda, el contrato de obra pública No 148 del 30 de diciembre de 1997, cuyo objeto era la ampliación de la planta física del Colegio Humberto

Cárdenas, ubicado en el municipio de Fusagasugá, por un valor de \$ 169'113.417, con precios unitarios. En la cláusula octava del mismo quedó consignado que dicho valor se pagaría con un anticipo del 50% sobre el valor básico del contrato, para cuya entrega sería indispensable encontrarse aprobada la garantía única de cumplimiento.

2.2. El plazo de ejecución se fijó en noventa (90) días contados a partir de la firma del acta de iniciación, previo el cumplimiento de los requisitos de ejecución. En el párrafo de la cláusula décima quedó consignado que la ejecución de la obra, debía iniciarse el día hábil siguiente al recibo del dinero de anticipo.

2.3. El 31 de diciembre de 1992 la contratante entregó a la contratista el valor del anticipo y ésta procedió a invertir las siguientes cantidades de acuerdo al programa de inversión del anticipo recibido:

- Gastos administrativos10% \$ 8'201.840
- Gastos alquiler de equipo.....5% \$ 4'100.920
- Compra máquina y equipo.....15% \$ 12'302.761
- Compra materiales.....35% \$ 28'706.442
- Pago de nóminas y prestaciones 25% \$ 20'504.512
- Gasto a buena cuenta de utilidades 10% \$ 8'201.840

2.4. La contratante incumplió la carga de designar el interventor y hasta la fecha las partes no han liquidado el contrato.

2.5. Como fundamento de las pretensiones se dice que la administración al negarse a cumplir con sus cargas negociales está incurriendo en incumplimiento y en responsabilidad por los daños ocasionados al contratista.

3. Actuación Procesal.

3.1.- Mediante auto de 29 de enero I de 1999², el Tribunal admitió la demanda y dispuso la notificación personal al Gobernador de Cundinamarca, al Agente del

² Fl 19, cdno 1.

Ministerio Público; ordenó la fijación en lista y reconoció personería a la apoderada judicial de la parte demandante.

3.2.- Por auto de fecha 3 de junio de 1999³, se abre el periodo probatorio y por auto fechado el 12 de agosto de 1999⁴, se ordena correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.2.1.- La sociedad demandante en escrito presentado el día 6 de septiembre de 1999, alega de conclusión diciendo que no era dable al Departamento dejar de cumplir las obligaciones a su cargo alegando irregularidades internas que hubiese servido más bien para demandar la nulidad del contrato⁵.

3.2.2.- Igualmente el Departamento de Cundinamarca en escrito presentado en la misma fecha alega de conclusión diciendo que el contrato se celebró con la demandante a pesar de haber sido calificada en quinto lugar y con desconocimiento del primer lugar que le correspondió a...Agrega que el Departamento no incumplió el contrato, que la Constructora hizo una indebida utilización del anticipo, al gastarlo, sin la autorización del interventor, que debía sujetarse a un proyecto de inversión previamente aprobado por éste ; que la constructora no sufrió ningún perjuicio, que debe liquidarse el contrato tal como se pide por ésta y que el proceso se está utilizando con fines fraudulentos⁶.

4. Contestación de la demanda.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

5.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera -, en sentencia dictada el 11 de noviembre de 1999⁷, negó las pretensiones de la demanda.

³ Fl 42, cdno 1.

⁴ Fl 44, ib.

⁵ Fls 75 y 76, ib.

⁶ Fls 77 a 90, ib.

⁷ Fls 98 a 108, cdno 2ª instancia.

El a quo, luego de relatar los antecedentes del proceso, de analizar los hechos probados concluye diciendo que “(...) *En suma Constructora Camarán Ltda., gastó el anticipo sin que previamente se le nombrara un interventor, y éste aprobara un plan de inversión.*

Cierto es que la Gobernación de Cundinamarca se negó a nombrar el interventor, con o sin razón, pero, también lo es en grado de exaltación suma, que previo a éste incumplimiento la Constructora ya había incumplido gravemente con sus obligaciones contractuales pues dispuso de los dineros del anticipo, sin poder hacerlo, contrariando el texto del contrato y olvidando que se trataba de un contrato a precios unitarios, donde por su naturaleza, este tenía como finalidad ser invertido en bienes y recursos necesarios para la obra..

Alegar hoy, el incumplimiento del Departamento, cuando lo cierto es que esa falta de asignación del interventor, no tiene la gravedad, ni la oportunidad temporal que tiene la utilización indebida del anticipo, contraría el principio de buena fe.

“Afirmación ésta última que se confirma con las razones que cada parte aduce para su incumplimiento. Mientras el Departamento justifica l no designación del interventor en las anomalías incurridas a propósito de la selección del contratista, confirmando su versión con la formulación de una acción criminal, Constructora Camaran Ltda. no da explicaciones distintas”.

6.- El recurso de apelación.

El día 29 de noviembre de 1999, la Sociedad Constructora Camarán Ltda., interpone recurso de apelación⁸; quien pretende que se revoque la sentencia y que, en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda.

Alega que “(...) Tomando en gracia de discusión que por parte de la demandante hubiera un incumplimiento del contrato anclado en el gasto del anticipo, tal incumplimiento no fue previo al de la contratante, como lo pregona la sentencia, sino posterior, pues la obligación de la administración que se subraya como incumplida debió ejecutarse el 05 de enero de 1998, fecha en la cual el contratista apenas empezó a disponer de los dineros del anticipo, claro está, para

⁸ Fls 111 a 116, cdno de 2ª instancia.

aprovisionarse y atender la ejecución de la obra. Tampoco puede ser excluyente de la responsabilidad de la contratante por su incumplimiento.

