

CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Objeto / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Para la construcción de obras civiles y de mantenimiento de caminos vecinales en el Departamento del Magdalena / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Por desequilibrio económico de contrato de obra / DESEQUILIBRIO ECONOMICO - Por mayor permanencia del contratista en obra / MAYOR PERMANENCIA EN OBRA - Por suspensión del contrato acordada entre las partes mediante otrosí / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Nulidad acto de liquidación unilateral del contrato / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Liquidado unilateralmente por la entidad contratante pese a encontrarse vigente / NULIDAD DE LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Por falsa motivación al imputar incumplimiento contractual de contratista y vencimiento del plazo

En la demanda que ahora se examina se presentaron pretensiones de nulidad del acto de liquidación del contrato y de condena por los perjuicios causados, apoyadas en supuestos facticos referidos a las causales de nulidad del acto de liquidación, pero también se invocaron supuestos de incumplimiento contractual y de ruptura del equilibrio económico, amén de que se planteó la liquidación de perjuicios objeto de la condena en el escenario de la liquidación del contrato, previa consideración acerca del descuento o compensación del anticipo no amortizado en la ejecución del respectivo contrato.(...) La demandante pretendió la nulidad del acto de liquidación unilateral del contrato en cuanto dicho acto administrativo se motivó en el incumplimiento imputado a la contratista y en el supuesto vencimiento del término del contrato para la época en que fue formalizado el otrosí de prórroga y por otra parte, señaló el incumplimiento de la entidad contratante y el derecho a hacer efectiva la cláusula penal del contrato y, también, argumentó la mayor permanencia en obra, todo lo cual presentó como amparado en el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato. (...) la parte actora estructuró la liquidación de los perjuicios reclamados con fundamento en la cuenta final de liquidación del contrato, la cual según la demandante debió arrojar un monto a su favor, aún después de aplicar el descuento del anticipo, es decir que desde la demanda se dio por aceptada la procedencia de la compensación de la cuenta correspondiente al anticipo no amortizado.

RECURSO DE APELACION - Competencia / COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. Cuando la controversia es de naturaleza contractual. Fundamento normativo / COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Conoce de controversias provenientes de contratos celebrados por entidades estatales

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, vigente para la época en que se presentó la demanda, le asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el objeto de “juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”. Con fundamento en la aludida disposición, esta Jurisdicción Especializada resulta competente para conocer de la presente controversia teniendo en cuenta que los actos acusados provienen del departamento del Magdalena, entidad territorial con categoría de departamento y por tanto, perteneciente a aquellas expresamente mencionadas en su carácter de entidad estatal, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Se agrega que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la llamada a dirimir las controversias que se originan en la

actividad contractual de las entidades estatales, de acuerdo con los dictados del artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 82 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 30 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 2 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 75

APELACION SENTENCIA - Competencia / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO - En acción de controversias contractuales / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO - Procesos con vocación de segunda instancia de sentencias dictadas por tribunales / VOCACION DE DOBLE INSTANCIA EN ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Si se evidencia que la pretensión mayor supera cuantía dispuesta para ser conocida en primera instancia por tribunales administrativos

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión por perjuicios e indemnizaciones se estimó en la suma de \$472'813.275, valor que resulta superior a quinientas veces el salario mínimo legal mensual vigente para la época en que se presentó la demanda (\$286.000 x 500 = \$143'000.000) y por tanto, supera el monto exigido de conformidad con la Ley 954 promulgada el 28 de abril de 2005, para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia.

FUENTE FORMAL: LEY 954 DE 2005

ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Caducidad / CADUCIDAD ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Procedente cuando se pretende la nulidad de actos administrativos contractuales que liquidan unilateralmente el contrato / TERMINO DE CADUCIDAD ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Dos años siguientes a su comunicación, notificación o publicación / CADUCIDAD ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – No operó por presentación de la demanda dentro de término legal

La demanda fue presentada el 13 de agosto de 2001, dentro del término de caducidad de la acción que fijó el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, es decir dos años contados a partir de la ejecutoria de la Resolución 818 de 19 de agosto de 1999 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución 001 de 8 de enero de 1999, contentiva del acto de liquidación unilateral del contrato 002 de 1997. Aunque en este proceso no se tiene precisión acerca de la notificación del acto que confirmó la liquidación unilateral del contrato, tomando la fecha en que fue expedida la Resolución 818 de 19 de agosto de 1999 –que se entiende anterior a la fecha de su ejecutoria-, se observa que no se configuró la caducidad toda vez que se entabló una acción contractual de las previstas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y con relación al supuesto que ahora se examina, la oportunidad para presentar la demanda era de dos años contados a partir de la ejecutoria del acto de liquidación del contrato, de conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 87 / DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 136

COPIAS SIMPLES - Valor probatorio / VALOR PROBATORIO COPIAS SIMPLES - Cuando se encuentran desde el inicio del proceso y no son

desconocidas por la parte contraria ni son tachadas de falsas / VALOR PROBATORIO DE COPIAS SIMPLES - El mismo dado a documentos aportados en original salvo disposición en contrario / PRINCIPIO DE BUENA FE - Debe ser reconocido por el juez y otorgar valor probatorio a prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso sin ser impugnada / VALOR PROBATORIO DE COPIAS SIMPLES - Valoradas por encontrarse desde el inicio del plenario sin que fueran tachadas de falsas

En su gran mayoría los documentos que obran en el expediente se aportaron en copias simples remitidas por el departamento del Magdalena, las cuales se tienen como pruebas válidas en los términos de los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2013. En consecuencia, no habiéndose presentado tacha o reparo en las pruebas allegadas al plenario, con fundamento en la sentencia de unificación antes referida se da por superado el obstáculo planteado en la sentencia de primera instancia acerca del defecto de la prueba documental y por tanto, procede la valoración de los documentos que obran en el plenario. **NOTA DE RELATORIA:** Referente al valor probatorio de las copias simples, consultar sentencia de 28 de agosto de 2013, Exp. 25022, MP. Enrique Gil Botero

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254

PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL - Fundamento normativo / PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL - Enmarcado en las disposiciones del Código Civil en la figura de la equivalencia de prestaciones en el contrato conmutativo / PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO EN LA ECUACION ECONOMICA - Previsto en el Código de Comercio en la figura de revisión del contrato por circunstancias imprevistas / PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO EN LA ECUACION ECONOMICA - En materia de contratación administrativa tuvo consagración en la Ley 80 de 1993 / RESPONSABILIDAD DE ENTIDADES ESTATALES POR HECHOS ANTIJURIDICOS CON OCASION DE UN CONTRATO ESTATAL - Regulación legal

Aunque el principio del equilibrio contractual se reconoció con anterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993, con fundamento en las normas sobre reajustes de precio en el contrato de obra pública, las disposiciones del Código Civil acerca de la equivalencia de prestaciones en el contrato conmutativo y la figura de revisión por circunstancias imprevistas consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, es importante precisar que la consagración positiva del derecho al equilibrio en la ecuación económica en el contrato estatal se configuró en la Ley 80 de 1993 (...) El artículo 50 de la Ley 80 expedida en 1993 consagró el principio de responsabilidad de las entidades estatales por hechos antijurídicos en el seno del contrato estatal y el deber de la indemnización establecida de acuerdo con el monto de la disminución patrimonial y la utilidad dejada de percibir.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 50

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO - Diferencias entre los conceptos de incumplimiento del contrato, expedición de acto contractual ilegal y desequilibrio económico / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO - Exigencias probatorias para la acreditación del perjuicio conforme a la causal de responsabilidad invocada / ILEGALIDAD DE ACTO CONTRACTUAL - Su demostración se determina con base en las causales de

nulidad del acto administrativo / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Su acreditación se realiza mediante prueba de la obligación contractual, la falla en la prestación debida y del daño causado por ella / DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Demanda prueba del hecho que genera la ruptura de la ecuación contractual en concordancia con la fórmula financiera pactada en el contrato y la distribución de las cargas efectivamente asumidas por las partes

Conviene distinguir los conceptos y las pretensiones en razón a que las causas de imputación de responsabilidad –bien sea en relación con el acto ilegal o con el incumplimiento o el desequilibrio que ahora se distinguen- son diversas y de allí se pueden desprender diferencias en relación con lo que se debe demostrar en el proceso y la forma de liquidación de la respectiva condena. Acerca de la prueba que soporta las distintas pretensiones dentro de la acción contractual se puede realizar la siguiente precisión: i) En términos generales la ilegalidad del acto contractual se demuestra con base en las causales de nulidad del acto administrativo. ii) El incumplimiento del contrato se acredita mediante la prueba de la obligación contractual – es decir del contrato y su contenido –, de la falta o falla en la prestación debida y del daño causado por ella. iii) A su turno, el evento de desequilibrio económico se prueba partiendo igualmente del acuerdo contractual, empero los elementos probatorios se deben enfocar sobre la fórmula económica que gobernó el contrato y la distribución de los riesgos y cargas dentro de la misma, de una parte, así como se requiere demostrar, de otra parte, el hecho que configuró la ruptura de la ecuación contractual correspondiente y la relación de causalidad entre dichos elementos.

RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Se requiere que la afectación sea extraordinaria, afecte de manera real grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenidas por las partes / ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Su reconocimiento no siempre es imputable a la entidad contratante

También se pueden citar diferencias entre el restablecimiento del derecho, el incumplimiento y el desequilibrio económico del contrato, de cara a la medida de la reparación del perjuicio, toda vez que en los dos primeros eventos se debe resarcir el daño y la ganancia dejada de percibir, pero frente al desequilibrio económico se ha advertido por la jurisprudencia que no cualquier afectación financiera configura el desbalance de la ecuación económica del contrato y que la ganancia dejada de percibir puede no ser imputable a la contratante, de acuerdo con la ecuación que haya sido pactada. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la noción y alcance del concepto de equilibrio contractual, consultar sentencias de 13 de febrero de 2013, Exp. 24996, MP. Mauricio Fajardo Gómez; y de 2 de julio de 2015, Exp. 34518, MP. Hernán Andrade Rincón (E).

PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA - Juzgador debe analizar y adecuar los supuestos fácticos al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado que sea procedente / PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA -. Límites en casos de controversias contractuales / PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA - La adecuación de la causa petendi no puede modificar el petitum de la demanda, el alcance de la acción, o la oportunidad de ejercicio de la misma / CAUSA PETENDI - Inmodificabilidad por juez contencioso / PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA - Su reconocimiento impide el desconocimiento del principio al debido proceso y el derecho a la defensa

La adecuación de la causa petendi a los conceptos jurídicos que son fuente de la responsabilidad en el caso de las controversias contractuales puede hacerse dentro de tres límites: i) el petitum de la demanda y el contenido de la apelación -si se trata de la interpretación en segunda instancia-; ii) el alcance de la acción contractual definido en la ley -en este caso en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo- y iii) la oportunidad en el ejercicio de la acción, esto es que no haya operado la caducidad respecto de los hechos que se adecúan a los conceptos jurídicos. Para abrir paso a la debida aplicación del principio iura novit curia en segunda instancia, se requiere, además, verificar que el asunto que se reformula desde la óptica de un nuevo concepto jurídico, no entra en conflicto con el principio del debido proceso y el derecho de defensa. Por tanto, en este ejercicio de valoración del plenario frente a los conceptos jurídicos se debe tener en cuenta que los hechos litigiosos sobre los cuales versa la decisión tienen que haber sido objeto del debate probatorio y argumentativo, por manera que en su fijación no se exceda el marco legal de la acción contractual ni el ámbito de la contradicción sub lite.

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 87

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Prohibición de extralimitación de las facultades legales del juez por aplicación del principio iura novit curia / PRINCIPIO NON REFORMATIO IN PEJUS - No permite que se pueda agravar la situación al apelante único

Se advierte que so pretexto de la amplitud de los poderes del Juez y de las pretensiones posibles en la acción contractual, no se debe extralimitar lo que se pidió en la demanda ni aquello sobre lo cual fue llamada a responder la parte demandada, quien solo puede ser condenada en congruencia con las pretensiones de la demanda. (..) el demandando no apeló la sentencia de primera instancia. En consecuencia, con fundamento en sus defensas no podrá generarse reconocimiento que agrave la posición de la demandante, de acuerdo con el principio de no reformatio in pejus.

VENCIMIENTO DEL PLAZO CONTRACTUAL - No se configuró por evidenciarse suspensión del plazo del contrato por acuerdo entre las partes / VENCIMIENTO DEL PLAZO CONTRACTUAL - No se encontraba vencido para la época en que se expidió el acto de liquidación del contrato de obra

La duración del contrato 002 de 1997 fue inicialmente establecida en cuatro meses contados a partir del acta de inicio. Dicha acta se suscribió el 14 de abril de 1997, por lo cual la vigencia inicial del contrato era hasta el 14 de agosto de 1997. No obstante, inicialmente el término de ejecución del contrato corrió solo por dos días, toda vez que el contrato se suspendió el 16 de abril de 1997, de acuerdo con el acta de suspensión. Posteriormente, el plazo del contrato volvió a correr desde el 16 de mayo de 1997, fecha en que se suscribió el acta de reinicio. De esta manera el plazo restante, de 3 meses y 28 días corrió entre el 16 de mayo y el 14 de septiembre de 1997. Sin embargo, de acuerdo con el acta de reiniciación de obras suscrita el 16 de mayo de 1997, "con el fin de reiniciar las obras del contrato en mención [002/97]", la suspensión de las obras se levantó solo parcialmente. (...) el acta de reiniciación de obras evidencia un acuerdo entre las partes, acerca de la reiniciación del plazo para unas obras y suspensión del mismo para las otras. (...) resulta cierto como alegó la demandante, que el plazo del contrato para esas obras permaneció suspendido por acuerdo entre las partes y por tanto, no se encontraba vencido para la fecha en que se expidió la resolución 001 de 1999, contentiva del acta de liquidación unilateral del contrato.

