

ANTICIPO - Nulidad absoluta / ANTICIPO Y PAGO ANTICIPADO - No podrán exceder del 50 por ciento del valor del contrato

Dentro de los elementos que conforman el acervo probatorio se encuentra claramente demostrado que en la cláusula segunda del contrato se pactó un “anticipo” que ascendía al setenta y cinco por ciento (75%) del valor total del contrato, porcentaje acerca del cual la entidad territorial demandada ha señalado que constituye una suma superior a la permitida legalmente y que, por esa razón, se abstuvo de hacer el pago respectivo. Desde la perspectiva de la naturaleza de las normas jurídicas, la Sala encuentra que la primera parte de la norma transcrita [artículo 40 de la Ley 80] se puede calificar como dispositiva y la segunda, necesariamente, como imperativa. En efecto, según la concepción y el texto mismo de la norma legal transcrita las partes contractuales pueden decidir libremente si habrá, o no, pago anticipado o anticipo y en tal sentido la norma es dispositiva, pero en el supuesto de que las respectivas partes contractuales, en ejercicio de su autonomía, pacten un pago anticipado o un anticipo, la segunda parte de la norma tiene un carácter diferente al que se advierte en la primera, puesto que de manera inequívoca y perentoria se prescribe, a manera de prohibición, que el monto del anticipo “no podrá exceder” del porcentaje indicado. De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que cualquier acuerdo que celebren las partes y que se incluya en una cláusula contractual, en virtud del cual se establezca una suma superior al “cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato” a título de pago anticipado o anticipo, constituye una violación del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y, por consiguiente, en el caso concreto sometido a conocimiento de la Sala la inclusión en la cláusula segunda del contrato relacionada con un anticipo del setenta y cinco por ciento (75%), evidentemente contraría la limitación normativa referida. En la parte resolutive de la sentencia la Sala declarará la nulidad absoluta de la cláusula segunda del contrato en estudio, debido a que se fijó a título de anticipo el monto equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del valor total del aludido vínculo, cuestión que va en contra de la expresa prohibición legal comprendida en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

NULIDAD PARCIAL - No invalida la totalidad del acto

La Sala aclara que la sanción de nulidad referida no se extiende al contrato íntegro sino que se predica únicamente de la parte referida al anticipo en virtud de lo dispuesto en el mismo Estatuto de Contratación Estatal, el cual indica, bajo el título de “nulidad parcial”: En efecto, es necesario tener en cuenta que la nulidad de lo dispuesto en una cláusula acerca del pago anticipado o del anticipo no invalida “la totalidad del acto”, de conformidad con lo que al respecto dispone el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, puesto que esta norma, al establecer que “se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos” en los contratos estatales, de manera inequívoca otorga a los contratantes la libertad o la autorización para acordar o no tal modalidad dentro del correspondiente contrato y, en consecuencia, el pago anticipado o anticipo constituye en un elemento sin cuya presencia el contrato que convoca el interés de la Sala puede existir y ser válido. Como resultado de la argumentación expuesta, la Sala concluye que el “CONTRATO DE SUMINISTRO NO. 096” subsiste a la declaración de nulidad de la disposición contractual referida al anticipo.

EJECUCION DEL CONTRATO - Presupuestos / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - No es imputable al contratista

De acuerdo con los elementos probatorios relacionados, la Sala considera que el contrato habría podido ejecutarse debidamente por parte de la entidad estatal demandada y que si tal cosa no sucedió no se puede imputar a que no se hubieran cumplido por parte de la contratista los requisitos para el inicio de la ejecución del contrato. Obran en el plenario, dibujos y anotaciones elaborados por la demandante Danelfi Peñaranda Medina, los cuales corresponden a los diseños de los vestidos y a las medidas de sesenta y dos (62) mujeres que laboraban para el Municipio de Maicao. Algunos de los folios donde se encuentran los dibujos presentan un membrete en el cual se aprecia: "VISTETE CON MEPI DANELFI PEÑARANDA MEDINA DISEÑADORA DE MODAS Calle 6 No. 4 – 38 Teléfono 272689 Riohacha – Guajira"; también aparecen algunos recortes de tela, que habrían de ser utilizados para la confección de los diseños respectivos. Al respecto, la Sala considera que una apreciación de las pruebas en su conjunto, tal y como lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, es decir de los documentos referidos en este numeral, junto con el contrato, aquellos que acreditan el cumplimiento de los requisitos para la ejecución del contrato – el certificado de disponibilidad presupuestal, las pólizas de seguro, el pago de la publicación en la gaceta, la resolución de aprobación de las garantías – y las declaraciones y constancias acerca de la idoneidad de la contratista para realizar las labores, permite concluir que, en efecto, la contratista Danelfi Peñaranda Medina inició la ejecución del contrato entrevistándose con las secretarías que laboraban para el Municipio de Maicao, tomándoles las medidas y elaborando los dibujos que correspondían a los diseños de los vestidos, razón por la cual se concluye que los documentos referidos a los diseños y a las medidas de las secretarías y aseoadoras al servicio de la entidad territorial son auténticos, conclusión que se apuntala con la condición adicional, nada despreciable que tanto los documentos como las afirmaciones anteriormente relacionadas fueron aceptadas pacíficamente por la entidad demandada comoquiera que jamás los cuestionó, jamás los controvertió y ni siquiera los puso en duda. Además, debe tenerse en cuenta que mediante certificación suscrita el 19 de mayo de 1999 por el Tesorero del Municipio de Maicao, se hace constar que "la señora DANELFI PEÑARANDA MEDINA" presentó la "cuenta de cobro No. 1938 por concepto del 50% de anticipo del contrato No. 096 de noviembre 1 de 1996" y que el valor correspondiente era de "QUINCE MILLONES DE PESOS M.L. (\$15.000.000.00)", cuestión que demuestra su decisión y buena fe de respetar la ley, en tanto que la contratista se contrajo al límite normativo respectivo del 50% y no al 75% del valor del contrato dispuesto en la referida cláusula segunda.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Falta de pago de anticipo / EXISTENCIA DEL CONTRATO - Subsiste sin la cláusula del anticipo / NULIDAD CLAUSULA DE ANTICIPO - No afecta la existencia del contrato

En relación con este particular, la Sala concluye que el contrato no se cumplió por parte de la contratista en tanto que no entregó los vestidos que le habían sido encomendados, pero tal incumplimiento se atribuye por parte de la demandante a la falta de pago del anticipo del contrato, la cual está debidamente probada en el expediente mediante la certificación suscrita por el Tesorero del Municipio de Maicao, apenas referida, en la cual se hace constar que no se le pagó a la contratista el anticipo cobrado del 50%. Desde esta perspectiva concreta del negocio, la Sala considera que, sin la entrega del anticipo, el cumplimiento del contrato por parte de la contratista exigía esfuerzos financieros superiores de los que las cláusulas del contrato imponían y que, por tal razón, no fue posible para la contratista cumplir con el objeto contratado. Si bien es cierto que en los términos del artículo 47 de la Ley 80 de 1993 la nulidad de la cláusula no da lugar a la nulidad del contrato, en atención a que éste puede "existir sin la parte viciada", es

decir, el contrato subsiste en la vida jurídica aún sin la cláusula del anticipo, la Sala considera que en tratándose de la ejecución del contrato la conclusión es diferente, puesto que se tornó excesivamente onerosa para la contratista de acuerdo con el equilibrio de que da cuenta el texto originario del contrato, al punto que a pesar de haber iniciado la ejecución correspondiente no fue posible llevarla a término.