La prueba documental aportada, compuesta por el Contrato de Obra pública No 148 y las diferentes cartas dirigidas por la Contratista a la Contratante para que le nombrara el interventor y entregara los planos para el inicio de la obra, constituye prueba fehaciente de que la Gobernación, estando obligada a cumplir tal compromiso contractual el 5 de enero de 1998 no lo hizo y lo retardó y omitió so pretexto de un argumento que constituye falla de su servicio, y por tanto no es oponible a la contratista, y que tan descabellado es que no dio lugar al uso de las facultades exorbitantes.

De acuerdo con el nuevo estatuto, la reclamación presentada reiteradamente por el contratista para el nombramiento del interventor y la entrega de los planos, por haber sido erigidas durante la etapa de ejecución del contrato, se debían atender por vía administrativa sin dilación, y en el caso concreto, la inactividad de la administración es susceptible de sanción por vía de silencio administrativo.

La parte actora se formula el siguiente interrogante: ¿Será que el llamado incumplimiento del Contratista, que no lo hubo, da lugar a que la Gobernación ampare su flagrante e injusta omisión y no deba responder por los perjuicios derivados de su incumplimiento, así calificado en el fallo?.

“(...)”

“El numeral 11 del art. 30 del estatuto contractual dispone que el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario, y de su incumplimiento se derivan consecuencias jurídicas.

“(...)”

Acorde con el objeto y los fines de la contratación estatal establecidos por la Ley 80 de 1993, con la suscripción del Contrato de obra pública por cuya virtud se demandó, la Constructora Camarán Ltda., se creó unas expectativas tanto profesionales como económicas inherentes al contrato de obra pública que la Gobernación de Cundinamarca destajó sin fundamentos y sin acto administrativo alguno que amparara tal despropósito”.

7. Actuación en segunda instancia.

7.1. El recurso fue admitido el 13 de octubre de 2000⁹ y luego por auto de 17 de noviembre del mismo año se ordenó el traslado para alegar¹⁰.

7.2. La demandante en escrito presentado el día 01 de diciembre de 2000¹¹, reitera los argumentos expuestos al momento de interponer el recurso de apelación, alegando que *“(...) el incumplimiento se debió a hechos y actuaciones sólo imputables a la administración contratante...la solución, en sabia ética administrativa, no era la de sustraerse a la ejecución del contrato, sino abrogar al cumplimiento del mismo; por lo tanto, los motivos argumentados por la administración para su negativa no son legales.*

“(...)”

“La entidad estatal demandada, al negarse a proveer las obligaciones a su cargo para la ejecución del contrato de obra debatido en autos, invocando una causal que de existir, no incumbía al contratista, no cumplió sino que violentó los postulados de imparcialidad y buena fe, como también desconoció los fines esenciales del Estado, extralimitándose en el ejercicio de sus atribuciones e infringiendo de paso el derecho al trabajo de que gozaba la sociedad que represento, ante la existencia o nacimiento del vínculo contractual, y en tal condición le correspondía la especial protección del Estado”.

7.3.- La parte demandada en escrito presentado el 4 de diciembre de 2000¹², solicita la confirmación de la sentencia de primera instancia, diciendo que, *“El Departamento de Cundinamarca no podía permitir la ejecución de un contrato viciado de nulidad absoluta, como lo fue el celebrado con la Constructora Camarán Ltda. Tal impedimento subyace del contenido del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 en cuya virtud el jefe o representante legal de la entidad debe dar por terminado el contrato cuando ocurra, entre otras, la causal prevista en el numeral 2º del artículo 44, conforme a la cual son absolutamente nulos los contratos que se celebren contra expresa prohibición legal o constitucional.*

⁹ Fl 130, cdno 2ª instancia.

¹⁰ Fl 132, ib.

¹¹ Fls 134 a 136, ib.

¹² Fls 171 a 173, cdno 2ª instancia.

En el presente caso dicha prohibición, en la que se incurrió al otorgar ventajas indebidas en la calificación de la oferta presentada por la Constructora Camarán, se encuentra consagrada en el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 según el cual a las autoridades “les será prohibido eludir el procedimiento de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”. Tal como quedó demostrado en la primera instancia, la selección que precedió el perfeccionamiento del contrato 148 no fue objetiva en cuanto a la Constructora Camarán Ltda se le ubicó en el primer orden de elegibilidad gracias al quebranto de los términos que rigieron el mentado procedimiento de selección, con lo cual se violó también el artículo 29 del estatuto general de Contratación. Mal podría exigírsele a las entidades públicas que, en forma concomitante con el procedimiento administrativo que resulta necesario agotar para expedir el acto administrativo, impuesto por la Ley, de terminación unilateral del contrato, y que supone para su validez la observancia del derecho al debido proceso del contratista, procedan a ejecutar, como si nada, el negocio viciado de nulidad, máxime cuando, como en el presente caso, es corto el plazo previsto para la ejecución.

“La Constructora Camarán Ltda., no actuó conforme a los postulados de buena fe y corrección que le eran exigibles en la relación contractual. Como se encuentra demostrado en el proceso, a la contratista se le puso de presente desde el día 3 de febrero de 1998 el vicio de nulidad que afectaba la validez del contrato 148, no obstante lo cual decidió insistir en su ejecución como si fuera legítimo beneficiarse de un negocio celebrado gracias al quebranto de disposiciones imperativas. Es que independientemente de si las graves irregularidades cometidas en el proceso de selección le son o no imputables a la Constructora Camarán Ltda., era su deber obrar con lealtad frente al Departamento de Cundinamarca una vez le fue advertido aquél vicio y en tal sentido ha debido acceder a la terminación bilateral y a la posterior liquidación. Pero la Contratista prefirió aducir que las irregularidades no le eran imputables (como si ello sirviera para convalidar el contrato) y prolongar en el tiempo la relación negocial para después, valiéndose de la acción prevista en el ordenamiento jurídico con el fin de tutelar intereses negociales dignos de tutela, aducir perjuicios supuestamente causados durante el tiempo que por su propia voluntad se extendió el ilegal negocio.