PRORROGA DEL PLAZO CONTRACTUAL - Se encontró suscrita en debida forma por acuerdo entre las partes mediante otrosí / LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Desconoció el acuerdo de las partes mediante el cual se amplió el plazo contractual / DESCONOCIMIENTO DE LA PRORROGA DEL PLAZO CONTRACTUAL - Constituyó causal de nulidad por falsa motivación del acto de liquidación unilateral del contrato

No se puede imputar ilegalidad al acuerdo de prórroga del contrato, contenida en el otrosí 1 por razón de la época en que se suscribió, toda vez que el término de ejecución del contrato 002 de 1997, en relación con las obras a las que se refirió el otrosí 1, se encontraba vigente. (...) Siendo el contrato una ley para las partes, es innegable que el plazo del mismo fue ampliado para efecto de la ejecución de las obras allí establecidas y por ello la entidad contratante no podía desconocer unilateralmente la modificación del contrato ni desestimar sus efectos jurídicos, como lo hizo al expedir los actos acusados. En consecuencia, por haber desconocido la fuerza obligatoria del otrosí 1 de 1997, el departamento del Magdalena incurrió en una falsa motivación del acto de liquidación unilateral del contrato.

EJECUCION DEL CONTRATO - Obligación con la que cumplió el contratista para reiniciar su ejecución

Se encuentra probado que mediante comunicación de enero 19 de 1998 la sociedad contratista allegó los certificados de modificación de las pólizas expedidas por Seguros Alfa S.A. en orden a orden a extender la vigencia de la garantía de cumplimiento y responsabilidad extracontractual para el contrato 002 de 1997, la cual según la referida comunicación fue extendida desde diciembre 11 de 1997 hasta agosto 12 de 1998. Posteriormente, en comunicación presentada el 10 de febrero de 1998, la contratista remitió nuevos certificados de modificación de las pólizas otorgadas. De lo anterior se deduce que la contratista cumplió con la obligación que le correspondió para reiniciar la ejecución del contrato. Se destaca que en el otrosí 1 suscrito el 10 de noviembre de 1997, el departamento hizo constar que contaba con la aprobación de FINDETER emitida el 6 de agosto de 1997, por manera que si dicha aprobación se hubiere configurado como un requisito para la continuar con la ejecución del contrato, se encontró igualmente cumplido.

NULIDAD DEL ACTO DE LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Procedente al evidenciarse falsa motivación en su expedición por la entidad demandada / FALSA MOTIVACION - Dado que el incumplimiento contractual de la contratista por vencimiento del plazo no se configuró / FALSA MOTIVACION - Prosperó al desconocerse los efectos jurídicos del otrosí relativo a la prórroga del contrato de obra / ACTO DE LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO - No era viable su expedición al no verificarse terminación de plazo convenido / CLAUSULA PENAL - No era dable su inclusión en el acto de liquidación unilateral al evidenciarse que el contrato aún se encontraba vigente

Se tiene probado que la Resolución 001 de 1999 incurrió en una falsa motivación al considerar que el contrato 001 de 1997 se encontraba vencido y que la contratista lo había incumplido. Igualmente se tipificó la falsa motivación en la Resolución 818 de 1999, toda vez que allí se desestimaron los efectos legales del otrosí 1 el cual se consideró inexistente en forma equivocada. Se agrega que esa consideración errada incidió en el contenido de la liquidación realizada por el

departamento en la referida Resolución 001 de 1999, toda vez que se liquidó el monto de la cláusula penal a cargo de la contratista. De conformidad, con todo lo expuesto, se accederá a la pretensión de nulidad de los actos acusados.

ACTA DE INICIO DE OBRA - Aún frente a la ausencia de un plazo pactado para firmarla, se entiende que existe un término razonable para cumplir con ella, de acuerdo con el contenido contractual / REINICIACION DE OBRAS - Fue injustificado el aplazamiento indefinido y la demora de Findeter en efectuar los desembolsos

Se advierte que la obligación de evitar la mayor onerosidad del contrato y el aplazamiento injustificado de la ejecución existe por virtud de la ley y se viola por la entidad contratante cuando no permite iniciar la obra y se niega sin razón alguna a suscribir el acta de inicio frente a la contratista que ha cumplido con todas las condiciones para ejecutar el contrato. Desde ese punto de vista, aún frente a la ausencia de un plazo pactado para firmar el acta de inicio de obra, se entiende que existe un término razonable para cumplir con la firma del acta de inicio de obra, por ejemplo con apoyo en el artículo 1551 del Código Civil o el artículo 855 del Código de Comercio, según se pueda establecer de acuerdo con el contenido contractual. (...) el departamento del Magdalena corrió con la obligación de conseguir los recursos para el pago del contrato y que máximo habría podido demorar la iniciación por un plazo de 60 días a partir de la firma, con apoyo en la demora en los trámites de la financiación. Por esta razón, no existió una justa causa de aplazamiento indefinido para permitir la reiniciación de las obras, ni siquiera frente a la demora o negativa de FINDETER en efectuar los desembolsos.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1551 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 855

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Inexistente por parte del contratistas al demostrarse prórroga del término pactado por suspensión acordada entre las partes / SUSPENSION DE LAS OBRAS CONTRATADAS - Se acreditó su existencia por causas ajenas al contratista / EJECUCION DEL CONTRATO – La demora se acreditó por imprecisiones de la contratante en el trámite de financiación del contrato de obra / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Se acreditó que el contratante no permitió a la contratista la ejecución de las obras / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Imputable a la entidad demandada por demoras en el acto de iniciación de obra / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Generó liquidación de la cláusula penal a cargo de la entidad contratante / CLAUSULA PENAL - Por incumplimiento de las obligaciones contractuales del Departamento del Magdalena

De acuerdo con el plenario, el asunto que suscitó la suspensión de las obras y su no ejecución se originó en dos momentos: i) primero por el invierno y la consecuente necesidad de cambio de especificaciones y luego, cuando se firmó el otrosí 1 de noviembre 10 de 1997 la suspensión de obras obedeció a, ii) los incumplimientos en el reporte de ejecución del presupuesto del Convenio 140 – o por asuntos sin aclarar en la ejecución de tales presupuestos- por parte del departamento de Magdalena frente a FINDETER. Por tanto, hasta donde se conoció en este proceso, los asuntos que originaron la suspensión del contrato 002 de 1997 fueron ajenos a la conducta de la sociedad contratista, ahora demandante. (...) Frente al acervo probatorio, se da por acreditado que el departamento no cumplió con su obligación de permitir a la contratista la ejecución del contrato, en la forma convenida. En consecuencia, de cara a la liquidación del

contrato 002 de 1997 y del perjuicio que se demandó, es improcedente la inclusión del monto de la cláusula penal a cargo de la sociedad contratista que se realizó en la Resolución 001 de 1999. Por el contrario, debe estimarse como observó la demandante, que el que incumplió el contrato al no reiniciar su ejecución fue el departamento del Magdalena y por tanto, tenía lugar la liquidación de la cláusula penal pactada a cargo del aludido departamento.

CLAUSULA PENAL -Se imputa a cargo de la contratante por impedir la ejecución de las obras a cargo de la contratista

No cabe duda que la cláusula penal introdujo una tasación anticipada de perjuicios por incumplimiento del contrato, la cual se acordó en forma bilateral para cualquiera de las partes que incumpliera, por el monto equivalente 20% del valor estimado del contrato en caso de incumplimiento. Se puntualiza que el objeto del contrato determinó en forma separada para cada una de las obras, de donde se advierte que era un objeto divisible en cuanto a su cumplimiento o incumplimiento, amén de que las partes acordaron valores, tiempos y condiciones para la ejecución identificando cada uno de los tramos. En tal sentido, para efectos de dar aplicación a la cláusula penal sobre el valor estimado del incumplimiento procede tomar como base el monto de la obra incumplida. (...) En este orden de ideas, la tasación de perjuicios por incumplimiento a partir de la cláusula penal que resultó a cargo del departamento del Magdalena procede sobre el 20% de las obras que no pudo ejecutar la contratista en razón de la conducta y las decisiones del referido departamento.

DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Por mayor permanencia de la contratista en la obra contratada / DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Su reconocimiento demanda la demostración efectiva del desbalance financiero por mayor permanencia en obra / DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Irroga la acreditación de la relación de causalidad con el hecho del cual se pretende derivar la afectación de la ecuación financiera

Es cierto que la mayor permanencia obra originada por riesgos a cargo de la entidad contratante puede dar lugar a la ruptura del equilibrio en la ecuación financiera del contrato y por tanto, al reconocimiento de las sumas correspondientes para restablecer el equilibrio financiero. Empero, ello depende de la fórmula de la ecuación económica del contrato, de la identificación de la parte a cuyo cargo corrió el riesgo correspondiente y por supuesto, de la demostración efectiva del desbalance y de la relación de causalidad con el hecho del cual se pretende derivar la afectación de la ecuación económica del contrato.

MAYOR PERMANENCIA EN OBRA - Obedeció a un acuerdo entre las partes que se formalizó mediante otrosí / MAYOR PERMANENCIA EN OBRA - Corrió por riesgo de la entidad contratista al ser aceptado en la prórroga del contrato / MAYOR PERMANENCIA EN OBRA - No significó un hecho que afectara el equilibrio financiero del contrato / DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - No se acreditó la relación de causalidad con el hecho que fundamenta la afectación de la ecuación financiera

Una vez se reinició parcialmente la ejecución del contrato, la mayor permanencia en obra obedeció a un acuerdo entre las partes que se formalizó mediante el otrosí 1, en el cual se convino un plazo adicional, pero permaneció el precio pactado sin variación alguna y se reafirmó que no se modificaban otras cláusulas distintas de las contenidas en otrosí 1. (...) En conclusión, la variación que

resultaba posible en los costos por el tiempo de vigencia del contrato –aunque era inferior a un año y por tanto soportada en obligaciones que se pueden entender de corto plazo- estuvo a cargo de la sociedad contratista y continuó bajo su riesgo a partir de la modificación del contrato y durante el tiempo adicional por el que se acordó al prorrogar el plazo del mismo.

CONTRATO DE OBRA - Pactado mediante precio fijo que no admitía reajustes o modificación sino por causas sobrevinientes / CONTRATO DE OBRA - Su clausulado es de obligatorio cumplimiento para las partes y no se pueden desconocer para alegar desequilibrio financiero / MAYOR PERMANENCIA EN OBRA - Debió ser alegada por la contratista al momento de pactar la prórroga del contrato de obra

La Sala aprecia que el contenido obligacional del contrato 02 y del otrosí 1 implicó un acuerdo de precio fijo sin reajustes, el cual no sufrió modificación y como tal tiene fuerza obligatoria y no puede ser ignorado con el propósito de alegar desequilibrio económico al momento de liquidar el contrato. (...) por virtud de la fuerza obligacional de la ecuación contractual inmersa en el contrato pactado a precio fijo y de la que se deriva de la modificación del contrato en la cual se ratificó o confirmó la vigencia del precio fijo después de que ocurrió la suspensión de la obra y el acuerdo de nuevo plazo, se tiene que respetar la voluntad de las partes sobre la distribución de riesgos que se deriva de dicha fórmula de precio fijo y desestimar la reclamación de perjuicios enfocada en el desequilibrio contractual, la cual se presentó en oportunidad posterior y se invocó apartándose de la fórmula que gobernó la ejecución del contrato.

DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - No se acreditó por la contratista el mayor sobrecosto proveniente de mayor permanencia en obra / COSTOS POR MAYOR PERMANENCIA EN OBRA - Se configuró como un riesgo a cargo de la contratista / COSTOS POR MAYOR PERMANENCIA EN OBRA - Se encontraba incluido en el precio fijo pactado entre las partes

También es de la mayor importancia en relación con la prueba del supuesto desbalance de la ecuación contractual, precisar que en el proceso sub lite, no hubo identificación del sobrecosto que se habría causado por la mayor permanencia en obra, a lo cual se agrega que no cualquier sobrecosto daría lugar al restablecimiento del equilibrio económico, puesto que en el contrato no fue de aquellos en que la contratante se obligó a reembolsar los costos, sino que justamente el acuerdo fue el de un precio fijo pactado, con independencia de los costos de la contratista y de la variación de los mismos . La ecuación contractual del precio fijo – se repite- indica que el riesgo de mayor o menor utilidad derivado de la variación de los costos propios de la obra, está a cargo de la contratista. En consecuencia, el anterior análisis desde la óptica del equilibrio contractual tampoco permite concluir en este caso a favor de la pretensión de indemnización presentada por la demandante.