BUENA FE CONTRACTUAL - Vulneración

Estas últimas conclusiones, aunadas a las anteriores –consistentes en que la contratista cumplió con las exigencias para la ejecución del contrato; que inició efectivamente su ejecución; que solicitó un pago de anticipo de acuerdo con el límite legal y, por tanto, se allanó a ajustar sus derechos contractuales a las prescripciones normativas; que estuvo pronta a suscribir un otrosí modificatorio de la cláusula sexta para lograr que el contrato siguiera su marcha–, hacen que la Sala deba reprochar la actuación de la entidad estatal demandada y que la califique como una falta a la buena fe contractual, por no haber utilizado las herramientas con las cuales contaba para la adecuación del contrato a las prescripciones legales, como era la de haber elaborado y/o promovido la celebración de un acuerdo adicional para la modificación del porcentaje acordado a título de anticipo, tal como sí lo hizo para la modificación de las garantías mediante el otrosí del 1 de noviembre de 1996, más aun cuando de acuerdo con lo dicho en la contestación de la demanda esa habría sido supuestamente la intención de la entidad estatal. Son diferentes las normas que dentro de la Ley 80 de 1993 imponen a la Administración la obligación de ir más allá del texto escueto y de adelantar actuaciones con arreglo a los principios que informan tanto la contratación en general, como específicamente la contratación estatal. En ese orden de ideas, entre otros principios referidos, la Sala considera necesario, para dar solución al asunto sub judice, recurrir al principio jurídico de la buena fe contractual, el cual impone a las partes hacer todo lo que se requiera, incluso más allá del texto específicamente convenido en procura de proteger los intereses propios y los de la contraparte y, en tratándose de la contratación estatal, el interés que atañe a la comunidad en general y al Estado respecto de la celebración y ejecución de negocios jurídico para el cumplimiento de las finalidades públicas. El Código Civil y el Código de Comercio, en normas que son de recibo en la contratación estatal, indican claramente sobre el particular, respectivamente. De acuerdo con lo anterior, la buena fe cumple una función integradora del contrato en la medida en que constituye una “causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta, exigibles, en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes”. Así, el principio de buena fe no brinda una regla única para resolver el caso particular, sino que, en virtud de la necesidad de concreción que le es connatural, en cada supuesto exige un juicio valorativo para la aplicación del contenido objetivo general del principio, teniendo en cuenta las especiales consecuencias del caso en relación con los ideales jurídicos a que el principio se refiere. Obviamente, si llega a ocurrir que el incumplimiento de los deberes u obligaciones que impone el principio de buena fe genera perjuicios, habrá lugar al reconocimiento y pago de las indemnizaciones correspondientes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 44001-23-31-000-1998-00450-01(17935)

Actor: DANELFI PEÑARANDA MEDINA

Demandado: MUNICIPIO DE MAICAO

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

La Sección Tercera del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia dictada el 22 de noviembre de 1999 por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, mediante la cual se declaró que el Municipio de Maicao había incumplido las obligaciones comprendidas en el Contrato No. 096 suscrito el 31 de octubre de 1996 con la señora Danelfi Peñaranda Medina y, en consecuencia, se condenó a la entidad territorial al pago de una suma de dinero a favor de la demandante.

ANTECEDENTES

1. Demanda.

El 28 de octubre de 1998, Danelfi Peñaranda Medina, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda en contra del Municipio de Maicao, de conformidad con los hechos y pretensiones que a continuación se relacionan.¹

1.1. Hechos.

La Sala resume los hechos incorporados en la demanda de la siguiente forma:

- El 31 de octubre de 1996, previa adjudicación en los términos legales, el Municipio de Maicao celebró con la Señora Danelfi Peñaranda Medina el contrato de suministro No. 096, en cuyo objeto, de acuerdo con la cláusula primera, se encontraba *“el suministro de UNIFORMES confeccionados con destino a las secretarías y aseo del municipio.”*

¹ Folios 2 – 10, Cuaderno 1

- La contratista otorgó las garantías exigidas por la cláusula sexta del contrato, mediante la constitución de las pólizas de cumplimiento respectivas;
- El Jefe de la Sección de Presupuesto del Municipio de Maicao certificó la existencia del correspondiente registro presupuestal, por valor de \$30.000.000.00;
- La cláusula segunda del contrato disponía: *“el valor total del contrato es por la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS que el municipio pagará al contratista así: Anticipo en cuanto (sic) al setenta y cinco por ciento (75%) y el 25% restante una vez recibido el suministro a satisfacción por parte del municipio”*; la cláusula mencionada fue *“subsanaada”* el 1 de noviembre con Otro sí al contrato;
- La contratista solicitó a la entidad contratante el pago del anticipo pero esta no accedió a hacerlo, a pesar de lo cual, la primera, con sus propios medios se trasladó desde Riohacha hasta Maicao *“para tomarle medidas a las secretarias y al personal de servicios generales donde (sic) escogieron diseños, colores de las telas para el diseño sin que se logaran los fines propuestos por cuanto la capacidad económica de la señora Danelfi Peñaranda Medina no alcanzó a cubrir como es lógico el contrato.”*
- La entidad contratante no ha reembolsado los gastos en los cuales incurrió la contratista, así como tampoco entregó el anticipo, cuestiones que han causado perjuicios económicos a la contratista.

1.2. Pretensiones.

Con fundamento en lo anterior, el actor pidió:

“1. Que se declare la existencia y solidez del contrato número 096 del día 31 de octubre de 1996, por valor de treinta millones de pesos (\$30'000.000.00) cuyo objeto es el suministro de uniformes confeccionados con destino a las secretarias y aseoadoras al servicio del municipio contrato celebrados entre la Alcaldía del Municipio de Maicao y la señora DANELFI PEÑARANDA MEDINA, y a la vez se equilibre económicamente el contrato de acuerdo a la fórmula establecida por la ley 80/93 para tal evento.

2. Que se declare el incumplimiento por parte del municipio de Maicao por el no pago de sus obligaciones contractuales y por la omisión del cumplimiento de sus deberes y funciones.

3. Condénese al municipio de Maicao a pagar a la señora DANELFI PEÑARANDA MEDINA el valor de los perjuicios de orden material, daño emergente y lucro cesante que le fuesen (sic) ocasionados, los cuales ascienden

4. (sic) a la suma de VEINTIDOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$22'500.000.00")

5. A la sentencia que le ponga fin al presente proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.”

2. Admisión de la demanda.

El 5 de noviembre de 1998, el Tribunal Administrativo de la Guajira profirió el auto admisorio de la demanda², el cual fue notificado a la entidad demandada el día 25 de enero de 1999³.

3. Contestación de la demanda.

El 5 de abril de 1999, el Municipio de Maicao, por medio de apoderado judicial, dio respuesta a la demanda⁴.