“El único perjuicio que se encuentra suficientemente acreditado en el proceso es el sufrido por el Departamento de Cundinamarca, pues incluso para el

momento en que se presenta este memorial la Constructora Camarán Ltda no ha procedido a restituir el anticipo que le fue entregado, así como tampoco a rendir cuentas sobre su destinación, ni a entregarle a la entidad que represento los equipos y materiales que imagina haber adquirido con destino a la obra contratada”.

8. Concepto del Ministerio Público.

La Procuradora Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, luego de relatar los antecedentes del litigio y de analizar los hechos probados dentro del proceso, solicita se confirme la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - el 11 de noviembre de 1999, al considerar que, *“(...) Los anteriores hechos debidamente acreditados, son demostrativos de que la entidad contratante realmente no dio cumplimiento cabal a sus obligaciones contractuales, toda vez que en el convenio estaba expresamente estipulado su deber de nombrar al interventor que se haría cargo de la vigilancia y control de la ejecución de las obras y que era la persona que en representación de la entidad debía suscribir la respectiva acta de iniciación, inmediatamente después de la cancelación del anticipo –clausulas Décima y Vigésima Séptima-; hecho que por las razones que adujo la Gobernación de Cundinamarca en distintas comunicaciones, no se produjo e impidió la iniciación de la ejecución de las obras.*

Así mismo, son demostrativos de que a pesar de haber anunciado al contratista su intención de terminar unilateralmente el contrato o demandarlo por considerar que mediaba una causal de nulidad absoluta, actuaciones para las cuales estaba legalmente facultada y que eran las adecuadas, la entidad se abstuvo de realizarlas y dejó transcurrir el tiempo, para posteriormente aducir el vencimiento del término contractual y requerir al contratista para proceder a su liquidación, solución que a juicio de este Despacho fue errada, porque precisamente la ley le otorga las herramientas jurídicas necesarias en aras de evitar la ejecución de un contrato que se considera viciado de nulidad absoluta y no es potestativo de la entidad contratante limitarse simplemente a dejar de cumplir sus deberes contractuales, porque el negocio jurídico perfecto la vincula con la misma obligatoriedad que se predica respecto de las prestaciones a cargo del contratista, y esa vinculación no desaparece hasta tanto el contrato haya sido terminado unilateral o bilateralmente o declarado nulo judicialmente.

No obstante lo anterior, para que las pretensiones indemnizatorias de la demanda tengan vocación de prosperidad, no es suficiente con acreditar el incumplimiento de la entidad contratante sino que resulta indispensable además, probar que con el mismo se le irrogaron al actor los perjuicios que adujo, extremo que en el presente caso se echa de menos.

“(..)”

A pesar de que el Departamento de Cundinamarca no contestó la demanda, en el alegato de conclusión planteó la existencia de la nulidad absoluta del contrato de obra pública materia del debate procesal y en consecuencia, puso de presente el deber del juzgador de declararla de oficio, extremo sobre el cual no se pronunció el Tribunal de primera instancia...la entidad demandada allegó al plenario en forma extemporánea una documentación relativa a los antecedentes de la celebración del negocio...en consecuencia como el juzgador sólo puede fundar su decisión en las pruebas legal y oportunamente aportadas al proceso y las que lo fueron en el sub lite no arrojan evidencia alguna en tal sentido, no resulta procedente la declaración de nulidad absoluta del contrato planteada por la parte demandada.

Como conclusión de lo anterior y en virtud de que esta Delegada no encontró soporte probatorio alguno que dé piso a las reclamaciones de la demanda, considera que las pretensiones estuvieron bien denegadas (...).”

9.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

A efectos de resolver el recurso respectivo, se hará el análisis del proceso en el siguiente orden: A) la competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto, B) lo probado en el proceso, y, C) a manera de fundamentación para la decisión, se analizarán los cargos propuestos por la sociedad demandante.

A. Competencia del Consejo de Estado.

De acuerdo con los artículos 75 de la Ley 80 de 1993¹³ y 82 del Código Contencioso Administrativo¹⁴ –modificado por el artículo 1 de la Ley 1.107 de 2006-, la competencia para conocer de las controversias originadas en los contratos estatales corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por tanto, considerando que en el presente caso se analizan las diferencias surgidas en un contrato celebrado por el Departamento de Casanare -entidad pública del orden territorial-, situación que a su vez determina que los contratos que realiza tienen naturaleza estatal –art. 32, inciso 1 de la Ley 80 de 1993¹⁵-, es preciso concluir que la competencia para resolver el asunto corresponde a esta jurisdicción.

De otra parte, teniendo en cuenta que el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 establece que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo las excepciones en la misma norma previstas, dentro de las cuales se encuentra el numeral 2º, que al tenor dice "*las que señalan penas para el caso de la infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido*"¹, los cargos señalados por el actor habrán de resolverse bajo las disposiciones establecidas en la Ley 80 de 1993, pues era ésta la norma vigente al momento de ocurrencia de los hechos que se imputaron como constitutivos de la infracción al contrato.