ETAPA DE LIQUIDACION CONTRATO ESTATAL - Fundamento normativo / ETAPA DE LIQUIDACION CONTRATO ESTATAL - Finalidad. Representa la oportunidad legal de las partes para contradecir su contenido y formular salvedades sobre su ejecución / LIQUIDACION CONTRATO ESTATAL - Noción. Constituye un ajuste de cuentas entre las partes del contrato, estableciendo las posiciones acreedoras y deudoras de cada una de ellas

En la etapa de liquidación del contrato, tienen cabida los ajustes y reconocimientos a que haya lugar entre las partes, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80

de 1993 y que aún fuera de ese escenario, opera por ley la compensación de obligaciones recíprocas, como medio de extinción de las mismas de conformidad con el Código Civil. La liquidación del contrato comprende un ejercicio financiero que determina las partidas pendientes entre las partes de acuerdo con su naturaleza crédito o débito y establece las posiciones acreedoras y deudoras de cada una de ellas para efectos del finiquito de las cuentas. En la liquidación financiera del contrato se define el valor final a pagar o a restituir por la parte a quien corresponda, o la equivalencia de las cuentas y el saldo en ceros, según sea el caso.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 60

AJUSTE DE PRECIOS - Improcedente por pactarse precio fijo por las partes / VALOR DE LA OBRA - No es procedente su actualización por encontrarse que el anticipo resultó mayor a los valores por pagar a favor del contratista / INTERESES MORATORIOS - Proceden por incumplimiento en el pago de obligaciones / INTERESES MORATORIOS – Regulación legal

La demandante solicitó el reconocimiento de valores por concepto de actualización de precios del contrato con fundamento en el IPC liquidado entre la fecha de presentación de la propuesta y la fecha de entrega del anticipo. La antedicha pretensión de ajuste de precios no puede proceder teniendo en cuenta que en la cláusula segunda del contrato las partes pactaron un precio fijo de acuerdo con la propuesta de la contratista, sin derecho a ajuste en relación con la fecha en que fue presentada la propuesta.(...) No procede soportar un perjuicio en la actualización del valor de la obra por pagar, si se tiene presente que no resultó exigible, toda vez que el monto del anticipo sin amortizar en poder la contratista era mayor que el valor de la cuenta por pagar a su favor. (...) Es bien sabido que el interés moratorio procede en el caso de incumplimiento en el pago de obligaciones dinerarias de plazo vencido, de conformidad con las reglas del artículo 1608 del Código Civil.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1608

LIQUIDACION INTERESES MORATORIOS – Inviabile por no configurarse obligación exigible a cargo de la entidad contratante y por tener la contratista suma mayor que la adeudada / CONDENA DE PERJUICIOS – Improcedente ya se impone legalmente la compensación de obligaciones

Debido al incumplimiento que había presentado el departamento por el hecho de no permitir la ejecución de las obras pendientes, es cierto que la contratista se hizo acreedora a una suma equivalente al monto de la cláusula penal por valor de \$114'060.016,80, que agregada al valor de las obras pendientes de pago por la suma de \$142'179.429,50 ascendió a \$256'239.446,30. Se observa que esta última suma siguió siendo inferior al monto del anticipo en poder de la contratista por valor de \$286'017.945, tal como hizo notar el departamento en este proceso. De acuerdo con lo expuesto, no se puede acceder a liquidar intereses de mora sobre los valores de obra no pagados, teniendo en cuenta que no se configuró una obligación exigible a cargo de la entidad contratante, toda vez que la contratista tenía en su poder y le era exigible una suma mayor que aquella que se le adeudaba. (...) Toda vez que el cobro de perjuicios con fundamento en los conceptos de actualización e intereses de mora no era legalmente pertinente, resulta evidente que la obligación de pago a cargo de la demandante se compensó con la cuenta a su favor y por tanto no procede la condena en perjuicios. (...) Aunque el acto de liquidación unilateral se anulará, se impone por

ley la compensación de obligaciones y por tanto, se llega a concluir la improcedencia de la condena.

TASACION ANTICIPADA DE PERJUICIOS – Debe aplicarse por existir acuerdo de las partes / CLAUSULA PENAL - Incluyó los perjuicios por utilidad dejada de percibir

Es cierto que la contratista se vio privada de la ejecución de una parte del contrato por hechos ajenos a su intervención y que a su vez probó que cumplió con la otra parte del contrato y que extendió la garantía de cumplimiento para hacer viable la reiniciación de las obras. Sin embargo en este caso existió entre las partes una tasación anticipada de perjuicios por el incumplimiento, de manera que el acuerdo correspondiente debe ser aplicado en atención a la voluntad de las partes de preferencia a otra forma de liquidar el monto de los perjuicios. (...) Es pertinente indicar que el perjuicio invocado por concepto de utilidad dejada de percibir resultó inmerso en la cláusula penal si se tiene en cuenta que aún aceptando el dato del AIU afirmado en la demanda, su valor era inferior al que resultó establecido por la vía de la cláusula penal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO

Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 47001-23-31-000-2001-00660-01(36285)

Actor: CONSULTORES CONSTRUCTORES ASOCIADOS LIMITADA

Demandado: DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se dispuso:

“1º.- NIÉGUENSE las pretensiones de conformidad con la parte motiva de este proveído.

2º.- SIN COSTAS para la parte demandada”.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante demanda presentada el 13 de agosto de 2001, la sociedad Consultores Constructores Asociados Limitada, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra el departamento del Magdalena:

“1º Es nula la Resolución 001 de Enero 8 de 1999 expedida por el Gobernador del Departamento del Magdalena por medio de la cual se liquidó unilateralmente el Contrato número 002 suscrito el día 20 del mes de febrero de 1997, entre el Departamento del Magdalena como Contratante y la Sociedad EMILIO LÉBOLO ARQUITECTURA LTDA hoy CONSULTORES CONSTRUCTORES ASOCIADOS LTDA.

2º Es nula la Resolución 818 de agosto 19 de 1999 mediante la cual la Gobernación del Departamento del Magdalena confirmó la Resolución 002 de enero 8 de 1999, al desatar el recurso de reposición que se interpuso contra ésta.

3º Que a título de indemnización, se condene al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA a pagar a la sociedad CONSULTORES CONSTRUCTORES ASOCIADOS LTDA., en liquidación, antes denominada Emilio Lebolo Arquitectura Ltda., el valor de los perjuicios de orden material, como reparación del daño causado, tanto el daño emergente como el lucro cesante, que le fueron ocasionados, los cuales ascienden aproximadamente a la suma de cuatrocientos setenta y dos millones ochocientos trece mil doscientos setenta y cinco pesos m/l \$472'813.275 discriminados como se detalla en el correspondiente acápite de la demanda, o de conformidad con lo que resulte probado en el proceso, monto que ha de ser actualizado en su valor según lo previsto en el artículo 178 del C.C.A.”.

2. Los hechos

La parte actora narró en el escrito de demanda los siguientes hechos:

2.1. El departamento del Magdalena celebró el 20 de febrero de 1997 con la sociedad Consultores Constructores Asociados Limitada, el contrato 002, cuyo objeto consistió en la construcción de obras civiles y de mantenimiento en los siguientes caminos vecinales: 1. Sal Basilio – Playón de Orozco – Veranillo; 2. Punta de Piedra – Caño de Agua; 3. Canoas – Carreto; 4. Carreto – Veranillo – La Palma – San Basilio; 5. Concordia – Bálsamo y, 6. La Estrella – Las Canoas.

2.2. El plazo de ejecución acordado en el contrato fue de cuatro meses, el acta de iniciación se suscribió el 14 de abril de 1997 y dos días después, el 16 de abril de

1997 se suspendió en forma indefinida la ejecución del contrato, por circunstancias de fuerza mayor, debido al mal tiempo.

2.3. El 16 de mayo de 1997 se reinició el contrato en forma en forma parcial, en relación con las obras sobre los caminos vecinales de San Basilio – Playón de Orozco – Veranillo; Concordia – Bálsamo y La Estrella – Las Canoas, al paso que se mantuvo la suspensión de la ejecución del contrato en forma indefinida con relación a siguientes tramos: Canoas – Carreto; Punta de Piedra – Caño de Agua y Carreto – Veranillo – La Palma – San Basilio.

2.4. Según narró la demandante, frente a las condiciones de mal tiempo se advirtió la necesidad de cambiar algunas especificaciones de las obras y obtener el visto bueno de FINDETER, entidad que obraba como cofinanciadora del proyecto.

2.5. El 10 de noviembre de 1997 se suscribió un otrosí al contrato principal mediante el cual las partes acordaron la prórroga del plazo por cinco meses y modificaron las actividades contratadas en los siguientes tramos: Canoas- Carreto, Punta de Piedra – Caño de Agua y Canoas – Carreto – Veranillo - La Palma – San Basilio, de acuerdo con lo aprobado por FINDETER.

2.6. Según destacó la demandante en el escrito de adición a la demanda¹, el 30 de noviembre de 1997 FINDETER autorizó un desembolso en el Convenio 140 de 1996 celebrado con el objeto de financiar las carreteras de la red terciaria del departamento por la suma de \$81'994.663 con destino al tramo Punta de Piedra - Caño de Agua, no obstante lo cual el departamento no permitió el reinicio de las obras.

2.7. Por decisión unilateral de la entidad territorial contratante nunca se suscribió el acta de reinicio correspondiente a los tramos suspendidos, debido a la “*aparente*” falta de recursos que invocó la gobernación del departamento, mediante comunicación de marzo 5 de 1998 en la cual ordenó la suspensión de todas las obras.

2.8. Atendiendo la convocatoria para la liquidación del contrato, la sociedad contratista remitió en tres oportunidades comunicaciones con sus peticiones y en

¹ Folio 131 cuaderno 1.

la última de ellas envió propuesta acerca de la cuenta final de liquidación con un saldo a su favor por la suma de \$472'813.275, la cual no fue aceptada.

2.9. Mediante Resolución 001 de 8 de enero de 1999, el departamento del Magdalena declaró terminado el contrato 002 de 1997 y ordenó su liquidación, con fundamento en que, a su juicio, el contrato se encontraba vencido. En igual forma declaró el incumplimiento parcial y el siniestro correspondiente, por la suma de \$351'448.449 que, según la liquidación unilateral, resultaba a cargo de la sociedad contratista.

2.10. La contratista interpuso recurso de reposición, en el cual observó que el contrato se hallaba suspendido en relación con las obras objeto de las modificaciones requeridas por el departamento y que esa suspensión estaba vigente en forma indefinida, mientras se tramitaba la autorización de FINDETER, ante lo cual no era viable aplicar la terminación del contrato por vencimiento del término.

2.11. El recurso de reposición fue resuelto en forma desfavorable a través de la Resolución 818 de 19 de agosto de 1999. En esa oportunidad el departamento detalló que el otrosí de modificación se suscribió encontrándose vencido el término del contrato y que, por tanto, no tenía fundamento legal.

3. Concepto de violación

La parte actora solicitó la nulidad de los actos acusados con fundamento en la falsa motivación y la violación al debido proceso, sobre lo cual hizo notar que con la respectiva actuación el departamento le desconoció el derecho a ejecutar el contrato y a que no se alterara la remuneración pactada. De su parte afirmó que dio cumplimiento al contrato en relación con las obras que fueron adelantadas.

Invocó como normas violadas los artículos 2, 6, 13, 25, 83, 90 y 124 de la Constitución Política; los artículos 3, 5, 23, 27, 50, 51, 61 y 75 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 1603 y 1625 del Código Civil.

En la estimación de la cuantía detalló el valor que a su juicio se le adeudaba por concepto de los perjuicios, discriminado en los siguientes ítems: reajuste de precios y actualización del valor de las obras entregadas; intereses moratorios

sobre el valor de las actas ejecutadas; AIU dejado de percibir con ocasión de las obras que el departamento no le permitió adelantar y cláusula penal pecuniaria. La liquidación de perjuicios expuesta por la demandante, se presentó con base en la sumatoria de los montos antes citados, menos el valor del anticipo no amortizado, lo cual arrojó una suma total de \$472'813.275 por concepto del perjuicio demandado.

La sociedad demandante agregó que las sumas citadas corresponden al valor real a que tenía derecho para no romper el equilibrio financiero del contrato.

4. Actuación procesal

4.1. El Tribunal Administrativo del Magdalena admitió la demanda mediante auto de 23 de abril de 2002². Habiéndose presentado adición a la demanda, la admitió en igual forma a través del auto calendado el 28 de noviembre de 2003.

4.2. Una vez presentada la contestación a la demanda, el Tribunal Administrativo del Magdalena decretó mediante auto de 5 de julio de 2005, las pruebas documentales y los testimonios solicitados por la demandante.

Por otra parte, negó la solicitud del dictamen pericial que fue solicitado con miras a establecer el monto de los perjuicios, *“habida consideración de que estos aspectos serán establecidos en la sentencia, si esta resulta favorable a la accionante”*³.

4.3. Contestación de la demanda

El departamento del Magdalena, en la contestación de la demanda, se opuso a todas las pretensiones.

En relación con los hechos observó que la falta de recursos para continuar con la ejecución de los contratos se debió a que FINDETER suspendió los desembolsos a causa de posibles irregularidades en la contratación, las cuales indicó que se encontraban en investigación y, por otra parte, afirmó que no es cierto el hecho de la mora, toda vez que *“en el presente caso quedó plenamente demostrado que es*

² Folio 129 cuaderno 1.

³ Folio 155, cuaderno 1.

la contratista quien debe dinero el departamento” por lo cual no puede cobrar intereses de mora.

Afirmó por otra parte, que se presentó un incumplimiento de la contratista debido a la demora en solucionar la objeción que el departamento le presentó al proyecto de los cambios de obra y que se requería para presentar el presupuesto que se debía acreditar ante FINDETER y que ello ocasionó, a su vez, el desfase en la aprobación de la modificación de las respectivas obras.

Observó que el otrosí suscrito en noviembre 10 de 1997 se firmó cuando el contrato ya se encontraba vencido por haber transcurrido el plazo pactado en el contrato 002 y que, por tanto, resultó imperativo proceder a su liquidación⁴.

En la contestación a la demanda el departamento presentó la excepción de *“inexistencia de la obligación”*, la cual fundó en que la contratista no cumplió con el contrato a pesar de haber recibido el anticipo y además pretendió el cobro de un AIU sobre obras que no se ejecutaron.

Dentro de la excepción presentada se opuso al cobro de la cláusula penal y a la imputación de los costos financieros a su cargo, con fundamento en que la contratista tenía en su poder el valor de anticipo, según lo expuso de la siguiente forma:

*“En lo referente al pago de la cláusula octava es incomprensible que el contratista incurra en mayores costos financieros cuando desde 27 de febrero de 1997 tiene en su poder \$143’8 millones de pesos de propiedad del departamento, correspondientes al anticipo no ejecutado en obra, que a las tasas mensuales de interés de los créditos ordinarios fijados en junio 1 de 1998 equivalen a \$241’15 millones de pesos, cifra muy superior a tales supuestos mayores costos financieros”*⁵.

Mediante auto de 28 de enero de 2005, el Tribunal *a quo* puso a disposición de la demandante la excepción presentada, a fin de que pudiera *“solicitar pruebas sobre los hechos allí contenidos”*. En su oportunidad la demandante contestó la excepción y se opuso afirmando que las premisas acerca de su incumplimiento son falsas y que, además, los hechos que se plantearon en la excepción en

⁴ Folios 147 a 149, cuaderno 1.

⁵ Folio 136, cuaderno 1.

realidad constituyen el fondo de la *litis*. Reiteró su solicitud para practicar las pruebas que solicitó en la demanda.