En concreto, afirmó:

- Que no le constaba que el contrato hubiera sido adjudicado a la contratista en atención a las normas correspondientes y que, si bien es cierto que la mencionada contratista aportó la garantía, también lo es que ha debido agotar los trámites correspondientes a la aprobación de la misma y a la publicación del contrato en la gaceta municipal;
- Que el valor pactado a título de anticipo, el cual ascendía a un porcentaje del 75% del contrato, es decir \$22'500.000.00, era ilegal de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y que no se “susbsanó” con la suscripción del otro sí al cual hace referencia el demandante, puesto que el

² Folio 111, Cuaderno 1

³ Folio 119, Cuaderno 1

⁴ Folios 125 – 128, Cuaderno 1

mencionado documento concernía a *“la complementación de la cláusula Sexta, atinente al concepto de la garantía”*;

- Que la contratista nunca quiso modificar el elevado monto que había sido pactado como anticipo;
- Que cualquier gasto en el cual hubiese incurrido la contratista obedeció a su mera liberalidad, puesto que no podía empezar la ejecución del contrato sin que estuviera aprobada la póliza de garantía;
- Que la simple certificación del Jefe de la Sección de Presupuesto de que había dinero no significa que haya habido disponibilidad presupuestal para el contrato, puesto que esto último *“hace referencia al acto de reservar unas sumas de dinero del presupuesto para efectos de la ejecución del contrato”*;

4. Apertura del período probatorio. Audiencia de Conciliación.

El 28 de abril de 1999 se profirió, por parte del Tribunal *a quo*, el auto de apertura a pruebas del proceso⁵.

El 21 de julio de 1999 se celebró la audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada por parte del Tribunal Administrativo de la Guajira⁶.

5. Alegatos de conclusión. Concepto del Ministerio Público.

El 26 de julio de 1999 se dio traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para lo de su cargo⁷. La parte demandante guardó silencio.

5.1. Municipio de Maicao.

La entidad territorial demandada solicitó que se declarara la nulidad absoluta del contrato en los términos de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, puesto que en el contrato se pactó el pago de un anticipo del 75% de su valor total, el cual

⁵ Folio 130, Cuaderno 1

⁶ Folios 153 – 155, Cuaderno 1

⁷ Folio 156, Cuaderno 1

supera el máximo legal del 50%, dispuesto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993⁸.

5.2. Procuraduría General de la Nación.

El ente de control conceptuó que se encontraba debidamente probada la relación jurídica entre las partes contratantes, pero que no había elementos probatorios que acreditaran los perjuicios supuestamente sufridos por la demandante, razón por la cual las pretensiones de la demanda debían ser desestimadas⁹.

6. Sentencia impugnada.

El 22 de noviembre de 1999, el Tribunal Administrativo de la Guajira profirió la sentencia objeto de impugnación¹⁰, en la cual se decidió:

“1.- Declárese que el Municipio de Maicao incumplió las obligaciones a su cargo previstas en el contrato No. 096 de 31 de octubre de 1996, suscrito con la señora DANELFI PEÑARANDA MEDINA, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

2.- Como consecuencia de la declaración anterior, condénase al Municipio de Maicao a pagar a la señora DANELFI PEÑARANDA MEDINA, la suma de SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$6.883.934).

3.- Denegar las demás súplicas de la demanda.

(...)”

Los principales argumentos que sirvieron de base para el fallo consistieron en:

- Que la contratista cumplió efectivamente con las exigencias para la ejecución del contrato al constituir y entregar las garantías correspondientes, razón por la cual no es de recibo el argumento de la entidad demandada en el sentido de que hizo falta la aprobación de aquellas por parte del Municipio de Maicao, puesto que este último trámite competía a la entidad territorial demandada y no a la contratista;

⁸ Folios 158 – 160, Cuaderno 1

⁹ Folios 161 – 164, Cuaderno 1

¹⁰ Folios 170 – 176, Cuaderno principal

- Que si la entidad contratante advirtió que el contrato celebrado era contrario a la ley, ha debido iniciar las acciones respectivas, en aplicación de las normas consagradas en la Ley 80 de 1993, y no limitarse a guardar silencio;
- Que la limitación impuesta por el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, consistente en que el anticipo no podrá exceder del 50% del valor del contrato, no obliga a la Administración en todas las situaciones, dado que en función de *“la naturaleza y objeto contratados”*, ese límite *“excepcionalmente”* puede ser superado *“por voluntad de las partes”* e *“instituyéndose las garantías debidas”*; todo lo anterior *“lo autoriza el artículo 13 de la ley de contratación, cuando prevé que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la ley”*;
- Que la entidad territorial demandada en el caso concreto *“debió realizar todos los estudios a que se refieren los numerales 12 y 3 de los artículos 25 y 26 de la Ley 80 de 1993”*, para efectos de haber establecido *“con absoluta seguridad, el monto que debía cancelarse a título de anticipo y garantizar así el suministro en los términos pactados”*, puesto que sin tales estudios *“no existen razones válidas y sopesadas para calificar de excesivo el monto de lo pactado”*;
- Que, en consecuencia, *“resulta evidente el incumplimiento del contrato por parte de la entidad territorial demandada, por lo que se accederá a las súplicas de la demanda”* y se condenará por el valor de la mano de obra necesaria para la confección de 300 uniformes, de acuerdo con el dictamen pericial;

7. Recurso de apelación.

El recurso de apelación fue interpuesto por el Municipio de Maicao¹¹, concedido por el *a quo*¹² y admitido por el Consejo de Estado¹³.

El apelante manifestó en la sustentación del recurso¹⁴:

¹¹ Folio 178, Cuaderno principal

¹² Folio 180, Cuaderno principal

¹³ Folio 186, Cuaderno principal

“El apoderado de la entidad demandada sigue considerando que el mencionado contrato se celebró contraviniendo el estatuto general de contratación estatal.

El hecho de que a este tipo de contratación le sean aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, no quiere decir que se pueda pasar por encima de materias particularmente reguladas por la Ley 80 de 1993, como es el caso específico tratado en el parágrafo del artículo 40 ibídem, cuando prohíbe que la entrega de anticipos exceda el 50% del valor del contrato respectivo.

No podemos entrar a particularizar afirmando que como se trataba del diseño, confección y suministro de uniformes, había que señalar como anticipo un monto equivalente al 75% del valor del contrato, cuando en ese momento y como lo afirma el mismo Honorable Tribunal, no se había determinado el costo de tal confección...

... no podemos condenar a una entidad del Estado al pago de indemnizaciones como consecuencia de una irregular negociación; menos aún, al pago de una mano de obra que no se realizó, porque no hubo confección de ningún uniforme; sin embargo, se infiere la futura confección de 300 uniformes, soportado esto por el hecho de que la parte actora aportara al proceso unos dibujos que supuestamente eran los uniformes que le confeccionaría a las secretarías de la administración municipal de Maicao.”

8. Alegatos de conclusión de segunda instancia. Concepto del Ministerio Público.

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

1. Jurisdicción y competencia.

La Sala observa que es competente para resolver el asunto *sub judice*, iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales, toda vez que la pretensión mayor, referida a los supuestos perjuicios materiales, ascendía al momento de presentación de la demanda, 29 de octubre de 1998, a \$22'500.000.00 y para ese entonces la cuantía requerida para que el proceso tuviera vocación de doble instancia era de \$18'850.000.

2. Resumen del material probatorio. Documentos y declaraciones.

¹⁴ Folios 183 – 184, Cuaderno principal

A continuación la Sala resumirá las pruebas documentales aportadas al proceso que mayor importancia tienen para la solución del caso.

2.1. “CONTRATO DE SUMINISTRO NO. 096”

En el expediente se encuentra en original¹⁵ y en copia auténtica¹⁶, el texto del “CONTRATO DE SUMINISTRO NO. 096”, suscrito el 31 de octubre de 1996 entre la Alcaldesa del Municipio de Maicao en ese entonces, María Aurora Sabino Fajardo y Danelfi Peñaranda Medina, en el cual se define:

“CLAUSULA PRIMERA: OBJETO: El objeto del presente contrato es el suministro de UNIFORMES confeccionados con destino a las SECRETARIAS y ASEADORAS al servicio del Municipio de acuerdo al valor total a que se refiere la Cláusula Tercera del presente contrato.