Aclarado lo anterior, pasa la Sala a analizar los cargos propuestos por la Sociedad demandante.

B. Hechos Probados

¹³ Art. 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.

¹⁴ Art. 82, Código Contencioso Administrativo. "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.

¹⁵ Art. 32, Ley 80 de 1993: "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: (...)."

- 1) El 30 de diciembre de 1980 se celebró el contrato de obra pública No 148, entre el Departamento de Cundinamarca y la firma Constructora Camarán Ltda, cuyo objeto era la construcción y ampliación del Colegio Manuel Humberto Cárdenas de Fusagasugá¹⁶
- 2) El contratista cumplió con los requisitos de ejecución del referido contrato, tales como: Garantía única de cumplimiento, disponibilidad presupuestal, publicación y pago del impuesto de timbre¹⁷.
- 3) Al contratista le fue entregada la suma de \$ 82.018.407,50 por concepto de anticipo, equivalente al 50% del valor total del contrato, según orden de pago No 35921 del 30 de diciembre de 1997¹⁸.
- 4) El 2 de enero de 1998 la Sociedad demandante abrió la cuenta corriente No 018-1-04011-4 en el Banco Colpatría, para el manejo del anticipo, la cual el 30 de enero de 1998 presentaba un saldo final de 0 pesos y fue cerrada el día 18 de mayo de 1998¹⁹.
- 5) Documento fechado el 6 de enero de 1998, a través del cual el Gerente de la Sociedad Demandante solicita a la Gobernación de Cundinamarca, el nombramiento del interventor del contrato y la entrega de los planos de construcción²⁰.
- 6) El 11 de febrero de 1998, el Director (E) de la Oficina Jurídica de la Gobernación de Cundinamarca dirige comunicación a la contratista, donde le informa la recomendación de la Comisión Evaluadora de la invitación pública No DGOJ 001/97 en el sentido de plantearle al contratista la terminación bilateral del contrato y de no acceder a ello, demandar el mismo²¹.
- 7) El Gerente de la Sociedad demandante en documento fechado el día 12 de febrero de 1998 da respuesta al anterior requerimiento y se niega a terminar bilateralmente el contrato²².

¹⁶ Fls 1 a 12, cdno pruebas No 2.

¹⁷ Fls 13 a 17, cdno de pruebas No 2.

¹⁸ Fl 19, ib.

¹⁹ Fls 20 a 22, ib

²⁰ Fl 23, ib.

²¹ Fls 25 y 26, ib.

²² Fls 27 a 29, ib.

8) El 14 de abril de 2008 el representante legal de la Sociedad demandante dirige comunicación a la Gobernación de Cundinamarca, donde le reitera su incumplimiento respecto de su obligación de nombrar interventor para el contrato²³.

9) El 4 de mayo de 1998 la Gobernación de Cundinamarca le comunica a la contratista su intención de dar por terminado el Contrato de Obra Pública No 148, por cuanto pudo haberse configurado la causal de nulidad absoluta del numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por inobservancia del deber de selección objetiva del contratista y le otorga un término de 5 días para que se pronuncie sobre dicha decisión²⁴.

10) El 8 de mayo de 1998 el Gerente de la Sociedad demandante da respuesta al requerimiento anterior y le manifiesta a la Gobernación de Cundinamarca que está dispuesto para ejecutar las obras y percibir la utilidad correspondiente²⁵.

11) El 6 de julio de 1998 la Gobernación de Cundinamarca citó al contratista para proceder a liquidar el contrato, por encontrarse vencido el término de ejecución²⁶.

12) La Sociedad Constructora Camarán Ltda en documento fechado el día 14 de julio de 2004 y radicado en la Gobernación de Cundinamarca el 24 de julio del mismo año, le remite un proyecto de liquidación del contrato, en el cual incluye el monto de los gastos y perjuicios que le debe reconocer el Departamento de Cundinamarca²⁷.

C. Análisis de los cargos planteados por la Sociedad demandante

Una vez establecidos los pormenores del contrato, la Sala encuentra que el fundamento de las pretensiones de la sociedad demandante se centran en que ésta cumplió a cabalidad con las obligaciones pactadas en el contrato de obra pública No 148 celebrado el 30 de diciembre de 1997 con el Departamento de Cundinamarca, cuyo objeto fue la remodelación y construcción del Colegio Manuel Humberto Cárdenas de Fusagasugá, de acuerdo con los planos y condiciones, a los precios unitarios y en los términos que señaló el contrato y que las obras

²³ Fls 30 y 31, ib.

²⁴ Fls 32 y 33, ib.

²⁵ Fls 34 y 35, ib.

²⁶ Fls 37, ib.

²⁷ Fls 38 a 40, ib.

contratadas no se iniciaron por incumplimiento de la entidad demandada al no nombrar el interventor ni entregar los planos de construcción.

El acreedor insatisfecho está legitimado para demandar judicialmente la indemnización por el incumplimiento del deudor, cuando tal incumplimiento le irroque daño y pueda probarlo. El deudor por su parte, está obligado a indemnizar los perjuicios reclamados de acuerdo a la naturaleza de los mismos y la vinculación causal de su incumplimiento con el daño experimentado por el acreedor. Ese daño debe ser cierto y su existencia establecerse plenamente en el respectivo proceso. En otras palabras, los perjuicios que alega el acreedor y que reclama del deudor deben estar revestidos de plena certeza.

El daño contractual consiste en la lesión del derecho de crédito como consecuencia de un comportamiento del deudor contrario al programa de la prestación y en estos términos, dicha responsabilidad contractual comprende las dos modalidades de daño emergente y lucro cesante. (arts. 1613 y 1614 del Código Civil).