4.4. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

La sociedad demandante observó que de acuerdo con el acta de suspensión del contrato 002 y con las demás pruebas obrantes en el proceso, las partes convinieron cambios en las obras que motivaron la suspensión de aquellas que se señalaron en las actas y en el otrosí 1. Observó por otra parte que acreditó el cumplimiento de la entrega de obras de los tres tramos que se reiniciaron el 16 de mayo de 1997.

Solicitó tener en cuenta que en el otrosí 1 suscrito el 10 de noviembre de 1997 se legalizaron todas las actas de cambio de obras, se estableció una prórroga del plazo contractual por cinco meses y se dispuso que la reiniciación de las obras pendientes quedaba sujeta a la firma del acta de reinicio, la cual no llegó a suscribirse por decisión unilateral del departamento.

Finalmente insistió en que se debe dar aplicación al artículo 50 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con el cual la contratista tiene derecho a que se le indemnice el valor de la disminución patrimonial que se le ocasionó, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir.

El departamento del Magdalena y el Ministerio Público guardaron silencio.

4.5. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Magdalena profirió sentencia el treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008), mediante la cual negó las pretensiones de la demanda con fundamento en que no se acreditó el contrato principal en original o copia auténtica y que, por otra parte, no existió prueba del original de las actas de obra ejecutadas, ni de la ejecución real de las mismas.

4.6. El recurso de apelación

La parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia el 28 de octubre de 2008⁶ y sustentó su recurso dentro del término procesal previsto para el efecto.

Manifestó su inconformidad con los argumentos expuestos por el Tribunal *a quo*, teniendo en cuenta que desde la presentación de la demanda solicitó oficiar a la gobernación del Magdalena para la entrega de todos los documentos relacionados con la contratación. Especificó que solo pudo aportar los documentos en copia simple, teniendo en cuenta que no disponía de los originales.

Agregó que el departamento del Magdalena allegó al plenario el contrato y los documentos relacionados con la ejecución del mismo, todos los cuales se presumen auténticos por provenir del propio demandado.

Advirtió que si del acervo probatorio no es posible estudiar y fallar el caso de fondo ello se debió a las decisiones que adoptó el Tribunal *a quo*, en cuanto a la negativa de practicar un dictamen pericial.

Finalmente solicitó dar prevalencia a su derecho sustancial y, si es el caso, declarar la nulidad de lo actuado para sanear las pruebas y, de acuerdo con ellas, concederle la indemnización deprecada.

4.7. Alegatos en segunda instancia

En la oportunidad para alegar la sociedad demandante reiteró los argumentos que expuso en la sustentación de la apelación.

El departamento del Magdalena y el Ministerio Público guardaron silencio.

4.8. Otras actuaciones en segunda instancia

Mediante auto de 18 de agosto de 2009, en conocimiento de la liquidación obligatoria de la sociedad Consultores Constructores Asociados Limitada y de la adjudicación de remanentes a sus socios, se ordenó admitir como sucesores

⁶ Folio 328, cuaderno principal.

procesales de la parte demandante a los señores Emilio Alberto Lébolo King y Rándall Eduardo Lébolo King⁷.

Mediante auto de 24 de junio de 2010, el Consejero Ponente resolvió negar la solicitud de pruebas en segunda instancia, presentada por la parte demandante, teniendo en cuenta que el valor probatorio de los documentos obrantes en el proceso se debe asignar en el momento de proferir la sentencia⁸.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** oportunidad en la presentación de la acción contractual; **3)** pruebas aportadas al proceso; **4)** diferencias entre los conceptos de incumplimiento del contrato y desequilibrio económico; **5)** fijación del litigio y verificación de requisitos para la aplicación del principio *iura novit curia*; **6)** el caso concreto y **7)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado

1.1. Jurisdicción Competente

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, vigente para la época en que se presentó la demanda, le asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el objeto de “*juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas*”⁹. Con fundamento en la aludida disposición, esta Jurisdicción Especializada resulta competente para conocer de la presente controversia teniendo en cuenta que los actos acusados provienen del departamento del Magdalena, entidad territorial con categoría de departamento y por tanto, perteneciente a aquellas expresamente mencionadas en su carácter de entidad estatal, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993¹⁰.

⁷ Folio 397 cuaderno principal.

⁸ Folios 406 y 407, cuaderno principal.

⁹ “Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas (...)”.

¹⁰ El artículo 2º de la Ley 80 de 1993, dispone:

Se agrega que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la llamada a dirimir las controversias que se originan en la actividad contractual de las entidades estatales, de acuerdo con los dictados del artículo 75 de la Ley 80 de 1993¹¹.

1.2. Cuantía

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión por perjuicios e indemnizaciones se estimó en la suma de \$472'813.275, valor que resulta superior a quinientas veces el salario mínimo legal mensual vigente para la época en que se presentó la demanda ($\$286.000 \times 500 = \$143'000.000$)¹² y por tanto, supera el monto exigido de conformidad con la Ley 954 promulgada el 28 de abril de 2005, para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia.

2. Oportunidad en la presentación de la acción contractual

La demanda fue presentada el 13 de agosto de 2001, dentro del término de caducidad de la acción que fijó el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, es decir dos años contados a partir de la ejecutoria de la Resolución 818 de 19 de agosto de 1999 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución 001 de 8 de enero de 1999, contentiva del acto de liquidación unilateral del contrato 002 de 1997.

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.” (La negrilla no es del texto, se destaca para distinguir la condición jurídica de la entidad demandada).

¹¹ **Artículo 75. Del Juez competente.** *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 administrativo”.*

¹² De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2001, toda vez que la demanda se presentó el 13 de agosto de 2001 y el recurso de apelación se interpuso el 28 de octubre de 2008, en vigencia de la Ley 954 de 2005 (folio 328, cuaderno principal).

Aunque en este proceso no se tiene precisión acerca de la notificación del acto que confirmó la liquidación unilateral del contrato, tomando la fecha en que fue expedida la Resolución 818 de 19 de agosto de 1999 –que se entiende anterior a la fecha de su ejecutoria-, se observa que no se configuró la caducidad toda vez que se entabló una acción contractual de las previstas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y con relación al supuesto que ahora se examina, la oportunidad para presentar la demanda era de dos años contados a partir de la ejecutoria del acto de liquidación del contrato, de conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo¹³.

3. Pruebas aportadas al proceso

En su gran mayoría los documentos que obran en el expediente se aportaron en copias simples remitidas por el departamento del Magdalena, las cuales se tienen como pruebas válidas en los términos de los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil¹⁴, de conformidad con la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2013¹⁵.

En consecuencia, no habiéndose presentado tacha o reparo en las pruebas

¹³ “Artículo 136 C.C.A (...) 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 les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

(...)

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”.

¹⁴ Disposiciones vigentes para la época en que se practicaron las pruebas en este proceso. Acerca del valor probatorio de las copias, el Código General del Proceso consagró en el mismo sentido la siguiente regla:

“Artículo 246 C.G.P. Valor probatorio de las copias.

Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente”.

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2013. M.P.: Dr. Enrique Gil Botero. Expediente: 25.022.

allegadas al plenario, con fundamento en la sentencia de unificación antes referida se da por superado el obstáculo planteado en la sentencia de primera instancia acerca del defecto de la prueba documental y por tanto, procede la valoración de los documentos que obran en el plenario.

A continuación se relacionan las pruebas documentales aportadas en el presente proceso:

3.1. Contrato de obra pública 002 suscrito el 20 de febrero de 1997 entre el departamento del Magdalena y la sociedad Emilio Lébolo Arquitectura Limitada¹⁶.

3.2. Acta de inicio de los trabajos del contrato de obra pública 002 de 1997, suscrita el 14 de abril de 1997¹⁷.

3.3. Acta de suspensión de los trabajos del contrato de obra pública 002 de 1997, suscrita el 16 de abril de 1997¹⁸.

3.4. Acta de reinicio de obras del contrato 002 de 1997 suscrita el 16 de mayo de 1997¹⁹.

3.5. Otrosí 1 al contrato 002 de 1997 suscrito el 10 de noviembre de 1997²⁰.

3.6. Actas de “*cambio de obras*” del contrato 002 de 1997, distinguidas con los números: 1 de 16 de mayo de 1997, 2 de 18 de junio de 1997, 3, 4 y 5 de 6 de agosto de 1997 y 6 de 20 de junio de 1997. En dichas actas se hizo constar, en relación con cada uno de los tramos, la identificación de los ítems y valores de obras “*a no ejecutar*” y los ítems de mayores cantidades y valores de obras “*a ejecutar*”, suscritas todas ellas con la firma del interventor, el director de obra y el secretario de obras públicas del departamento²¹.

¹⁶ Folios 29 a 34,

¹⁷ Folio 39, cuaderno 1.

¹⁸ Folio 36, cuaderno 1.

¹⁹ Folio 37, cuaderno 1.

²⁰ Folio 42, cuaderno 1.

²¹ Folios 48 a 58, cuaderno 1.

3.7. Actas parciales de obra distinguidas con los siguientes números: 1 suscrita el 27 de junio de 1997, 2 suscrita el 6 de agosto de 1997 y 3 suscrita el 4 de septiembre de 1997. En las referidas actas se lee el recibo de la obra ejecutada bajo el contrato 002 de 1997 de acuerdo con los cambios acordados en las actas de cambio de obra así: el acta 1 corresponde a obras en el tramo San Basilio – Playón de Orozco – Veranillo, según acta de cambio número 1; el acta 2 corresponde a las obras en el tramo Concordia – Bálsamo, según acta de cambio número 2 y el acta 3 corresponde a las obras ejecutadas en el tramo La Estrella – Las Canoas, según acta de cambio número 6²².

3.8. Comunicaciones de enero 19 de 1998 y febrero 10 de 1998, mediante las cuales la sociedad contratista presentó al departamento los certificados de modificación de las pólizas de seguro²³.

3.9. Comunicación VER-023-98 de febrero 12 de 1998, presentada en ejercicio del derecho de petición, mediante la cual la contratista solicitó al departamento el pago de las cuentas de cobro pendientes en el contrato 002 de 1997²⁴.

3.10. Comunicación 0110 de 5 de marzo de 1998 dirigida por el secretario de obras públicas del departamento a la sociedad contratista, mediante la cual la citó a una reunión ante la situación presentada en los convenios de FINDETER por supuestos sobrecostos, y le solicitó suspender cualquier actividad relacionada con el contrato²⁵.

3.11. Comunicación VER-233-98 de septiembre 8 de 1998, mediante la cual Consultores Constructores Asociados Limitada presentó al departamento del Magdalena el proyecto de liquidación del contrato 002²⁶.

3.12. Resolución 001 de 8 de enero de 1999 mediante la cual el departamento del Magdalena resolvió realizar la liquidación de las obras del contrato 002 de 1997.

²² Folio 59, cuaderno 1.

²³ Folio 43

²⁴ Folios 46 y 47 anexo 2.

²⁵ Folio 42 cuaderno 1.

²⁶ Folios 247 a 254, cuaderno 1.

3.13. Resolución 818 de 29 de agosto de 1999, mediante la cual el departamento del Magdalena denegó el recurso de reposición presentado por Consultores Constructores Asociados Limitada, contra la Resolución 001 de 1999.

3.14. Comunicación 160-03-02132 suscrita por el director de programas especiales de Financiera de Desarrollo Territorial –FINDETER-, mediante la cual atendió la solicitud del Tribunal *a quo* y allegó los siguientes documentos: **i)** Convenio 140 de 25 de junio de 1996 suscrito entre FINDETER y el departamento del Magdalena; **ii)** certificación expedida por FINDETER el 5 de septiembre de 2006, acerca de los desembolsos realizados en desarrollo del Convenio 140 a favor del departamento de Magdalena y **iii)** comprobantes de las órdenes de débito y transferencia a las cuentas bancarias correspondientes²⁷.

Pruebas testimoniales

Teniendo en cuenta el resultado infructuoso de la citación a los testigos, la demandante desistió de la prueba testimonial.

4. Diferencias entre los conceptos de incumplimiento del contrato y desequilibrio económico

Con el propósito de establecer el marco normativo y jurisprudencial de los asuntos que se debaten en esta litis se considera conveniente la siguiente precisión preliminar, acerca de la distinción entre las figuras del incumplimiento del contrato y la ruptura del equilibrio económico.

Aunque el principio del equilibrio contractual se reconoció con anterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993, con fundamento en las normas sobre reajustes de precio en el contrato de obra pública, las disposiciones del Código Civil acerca de la equivalencia de prestaciones en el contrato conmutativo y la figura de revisión por circunstancias imprevistas consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, es importante precisar que la consagración positiva del derecho al equilibrio en la ecuación económica en el contrato estatal se configuró en la Ley 80 de 1993, de acuerdo con las siguientes normas:

“Artículo 4º.- De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

²⁷ Folios 189 a 206, cuaderno 1.

(...) **8o.** Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios". (La negrilla no es del texto).

Artículo 5º.- De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas:

1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato". (La negrilla no es del texto).

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

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate". (La negrilla no es del texto).

"Artículo 28º.- 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 la cláusula 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". (La negrilla no es del texto).

Por otra parte, el artículo 50 de la Ley 80 expedida en 1993 consagró el principio de responsabilidad de las entidades estatales por hechos antijurídicos en el seno del contrato estatal y el deber de la indemnización establecida de acuerdo con el monto de la disminución patrimonial y la utilidad dejada de percibir, en la siguiente disposición:

"Artículo 50. -De la responsabilidad de las entidades estatales. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicio a sus contratistas. En tales casos 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".

En sentencia C - 333 de 1996, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 50 de la Ley 80, oportunidad en la cual estableció la responsabilidad por el daño antijurídico en el escenario del contrato estatal, se refirió a su fundamentación en el artículo 90 de la Constitución Política y reseñó eventos de desequilibrio económico a título de ejemplo, como el empobrecimiento del contratista por la imposición de mayores cantidades de obra y las circunstancias imprevisibles, para lo cual citó la jurisprudencia que venía desarrollando el Consejo de Estado²⁸.

En relación con las controversias contractuales que se suscitaron en los inicios de la vigencia de la Ley 80 de 1993, debido al estado de la legislación y de la jurisprudencia, es común encontrar la mezcla de los conceptos y de las pretensiones referidas a la indemnización de perjuicios por incumplimiento y por restablecimiento del equilibrio financiero del contrato.