CLAUSULA SEGUNDA: VALOR Y FORMA DE PAGO: El valor total del contrato es por la suma de TREINTA MILLONES (\$30'000.000.000 (sic) de pesos, que el MUNICIPIO pagará al CONTRATISTA así: Anticipo en cuanto (sic) al SETENTA Y CINCO POR CIENTO (75%) del valor del contrato una vez surtidos los trámites de legalización y el 25% restante, una vez recibido el suministro a satisfacción por parte del Municipio.

(...)

CLAUSULA SEXTA: GARANTIAS: EL CONTRATISTA se obliga para con el Municipio a constituir a favor de éste y de su propio pecunio, la garantía única de que trata la ley 80 de 1994 (sic), que debe otorgarse por compañía de seguros a (sic) Bancarias (sic) que avalará los siguientes eventos: 1- Buen Manejo y correcta inversión del anticipo equivalente al 100% (por ciento) del valor recibido por tal concepto por el término de tres (3) meses.

CLAUSULA SEPTIMA: DURACION DEL CONTRATO: El término de ejecución del presente contrato es de tres (3) meses contados, a partir de su localización (sic).

(...)

CLAUSULA DECIMA NOVENA: LEGALIZACION: El presente contrato previa revisión de la oficina jurídica del Municipio, se perfecciona con el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y su estipulación por escrito, para su ejecución se requiere la aprobación de la garantía y existencia de disponibilidad presupuestal debidamente soportada por el jefe de presupuesto del Municipio y la publicación en la Gaceta Municipal.”
(Subrayado fuera de texto)

¹⁵ Folio 11, Cuaderno 1

¹⁶ Folio 134, Cuaderno 1

2.2. “OTRO SI” al “CONTRATO DE SUMINISTRO NO. 096”

En el expediente se encuentra en original¹⁷ y en copia auténtica¹⁸, el texto suscrito el 1 de noviembre de 1996 entre la Alcaldesa del Municipio de Maicao, María Aurora Sabino Fajardo y Danelfi Peñaranda Medina, el cual a continuación se transcribe:

“OTRO SI: Revisado el contrato anexo, en mención, encontramos alguna anomalía en cuanto las pólizas que debe prestar la Contratista y de común acuerdo, se dispone subsanar el error así; LA CLAUSULA SEXTA de dicho contrato quedará así:

GARANTIAS: EL CONTRATISTA, se obliga para con el Municipio a constituir a favor de este de su propio pecunio, las garantías de que habla la Ley 80 de (sic) 1994, que debe otorgarse por una compañía de seguros o bancarias, que avalará los siguientes eventos: 1) CUMPLIMIENTO: Por una cuantía equivalente al 10% del valor total de contrato, con una vigencia igual a la duración del mismo y noventa (90) días más; 2) BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSION DEL ANTICIPO: por una cuantía equivalente a cien (sic) 100% del mismo y una vigencia igual al término del contrato.”

2.3. Diseños, dibujos y medidas.

En documentos originales¹⁹ aparecen dibujos de vestidos y medidas del cuerpo tomadas a diferentes mujeres, cuya autoría se atribuye por la parte demandante a Danelfi Peñaranda Medina y se presentan como la ejecución del “CONTRATO DE SUMINISTRO NO. 096” por parte de esta última, en el sentido de que supuestamente comprenden los diseños de los vestidos y las medidas (“cintura”, “cadera”, “largo falda”, “talle A”, “busto”, “ancho espalda”, “hombro”, “largo manga”, “puño”, “sisa”) de las secretarias (“Noraida Ortiz”, “Saida Urbáez”, “Doris Alvarez”, “Maritza Duarte”, “Gladis Ribón”, “Teresa Marín”, “Cecilia Sierra”, “Betty Vidal”, “Anevis Molina”, “Ana Luisa Cuadrado”, “Luz Aida Molina”, “Gloria Durán”, “Clara Cajía”, “Margarita Padilla”, “Clara Pérez”, “Meri Parra”, “Olga Rodríguez”, “Rosa Fragozo”, “Luz Elena Peláez”, “Sadina Soto Bonilla”, “Dalgis Padilla”, “Doris Curiel”, “Yeny Pérez”, “Adrenis Solano”, “Floricia Val de Manguéz”, “Flor Soto”, “Ignacia Azurgo”, “Leila Brito”, “Aseneth Reinoso”, “Hilda Marín”, “Evis Lizcano”, “Marta Díaz”, “Marina Peralta”, “Yudis Gutiérrez”, “Deniris Nieves”, “Lía Martínez”, “Clementina Villa”, “Rocio Palacio”, “Rosmari Ortiz”, “Alba Poveda Pérez”, “Eneidith Azuero”, “Nicolasa Rodríguez”, “Adelina Acosta”, “Flor Marina Robles”,

¹⁷ Folio 12, Cuaderno 1

¹⁸ Folio 135, Cuaderno 1

¹⁹ Folios 13 – 95, Cuaderno 1

“Marta Barros”, “Milenis Boscán”, “Rocío Bolaños”, “Dellanith Giovonetty”, “Ladys Ariza”, “Olga Chacón”, “Sandra Barros”, “Daisiria Padilla”, “Belka Medina”, “Faride Ferreira”, “Osiris López”, “Margarita Orozco”, “Iris Meléndez”, “Nereida Narváez”, “Julia Palacio”, “Molís Correa”, “Claribel Fuentes”, “Beatriz Torres”.

Algunos de los folios donde se encuentran los diseños presentan un membrete del siguiente tenor: *“VISTETE CON MEPI DANELFI PEÑARANDA MEDINA DISEÑADORA DE MODAS Calle 6 No. 4 – 38 Teléfono 272689 Riohacha – Guajira”* y a algunos de tales folios se adjuntan recortes de tela, que habrían de ser utilizados para la confección de los diseños respectivos.

2.4. Estudios cursados por Danelfi Peñaranda.

En fotocopias autenticadas por Notario Público²⁰, se acreditan los cursos aprobados por Danelfi Peñaranda en la *“Escuela de Diseño de Modas y Patronaje Industrial”*, en *“UNDICAR”* y en *“El centro de estudios en alta costura”*.

2.5. Certificaciones de los trabajos realizados por Danelfi Peñaranda.

En documentos originales, Luis Eduardo Acosta Medina, Janys Arregoces y José García, éste último atribuyéndose la condición de “Supervisor Administrativo” de CARBOCOL, manifestaron que conocían a Danelfi Peñaranda y que ha confeccionado para ellos prendas de vestir²¹.

En el mismo sentido, mediante declaraciones extrajudiciales presentadas ante Notario Público, Flor Ibarra, Onoris Quintero y María del Pilar Sierra²², dieron fe acerca de que conocían a la señora Danelfi Peñaranda como diseñadora de modas, así como también de su responsabilidad, seriedad y cumplimiento en la entrega de los trabajos encargados.