Cuando la administración pública incumple sus obligaciones, es responsable de los perjuicios que cause al contratista que si cumplió con las suyas, con fundamento en el art. 50 de la ley 80 de 1993 según el cual "las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas", eventos en los que "deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista".

De ahí que en materia de responsabilidad contractual de la administración pública, el contratista tiene derecho a que la administración le indemnice la totalidad de los daños derivados del incumplimiento contractual, tanto los que se manifiestan como una disminución patrimonial (daño emergente), como los que se traducen en la privación de las utilidades o ganancias que esperaba percibir por la imposibilidad de ejecutar total o parcialmente el proyecto (lucro cesante).

Las sanciones contractuales no tienen como objeto lograr ventajas y ganancias para una de las partes y erogaciones y mayor onerosidad para la otra. Mediante las sanciones lo que se busca es lograr el cumplimiento y obtener el

reconocimiento y pago de los perjuicios sufridos. Donde no hay perjuicios, no pueden existir sanciones.

Está demostrado dentro del expediente que la Sociedad Constructora Camarán Ltda, según la cláusula primera del contrato se obligó para con el Departamento de Cundinamarca, a la construcción y ampliación del Colegio Manuel Humberto Cárdenas de Fusagasugá, de acuerdo con los planos y especificaciones suministrados por la Gerencia para la Infraestructura, Dirección de Construcciones Generales, a los precios unitarios y en los términos que se señalan en este contrato. De la misma manera en la cláusula quinta del contrato se estipuló que *“el Contratista se obliga a ejecutar las obras objeto del presente contrato de acuerdo con los planes y programas generales de trabajo aprobados por el Departamento. Igualmente en la cláusula séptima del contrato se indicó que, “El Departamento verificará la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades del Contratista por medio de un interventor designado para tal fin (...). PARAGRAFO: (...). Corresponde al interventor la coordinación, fiscalización y revisión del planeamiento y ejecución de la obra, para lo cual desempeñará las siguientes funciones principales: a) (...)” i) Elaborar: 1. El acta de iniciación de la obra, al día hábil siguiente al recibo del cheque del pago del anticipo y suscribirla con el contratista. 2. Las actas de recibo parcial de la obra, incluyendo en ellas el cálculo de reajuste de precios a que haya lugar (...).”*

Interpretar un contrato, es determinar el sentido y alcance de sus estipulaciones. Se presume que el legislador es culto, conoce el lenguaje, procurando emplear cada palabra en su sentido natural y obvio; en cambio, los contratantes usualmente no tienen un conocimiento cabal y completo del lenguaje y por tanto pueden dar a las palabras un sentido distinto al natural y obvio que les da el Diccionario de la RAE e incluso la sociedad en general. De tal forma, más importante que aquello que los contratos digan, es aquello que las partes quisieron estipular. Si la voluntad de las partes se conoce claramente, si no hay ambigüedad en ninguna de las expresiones del contrato, no hay necesidad de indagar más. Bastará la simple lectura del contrato para interpretar la verdadera intención de las partes. Pero puede ocurrir que las cláusulas del contrato sean ambiguas y que las partes discrepen acerca del sentido que debe dárseles. Interpretará entonces el juez, de conformidad con las reglas que establece la ley.

No obstante, está probado que la Sociedad demandante no actuó de esa manera, no cumplió con sus obligaciones contractuales, pues en el contrato expresamente

se estipuló la obligación de nombrar el interventor que se haría cargo de la vigilancia y control de la ejecución de las obras y que era la persona que en representación de la entidad debía suscribir la respectiva acta de iniciación, inmediatamente después de la cancelación del anticipo, tal como se consagró en las cláusulas Décima y Vigésima Séptima; sin embargo la demandante dio inicio a la ejecución de las obras sin que se hubiese hecho la designación del interventor por parte de la Administración, sin que se le hubiese suministrado los planos y especificaciones de la obra suministrados por la Gerencia para la Infraestructura, Dirección de Construcciones Generales; y sin que existiesen los planes y programas generales de trabajo aprobados por el Departamento de Cundinamarca, obligaciones estas consignadas expresamente previstas en el contrato de obra pública No 148/97, y que conforme al artículo 1602 del Código Civil, es ley para las partes.

El Código Contencioso Administrativo tiene establecida la acción contractual donde se faculta a "cualquiera de las partes de un contrato estatal" para pedir que se declare su existencia o nulidad. . . "y que se hagan otras declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales".

El legislador establece en la Ley 80 de 1993., las reglas y principios que rigen los contratos estatales (art. 1º). Determina, al señalar los fines de la contratación estatal, que los servidores públicos deben tener en consideración al celebrarlos y durante su ejecución, el cumplimiento de ellos, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos^{1ù} y la efectividad de los derechos o intereses de los administrados que les colaboran en la consecución de dichos fines (art. 3º), para lo cual las entidades tienen, entre otros derechos y deberes, los siguientes:

- exigir a los contratistas la ejecución idónea y oportuna del objeto del contrato.
- adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.
- adelantar revisiones periódicas de las obras contratadas, servicios prestados o bienes suministrados para verificar la calidad ofrecida.
- exigir que la calidad de bienes y servicios adquiridos se ajusten a las normas técnicas obligatorias (nacionales e internacionales).
- adelantar las acciones conducentes para obtener la indemnización de los daños derivados del contrato celebrado.

- evitar que por su causa sea más oneroso el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. "con este fin, en el menor tiempo posible corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse" (art. 4).