Sin embargo, conviene distinguir los conceptos y las pretensiones en razón a que las causas de imputación de responsabilidad –bien sea en relación con el acto ilegal o con el incumplimiento o el desequilibrio que ahora se distinguen- son diversas y de allí se pueden desprender diferencias en relación con lo que se debe demostrar en el proceso y la forma de liquidación de la respectiva condena.

Acerca de la prueba que soporta las distintas pretensiones dentro de la acción contractual se puede realizar la siguiente precisión:

i) En términos generales la ilegalidad del acto contractual se demuestra con base en las causales de nulidad del acto administrativo.

²⁸ "4. Con todo, la Corte considera que puede haber casos en materia contractual que implican un daño antijurídico sin que se pueda establecer la existencia de una conducta antijurídica de la administración. Así, sin que medie una conducta contraria a derecho de la administración, puede ocurrir que se incremente el patrimonio de la entidad pública y se empobrezca correlativamente el del contratista, en virtud de una mayor cantidad de obra que la pactada por razones de interés general. En ese caso, en función de la teoría de la imprevisión (C.C art 2060 ord 2º), habría un enriquecimiento de la administración sin causa que implica un deber indemnizatorio, pues el contratista no tiene por qué soportar ese perjuicio. Así, si en tales eventos se aplicara el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 como fundamento único de la responsabilidad contractual del Estado, se estaría admitiendo que este daño no fuese reparado, lo cual vulnera el artículo 90 de la Carta."

ii) El incumplimiento del contrato se acredita mediante la prueba de la obligación contractual – es decir del contrato y su contenido –, de la falta o falla en la prestación debida y del daño causado por ella.

iii) A su turno, el evento de desequilibrio económico se prueba partiendo igualmente del acuerdo contractual, empero los elementos probatorios se deben enfocar sobre la fórmula económica que gobernó el contrato y la distribución de los riesgos y cargas dentro de la misma, de una parte, así como se requiere demostrar, de otra parte, el hecho que configuró la ruptura de la ecuación contractual correspondiente y la relación de causalidad entre dichos elementos.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha identificado diversos eventos de desequilibrio económico²⁹ y de acuerdo con ellos ha reconocido el derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato. Acerca de la cuantificación del desequilibrio contractual, se ha considerado como base, en unos casos, el valor del sobrecosto más la utilidad pactada sobre el ítem correspondiente y en otros eventos, únicamente se ha concedido el valor equivalente al gasto o imprevisto extraordinario, dependiendo ello de la ecuación contractual y del ítem en el que se presentó la ruptura del equilibrio económico.

También se pueden citar diferencias entre el restablecimiento del derecho, el incumplimiento y el desequilibrio económico del contrato, de cara a la medida de la reparación del perjuicio, toda vez que en los dos primeros eventos se debe

²⁹ *“El equilibrio económico del contrato puede verse alterado por diversas circunstancias, a saber: i) actos o hechos de la entidad estatal contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo –ius variandi–, sean éstas abusivas o no; ii) actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato; y iii) factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él. En todos los eventos antes referidos surge la obligación para la entidad estatal contratante de auxiliar a su contratista colaborador asumiendo, bien mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida-, o bien indemnizándolo integralmente, según el caso, previo cumplimiento de los requisitos señalados para cada figura.”* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 13 de febrero de 2013, radicación: 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996), actor: Carlos Arturo Campo, demandado: Emcali E.I.C.E., referencia: apelación sentencia - acción contractual. En relación con el “hecho del príncipe” véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, sentencia de 30 de enero de 2013, radicación: 08001-23-31-000-1998-00748-01(24020), actor: Sociedad Electro Atlántico Limitada, demandado: municipio de Sincelejo, referencia: apelación sentencia contractual.

resarcir el daño y la ganancia dejada de percibir, pero frente al desequilibrio económico se ha advertido por la jurisprudencia que no cualquier afectación financiera configura el desbalance de la ecuación económica del contrato y que la ganancia dejada de percibir puede no ser imputable a la contratante, de acuerdo con la ecuación que haya sido pactada.

En materia de las diferencias conceptuales entre el incumplimiento y la ruptura del desequilibrio económico ha observado la Subsección A:

“En estricto rigor hay lugar a distinguir entre la responsabilidad contractual que se deriva del incumplimiento o del cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones asumidas por alguna de las partes –incluidas las entidades estatales contratantes–, por cuya virtud la parte incumplida debe responder ante su co-contratante cumplido por los perjuicios que le ocasione por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso que le sea imputable, por un lado, de la figura del equilibrio económico o financiero del contrato por otro lado, comoquiera que la finalidad de esta última no es otra que la de mantener, a lo largo del tiempo, las condiciones económicas, técnicas y financieras existentes al momento de la presentación de la oferta o de la celebración del contrato, según sea el caso, todo con el fin, a su turno, de preservar la equivalencia convenida, considerada y acordada entre las partes del contrato respecto de sus correspondientes, mutuas y recíprocas prestaciones, todo ello independientemente de que, como resulta apenas natural, la ecuación inicial del contrato también se vea alterada o afectada por causa o con ocasión de circunstancias constitutivas de incumplimiento contractual.

(...)

El rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del álea normal del contrato, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida y contemplada por las partes al momento de la celebración del contrato. (...) las partes se obligan a través del respectivo contrato estatal después de analizar las circunstancias existentes al momento de celebrarlo o de presentación de la respectiva oferta, según el caso, en todos los aspectos razonablemente previsibles que pueden tener incidencia en la ejecución de sus obligaciones. Así mismo, pactan las condiciones de ejecución del contrato teniendo en cuenta los riesgos que en el momento de su celebración podían – bueno es reiterarlo- razonablemente preverse, e incluso efectuando una distribución de los mismos³⁰.

Para concluir este punto, con el propósito de deslindar el concepto jurídico del equilibrio contractual y de la pretensión de restablecimiento de la ecuación

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gomez, sentencia de 13 de febrero de 2013, radicación: 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996), actor: Carlos Arturo Campo, demandado: Emcali E.I.C.E., referencia: apelación sentencia - acción contractual.

contractual, puede citarse la siguiente providencia emanada de la Subsección A, en la cual se expuso la evolución legislativa y jurisprudencial acerca del desequilibrio económico y las fórmulas que se han utilizado para tasar la condena:

“El equilibrio contractual se define como la equivalencia entre las obligaciones y derechos que corresponden a cada parte dentro del contrato; a su turno, el desequilibrio contractual consiste en el desbalance de las prestaciones de las partes, originado en la alteración de las condiciones existentes al momento de la contratación.

La ecuación contractual se expresa mediante la formulación del precio del contrato definido como equivalente a la prestación objeto del mismo, se establece por las partes al cierre del procedimiento de contratación y gobierna el acuerdo contractual en orden a mantener la equivalencia de prestaciones durante su vigencia.

Se puede puntualizar que en tratándose de contratos onerosos, la legislación reconoce el interés del contratista en obtener una ganancia o utilidad³¹, como característica natural de la formación del precio, ofrecido o aceptado por él, la cual se considera, entonces, legítima y por lo tanto incluida dentro de la ecuación contractual.

El desequilibrio económico del contrato estatal da derecho al restablecimiento cuando se presenta en grado tal que produce la ruptura de la ecuación contractual, salvo que obedezca a circunstancias atribuibles a la parte afectada o que se encuentre obligada a soportar³².

5. Fijación del litigio y verificación de requisitos para la aplicación del principio *iura novit curia*.

En la demanda que ahora se examina se presentaron pretensiones de nulidad del acto de liquidación del contrato y de condena por los perjuicios causados, apoyadas en supuestos facticos referidos a las causales de nulidad del acto de liquidación, pero también se invocaron supuestos de incumplimiento contractual y de ruptura del equilibrio económico, amén de que se planteó la liquidación de perjuicios objeto de la condena en el escenario de la liquidación del contrato, previa consideración acerca del descuento o compensación del anticipo no amortizado en la ejecución del respectivo contrato.

Por una parte, la demandante pretendió la nulidad del acto de liquidación unilateral del contrato en cuanto dicho acto administrativo se motivó en el incumplimiento

³¹ Artículo 1497 C.C., artículo 5 Ley 80 de 1993.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincon (E), sentencia de 2 de julio de 2015, radicación 6800123150001996113101, expediente 34518, demandante; Julio Antonio Rubiano Saldaña, demandando: Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL.

imputado a la contratista y en el supuesto vencimiento del término del contrato para la época en que fue formalizado el otrosí de prórroga y por otra parte, señaló el incumplimiento de la entidad contratante y el derecho a hacer efectiva la cláusula penal del contrato y, también, argumentó la mayor permanencia en obra, todo lo cual presentó como amparado en el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Adicionalmente, la parte actora estructuró la liquidación de los perjuicios reclamados con fundamento en la cuenta final de liquidación del contrato, la cual según la demandante debió arrojar un monto a su favor, aún después de aplicar el descuento del anticipo, es decir que desde la demanda se dio por aceptada la procedencia de la compensación de la cuenta correspondiente al anticipo no amortizado.

Teniendo en cuenta que de acuerdo con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo³³, en la acción contractual caben pretensiones declarativas, condenatorias y restaurativas, amén de las relacionadas con la nulidad de los actos administrativos contractuales, la Sala establece que con independencia de la forma como se estructuró la demanda y de la descripción de las pretensiones o *petitum*, le corresponde, adecuar el derecho a los hechos que se traen al juicio, sobre la base de toda la *causa petendi* establecida en la demanda y por ello es pertinente abocar su estudio frente a las distintas figuras jurídicas y los conceptos de determinación de los perjuicios que fueron demandados.

En este orden de ideas, de acuerdo con lo expuesto, entiende la Sala que el asunto litigioso versa sobre diversos aspectos: **i)** la legitimidad del acto de liquidación del contrato; **ii)** el incumplimiento de la entidad contratante que fue invocado para efectos de aplicar la cláusula penal dentro de la cuenta de la liquidación del contrato; **iii)** la ruptura del equilibrio financiero del contrato y finalmente, **iv)** la liquidación del perjuicio causado, el cual debe determinarse de conformidad con lo probado. Se reitera que la demandante expuso la tasación del perjuicio con base en la fórmula de liquidación financiera del contrato, dentro de la cual indicó la procedencia del descuento del monto adeudado por concepto de anticipo.

³³ Hoy derogado y sustituido por el artículo 141 de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.), contenido en la Ley 1437 de 2011.

En desarrollo del principio *iuria novit curia*³⁴, resulta posible distinguir las figuras jurídicas frente a los supuestos fácticos de la demanda con el fin de analizar los hechos que se encuentren probados bajo la óptica de las diferentes normas aplicables, en este caso, en materia de legalidad del acto de liquidación unilateral, incumplimiento del contrato, desequilibrio económico y compensación de cuentas de cara a la liquidación del perjuicio.

Esta interpretación del asunto litigioso en el caso *sub lite*, es viable aunque en la demanda no se plantearon en forma explícita las pretensiones para declarar el incumplimiento del contrato o la ruptura del equilibrio económico en su caso y tampoco se solicitó la liquidación del contrato en sede judicial, toda vez que en el análisis de los hechos y su adecuación al derecho, se respetarán los límites de *petitum* y el derecho al debido proceso de ambas partes.

La adecuación de la *causa petendi* a los conceptos jurídicos que son fuente de la responsabilidad en el caso de las controversias contractuales puede hacerse dentro de tres límites: i) el *petitum* de la demanda y el contenido de la apelación -si se trata de la interpretación en segunda instancia-; ii) el alcance de la acción contractual definido en la ley -en este caso en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo- y iii) la oportunidad en el ejercicio de la acción, esto es que no haya operado la caducidad respecto de los hechos que se adecúan a los conceptos jurídicos.

Para abrir paso a la debida aplicación del principio *iura novit curia en segunda instancia*, se requiere, además, verificar que el asunto que se reformula desde la óptica de un nuevo concepto jurídico, no entra en conflicto con el principio del debido proceso y el derecho de defensa. Por tanto, en este ejercicio de valoración del plenario frente a los conceptos jurídicos se debe tener en cuenta que los hechos litigiosos sobre los cuales versa la decisión tienen que haber sido objeto del debate probatorio y argumentativo, por manera que en su fijación no se exceda el marco legal de la acción contractual ni el ámbito de la contradicción *sub lite*.

³⁴ El principio *iura novit curia*, es aquel por el cual, corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente, la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen." Corte Constitucional, sentencia T 851 de 2010.

Se advierte que so pretexto de la amplitud de los poderes del Juez y de las pretensiones posibles en la acción contractual, no se debe extralimitar lo que se pidió en la demanda ni aquello sobre lo cual fue llamada a responder la parte demandada, quien solo puede ser condenada en congruencia con las pretensiones de la demanda.

Para este caso, toda vez que se demandó la condena en perjuicios y allí se incluyeron algunas sumas tasadas sobre el supuesto incumplimiento y el eventual desequilibrio económico del contrato y por otra parte, se trajo en la fórmula de liquidación de perjuicios el descuento del anticipo correspondiente de liquidación financiera del contrato, la Sala estudiará todos los conceptos jurídicos que resultan aplicables de acuerdo con los hechos que resulten probados.

Se tendrá además en cuenta que toda la *causa petendi* llegó a ser materia de la segunda instancia, por la falta de valoración de las copias que motivó la sentencia de primera instancia y que frente a ella la sociedad demandante reiteró la integridad de las pretensiones en el contenido de la apelación.

Por otra parte, en relación con las defensas del demandado, se observa que no instauró una demanda de reconvencción para el reconocimiento del supuesto saldo a su favor en la liquidación del contrato y que en este proceso la sociedad demandante no solicitó la liquidación del contrato en sede judicial, lo cual impide entrar a decidir en la sentencia el contenido de la cuenta final de liquidación del contrato.

Se agrega que el demandando no apeló la sentencia de primera instancia. En consecuencia, con fundamento en sus defensas no podrá generarse reconocimiento que agrave la posición de la demandante, de acuerdo con el principio de no *reformatio in pejus*.