2.6. Seguros.

²⁰ Folios 96 – 98, Cuaderno 1

²¹ Folios 99 – 101, Cuaderno 1

²² Folios 102 – 105, Cuaderno 1

En copias auténticas aportadas en papel químico por parte de la demandante²³ y en copias auténticas allegadas al expediente por parte de entidad demandada²⁴, en cumplimiento de la orden impartida por el Tribunal *a quo*²⁵, obra en el expediente la constancia de que la contratista constituyó a favor de la entidad territorial contratante, con “LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS”, los siguientes seguros:

Póliza No.	Valor asegurado	Vigencia	Objeto
391021	\$ 22'500.000.00	12 – 11 – 96 al 11 – 02 – 97	“Garantizar el buen manejo y correcta inversión del anticipo del contrato No. 096”
391054	\$ 3'000.000.00	12 – 11 – 96 al 11 – 05 – 97	“Garantizar el cumplimiento del contrato No. 096”

2.7. Certificación de no pago del anticipo.

En documento original²⁶, aparece en el acervo probatorio una certificación suscrita el 19 de mayo de 1999 por parte del Tesorero del Municipio de Maicao, mediante la cual se hace constar:

“Que el Municipio de Maicao no ha cancelado a la señora DANELFI PEÑARANDA MEDINA cuenta de cobro No. 1938 por concepto del 50% de anticipo del contrato No. 096 de noviembre 1 de 1996, de suministro de uniformes a las secretarias y (sic) aseadora municipales. Por valor de QUINCE MILLONES DE PESOS M.L. (\$15.000.000.00)”

2.8. Pago de la publicación.

En copia auténtica, allegada al expediente por parte de entidad demandada²⁷ en cumplimiento de la orden impartida por el Tribunal *a quo*²⁸, obra el “RECIBO DE CAJA SERIE “A” No. 106707” por medio del cual se prueba que la contratista pagó la suma de \$2.000 por concepto de publicación en la “gaceta” del “Contrato Suministro # 096”.

2.9. Certificación de disponibilidad.

²³ Folios 106 – 107, Cuaderno 1

²⁴ Folios 137 – 146, Cuaderno 1

²⁵ Folio 132, Cuaderno 1

²⁶ Folio 133, Cuaderno 1

²⁷ Folios 136, Cuaderno 1

²⁸ Folio 132, Cuaderno 1

En copia auténtica, allegada al expediente por parte de entidad demandada²⁹ en cumplimiento de la orden impartida por el Tribunal *a quo*³⁰, se acredita la existencia de la “CERTIFICACION DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL No. 0824” de fecha 31 de octubre de 1996, en la cual bajo el rubro presupuestal de “Compra de Uniformes”, se precisa que hay un “VALOR” de “\$30.000.000=” a favor de “Danelfi Peñaranda Medina”.

2.10. Aprobación de garantías.

En copia auténtica, allegada al expediente por parte de entidad demandada³¹ en cumplimiento de la orden impartida por el Tribunal *a quo*³², se prueba que la entidad territorial demandada expidió la Resolución No. 076 del 15 de noviembre de 1996, suscrita por la Secretaria General de la entidad, “POR LA CUAL SE APRUEBA UNA POLIZA DE GARANTIA”. La parte motiva y resolutive de la resolución comprende el siguiente texto:

“a- Que el Municipio de Maicao celebró contrato de suministro cuyo objeto es el suministro de uniformes para las diferentes dependencias de la Administración municipal.

b- Que el Contratista presentó la Póliza de Garantía No. 391021 para garantiza el cumplimiento y la póliza 391021 para garantizar el Anticipo del Contrato No. 096 de 1996.

c- Que esta dependencia realizó el estudio correspondiente a la póliza antes mencionada.

d- Que en virtud de lo anterior

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: Apruébase la Póliza de Garantía No. 391021 para garantiza el cumplimiento y la póliza 391021 para garantizar el Anticipo del contrato No. 096 de 1996.

(...)”

2.11. Concepto del SENA sobre el valor de la mano de obra.

²⁹ Folios 197, Cuaderno 1

³⁰ Folio 132, Cuaderno 1

³¹ Folios 198, Cuaderno 1

³² Folio 132, Cuaderno 1

En cumplimiento del auto proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira³³, el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, regional Guajira, por medio de documento que obra en original en el expediente³⁴, suscrito el 5 de octubre de 1999, respecto de la mano de obra en la confección de vestidos, señaló lo siguiente:

“De acuerdo a la comunicación recibida por usted de parte de la Directora Regional enviamos concepto sobre mano de obra en confecciones que es (sic) el año de 1997 que se encontraban en los talleres de la ciudad promediando el costo de la mano de un (1) vestido de dos (2) piezas en el año 1997 era de \$15.000 mcte.

Hacemos la salvedad que no estamos incluyendo costos de materiales, solamente mano de obra puesto que esta influiría en el costo de la prenda a confeccionar.”

3. Análisis del caso concreto.

Tal y como se ha podido establecer a lo largo del juicio, el núcleo principal del problema que convoca la atención de la Sala está referido al supuesto incumplimiento en el cual incurrió el Municipio de Maicao al haberse abstenido de hacer el pago del anticipo pactado en la cláusula segunda del contrato 096 del día 31 de octubre de 1996, cuestión que, de acuerdo con la demandante, imposibilitó a la contratista el cumplimiento de la prestación acordada, esto es la entrega de los *“UNIFORMES confeccionados con destino a las SECRETARIAS y ASEADORAS al servicio del Municipio”*.

Los asuntos principales que deberá analizar la Sala para determinar si las pretensiones han de prosperar o no, habida cuenta de las pruebas aportadas al proceso, están referidos a: **(i)** nulidad absoluta del anticipo acordado en el contrato; **(ii)** cumplimiento de los requisitos para la ejecución del contrato; **(iii)** prestaciones cumplidas en ejecución del contrato por parte de la contratista; **(iv)** incumplimiento del contrato; **(v)** vulneración al principio de la buena fe por parte de la entidad demandada; **(vi)** acreditación de los perjuicios sufridos por la contratista.

3.1. Nulidad absoluta del anticipo acordado en el contrato.

³³ Folio 165, Cuaderno 1

³⁴ Folios 167 – 168, Cuaderno 1

Dentro de los elementos que conforman el acervo probatorio se encuentra claramente demostrado que en la cláusula segunda del contrato se pactó un “*anticipo*” que ascendía al setenta y cinco por ciento (75%) del valor total del contrato, porcentaje acerca del cual la entidad territorial demandada ha señalado que constituye una suma superior a la permitida legalmente y que, por esa razón, se abstuvo de hacer el pago respectivo.

Al respecto, el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, claramente indica:

“En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.”

Desde la perspectiva de la naturaleza de las normas jurídicas, la Sala encuentra que la primera parte de la norma transcrita se puede calificar como dispositiva y la segunda, necesariamente, como imperativa. En efecto, según la concepción y el texto mismo de la norma legal transcrita las partes contractuales pueden decidir libremente si habrá, o no, pago anticipado o anticipo y en tal sentido la norma es dispositiva, pero en el supuesto de que las respectivas partes contractuales, en ejercicio de su autonomía, pacten un pago anticipado o un anticipo, la segunda parte de la norma tiene un carácter diferente al que se advierte en la primera, puesto que de manera inequívoca y perentoria se prescribe, a manera de prohibición, que el monto del anticipo “*no podrá exceder*” del porcentaje indicado.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que cualquier acuerdo que celebren las partes y que se incluya en una cláusula contractual, en virtud del cual se establezca una suma superior al “*cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato*” a título de pago anticipado o anticipo, constituye una violación del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y, por consiguiente, en el caso concreto sometido a conocimiento de la Sala la inclusión en la cláusula segunda del contrato relacionada con un anticipo del setenta y cinco por ciento (75%), evidentemente contraría la limitación normativa referida.

En consecuencia, la violación de la norma da lugar a la sanción que el ordenamiento jurídico prescribe para tal situación, la cual está comprendida en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, así:

“Artículo 44.- Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

(...)

2º. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

(...)”

En la parte resolutive de la sentencia la Sala declarará la nulidad absoluta de la cláusula segunda del contrato en estudio, debido a que se fijó a título de anticipo el monto equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del valor total del aludido vínculo, cuestión que va en contra de la expresa prohibición legal comprendida en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

La Sala aclara que la sanción de nulidad referida no se extiende al contrato íntegro sino que se predica únicamente de la parte referida al anticipo en virtud de lo dispuesto en el mismo Estatuto de Contratación Estatal, el cual indica, bajo el título de *“nulidad parcial”*:

“Artículo 47.- La nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato, no invalidará la totalidad del acto, salvo cuando éste no pudiese existir sin la parte viciada.”

En efecto, es necesario tener en cuenta que la nulidad de lo dispuesto en una cláusula acerca del pago anticipado o del anticipo no invalida *“la totalidad del acto”*, de conformidad con lo que al respecto dispone el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, puesto que esta norma, al establecer que *“se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos”* en los contratos estatales, de manera inequívoca otorga a los contratantes la libertad o la autorización para acordar o no tal modalidad dentro del correspondiente contrato y, en consecuencia, el pago anticipado o anticipo constituye en un elemento sin cuya presencia el contrato que convoca el interés de la Sala puede existir y ser válido.

Como resultado de la argumentación expuesta, la Sala concluye que el *“CONTRATO DE SUMINISTRO NO. 096”* subsiste a la declaración de nulidad de la disposición contractual referida al anticipo.

3.2. Cumplimiento de los requisitos para la ejecución del contrato.

En el expediente se encuentra debidamente acreditado:

- Que el contrato se perfeccionó, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993³⁵, puesto que el acuerdo alcanzado por las partes contractuales se extendió por escrito mediante el “*CONTRATO DE SUMINISTRO NO. 096*”, suscrito el 31 de octubre de 1996;
- Que la contratista constituyó, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula sexta del contrato y en el otrosí suscrito el 1 de noviembre de 1996, las garantías exigidas para la ejecución del contrato, mediante la contratación de las pólizas de seguros respectivas con “*LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS*” para amparar los riesgos de buen manejo del anticipo y de cumplimiento del contrato;
- Que la contratista pagó el valor correspondiente a la publicación en la gaceta municipal del contrato;
- Que la Tesorería del Municipio de Maicao expidió la “*CERTIFICACION DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL No. 0824*” de fecha 31 de octubre de 1996, en la cual bajo el rubro presupuestal de “*Compra de Uniformes*”, se precisa que hay un “*VALOR*” de “*\$30.000.000=*” a favor de “*Danelfi Peñaranda Medina*”;
- Que el Municipio de Maicao expidió la Resolución No. 076 del 15 de noviembre de 1996, suscrita por la Secretaria General de la entidad, mediante la cual se aprobaron las pólizas de garantía expedidas a su favor, para amparar el buen manejo del anticipo y el cumplimiento del contrato;

De acuerdo con los elementos probatorios relacionados, la Sala considera que el contrato habría podido ejecutarse debidamente por parte de la entidad estatal demandada y que si tal cosa no sucedió no se puede imputar a que no se hubieran cumplido por parte de la contratista los requisitos para el inicio de la ejecución del contrato.

3.3. Prestaciones cumplidas en ejecución del contrato por parte de la contratista.

³⁵ Artículo 41. *Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.*”

Obran en el plenario, dibujos y anotaciones elaborados por la demandante Danelfi Peñaranda Medina, los cuales corresponden a los diseños de los vestidos y a las medidas de sesenta y dos (62) mujeres que laboraban para el Municipio de Maicao. Algunos de los folios donde se encuentran los dibujos presentan un membrete en el cual se aprecia: *“VISTETE CON MEPI DANELFI PEÑARANDA MEDINA DISEÑADORA DE MODAS Calle 6 No. 4 – 38 Teléfono 272689 Riohacha – Guajira”*; también aparecen algunos recortes de tela, que habrían de ser utilizados para la confección de los diseños respectivos.

Al respecto, la Sala considera que una apreciación de las pruebas en su conjunto, tal y como lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil³⁶, es decir de los documentos referidos en este numeral, junto con el contrato, aquellos que acreditan el cumplimiento de los requisitos para la ejecución del contrato – el certificado de disponibilidad presupuestal, las pólizas de seguro, el pago de la publicación en la gaceta, la resolución de aprobación de las garantías – y las declaraciones y constancias acerca de la idoneidad de la contratista para realizar las labores, permite concluir que, en efecto, la contratista Danelfi Peñaranda Medina inició la ejecución del contrato entrevistándose con las secretarias que laboraban para el Municipio de Maicao, tomándoles las medidas y elaborando los dibujos que correspondían a los diseños de los vestidos, razón por la cual se concluye que los documentos referidos a los diseños y a las medidas de las secretarias y aseoadoras al servicio de la entidad territorial son auténticos, conclusión que se apuntala con la condición adicional, nada despreciable que tanto los documentos como las afirmaciones anteriormente relacionadas fueron aceptadas pacíficamente por la entidad demandada comoquiera que jamás los cuestionó, jamás los controversió y ni siquiera los puso en duda.

Además, debe tenerse en cuenta que mediante certificación suscrita el 19 de mayo de 1999 por el Tesorero del Municipio de Maicao, se hace constar que *“la señora DANELFI PEÑARANDA MEDINA”* presentó la *“cuenta de cobro No. 1938 por concepto del 50% de anticipo del contrato No. 096 de noviembre 1 de 1996”* y que el valor correspondiente era de *“QUINCE MILLONES DE PESOS M.L. (\$15.000.000.00)”*, cuestión que demuestra su decisión y buena fe de respetar la

³⁶ *“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.
(...)”*

ley, en tanto que la contratista se contrajo al límite normativo respectivo del 50% y no al 75% del valor del contrato dispuesto en la referida cláusula segunda.

3.4. Incumplimiento del contrato.

En relación con este particular, la Sala concluye que el contrato no se cumplió por parte de la contratista en tanto que no entregó los vestidos que le habían sido encomendados, pero tal incumplimiento se atribuye por parte de la demandante a la falta de pago del anticipo del contrato, la cual está debidamente probada en el expediente mediante la certificación suscrita por el Tesorero del Municipio de Maicao, apenas referida, en la cual se hace constar que no se le pagó a la contratista el anticipo cobrado del 50%.

A pesar de que el límite legal era del 50% y que la cuenta de cobro que pasó la contratista era por tal porcentaje, no se extendió ningún otrosí en el cual se modificara la cláusula segunda para ajustarla a lo prescrito en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Extraña a la Sala de la anterior constatación dos cosas: **(i)** que sí se hubiera hecho un otrosí para modificar lo concerniente a las garantías de la cláusula sexta del contrato y que no se hubiera elaborado uno para la modificación del monto del anticipo, a pesar de haber contado con la oportunidad para ello; **(ii)** la afirmación que hace la entidad territorial en la contestación de la demanda, carente de soporte probatorio, acerca de que la contratista no quiso modificar el monto del anticipo a pesar de que la entidad se lo solicitó, puesto que la cuenta de cobro aludida por el Municipio de Maicao refiere que el valor del anticipo cobrado por la contratista ascendía solamente al 50%, lo cual a todas luces desvirtúa el argumento de la demandada acerca de la falta de ánimo de la contratista de modificar el porcentaje pactado.

En atención a las condiciones propias de este contrato, en el cual una persona natural, la señora Danelfi Peñaranda Medina, asume la obligación de confeccionar y entregar prendas de vestir, "*uniformes*", para las secretarías y aseo de una entidad territorial, de conformidad con los diseños escogidos por estas personas y de acuerdo con sus medidas propias, se entiende claramente que había necesidad de un anticipo o pago anticipado para poder ejecutar el contrato – puesto que era necesario viajar de Riohacha a Maicao, cubrir los costos de la estancia en esta ciudad, realizar las correspondientes entrevistas, tomar las medidas respectivas a las secretarías y aseo, comprar los materiales y

elementos requeridos para la confección, contratar a las personas que habrían de ayudarle en la elaboración de los uniformes–, como efectivamente las partes contractuales lo entendieron y acordaron en la cláusula segunda del contrato.

Desde esta perspectiva concreta del negocio, la Sala considera que, sin la entrega del anticipo, el cumplimiento del contrato por parte de la contratista exigía esfuerzos financieros superiores de los que las cláusulas del contrato imponían y que, por tal razón, no fue posible para la contratista cumplir con el objeto contratado. Si bien es cierto que en los términos del artículo 47 de la Ley 80 de 1993 la nulidad de la cláusula no da lugar a la nulidad del contrato, en atención a que éste puede “*existir sin la parte viciada*”, es decir, el contrato subsiste en la vida jurídica aún sin la cláusula del anticipo, la Sala considera que en tratándose de la ejecución del contrato la conclusión es diferente, puesto que se tornó excesivamente onerosa para la contratista de acuerdo con el equilibrio de que da cuenta el texto originario del contrato, al punto que a pesar de haber iniciado la ejecución correspondiente no fue posible llevarla a término.

3.5. Vulneración al principio de la buena fe por parte de la entidad demandada.

Estas últimas conclusiones, aunadas a las anteriores –consistentes en que la contratista cumplió con las exigencias para la ejecución del contrato; que inició efectivamente su ejecución; que solicitó un pago de anticipo de acuerdo con el límite legal y, por tanto, se allanó a ajustar sus derechos contractuales a las prescripciones normativas; que estuvo pronta a suscribir un otrosí modificatorio de la cláusula sexta para lograr que el contrato siguiera su marcha–, hacen que la Sala deba reprochar la actuación de la entidad estatal demandada y que la califique como una falta a la buena fe contractual, por no haber utilizado las herramientas con las cuales contaba para la adecuación del contrato a las prescripciones legales, como era la de haber elaborado y/o promovido la celebración de un acuerdo adicional para la modificación del porcentaje acordado a título de anticipo, tal como sí lo hizo para la modificación de las garantías mediante el otrosí del 1 de noviembre de 1996, más aun cuando de acuerdo con lo dicho en la contestación de la demanda esa habría sido supuestamente la intención de la entidad estatal.

Son diferentes las normas que dentro de la Ley 80 de 1993 imponen a la Administración la obligación de ir más allá del texto escueto y de adelantar

actuaciones con arreglo a los principios que informan tanto la contratación en general, como específicamente la contratación estatal:

“Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

“Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.”

En ese orden de ideas, entre otros principios referidos, la Sala considera necesario, para dar solución al asunto *sub judice*, recurrir al principio jurídico de la buena fe contractual, el cual impone a las partes hacer todo lo que se requiera, incluso más allá del texto específicamente convenido en procura de proteger los intereses propios y los de la contraparte y, en tratándose de la contratación estatal, el interés que atañe a la comunidad en general y al Estado respecto de la celebración y ejecución de negocios jurídico para el cumplimiento de las finalidades públicas. El Código Civil y el Código de Comercio, en normas que son de recibo en la contratación estatal³⁷, indican claramente sobre el particular, respectivamente:

“Artículo 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.”

“Artículo 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todos lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

De acuerdo con lo anterior, la buena fe cumple una función integradora del contrato en la medida en que constituye una *“causa o fuente de creación de*

³⁷ *“Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley...”*

*especiales deberes de conducta, exigibles, en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes*³⁸. Así, el principio de buena fe no brinda una regla única para resolver el caso particular, sino que, en virtud de la necesidad de concreción que le es connatural, en cada supuesto exige un juicio valorativo para la aplicación del contenido objetivo general del principio, teniendo en cuenta las especiales consecuencias del caso en relación con los ideales jurídicos a que el principio se refiere³⁹. Obviamente, si llega a ocurrir que el incumplimiento de los deberes u obligaciones que impone el principio de buena fe genera perjuicios, habrá lugar al reconocimiento y pago de las indemnizaciones correspondientes.

En el asunto *sub judice*, habida cuenta de las características especiales y concretas del contrato y de la contratista, de los factores económicos que dieron lugar a la falta de ejecución íntegra del contrato, de los esfuerzos que realizó la contratista por allanarse a la legalidad para la realización del objeto contractual y de la actuación ajena al principio de buena fe seguida por el Municipio de Maicao, al abstenerse de hacer el mínimo esfuerzo para ajustar a la legalidad el porcentaje de “*anticipo*” pactado en la cláusula segunda del contrato, la Sala declarará en la parte resolutive el incumplimiento del Municipio de Maicao de las obligaciones contractuales emanadas del principio de buena fe, en concordancia con lo pedido en las pretensiones de la demanda acerca de la declaración de incumplimiento de la entidad territorial “*por la omisión del cumplimiento de sus deberes y funciones.*”

3.6. Acreditación de los perjuicios sufridos por la contratista.

Teniendo en consideración que el contrato no se ejecutó, puesto que la contratista no confeccionó ni entregó uno solo de los vestidos de los que habían sido acordados y dado que el valor pactado a título de anticipo es ilegal, sólo se reconocerán los perjuicios materiales que atañen al daño emergente del valor que representó para la contratista el cumplimiento parcial del contrato y al lucro cesante que en este caso corresponde a los intereses compensatorios respectivos.

3.6.1. Acreditación y cuantificación del perjuicio.

³⁸ L. DIEZ-PICAZO, Prólogo a la obra: F. WIEACKER. *El principio general de buena fe*. Madrid: Cívitas, 1982, p. 19

³⁹ K. LARENZ, *Derecho de obligaciones*. Tomo I, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 143

Al respecto, la Sala observa que los perjuicios correspondientes se encuentran suficientemente acreditados, comoquiera que se probó que la contratista Danelfi Peñaranda Medina inició la ejecución del contrato entrevistándose con las secretarías que laboraban para el Municipio de Maicao, les tomó las medidas, elaboró los dibujos que correspondían a los diseños y colores de los vestidos, es decir, la contratista desarrolló una actividad susceptible de apreciación económica, consistente en su oficio de confeccionista de vestidos en la etapa previa a la elaboración del vestido propiamente dicha, labor para la cual hubo de transportarse desde su domicilio, Riohacha, hasta el Municipio de Maicao.

No obstante lo anterior, se observa que el perjuicio no está cuantificado puesto que a pesar de que se rindió un concepto en primera instancia, proveniente del SENA, acerca de que el valor de la mano de obra por la confección de cada vestido para el año 1997 era de \$15.000, no se evidencia la suma o porcentaje a la cual ascendía la labor previa a la confección del vestido femenino, consistente en la toma de medidas, escogencia de diseños y de colores para los vestidos de sesenta y dos (62) mujeres, de suerte que el correspondiente daño emergente no está cuantificado.

3.6.2. Aplicación del principio de equidad para cuantificar el perjuicio.

Habida cuenta de lo anterior, la Sala considera que, acudiendo al *arbitrio iuris*, de conformidad con los postulados de la equidad, podrá definir el valor correspondiente y proceder con una “*atemperación equitativa de los intereses de las partes*”⁴⁰ mediante la condena. Una decisión equitativa es aquella que adecúa su resultado a todas las circunstancias susceptibles de valoración; que mantiene imparcialmente el equilibrio proporcional entre los legítimos intereses de las partes y en la que se tienen en cuenta todos los elementos particulares del caso, de su conjunto, de su conflicto y de sus interferencias, puesto que escapa del campo de la abstracción.⁴¹

En relación con la aplicación de este principio para la valoración del daño, ha dicho la Sección Tercera:

⁴⁰ L. BIGLIAZZI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Derecho Civil, Hechos y actos jurídicos*, (Tomo I, Volúmen 2) (Trad. F. HINESTROSA), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 984 s

⁴¹ C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, (reimpresión. 1983), Cedam, Padova, 1938, p. 214.

“... no puede perderse de vista el principio de equidad, ... previsto en la norma transcrita [artículo 16 de la ley 446 de 1998] para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. ... Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad.

“No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquella y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización”⁵.

En el caso concreto, para efectos de determinar la suma que se debe reconocer y pagar a la demandante a título de daño emergente, la Sala observa que el valor total del contrato ascendía a \$30'000.000.00 y que ese valor correspondía, de acuerdo con la cláusula primera del contrato al *“suministro de UNIFORMES confeccionados con destino a las SECRETARIAS y ASEADORAS al servicio del Municipio”*, de lo cual se concluye que la ejecución del contrato habría de comprender las siguientes etapas: **(i)** la labor de entrevistar a 62 mujeres, tomar las medidas de cada una de ellas, escoger los diseños y colores de los vestidos; **(ii)** la adquisición de los materiales para la confección de los vestidos; **(iii)** la contratación del personal que habría de colaborar con la confección de los vestidos; **(iv)** la confección propiamente dicha de los vestidos; **(v)** la entrega de los mismos; **(v)** la realización de los ajustes que resultaren necesarios de acuerdo con las necesidades respectivas.

En consideración a que las etapas señaladas no pueden ser consideradas iguales, dado que los esfuerzos personales y económicos que cada una de ellas entraña son diferentes, la Sala considera que la primera labor referida, la cual corresponde a la ejecución parcial del contrato cumplido por la contratista, asciende a un 10% de su valor total, es decir, a \$3'000.000.00.

Ahora bien, en dirección hacia el mismo porcentaje, ante la falta de elementos objetivos que conduzcan claramente a la tasación del perjuicio respectivo, la Sala encontraría bases coincidentes para concluir que el perjuicio es del 10%, en

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646, actor: Belén González y Otros – William Alberto González y Otra.

atención a que en tratándose de un contrato conmutativo, como el presente, en el cual la prestación que cumple la contratista “se mira como equivalente” a lo que la entidad contratante “debe dar o hacer”⁴², el porcentaje que fue asegurado a favor de esta última para “garantizar el cumplimiento del Contrato No. 096”, ascendía al 10% del valor total del contrato, es decir \$3'000.000.00.

Lo anterior indica claramente que el perjuicio que había sido contemplado por la entidad a título de incumplimiento del contrato por parte de la contratista ascendía a \$3'000.000.00 y que, en observancia de la condición sinalagmática referida, también a él debería ascender la condena a favor del contratista por el incumplimiento del deber de buena fe en la ejecución del contrato por parte de la entidad estatal.

3.6.3. Liquidación del perjuicio.

De acuerdo con la exposición anterior, el valor histórico asciende a **\$3'000.000.00** y para efectos de su actualización, la fórmula usualmente utilizada que se aplicará es: Valor actualizado, igual al valor histórico (valor al momento en que se hizo exigible la obligación) multiplicado por el resultado del índice de precios al consumidor final (IPC vigente a la fecha de la sentencia) dividido por el índice de precios al consumidor inicial (IPC vigente en la fecha en que se hizo exigible la obligación).

En el asunto *sub judice* la fecha que se utilizará como aquella a partir de la cual se hizo exigible la obligación es el 30 de noviembre de 1996. La Sala llega a esta fecha con base en el siguiente análisis: la duración del contrato, de acuerdo con la cláusula séptima, era de 3 meses, los cuales habrían de empezar a contarse, de acuerdo con la misma cláusula, a partir del momento en que el contrato se legalizara, cuestión que ocurrió el 15 de noviembre de 1996, puesto que fue entonces cuando se expidió la Resolución No. 076 de la entidad demandada, a través de la cual se aprobaron las pólizas de garantía. En consecuencia, habida consideración de que el contrato tenía una duración total de 3 meses y que se ejecutó parcialmente en las prestaciones que han sido descritas a lo largo de la providencia, la Sala concluye que el período que hubo de tomarse la contratista

⁴² Código Civil, artículo 1498.- “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.”

para tal ejecución parcial fue de 15 días y, por esta razón, entiende que la suma se hizo exigible a partir del 30 de noviembre de 1996.

Los números correspondientes son: **(i)** VH: \$3'000.000.00; **(ii)** IPC final (marzo de 2010): 103.81; **(iii)** IPC inicial (noviembre de 1996): 37.72.

$$VA = 3'000.000.00 \left[\frac{103.81}{37.72} \right]$$

De acuerdo con la fórmula el valor es de: **\$8'256.362.00**

En el mismo sentido, la Sala aprecia que dentro de las pretensiones de la demanda, respecto de los perjuicios materiales, la demandante solicitó el reconocimiento y pago del daño emergente y del lucro cesante. En relación con éste último, habida cuenta de que no existe prueba dentro del plenario de perjuicios adicionales que debieran ser declarados y por los cuales se condenará a la entidad demandada, la Sala encuentra que sólo procedería la condena por el pago de los intereses compensatorios, en observancia de lo dispuesto en el artículo 717 del Código Civil, en el cual se indica que: “[S]e llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido.” De conformidad con esto último, el artículo 1617 del Código Civil, en su inciso segundo, fija el interés legal en el 6% anual.

En consecuencia, la liquidación procede de conformidad con la siguiente fórmula:

$$I = \text{Capital histórico} \times \text{período de tiempo} \times \text{tasa de interés.}$$

Donde:

I: Capital histórico: \$3'000.000.00

Período de tiempo: del 30 noviembre de 1996 a abril de 2010 (14.41 años)

Tasa aplicable: 6% anual.

$$I = \$3'000.000. \times 14.41 \times 0.06$$

De acuerdo con la fórmula, la condena por concepto de intereses legales remuneratorios asciende a **\$2'593.800.00**

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCASE la sentencia proferida el 22 de noviembre de 1999 por el Tribunal Administrativo de la Guajira.

SEGUNDO: DECLARASE la nulidad absoluta de la cláusula segunda del “[C]ONTRATO DE SUMINISTRO NO. 096” en la parte en la cual se pacta un “[A]nticipo en cuanto (sic) al SETENTA Y CINCO POR CIENTO (75%) del valor del contrato”

TERCERO: DECLARASE que el **Municipio de Maicao** incumplió sus deberes y obligaciones en relación con el principio de la buena fe en la ejecución del “CONTRATO DE SUMINISTRO NO. 096”, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

CUARTO: CONDENASE al **Municipio de Maicao** a pagar a favor de **Danelfi Peñaranda Medina** la suma de **\$10'850.162.00**.

QUINTO: DENIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Ruth Stella Correa Palacio

Presidenta

Mauricio Fajardo Gómez

Enrique Gil Botero

Myriam Guerrero De Escobar