Si bien la nulidad, esto es, la declaratoria de pérdida de validez del contrato o de alguna de sus cláusulas es materia de definición jurisdiccional, como quiera que la ley ha radicado bajo la competencia del juez administrativo la decisión sobre la nulidad absoluta o relativa del contrato celebrado por las entidades estatales (Código Contencioso Administrativo arts. 87 y 136 numeral 10. letras e) y f)), el legislador ha impuesto a la administración el deber legal de dar por terminado el contrato estatal, según el artículo 45 inciso 2º de la ley 80, mediante acto administrativo debidamente motivado del jefe o representante legal de la entidad respectiva, cuando se presenten los hechos prefijados en los numerales 1o., 2o. y 4o. del citado artículo 44.

Además, se ordena la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre. Fuera de los eventos contenidos en el artículo 17 de la ley 80 de 1993, se acude a la terminación unilateral cuando se presenta alguna de las causales de nulidad absoluta del contrato, que la ley prevé y a las que ya se ha hecho referencia (ley 80 de 1993 artículo 44 numerales 1º, 2º y 4º, y artículo 45 inciso 2º). En este caso, además de constituir un vicio de nulidad declarable por la autoridad judicial para desvirtuar la presunción de validez del acto jurídico contractual, se permite a la administración hacer cesar los efectos jurídicos del contrato viciado, utilizando la modalidad de la terminación unilateral, en ejercicio de sus poderes excepcionales como organismo estatal.

Las actuaciones contractuales de la administración y las obligaciones surgidas de las estipulaciones del contrato, están definidas por los términos pactados, los cuales constituyen ley para las partes.

El Estado por tanto, ejerce las atribuciones de dirección, control y vigilancia para asegurar la ejecución del contrato y en desarrollo del poder de policía administrativa de que está investido, mediante actuaciones dentro de la gestión

contractual de la Administración, regida por las normas especiales previstas en la ley 80 y el Código Contencioso Administrativo.

Son poderes que se manifiestan con la expedición de actos reguladores denominados "autotutela declarativa", dictados por razones de interés público; que tienen la característica de corresponder al privilegio de la decisión previa y ejecutoria en favor de la Administración, y según los cuales, ésta puede regular directamente sus relaciones jurídicas o situaciones con los particulares, sin necesidad de acudir a la jurisdicción, y también, sin perjuicio de que el particular pueda acudir al control de legalidad en sede judicial.

Los actos administrativos que se expidan durante la actividad contractual o con ocasión de ella, por disposición legal especial, están sometidos a condiciones que presuponen la existencia de límites en la competencia para su expedición, como la motivación en forma detallada y precisa (art. 24.7, ley 80/93) y su ejercicio dentro de las etapas que fueron descritas. Son aplicables las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa y sólo susceptibles del recurso de reposición (salvo el acto de adjudicación) y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo (art. 77 ley 80/93 y 87 del C.C.A.).

El ordenamiento contempla la terminación unilateral del contrato por causa de nulidad absoluta cuando las partes han celebrado un contrato contra expresa prohibición legal (en el derecho privado su declaración sólo opera por conducto del poder jurisdiccional del Estado); en los contratos estatales es privilegio de la Administración declararla en instancia administrativa; esta competencia ejecutoria consiste en la potestad de terminarlo unilateralmente cuando:

- en su formación o celebración se haya violado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades,
- cuando se celebra contra expresa prohibición constitucional o legal,
- cuando los actos administrativos en que se fundan son declarados nulos
- en los demás eventos previstos por el artículo 44 de la ley 80 (en esta materia se pronunció la Sala en el mismo sentido^{1ú}).

Sin embargo, señala esta Sala que en estos casos el principio del debido proceso debe presidir una determinación de ésta índole, por tener carácter sancionatorio para el contratista incumplido.

En efecto, la ley 80 de 1993 remite a las normas que rigen los procedimientos y actuaciones administrativos, las cuales son aplicables en las actividades contractuales" (art. 77).

El Código Contencioso Administrativo ordena que la "decisión debe adoptarse habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones" (art.35). Lo anterior conduce a que en los procedimientos administrativos sancionatorios "debe darse la oportunidad al interesado para expresar sus puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (exp. 14.821, citado), lo expresado, por cuanto se considera en todo caso perentorio preservar los derechos de defensa y contradicción (art. 3º, C.C.A.), a cuyo efecto no basta con que las decisiones estén debidamente motivadas.

Todo lo anterior para concluir que en el sub lite, los hechos demuestran que si bien la Administración le anuncia al contratista su intención de terminar unilateralmente el contrato o demandarlo por considerar que mediaba una causal de nulidad absoluta, actuaciones para las cuales estaba facultada legalmente para hacerlo, tal como en forma pormenorizada se explica en los párrafos que anteceden, sin embargo la administración no actúa, no se pronuncia al respecto.

En primer lugar no designa al interventor, porque considera que el trámite a seguir es ordenar la terminación del contrato 148, por considerar que está incurso en la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Tampoco expide el acto administrativo correspondiente donde declarase la terminación unilateral del contrato por incumplimiento o por nulidad absoluta, que eran las medidas adecuadas para ponerle fin al vínculo contractual, es decir, el Departamento de Cundinamarca se abstuvo de realizarlas y dejó transcurrir el tiempo, para posteriormente aducir el vencimiento del término contractual y requerir al contratista para proceder a su liquidación.