6. El Caso Concreto

6.1. Nulidad del acto de liquidación unilateral

6.1.1. Contenido del acto de liquidación unilateral

Mediante la Resolución 001 de 1999 el departamento del Magdalena realizó la liquidación unilateral del contrato 002 de 1997. En la liquidación se relacionaron los valores de obra por cada uno de los seis tramos o caminos vecinales referidos en el contrato. Se reconoció el valor ejecutado en tres de los tramos, correspondientes a: “Obra No. 1” San Basilio - Playón de Orozco – Veranillo; “Obra No. 2” Concordia – Bálsamo y “Obra No. 3” La Estrella Canoas, al paso que se imputó incumplimiento de la contratista por la no ejecución de los otros tres tramos.

De acuerdo con el acto de liquidación unilateral se siguió el siguiente procedimiento:

i) Se relacionó el monto de los valores de obra ejecutados y se restó en cada obra el monto equivalente a la amortización del anticipo (50%) y el valor pagado, en su caso.

ii) Por otra parte, se establecieron los valores de obra no ejecutados y en el artículo tercero de la Resolución 001 de 1999, se declaró el incumplimiento parcial del contrato de obra 002 de 1997 con fundamento en dichos montos, sobre los cuales se liquidó la cláusula penal pecuniaria.

iii) Como resultado de lo anterior se estableció un monto final a favor del departamento del Magdalena por la suma \$351'448.449, toda vez que, de acuerdo con la liquidación, la contratista resultó deudora del departamento teniendo en cuenta que de conformidad con el acto de liquidación el valor del anticipo desembolsado y pendiente de amortizar excedió el valor de obra ejecutada más el monto de la cláusula penal.

iv) De acuerdo con el artículo cuarto de la Resolución 001 de 1999, se declaró, en consecuencia, el siniestro por incumplimiento parcial del contrato, por valor de \$351'448.449.

Mediante la Resolución 818 de 1999, el departamento del Magdalena entró a considerar el argumento del recurso de reposición presentado por la contratista, según el cual el contrato no se encontraba vencido y por lo tanto no se podía considerar incumplido. En el recurso de reposición la contratista se apoyó en que las obras no ejecutadas – correspondientes a los tramos pendientes- habrían sido

suspendidas en forma indefinida hasta la firma del acta de reinicio, la cual no tuvo lugar por decisión unilateral del departamento.

El departamento del Magdalena negó la reposición del acto de liquidación unilateral del contrato con fundamento en la siguiente consideración:

“Que analizado[as] las distintas piezas que conforman la documentación existente, se afirma que el Contrato de Obra Pública materia de este análisis se encuentra vencido desde el 11 de septiembre de 1997, en razón a que de acuerdo con el acta de reinicio de fecha mayo 16 de 1997, su vencimiento sería septiembre 16 del mismo año, pero a ese término hay que restarle dos (2) días que corresponden al periodo de iniciación abril 14 y suspensión abril 16 de ese mismo año y en consecuencia no compartimos la apreciación del memorialista, debido a las circunstancias anotadas.

Que es indubitable que el otrosí o modificación debió suscribirse durante la vigencia de este y no posteriormente como sucedió en este caso, ya que se había vencido hacía cincuenta y siete (57) días calendario y por lo tanto este documento no tenía fundamento legal, porque no se puede iniciar o proseguir una acción que es inexistente”³⁵

6.1.2. Análisis de la motivación del acto de liquidación

6.1.2.1. Vencimiento del plazo contractual

En el presente proceso la demandante estructuró su pretensión con fundamento en que el contrato 002 de 1997 no se encontraba vencido y por lo tanto, no se le debió imponer la consecuencia del supuesto incumplimiento ni la obligación de proceder a la liquidación.

Con el propósito de considerar la falsa motivación en que habría incurrido el departamento del Magdalena en el acto de liquidación del contrato, la Sala se detiene en el análisis del plazo de ejecución del contrato 002 de 1997:

La duración del contrato 002 de 1997 fue inicialmente establecida en cuatro meses contados a partir del acta de inicio. Dicha acta se suscribió el 14 de abril de 1997, por lo cual la vigencia inicial del contrato era hasta el 14 de agosto de 1997. No obstante, inicialmente el término de ejecución del contrato corrió solo por dos días, toda vez que el contrato se suspendió el 16 de abril de 1997, de acuerdo con el acta de suspensión. Posteriormente, el plazo del contrato volvió a correr desde el

³⁵ Folio 27 cuaderno 1.

16 de mayo de 1997, fecha en que se suscribió el acta de reinicio. De esta manera el plazo restante, de 3 meses y 28 días corrió entre el 16 de mayo y el 14 de septiembre de 1997.

Sin embargo, de acuerdo con el acta de reiniciación de obras suscrita el 16 de mayo de 1997, “con el fin de reiniciar las obras del contrato en mención [002/97]”, la suspensión de las obras se levantó solo parcialmente, así:

“Se considera que las condiciones del sitio de obra son aptas para reiniciar los trabajos por cuanto ya ha cesado la ola invernal reinante en la zona.

Las partes acuerdan a (sic) solo dar inicio a las obras civiles y de mantenimiento de los caminos vecinales de: SAN BASILIO – PLAYÓN DE OROZCO – VERANILLO – CONCORDIA- BÁLSAMO, y LA ESTRELLA- LAS CANOAS.

La SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS DEL DEPARTAMENTO determinó que debido al invierno y al estado actual de los Caminos Vecinales PUNTA DE PIEDRA – CAÑO DE AGUA, CARRETO – VERANILLO - LA PALMA - SAN BASILIO Y CARRETO – CANOAS [se deben] efectuar cambios de obras necesarios para que las vías no desaparezcan, mediante la construcción de puentes y de box culverts³⁶. (La negrilla no es del texto).

De conformidad con el contenido que se acaba de citar se concluye que el acta de reiniciación de obras evidencia un acuerdo entre las partes, acerca de la reiniciación del plazo para unas obras y suspensión del mismo para las otras.

Se anota que dicha acta fue suscrita el 16 de mayo de 1997 por el secretario de obras públicas, el interventor del contrato y el señor Emilio Lébolo King en calidad de representante legal de la sociedad contratista, por manera que constituyó un verdadero acuerdo de voluntades de las partes en el contrato, el cual se hizo constar por escrito.

Por lo tanto, resulta cierto como alegó la demandante, que el plazo del contrato para esas obras permaneció suspendido por acuerdo entre las partes y por tanto, no se encontraba vencido para la fecha en que se expidió la resolución 001 de 1999, contentiva del acta de liquidación unilateral del contrato.

6.1.2.2. Efectos jurídicos del otrosí contentivo de la prórroga del plazo contractual

³⁶ Folio 37 cuaderno 1.

En segundo lugar se examina el otrosí 1 del contrato 002 de 1997, suscrito el 10 de noviembre de 1997³⁷ mediante el cual las partes acordaron la prórroga del contrato principal en cinco meses contados a partir del acta de iniciación de obras. Con relación a la cláusula primera del otrosí correspondiente al objeto del contrato, se observa la siguiente modificación:

“cambiar las actividades contratadas correspondientes a las vías CANOAS – CARRETO, CARRETO – VERANILLO - LA PALMA –SAN BASILIO y PUNTA DE PIEDRA - CAÑO DE AGUA, sin afectar el valor contratado para dichas vías. Las cantidades de obra y el presupuesto abajo indicados serán las actividades a evaluar por parte del interventor”. [se incluyeron a continuación los cuadros por cada una de las referidas vías, contentivos del detalle de ítem, descripción, unidad, cantidad, valor unitario, valor parcial y valor total].

En la misma cláusula se agregó la siguiente nota:

Nota. Estos cambios fueron autorizados por Findeter según consta en oficio No. 005-001-000904 de fecha agosto 6 de 1997, el cual forma parte integrante de este contrato”.

De conformidad con lo previsto en el acta de reinicio de obra suscrita el 16 de mayo de 1997, la Sala aprecia que para el 10 de noviembre de 1997, fecha en que se suscribió el otrosí 1 no se había vencido el término del contrato 002 de 1997, en relación con las obras que estaban suspendidas y desde ese punto de vista era viable prorrogar el plazo correspondiente a la ejecución de las referidas obras.

En consecuencia, no se puede imputar ilegalidad al acuerdo de prórroga del contrato, contenida en el otrosí 1 por razón de la época en que se suscribió, toda vez que el término de ejecución del contrato 002 de 1997, en relación con las obras a las que se refirió el otrosí 1, se encontraba vigente.

Por otra parte, se advierte que el contenido del otrosí 1 correspondió a los acuerdos realizados entre las partes, sobre los “cambios de obras”, según consta en las seis actas de “cambio de obras” que fueron formalizadas con la firma del interventor, el director de obra y el secretario de obras públicas entre el 16 de mayo de 1997 y el 6 de agosto de 1997, así: número 1 de 16 de mayo de 1997, número 2 de 18 de junio de 1997; números 3, 4 y 5 de 6 de agosto de 1997 y número 6 de 20 de junio de 1997.

³⁷ Otrosí suscrito por el gobernador del departamento del Magdalena y el representante legal de la sociedad contratista, según obra en el folio 41 del cuaderno 1.

En dichas actas se hizo constar un cambio de especificaciones de obras por valores equivalentes: en relación con cada uno de los tramos se incluyó un cuadro con la identificación de los ítems y valores de obras “a no ejecutar” y los ítems de mayores cantidades y valores de obras “a ejecutar”³⁸.

Se acreditó con fundamento en dichas actas que existió un acuerdo entre las partes para modificar el objeto del contrato en relación con algunas especificaciones de determinadas obras, sin variar el valor total del mismo. Se agrega que dicho acuerdo de cambio de obras se formalizó finalmente, el 10 de noviembre de 1997 mediante otrosí 1, en el cual se modificó en contrato y se incluyó, con la formalidad escrita requerida en la Ley 80 de 1993, un acuerdo de prórroga del plazo del contrato por cinco meses.

Siendo el contrato una ley para las partes, es innegable que el plazo del mismo fue ampliado para efecto de la ejecución de las obras allí establecidas y por ello la entidad contratante no podía desconocer unilateralmente la modificación del contrato ni desestimar sus efectos jurídicos, como lo hizo al expedir los actos acusados.

En consecuencia, por haber desconocido la fuerza obligatoria del otrosí 1 de 1997, el departamento del Magdalena incurrió en una falsa motivación del acto de liquidación unilateral del contrato.

6.1.3. La obligación de iniciar la ejecución del contrato

Por otra parte, se encuentra probado que mediante comunicación de enero 19 de 1998 la sociedad contratista allegó los certificados de modificación de las pólizas expedidas por Seguros Alfa S.A. en orden a orden a extender la vigencia de la garantía de cumplimiento y responsabilidad extracontractual para el contrato 002 de 1997, la cual según la referida comunicación fue extendida desde diciembre 11 de 1997 hasta agosto 12 de 1998. Posteriormente, en comunicación presentada el 10 de febrero de 1998, la contratista remitió nuevos certificados de modificación de las pólizas otorgadas.

³⁸ Folios 48 a 58, cuaderno 1.

De lo anterior se deduce que la contratista cumplió con la obligación que le correspondió para reiniciar la ejecución del contrato.

Se destaca que en el otrosí 1 suscrito el 10 de noviembre de 1997, el departamento hizo constar que contaba con la aprobación de FINDETER emitida el 6 de agosto de 1997, por manera que si dicha aprobación se hubiere configurado como un requisito para la continuar con la ejecución del contrato, se encontró igualmente cumplido.

6.1.4. Conclusión acerca de la falsa motivación de los actos acusados

En consecuencia, se tiene probado que la Resolución 001 de 1999 incurrió en una falsa motivación al considerar que el contrato 001 de 1997 se encontraba vencido y que la contratista lo había incumplido.

Igualmente se tipificó la falsa motivación en la Resolución 818 de 1999, toda vez que allí se desestimaron los efectos legales del otrosí 1 el cual se consideró inexistente en forma equivocada.

Se agrega que esa consideración errada incidió en el contenido de la liquidación realizada por el departamento en la referida Resolución 001 de 1999, toda vez que se liquidó el monto de la cláusula penal a cargo de la contratista.

De conformidad, con todo lo expuesto, se accederá a la pretensión de nulidad de los actos acusados.

6.2. Incumplimiento del contrato

6.2.1. Identificación de la obligación incumplida

Las obligaciones a cargo de la entidad contratante en el contrato 002 de 1997, se pactaron en forma general así:

“CLÁUSULAS GENERALES: a) Constituyen derechos y deberes generales de la Entidad Contratante, para efectos del presente contrato [los] contenidos en el artículo 4º de la Ley 80 de 1993”.

Frente a dicha cláusula -y aún en ausencia de la misma³⁹-, es claro que por ley se impone a las entidades contratantes el deber de permitir y facilitar la ejecución del contrato en la forma y en el tiempo en que fue convenido.

Se apoya lo anterior, por ejemplo, en el numeral 9 del citado artículo 4º de la Ley 80 de 1993 que estableció:

“Artículo 4.- De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior las entidades estatales;

(...)

9) Actuarán del tal modo que por causas a ella imputables no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratista (...).”

En ese contexto legal se advierte que la obligación de evitar la mayor onerosidad del contrato y el aplazamiento injustificado de la ejecución existe por virtud de la ley y se viola por la entidad contratante cuando no permite iniciar la obra y se niega sin razón alguna a suscribir el acta de inicio frente a la contratista que ha cumplido con todas las condiciones para ejecutar el contrato.

Desde ese punto de vista, aún frente a la ausencia de un plazo pactado para firmar el acta de inicio de obra, se entiende que existe un término razonable para cumplir con la firma del acta de inicio de obra, por ejemplo con apoyo en el artículo 1551 del Código Civil⁴⁰ o el artículo 855 del Código de Comercio⁴¹, según se pueda establecer de acuerdo con el contenido contractual.

En el contrato *sub judice* se observa la cláusula décima séptima podía servir de parámetro para fijar el plazo de iniciación de obras, toda vez que allí se dispuso:

³⁹ **Artículo 1603 C.C. Ejecución contractual de buena fe.** “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

⁴⁰ **Artículo 1551 C.C. Definición de Plazo.** El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo.

No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designe, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación; solo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes”.

⁴¹ **Artículo 855 C.Co.** “Todo comerciante podrá exigir intereses legales comerciales de los suministros o ventas que haga al fiado, sin estipulación del plazo para el pago, un mes después de pasada la cuenta”.

“Si al término de sesenta 60 días de haberse firmado el presente contrato, el departamento de Magdalena no logra conseguir la financiación objeto del mismo, la Administración podrá dar por terminado unilateralmente el contrato comprometiéndose a sufragar los gastos ocasionados al contratista, por concepto de legalización del contrato y a cancelar el valor estipulado en la cláusula penal pecuniaria. “

De lo anterior se deduce que el departamento del Magdalena corrió con la obligación de conseguir los recursos para el pago del contrato y que máximo habría podido demorar la iniciación por un plazo de 60 días a partir de la firma, con apoyo en la demora en los trámites de la financiación.

Por esta razón, no existió una justa causa de aplazamiento indefinido para permitir la reiniciación de las obras, ni siquiera frente a la demora o negativa de FINDETER en efectuar los desembolsos.

Acerca de los hechos que esclarecen las razones por las cuales no se reiniciaron las obras -en relación con tres de los tramos -, se aprecian las siguientes pruebas:

El 12 de febrero de 1998, habiendo transcurrido más de dos meses desde la firma del otrosí 1 la contratista requirió el pago de las obras ejecutadas y rechazó *“las recientes publicaciones de prensa, donde se nos acusa de sobrecostos en el contrato”*⁴².

El reparo en relación con los supuestos sobrecostos se comunicó a la contratista el 5 de marzo de 1998 como proveniente de la situación advertida dentro de los convenios 140, 141 y 142 de 1996, celebrados entre FINDETER y el departamento del Magdalena. En dicha comunicación el departamento citó a la contratista para llegar a un acuerdo de liquidación de los contratos *“por no contarse con los recursos para la culminación de la obra”*⁴³.

Por otra parte se observa que la contratista no incumplió con las obligaciones a su cargo, sino que el departamento decidió suspender las obras pendientes, inicialmente lo hizo con fundamento en la decisión que expresó el secretario de obras públicas el 16 de mayo de 1997 en el acta de reinicio parcial, la cual

⁴² Folio 47, cuaderno 1.

⁴³ Folio 42, cuaderno 1

consistió en cambiar el alcance de las obras para preservar las vías en caso de invierno y luego, le dio alcance definitivo a la decisión de suspensión el 5 de marzo de 1998, en la comunicación mediante la cual el departamento expresó la solicitud de suspensión de todas las obras e invitó a llegar a un acuerdo para liquidar el contrato, teniendo en cuenta las dificultades en la financiación de las obras.

Hasta donde se puede comprobar con el acervo probatorio, se concluye que los hechos que originaron la suspensión del contrato –en relación con los tres caminos vecinales pendientes- no pueden imputarse a la contratista, máxime cuando el cambio de las obras no partió de su iniciativa ni generó ningún valor adicional a su favor.

Por otra parte, obra en el plenario la certificación de los desembolsos realizados por FINDETER en el convenio 140⁴⁴, por valor total de \$243'687,578 en desarrollo del proyecto de vías terciarias del departamento, dentro del cual se reseñó la suma de \$81'994.630 en forma concreta como destinada para la vía Punta de Piedra – Palo de Agua que no llegó a reiniciarse, pese a que según la certificación dicho valor fue girado el 29 de diciembre de 1997.

De acuerdo con la certificación que se acaba de citar, no resulta cierto que FINDETER hubiera suspendido totalmente los desembolsos, para los tramos de obra pendientes.

También se encuentra en el expediente el oficio 1911 de 30 de diciembre de 1997, mediante el cual FINDETER, invocó el *“incumplimiento del departamento de la obligación establecida en el literal G) de la cláusula tercera”* del Convenio 140 de 1996 y le comunicó al departamento la decisión de abstenerse de efectuar nuevos desembolsos.

La obligación referida en el literal G) del convenio de financiación 140 de 1996, estaba a cargo del departamento y correspondió a la de *“ejecutar la realización de los proyectos de conformidad con los presupuestos de obra presentados por el DEPARTAMENTO”*. Debe hacerse notar que la sociedad contratista –ahora demandante- no era parte del convenio 140 celebrado entre FINDETER - como administrador del Fondo de Cofinanciación de Vías- y el departamento del

⁴⁴ Folios 189 y 190 cuaderno1.

Magdalena, en desarrollo del proyecto de mantenimiento de carreteras de la red terciaria del citado departamento⁴⁵.

De esta manera, de acuerdo con el plenario, el asunto que suscitó la suspensión de las obras y su no ejecución se originó en dos momentos: **i)** primero por el invierno y la consecuente necesidad de cambio de especificaciones y luego, cuando se firmó el otrosí 1 de noviembre 10 de 1997 la suspensión de obras obedeció a, **ii)** los incumplimientos en el reporte de ejecución del presupuesto del Convenio 140 – o por asuntos sin aclarar en la ejecución de tales presupuestos- por parte del departamento de Magdalena frente a FINDETER.

Por tanto, hasta donde se conoció en este proceso, los asuntos que originaron la suspensión del contrato 002 de 1997 fueron ajenos a la conducta de la sociedad contratista, ahora demandante.

No existe prueba de que se hubiera acordado un plazo para presentar las modificaciones a los cambios de obras, ni tampoco se encontró probada la presentación extemporáneamente que alegó el departamento del Magdalena sin allegar prueba alguna de esa afirmación. Tampoco se encuentra fundamento para correlacionar la supuesta demora en la formalización de los cambios de obras con las causas que habrían dado lugar a la suspensión de desembolsos por parte de FINDETER ni con la decisión de liquidar el contrato que el departamento comunicó a la contratista el 5 de marzo de 1998.

Frente al acervo probatorio, se da por acreditado que el departamento no cumplió con su obligación de permitir a la contratista la ejecución del contrato, en la forma convenida.

En consecuencia, de cara a la liquidación del contrato 002 de 1997 y del perjuicio que se demandó, es improcedente la inclusión del monto de la cláusula penal a cargo de la sociedad contratista que se realizó en la Resolución 001 de 1999.

Por el contrario, debe estimarse como observó la demandante, que el que incumplió el contrato al no reiniciar su ejecución fue el departamento del

⁴⁵ Folios 199 a 202, cuaderno 1.

Magdalena y por tanto, tenía lugar la liquidación de la cláusula penal pactada a cargo del aludido departamento.

6.2.2. Cláusula penal

La cláusula octava del contrato de obra 002 de 1997 estableció:

“Las partes contratantes convienen pactar como sanción pecuniaria el equivalente al veinte por ciento del valor estimado del contrato en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales que deberá pagar la parte que incumpla a favor de aquella que haya cumplido o se allane a cumplir”.

No cabe duda que la cláusula penal introdujo una tasación anticipada de perjuicios por incumplimiento del contrato, la cual se acordó en forma bilateral para cualquiera de las partes que incumpliera, por el monto equivalente 20% del valor estimado del contrato en caso de incumplimiento.

Se puntualiza que el objeto del contrato determinó en forma separada para cada una de las obras, de donde se advierte que era un objeto divisible en cuanto a su cumplimiento o incumplimiento, amén de que las partes acordaron valores, tiempos y condiciones para la ejecución identificando cada uno de los tramos.

En tal sentido, para efectos de dar aplicación a la cláusula penal sobre el valor estimado del incumplimiento procede tomar como base el monto de la obra incumplida.

Se corrobora la estimación de la base de la cláusula penal de conformidad con el objeto del contrato, la descripción separada de los caminos vecinales y especialmente con fundamento en el tratamiento que se acordó en el acta de reinicio de actividades, en la cual se separaron los tramos para efectos de la ejecución suspendida solo para algunos, lo cual se confirmó en el otrosí 1 referido solo a los tramos allí identificados, con valores separados.

Además se puede traer a colación que la contratista aceptó el pago separado o parcial por obra y de allí se debe establecer la proporcionalidad de la cláusula penal a su favor, en relación con las obras respecto de las cuales sucedió el incumplimiento imputado al demandante, de conformidad con el supuesto previsto en el artículo 1596 del Código Civil:

Artículo 1596 CC. Rebaja de pena por cumplimiento parcial. “Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”.

En este orden de ideas, la tasación de perjuicios por incumplimiento a partir de la cláusula penal que resultó a cargo del departamento del Magdalena procede sobre el 20% de las obras que no pudo ejecutar la contratista en razón de la conducta y las decisiones del referido departamento.

De acuerdo con el otrosí número 1, el valor de la obra pendiente y que no se pudo ejecutar debido a la decisión del departamento, era la suma de \$571'980.084⁴⁶. Sobre esa base se establece el valor de la cláusula penal en un 20% que equivale a la suma de \$114'396.016,80.

Finalmente, aunque la Sala advierte que se tipificó el incumplimiento del contrato y que ello da lugar al cobro del perjuicio establecido mediante la aplicación de la cláusula penal, volverá más adelante en esta providencia sobre la existencia del perjuicio, por razón de la compensación con el anticipo no amortizado, la cual fue considerada por la propia demandante en la forma de liquidación del perjuicio bajo la dinámica de cuentas en la liquidación del contrato.

6.3. Desequilibrio económico

Habiendo sido definido el concepto del desequilibrio económico de conformidad con lo expuesto en las consideraciones iniciales de esta providencia, se plantea el problema jurídico que consiste en determinar si era posible establecer un desequilibrio económico en la ejecución del contrato *sub lite* y en caso afirmativo, alegar su reconocimiento en la etapa de liquidación.

Se ha observado que las pretensiones de la demanda involucran el perjuicio a título de restitución del equilibrio económico sobre los mismos hechos que se alegaron como lesión del derecho a ejecutar el contrato e incumplimiento.

⁴⁶ Canoas - Carreto: \$91'442.219; PUNTA DE Piedra – Caño de Agua: \$247'807.016 y Carreto – Veranillo – La Palma – San Basilio: \$233'730.849, para un valor total de \$571'980.084. (folios 39 y 40, cuaderno 1.)

Sin embargo, la Sala establece que a pesar de la utilización confusa de los términos, la demandante indicó algunos hechos que podrían configurar el desequilibrio económico y, por ello, procede a su análisis.

Se refiere la Sala a que la demandante afirmó que afrontó una *mayor permanencia en obra* y que esa circunstancia le habría causado el derecho a un ajuste de los precios.

Es cierto que la mayor permanencia obra originada por riesgos a cargo de la entidad contratante puede dar lugar a la ruptura del equilibrio en la ecuación financiera del contrato y por tanto, al reconocimiento de las sumas correspondientes para restablecer el equilibrio financiero. Empero, ello depende de la fórmula de la ecuación económica del contrato, de la identificación de la parte a cuyo cargo corrió el riesgo correspondiente y por supuesto, de la demostración efectiva del desbalance y de la relación de causalidad con el hecho del cual se pretende derivar la afectación de la ecuación económica del contrato.

En este caso la mayor permanencia en obra se dio inicialmente por causa del invierno, durante el periodo comprendido entre el acta de suspensión y el acta de reiniciación, es decir durante el tiempo de un mes transcurrido entre el 16 de abril y el 16 de mayo de 1997. Sin embargo, cuando el contrato se reinició en relación con determinadas obras, la contratista no tuvo inconveniente en ratificar el precio fijo de la obra y ello se infiere de que lo aceptó como parámetro de las negociaciones de cambio de especificaciones en las obras, de acuerdo con las actas suscritas entre el 16 de mayo de 1997 y el 20 de junio de 1997 y que luego lo formalizó en el otrosí 1 firmado el 10 de noviembre de 1997.

De otro lado, una vez se reinició parcialmente la ejecución del contrato, la mayor permanencia en obra obedeció a un acuerdo entre las partes que se formalizó mediante el otrosí 1, en el cual se convino un plazo adicional, pero permaneció el precio pactado sin variación alguna y se reafirmó que no se modificaban otras cláusulas distintas de las contenidas en otrosí 1.

Por tanto, la mayor permanencia en obra proveniente de la ampliación del plazo acordado tampoco modificó la ecuación económica del contrato 002 de 1997 que continuó bajo la regla del acuerdo de precio fijo de conformidad con la cláusula segunda del referido contrato.

En conclusión, la variación que resultaba posible en los costos por el tiempo de vigencia del contrato –aunque era inferior a un año y por tanto soportada en obligaciones que se pueden entender de corto plazo- estuvo a cargo de la sociedad contratista y continuó bajo su riesgo a partir de la modificación del contrato y durante el tiempo adicional por el que se acordó al prorrogar el plazo del mismo.

Ahora bien, desde la atalaya de la conducta de la contratista y de su entendimiento en la distribución de cargas en el contrato, se observa que no solicitó ajustes ni alegó desequilibrio económico en la oportunidad en que negoció los cambios de obras ni cuando suscribió la modificación al contrato, ni tampoco cuando procedió a la entrega parcial de las obras ejecutadas bajo los precios fijos acordados.

Sobre esa conducta de la contratista se observa, también, que las reclamaciones por ajustes y actualización de precios que podrían entenderse amparadas en la mayor permanencia en obra y por tanto en el concepto de restablecimiento del equilibrio contractual, se expresaron solamente hasta el 8 de septiembre de 1998 en el escenario del proyecto de liquidación del contrato que presentó al departamento, en el cual pretendió cobrar la actualización en contravía de los acuerdos de precio fijo bajo los cuales había ejecutado el contrato.

Es decir que la contratista decidió *post factum* alegar un derecho para incrementar el monto causado a su favor en la liquidación del contrato. Por ello la Sala advierte que el supuesto desequilibrio económico no surgió en la ejecución del contrato y que se pretendió su configuración como una postura en la negociación de la liquidación, sin que hubiesen surgido hechos nuevos para soportarla.