Lo antes expuesto significa que en la ejecución del contrato 148 del 30 de diciembre de 1997, **existió un incumplimiento recíproco de las partes**, sin que lo anterior implique o conlleve a que el contrato en cita quede en un limbo jurídico,

sin ninguna solución jurídica tal como se encuentra en estos momentos. Es evidente que pese al incumplimiento recíproco de las partes en la ejecución del referido contrato, éste produjo unos efectos jurídicos entre las partes, que requieren ponerle fin a las relaciones obligacionales que nacieron entre las partes contratantes y que aún se mantienen vigentes, tal como lo reconocen las mismas partes, quienes afirman que el contrato no se ha liquidado y no pueden aquellas quedar atadas indefinidamente por ese vínculo contractual.

Ante el incumplimiento recíproco de los contratantes, para la Sala no hay duda que las pretensiones de la demanda relacionadas en los numerales 1 a 3, no estaban llamadas a prosperar, porque una de las consecuencias jurídicas del incumplimiento recíproco es que ninguno de los contratantes incurre en mora y al no estar en mora no se puede demandar la indemnización de perjuicios, tal como allí se solicita. (Artículos 1546 y 1609 del Código Civil), por lo que la Sala así lo declarará.

De otra parte considera la Sala que la pretensión 4ª de la demanda no debió correr la misma suerte que las anteriores, sino que aquella debió prosperar. En el caso de autos está demostrado que el término de ejecución del contrato No 148/97 se encuentra vencido, tal como lo reconocen las partes contratantes en el cruce de comunicaciones fechadas 6 de julio de 1998 y julio 14 de 1998, existentes a folios 37 a 40 del cuaderno de pruebas No 2. Ante esa realidad procesal no hay duda que el paso subsiguiente es la liquidación del contrato, tal como lo solicita la parte demandante en la referida pretensión, petición que es coadyuvada por la entidad demandada en el escrito de alegatos, cuando dice que, *“El Departamento de Cundinamarca comparte la pretensión de la actora consistente en liquidar el contrato (...)”*.

La liquidación del contrato estatal

La normatividad contractual ha establecido la liquidación de los contratos estatales -de tracto sucesivo y de otros que así lo exijan- como la oportunidad que tienen las partes para determinar, definir, arreglar y conciliar todos los aspectos concernientes a su ejecución. De manera que allí se ajustan las cuentas y se determinan los débitos y créditos a favor y en contra de cada una de las partes. Por tanto, luego de que los contratantes establecen las obligaciones cumplidas o

no cumplidas, y expongan sus reclamaciones, el acta de liquidación expresa las respectivas declaraciones²⁸.

Ordinariamente los contratos de obra pública y de suministro deberán liquidarse a su terminación normal o anormal, para definir quién debe a quién y cuánto. Si el negocio no se liquidó, ni bilateral ni unilateralmente, las partes pueden demandarse mutuamente, con absoluta libertad en la materia, a fin de que dicha liquidación se efectúe.

Es así como el artículo 25 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, desarrollando el principio de economía, prevé que tratándose de contratos, los trámites se deben adelantar con austeridad de tiempo, medios y gastos.

Sobre la liquidación de los contratos estatales, existen diferentes disposiciones normativas y pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado, que se refieren tanto a la liquidación bilateral como a la liquidación unilateral.

En el Estatuto General de la Contratación Estatal, el artículo 60 dispone:

"Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia, o en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación o a la fecha del acuerdo.

Así mismo el artículo 61 *ibidem* prevé: "De la liquidación Unilateral. Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y

²⁸ Respecto a la finalidad de la liquidación del contrato, esta Corporación en oportunidad anterior expresó: "La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquel; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento." (Sección Tercera. Sentencia de abril 10 de 1997, exp. 10.608.)

se adoptará por acto administrativo motivado susceptible de recurso de reposición".

En el contrato que ha sido objeto de análisis, se observa que las partes contratantes no han procurado liquidar de mutuo acuerdo o no han demostrado interés alguno en realizar la liquidación del citado contrato, al punto que en la actualidad la liquidación del mismo quedó sin ninguna solución ni administrativa, ni judicial.

Bajo este entendimiento, la liquidación del contrato estatal según lo establece la Ley 80 de 1993, puede ser bilateral, unilateral o judicial, según el caso, tiene por objeto establecer (i) el estado en que quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato; (ii) los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar según lo ejecutado y lo pagado; (iii) las garantías inherentes al objeto contractual, así como, (iv) los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Ejecutoriado el acto de liquidación cesa definitivamente la relación contractual, o sea se extingue el contrato.

En cuanto a la oportunidad en el tiempo dentro de la cual ha de cumplirse la liquidación, el artículo 136, numeral 10 y literal d del Código Contencioso Administrativo, dispone:

"CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento... d. En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la Jurisdicción para obtener la liquidación, en sede judicial a más tardar dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar... "

En aplicación de las disposiciones de la Ley 80 de 1993, el Consejo de Estado se ha pronunciado en reiteradas jurisprudencias, sobre el plazo de cuatro (4) meses que otorga la Ley a las entidades públicas, para la liquidación de los contratos y ha

dicho que este término no es perentorio, toda vez que en aplicación del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la facultad subsiste durante los dos años siguientes al vencimiento de la obligación. Es así como en sentencia del Honorable Consejo de Estado, de 16 de agosto de 2001, con ponencia del doctor Ricardo Hoyos Duque, Exp. No. 14384 sobre este aspecto se pronunció así:

"(¿) este término no es perentorio, vale decir, que pasados ahora 6 meses de haberse vencido el plazo del contrato sin que éste se haya liquidado no se pierde competencia para hacerla. Pueden practicarla los contratantes por mutuo acuerdo o la administración unilateralmente, ya que el fin último es que el contrato se liquide y se definan las pretensiones a cargo de las partes.

Debe advertir se, sin embargo, que ante la preceptiva del literal d. numeral 10 del artículo 136 del C.C.A. esa facultad subsiste solo durante los dos años siguientes al vencimiento de esa obligación que no es otro que el término de caducidad para el ejercicio de la acción contractual (...) (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Una vez analizada esta Jurisprudencia se debe precisar, que si bien es cierto que el plazo otorgado por la ley de cuatro meses o el que se haya convenido por las partes para la liquidación de los contratos no es perentorio, no es menos cierto que éste se pueda volver perpetuo o indefinido en el tiempo, pues mal podría la administración conservar vínculos de índole contractual con personas naturales o jurídicas, que ya hayan cumplido con el objeto del contrato, se haya finalizado la labor contratada o ejecutado la obra o las concesiones, entre otros, sin que nunca se rompa la relación jurídica que surgió con ocasión del contrato., tal como ha acontecido en el caso de autos.

La norma es clara en el sentido de precisar que si transcurrió el término de dos años y la liquidación del contrato no se ha efectuado ni bilateral ni unilateralmente, la administración pierde competencia; pero ante este hecho, surgen dos situaciones a tenerse en cuenta: (i) Si a pesar de haber transcurrido los cuatro meses que otorga la ley o cualquier otro tiempo que haya sido estipulado por los contratantes más dos meses para la liquidación del contrato, y ésta no se ha efectuado ni de mutuo acuerdo ni por parte de la administración, siempre y cuando no se demande ante el juez competente y se notifique a la contraparte de tal actuación, la administración durante el tiempo de caducidad de la acción, es decir de los dos años, conserva competencia para liquidar. (II) Si la administración no liquida unilateral o bilateralmente, dentro del término legal o convencional, el

contratista puede obtener la liquidación a través del juez competente, siempre y cuando así lo solicite dentro del término de dos años que es la caducidad de la acción y tan pronto a la administración se le notifique el auto admisorio de la demanda, ésta pierde competencia para proceder a la liquidación unilateral del contrato.

Bajo esta perspectiva, la Sala, en el caso que examina, tendrá en cuenta para el cálculo de la caducidad de la acción contractual la fecha en la cual debía ejecutarse el contrato demandado, que para este caso según la cláusula décima del contrato sería de noventa (90) días contados a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación, acta que nunca se suscribió, por lo que tomaremos la fecha de celebración del contrato (30 de diciembre de 1997), por lo que el término de ejecución del contrato venció el 30 de marzo de 1998, y como la demanda se instauró el 4 de noviembre del mismo año, no hay duda que la demanda se instauró dentro de los dos (2) años siguientes a su terminación.

Por las razones antes anotadas la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia en lo que toca con el numeral 4º de las pretensiones de la demanda y en su lugar accederá a la citada pretensión, decretando la liquidación judicial del contrato de obra pública No 148 celebrado el 30 de diciembre de 1997, celebrado entre el Departamento de Cundinamarca y la Sociedad Constructora Camarán Ltda., la cual se hará teniendo como fundamento los siguientes parámetros: i) No habrá lugar a la indemnización de perjuicios con ocasión del incumplimiento recíproco de las partes (art. 1546 y 1609 del C.C); ii) Se ordena que la Sociedad Constructora Camarán Ltda., reintegre al Departamento de Cundinamarca la suma de \$ 82'018.407.50 que recibió por concepto de anticipo, dentro del término de seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, suma que será rembolsada sin reconocimiento de indexación monetaria e intereses, por las razones expuestas en el numeral precedente y en la parte motiva de esta sentencia.

La Sala se abstiene de reconocer los gastos efectuados por la Sociedad Constructora Camarán Ltda., con ocasión de la ejecución del contrato, en razón a que los mismos en el supuesto caso que se hubiesen hechos, la parte demandante no tendría derecho al reembolso de los mismos en razón a que dichos gastos se realizaron contraviniendo lo consignado en las cláusulas del contrato de obra pública No 148/97; de otra parte no existe en el expediente

prueba alguna que demuestren o justifiquen válidamente que dichos gastos se hubiesen efectuado. (fls 38 a 40, cdno pruebas No 2).

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

F A L L A

MODIFÍCASE la sentencia apelada proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 11 de noviembre de 1999; quedará así:

PRIMERO. Confírmase la desestimación de las pretensiones de las demanda relacionadas en los numeral 1ª a 3ª, por las razones anotadas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. Revócase la sentencia de primera instancia en lo que toca con el numeral 4º de las pretensiones de la demanda y en su lugar se ordena la liquidación judicial del contrato de obra pública No 148 celebrado el 30 de diciembre de 1997, celebrado entre el Departamento de Cundinamarca y la Sociedad Constructora Camarán Ltda.

TERCERO.- A consecuencia de lo anterior condénase a la Sociedad Constructora Camarán Ltda., a reintegrar al Departamento de Cundinamarca la suma de OCHENTA Y DOS MILLONES DIECIOCHO MIL CUATROCIENTOS SIETE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$ 82'018.407.50), que recibió por concepto de anticipo derivada del Contrato de Obra Pública No 148 del 30 de diciembre de 1997, dentro del término de seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, suma que será reintegrada sin reconocer indexación monetaria e intereses, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO.- Para el cumplimiento de esta sentencia EXPÍDANSE copias con destino a las partes haciendo las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del decreto reglamentario 359 de 22 de febrero de 1995.

QUINTO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, remítase al expediente al Tribunal Administrativo de origen para lo de su cargo.

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase

**Enrique Gil Botero
Presidente de la Sala**

Jaime Orlando Santofimio Gamboa Olga Mélida Valle de De la Hoz