La Sala aprecia que el contenido obligacional del contrato 02 y del otrosí 1 implicó un acuerdo de precio fijo sin reajustes, el cual no sufrió modificación y como tal tiene fuerza obligatoria y no puede ser ignorado con el propósito de alegar desequilibrio económico al momento de liquidar el contrato.

Desde el punto de vista teórico, la Sala estima que por excepción podría alegarse el reconocimiento del desequilibrio financiero en la etapa de liquidación del contrato, en relación con los sobre costos no incluidos en actas aprobadas. Pero

ello sería posible únicamente en el caso extremo en que se demuestre un hecho sobreviniente al acuerdo de prórroga o anterior a ésta, pero desconocido en su momento por la parte afectada, proveniente de un ítem a cargo de la contratante que se imputa como responsable de restituir el equilibrio del contrato. Sin embargo, ello no corresponde al supuesto que ahora se examina.

Así las cosas, por virtud de la fuerza obligacional de la ecuación contractual inmersa en el contrato pactado a precio fijo y de la que se deriva de la modificación del contrato en la cual se ratificó o confirmó la vigencia del precio fijo después de que ocurrió la suspensión de la obra y el acuerdo de nuevo plazo, se tiene que respetar la voluntad de las partes sobre la distribución de riesgos que se deriva de dicha fórmula de precio fijo y desestimar la reclamación de perjuicios enfocada en el desequilibrio contractual, la cual se presentó en oportunidad posterior y se invocó apartándose de la fórmula que gobernó la ejecución del contrato.

También es de la mayor importancia en relación con la prueba del supuesto desbalance de la ecuación contractual, precisar que en el proceso *sub lite*, no hubo identificación del sobrecosto que se habría causado por la mayor permanencia en obra, a lo cual se agrega que no cualquier sobrecosto daría lugar al restablecimiento del equilibrio económico, puesto que en el contrato no fue de aquellos en que la contratante se obligó a reembolsar los costos, sino que justamente el acuerdo fue el de un precio fijo pactado, con independencia de los costos de la contratista y de la variación de los mismos .

La ecuación contractual del precio fijo – se repite- indica que el riesgo de mayor o menor utilidad derivado de la variación de los costos propios de la obra, está a cargo de la contratista.

En consecuencia, el anterior análisis desde la óptica del equilibrio contractual tampoco permite concluir en este caso a favor de la pretensión de indemnización presentada por la demandante.

6.4. Liquidación de perjuicios

6.4.1. Compensación de los perjuicios frente al monto de las obligaciones de la contratista

La nulidad del acto administrativo mediante el cual se realizó la liquidación financiera del contrato abre paso a considerar la liquidación de perjuicios. Para ello la Sala partirá del proyecto de liquidación que invocó la demandante, el cual se presentó de cara a la liquidación financiera del contrato.

La demandante contempló el descuento del anticipo no amortizado en la liquidación del perjuicio, frente a lo cual entiende la Sala que no discutió la procedencia de la compensación de la respectiva cuenta.

En efecto, en la etapa de liquidación del contrato, tienen cabida los ajustes y reconocimientos a que haya lugar entre las partes, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993⁴⁷ y que aún fuera de ese escenario, opera por ley la compensación de obligaciones recíprocas, como medio de extinción de las mismas de conformidad con el Código Civil⁴⁸.

La liquidación del contrato comprende un ejercicio financiero que determina las partidas pendientes entre las partes de acuerdo con su naturaleza crédito o débito

⁴⁷ **Ley 80 de 1993. “Artículo 60°.- De su ocurrencia y contenido.** Los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar”.

⁴⁸ **Artículo 1714 CC. Compensación.** “Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”.

Artículo 1715 CC. Operancia de la compensación. “La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:

- 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.
- 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y
- 3.) Que ambas sean actualmente exigibles.

Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor”.

Artículo 1716 CC. Requisito de la compensación. “Para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras”.

y establece las posiciones acreedoras y deudoras de cada una de ellas para efectos del finiquito de las cuentas.

En la liquidación financiera del contrato se define el valor final a pagar o a restituir por la parte a quien corresponda, o la equivalencia de las cuentas y el saldo en ceros, según sea el caso.

A continuación se estudian los conceptos solicitados por la demandante y se establece que, en efecto, el monto de los perjuicios que procedía reconocer a favor de la contratista resultó inferior al valor del anticipo no amortizado.

6.4.2. Actualización de precios

La demandante solicitó el reconocimiento de valores por concepto de actualización de precios del contrato con fundamento en el IPC liquidado entre la fecha de presentación de la propuesta y la fecha de entrega del anticipo.

La antedicha pretensión de ajuste de precios no puede proceder teniendo en cuenta que en la cláusula segunda del contrato las partes pactaron un precio fijo de acuerdo con la propuesta de la contratista, sin derecho a ajuste en relación con la fecha en que fue presentada la propuesta, así:

“Las partes acuerdan que el valor del contrato es fijo y sin lugar a ningún tipo de reajuste en todo el término de ejecución y liquidación.”

Se hace notar que el acuerdo de precio fijo no se modificó en el otrosí 1 celebrado el 1 de noviembre de 1997.

6.4.3. Actualización del valor de la obra entregada y no pagada

De acuerdo con la Resolución 001 expedida el 8 de enero de 1999, para esa fecha se encontraba pendiente de pago el valor de las obras número 2 y número 3, por el monto de \$146'700.936 la primera y \$137'657.923, la segunda, para un valor total de \$284'358.859. Sobre dicho valor se debía amortizar el anticipo en un 50%, es decir la suma de \$142'179.429,50 y quedaba por pagar por concepto de obra ejecutada el otro 50%, esto es la suma de \$142'179.429,50.

Por otra parte, se tiene en cuenta que de acuerdo con el contrato 02 de 1997 su valor fue establecido en la suma fija de \$1.038'059.668, de donde el anticipo

pactado y desembolsado fue la suma total de \$519'029.834, valor que corresponde al monto relacionado por este mismo concepto en el acto de liquidación y que coincide con el que se estableció por la demandante.

Según el contenido del acto de liquidación, en un aspecto no debatido por la demandante, para la fecha de dicha liquidación se encontró amortizada la suma de \$90'832.459 correspondiente a la obra número 1 que fue debidamente pagada.

De acuerdo con lo anterior el valor del anticipo en poder de la contratista era una suma de \$428'197.375⁴⁹.

Descontando de ese valor, la amortización correspondiente a las obras 2 y 3, el saldo de anticipo no amortizado se redujo a \$286'017.945⁵⁰, cifra que también coincide con la que indicó la demandante en el proyecto de liquidación de perjuicios. Por su parte, como ya se estableció, el saldo pendiente de pago por concepto de obras ejecutadas se situó en \$142'179.429,50 correspondiente a la obras números 2 y 3.

En consecuencia, no procede soportar un perjuicio en la actualización del valor de la obra por pagar, si se tiene presente que no resultó exigible, toda vez que el monto del anticipo sin amortizar en poder la contratista era mayor que el valor de la cuenta por pagar a su favor.

6.4.4. Intereses moratorios

Es bien sabido que el interés moratorio procede en el caso de incumplimiento en el pago de obligaciones dinerarias de plazo vencido, de conformidad con las reglas del artículo 1608 del Código Civil⁵¹,

⁴⁹ \$519'029.834 - \$90'832.459 = 428'197.375.

⁵⁰ \$428'017.945 - \$142.179.430 = \$286'017.945. (La demandante presentó las cifras con aproximación de los decimales).

⁵¹ **Artículo 1608 CC. Mora del deudor.** "El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".

Debido al incumplimiento que había presentado el departamento por el hecho de no permitir la ejecución de las obras pendientes, es cierto que la contratista se hizo acreedora a una suma equivalente al monto de la cláusula penal por valor de \$114'060.016,80, que agregada al valor de las obras pendientes de pago por la suma de \$142'179.429,50 ascendió a \$256'239.446,30. Se observa que esta última suma siguió siendo inferior al monto del anticipo en poder de la contratista por valor de \$286'017.945, tal como hizo notar el departamento en este proceso.

De acuerdo con lo expuesto, no se puede acceder a liquidar intereses de mora sobre los valores de obra no pagados, teniendo en cuenta que no se configuró una obligación exigible a cargo de la entidad contratante, toda vez que la contratista tenía en su poder y le era exigible una suma mayor que aquella que se le adeudaba.

Por otra parte, en relación con las obras ejecutadas y no pagadas en el caso *sub lite* se probó la entrega y recibo parcial de las mismas mas no la facturación para efectos del cobro correspondiente ni el vencimiento del plazo para estructurar la mora. De hecho, tal como se advirtió en la sentencia de primera instancia la demandante no acreditó la existencia de facturas insolutas y al parecer no llegó a generarlas.

Se observa que en la reclamación inicial que presentó el 12 de febrero de 1998⁵² la contratista se refirió a cuentas de cobro sin identificar la fecha de presentación ni su valor. Por otra parte, en el proyecto de liquidación del contrato que la contratista planteó en comunicación de septiembre 8 de 1998⁵³, tampoco identificó las facturas correspondientes ni la radicación de las mismas, amén de que presentó una liquidación de intereses establecida a partir de las fechas de las actas, sin considerar el plazo para su pago, así fuera el que se debía establecer con la aplicación supletiva de las normas del contrato o de la ley.

Se reitera que en la liquidación que sobrevino por decisión unilateral del departamento, según lo probado en este proceso, en realidad la contratista salía a deber a la entidad contratante. Ello era así, incluso reconociéndole el precio por pagar de las obras ejecutadas más los perjuicios causados por la decisión –

⁵² Folio 102, cuaderno 1.

⁵³ Folio 108, cuaderno 1

ocurrida de facto o inmersa en el acto de liquidación – consistente en dar por terminado el contrato.

Sobre el anticipo nada explicó la demandante en el momento en que describió el traslado de la excepción presentada en primera instancia y en todo tiempo omitió pronunciarse acerca de la suerte del monto no amortizado y de la obligación de restituirlo. Por el contrario, la contratista reconoció la suma a su cargo por concepto de anticipo sin amortizar en la liquidación de perjuicios que presentó con la demanda. Se observa que a la vez incluyó mayores valores por actualización de precios e intereses, con lo cual obtenía un saldo a favor, empero, esto último no corresponde al derecho probado en este proceso.

Toda vez que el cobro de perjuicios con fundamento en los conceptos de actualización e intereses de mora no era legalmente pertinente, resulta evidente que la obligación de pago a cargo de la demandante se compensó con la cuenta a su favor y por tanto no procede la condena en perjuicios.

Finalmente se advierte que la liquidación del contrato estuvo amparada por la presunción de legalidad propia del acto administrativo de manera que en el presente proceso no se puede generar la obligación de reconocer intereses de mora sobre valores que bajo dicho acto eran compensados contra el anticipo no amortizado.

Aunque el acto de liquidación unilateral se anulará, se impone por ley la compensación de obligaciones y por tanto, se llega a concluir la improcedencia de la condena.

6.4.5. AIU dejado de percibir

Es cierto que la contratista se vio privada de la ejecución de una parte del contrato por hechos ajenos a su intervención y que a su vez probó que cumplió con la otra parte del contrato y que extendió la garantía de cumplimiento para hacer viable la reiniciación de las obras.

Sin embargo en este caso existió entre las partes una tasación anticipada de perjuicios por el incumplimiento, de manera que el acuerdo correspondiente debe

ser aplicado en atención a la voluntad de las partes de preferencia a otra forma de liquidar el monto de los perjuicios⁵⁴.

Se puede agregar que en el presente proceso no se acreditó el monto del AIU ni el de la utilidad incluida en el mismo, toda vez que el demandante se basó en su mera afirmación, la cual no se acepta como prueba idónea del perjuicio. Es cierto que se le negó el dictamen pericial solicitado, pero esa decisión no fue recurrida y por tanto, la contratista se atuvo a lo que quedó demostrado con la prueba documental, la cual orientó sin aportar otras pruebas a su alcance, como por ejemplo su contabilidad para reflejar la estructura de costos y el estimativo de la utilidad o la causación de perjuicios por mayor valor de los tasados al amparo de la cláusula penal.

En todo caso, se hace notar que el monto de la indemnización en el supuesto de la terminación ilegal del contrato solo corresponde al valor de la utilidad que se dejó de percibir y no a los gastos e imprevistos en que habría incurrido el contratista de haber realizado la obra, toda vez que si no ejecutó la obra no tuvo egresos o detrimento patrimonial por tales conceptos y por ello no procede el reconocimiento del perjuicio o la reparación del derecho con fundamento en los gastos e imprevistos que no tuvo que afrontar el contratista.

También es pertinente indicar que el perjuicio invocado por concepto de utilidad dejada de percibir resultó inmerso en la cláusula penal si se tiene en cuenta que aún aceptando el dato del AIU afirmado en la demanda, su valor era inferior al que resultó establecido por la vía de la cláusula penal.

En efecto, si en gracia de discusión, se acepta la tercera parte de dicho AIU como utilidad, bajo el supuesto de que los tres componentes de este concepto (gastos de administración, imprevistos y utilidades) tenían el mismo peso, se llega a concluir que la utilidad correspondiente a las obras no ejecutadas, habría sido equivalente al 14% del valor de las respectivas obras, es decir la suma de

⁵⁴ **Artículo 867 C.Co. Cláusula penal.** “Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella”.
Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte”.

\$80'077.212, monto que resulta inferior al de la cláusula penal que para el caso en cuestión arrojó un valor total de \$114'060.016,80 correspondiente al 20% de dichas obras, de acuerdo con el porcentaje establecido en el contrato.

Con fundamento en todo lo anterior – se reitera- que no existen elementos de juicio para acceder a la condena a la indemnización de perjuicios solicitada por la parte demandante.

7. Costas

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 30 de julio de 2008 y en su lugar se dispone:

1º Declarar la nulidad de la Resolución 001 de enero 8 de 1999, expedida por el departamento del Magdalena.

2º Declarar la nulidad de la Resolución 818 de 19 de agosto de 1999, expedida por el departamento del Magdalena.

3º Denegar las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA