

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejero ponente (E): HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015)

RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio de
Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por una de las demandadas, contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta el diecinueve (19) de enero de dos mil diez (2010), mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO: Declárase probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el Municipio de Villavicencio.

SEGUNDO: Declarar que VILLAVIVIENDA, Empresa Industrial y Comercial del Municipio de Villavicencio, incumplió las obligaciones surgidas del contrato No. 017 del 23 de octubre de 2007, celebrado con la empresa CONSTRUF YA Ltda., cuyo objeto consistía en ejecutar la construcción de obras de urbanismo para 338 viviendas ubicadas en el lote La Madrid de esta ciudad.

TERCERO: Condénase in genere a VILLAVIVIENDA, a título de indemnización de perjuicios en favor de la firma CONSTRUF YA Ltda., el valor de la utilidad que debía reportar por la ejecución normal del contrato y los costos razonables causados en que incurrió



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

el contratista para el desarrollo del objeto contractual; montos que serán cuantificados previo el agotamiento del respectivo incidente, el cual deberá ser iniciado dentro del plazo legal y en los términos señalados en la parte motiva de este proveído con su respectiva indexación e intereses, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

CUARTO: *NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.”*

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el cinco (5) de febrero de dos mil ocho (2008), la sociedad Construf Ya Ltda., en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra Villavivienda, Empresa Industrial y Comercial y el municipio de Villavicencio:

“1º: Que se declare que hubo INCUMPLIMIENTO del contrato de obra No. 017 de 2007, por parte de VILLAVIVIENDA, en razón a que pese que el mismo se perfeccionó y mi mandante cumplió con todos los requisitos que le correspondían para poder iniciar con su ejecución, la entidad demandada no expidió el acta de iniciación de obra.

2º. Que se condene a VILLAVIVIENDA a indemnizar plenamente a la sociedad CONSTRUF YA LTDA., por los perjuicios de todo orden que le ha causado con ocasión de la no expedición del acta de iniciación de obra, y la consecuente inejecución del contrato. constituidos entre otros por los daños directos en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante, daño inmaterial en calidad de daño moral y daño a la vida de relación, los perjuicios materiales y los costos financieros en que ha incurrido el accionante como consecuencia de la conducta descrita.

3º Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a VILLAVIVIENDA a pagar a la sociedad CONSTRUF YA LTDA., la suma de noventa y nueve millones novecientos quince mil sesenta y un pesos (\$99'915.061) equivalentes al diez por ciento (10%) del valor del contrato, a título de sanción penal pecuniaria conforme a lo estipulado



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

en la cláusula décimo tercera del contrato No. 017 de 2007, aplicable por analogía a favor del contratista.

4º Que se condene a VILLAVIVIENDA a pagar al accionante el monto indemnizatorio debidamente actualizado o corregidos monetariamente, aplicando los intereses moratorios sobre las sumas de dinero líquidas adeudadas.

5º Que se condene al ente enjuiciado a pagar a favor del demandante intereses comerciales sobre las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia que ponga fin a este proceso durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia y se ordene a cumplir la sentencia en el término de treinta (30) días contados a partir de la fecha de su notificación.”

2. Los hechos.

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

2.1. Mediante comunicación fechada el 9 de octubre de 2007, Villavivienda, empresa industrial y comercial del municipio de Villavicencio, invitó a la sociedad Construf Ya Ltda., -entre otras entidades- a presentar propuesta para ejecutar la construcción de obras de urbanismo para 338 viviendas en el predio La Madrid, inscrito en el banco de proyectos del municipio.

2.2. Construf Ya Ltda., presentó propuesta, fue seleccionada y le fue adjudicado el contrato mediante los trámites de contratación directa.

2.3. Construf Ya Ltda., suscribió con Villavivienda, el contrato número 017 el cual se perfeccionó el 23 de octubre de 2007.

2.4. Para la ejecución del contrato se estableció como requisito la aprobación de garantías exigidas por la entidad contratante, el registro presupuestal y la publicación del mismo, requisitos que - según narró la demandante- “se



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

encuentran cumplidos en su totalidad.”,

2.5. El valor del contrato se acordó en la suma de total de \$999'150.614 y el plazo pactado para la ejecución del contrato se fijó en dos (2) meses.

2.6. Por su parte, Construf Ya Ltda., llevó a cabo la celebración de contratos requeridos para contar con el personal, maquinaria y suministros con el fin de atender la ejecución del contrato número 017 de 2007.

2.7. Villavivienda no otorgó el acta de iniciación de la obra y no giró el anticipo pactado, pese a los requerimientos verbales que le presentó la contratista, conducta con la cual impidió la ejecución del contrato y causó graves perjuicios a Construf Ya Ltda y a sus proveedores.

3. Concepto de violación.

La parte actora concretó los cargos en la violación de los artículos 3, 50 a 53 de la Ley 80 de 1993, normas que se refieren al deber de ejecución de los contratos y la responsabilidad de las entidades estatales por los perjuicios causados en el incumplimiento de las obligaciones contractuales. Igualmente invocó el Decreto 679 de 1994, advirtiendo que si hubiera ocurrido el incumplimiento del contratista en los requisitos para la ejecución del contrato, la entidad estatal debió proceder mediante acto administrativo motivado, conforme al artículo 77 de la Ley 80 de 1993. Indicó que Villavivienda obró bajo la modalidad de culpa grave, equiparable al dolo, de acuerdo con el artículo 63 del Código Civil, por no haber cumplido con las obligaciones a su cargo.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

4. Actuación procesal.

4.1. El Tribunal Administrativo del Meta, admitió la demanda por auto de 27 de febrero de 2008¹.

4.2. El Tribunal *a quo* dispuso la práctica de pruebas mediante auto de 11 de junio de 2008², decretó las documentales aportadas con la demanda y ordenó librar oficios a la parte demandada, a lo cual se procedió por secretaria, mediante las comunicaciones en las que requirió a Villavivienda para adjuntar copia auténtica de todos los documentos relacionados con el contrato número 017 de 2007³, la inclusión en el presupuesto de la vigencia 2007 y 2008, y las partidas relacionadas con el certificado de disponibilidad, así como el registro presupuestal del contrato citado⁴. Se verá en el acápite de pruebas que ante la ausencia de respuesta por parte de la empresa demandada, la parte demandante solicitó tener esta conducta como indicio grave en contra de dicha demandada y finalmente, optó por renunciar a la práctica de pruebas documentales de los oficios solicitados⁵.

4.3. Contestación de la demanda.

El municipio de Villavicencio contestó la demanda, indicó que no le constan los hechos afirmados por la demandante y presentó como excepciones: **i)** la falta de legitimación pasiva con fundamento que no hizo parte del contrato número 017 de

¹ Folio 290, cuaderno 1.

² Folio 339, cuaderno 1.

³ Folios 342 y 346, cuaderno 1.

⁴ Folio 347, cuaderno 1.

⁵ Folios 384 a 388, cuaderno 1. Memorial radicado en noviembre 5 de 2008.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

2007, ii) inepta demanda y “pago de lo no debido” la cual hizo consistir en que la entidad presuntamente responsable es una empresa industrial y comercial del municipio y por ende con personería jurídica propia.⁶

El apoderado de Villavivienda contestó la demanda, no obstante, a solicitud de la parte demandante, mediante auto de 12 de agosto de 2008, el Tribunal *a quo* decidió tenerla por no contestada, ante la carencia de poder⁷, proveído que fue confirmado al desatar el recurso de reposición, mediante auto de 28 de octubre de 2008⁸.

4.4. Alegatos de conclusión.

La **parte demandante** solicitó tener como indicio grave en contra de la demandada, la falta de contestación de la demanda. Por otra parte, procedió a pronunciarse sobre la contestación y excepciones presentadas por el municipio de Villavicencio, advirtió que la demanda sí reunió todos los requisitos de ley y en parte alguna se relacionó un pago a su favor. Acerca de la excepción de falta de legitimación pasiva invocó la Ley 489 de 1998 con el propósito de indicar que el municipio de Villavicencio se encontró llamado a orientar y controlar las actividades de las empresas descentralizadas; citó las declaraciones del Alcalde a la prensa, en las cuales se evidenció su total conocimiento del proyecto de construcción de vivienda de interés social.

Precisó que el contrato quedó perfeccionado con la firma, en los términos de la Ley 80 de 1993, afirmó que cumplió con el requisito de las pólizas de seguros que fueron expedidas con vigencia a partir del 23 de octubre de 2007, las cuales dijo

⁶ Folio 323, cuaderno 1.

⁷ Se aportó poder con referencia a una acción popular de otro actor contra esa empresa.

⁸ Folios 376 a 381, cuaderno 1.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

haber allegado a Villavivienda, con la solicitud de descuento del impuesto de timbre, los paz y salvos de impuestos y la constancia de pago de los derechos de publicación del contrato, con fecha el 25 de octubre de 2007.

En cuanto al pago del impuesto de timbre afirmó que no era requisito de ejecución y destacó la comunicación de 25 de octubre de 2007 en la cual autorizó a Villavivienda para que del pago del anticipo del contrato descontara el monto del impuesto.

Relacionó las pruebas que aportó con el alegato de conclusión, en orden a obtener la indemnización de perjuicios, por concepto de los costos y gastos en que tuvo que incurrir.

El municipio de Villavicencio, obrando como **parte demandada**, reiteró la falta de legitimación pasiva y advirtió que no existe pretensión en su contra en el sub lite. Destacó que en el expediente no se encontró prueba de la aprobación de garantías de manera que no puede establecerse que la empresa Villavivienda estuviera en la obligación de otorgar el acta de iniciación del contrato. En relación con el impuesto de timbre, especificó que de acuerdo con el contrato el acta de inicio debía firmarse antes de entregar el anticipo, por lo cual no podía formalizarse antes del pago del impuesto de timbre, siendo improcedente el procedimiento de descuento autorizado por la contratista.

Advirtió que la demandante conoció que personas encargadas del manejo presupuestal de Villavivienda incurrieron en posibles delitos, toda vez que las obligaciones correspondientes al contrato no fueron incluidas en el respectivo presupuesto.

Villavivienda, empresa industrial y comercial del municipio, no presentó alegato en la primera instancia.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

El **Ministerio Público** guardó silencio en su oportunidad.

4.5. La sentencia impugnada.

En sentencia proferida el 19 de enero de 2010, el Tribunal *a quo* declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el municipio de Villavicencio. Igualmente declaró demostrado el incumplimiento del contrato por parte de Villavivienda y ordenó la condena *in genere*.

El Tribunal *a quo* razonó sobre el acervo probatorio, de la siguiente manera:

“(...) la Sala advierte sin mayor esfuerzo, que el contratista cumplió con el trámite de legalización de las obligaciones ubicadas dentro de su ámbito para la ejecución de las obras, cuál era la constitución de las garantías y la publicación del mismo.// Si bien es cierto no obra al interior del plenario documento demostrativo del proceso de asignación de recursos para solventar el precio contractual en estricto sentido, el solo hecho de la suscripción del contrato le acarrea a la entidad el deber correlativo –carga jurídica- de expedir el registro de apropiación presupuestal, conforme lo exige el inciso 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.”

Se refirió en extenso a la buena fe y la confianza legítima de la contratista que se encontró vulnerada por conducta de la empresa demandada, identificó el incumplimiento de la obligación legal de reconocer la disponibilidad presupuestal que Villavivienda indicó en la etapa precontractual y en el contrato número 017 de 2007.

En relación con los perjuicios advirtió, en primer lugar, que los documentos relacionados con los gastos se aportaron extemporáneamente, por fuera de la oportunidad probatoria, razón por la cual el Tribunal *a quo* decidió no tenerlos en cuenta; en segundo lugar, estimó improcedente la aplicación de la cláusula penal



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

pecuniaria establecida en el contrato a favor de la entidad contratante.

Finalmente, el Tribunal *a quo* apreció que no se logró determinar en el plenario la utilidad o beneficio que le había reportado el contrato a la sociedad demandante, en lo cual se apoyó para ordenar la condena en abstracto.

4.6. El recurso de apelación.

La parte actora y la empresa Villavivienda impugnaron la sentencia de primera instancia; el Tribunal *a quo* concedió el recurso mediante proveído de 18 de marzo de 2010.

La actora no sustentó su recurso, por lo cual se declaró desierto por el Consejo de Estado, mediante auto de ponente de fecha 24 de junio de 2010.

Villavivienda, sustentó en su oportunidad el recurso de apelación, con fundamento en que, a su juicio, el Tribunal *a quo* al condenar in genere a Villavivienda falló *extra petita* y por fuera de lo probado en el proceso, por las siguientes razones:

i) Teniendo en cuenta el contenido de la demanda se entiende que la parte actora solicitó el pago de la cláusula penal pecuniaria a título de perjuicios, la cual comprendería el reconocimiento de todos –absolutamente todos- los daños que se le ocasionaron a la demandante, pretensión que no prosperó y por lo tanto carece de asidero para soportar la condena en perjuicios, al no haber reconocido la aplicación de la referida cláusula, por parte del Tribunal *a quo*.

ii) No puede pretenderse un daño emergente cuando el contrato no se ejecutó en realidad. Observó que si existía una póliza del anticipo destinado al cubrimiento de los gastos para iniciar la ejecución del contrato, careció de fundamento legal la



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

manifestación de la contratista de haber suscrito contratos antes del desembolso del anticipo.

iii) Estimó que de conformidad con el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo⁹, no era procedente la condena en abstracto, toda vez que la demandante determinó la cuantía dentro de la demanda pero la misma no fue demostrada en el proceso. Indicó que no obran *“en el expediente pruebas relacionadas con el valor de la utilidad que dejó de percibir, por consiguiente no hay elementos probatorios suficientes y menos pertinentes que demuestren los perjuicios.”*

4.7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

La sociedad Construf Ya Ltda., ratificó el contenido de los alegatos de primera instancia, advirtió que la parte demandada no contestó la demanda y que las pruebas en poder de esa entidad no pudieron ser allegadas al proceso. Alegó que no hubo fallo *extra petita* toda vez que del incumplimiento se desprenden los perjuicios, por lo cual la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

⁹ **“Artículo 172 C.C.A..** Modificado por el art. 56, Ley 446 de 1998 *“Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Civil.*

Quando la condena se haga en abstracto, se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquél o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación.”



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

4.8. Conceptos del Ministerio Público

En segunda instancia se presentaron dos conceptos del Ministerio Público:

El 2 de julio de 2010 la Procuraduría 48 Judicial II Administrativo de Villavicencio, radicó concepto en el cual solicitó la revocatoria del numeral 1º y 3º de la sentencia y en su lugar estimó que se debe condenar en perjuicio a las entidades estatales demandadas, por las siguientes razones: **i)** se refirió a los supuestos en que los hechos nuevos pueden ser tomados en cuenta por el juzgador, cuando han acaecido en momento posterior a las etapas procesales con que cuentan las partes para aducirlos, razón por la cual estimó que se deben valorar frente a ello los gastos de maquinaria y personal acreditados. Agregó que debe tenerse en cuenta el cuadro de especificaciones contenido en el contrato en el cual se estipuló un total de AIU equivalente al 25% y **ii)** la decisión sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva se debe revocar, toda vez que de conformidad con la Ley 489 de 1998, le correspondió al municipio de Villavicencio orientar, controlar y evaluar las actividades de las entidades administrativas descentralizadas por servicios, y en este proceso fue claro que el proyecto tenía el aval del municipio, por el hecho de estar registrado en el banco de proyectos de esa entidad¹⁰.

El 20 de septiembre de 2010 en la oportunidad del traslado especial del artículo 210 del Código Contencioso Administrativo dispuesto mediante auto de 22 de julio de 2010¹¹, la Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado presentó concepto No. 216 -2010, en el cual indicó que se debe revocar la sentencia condenatoria y en su lugar desestimar las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que *“la conducta procesal negligente de la parte actora dejó huérfanos*

¹⁰ Folios 508 a 520, cuaderno principal

¹¹ Folio 523, cuaderno 1.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

de prueba los fundamentos de sus pretensiones, lo cual lleva necesariamente a que las mismas sean desestimadas.”

Se refirió a que Villavivienda no dio respuesta a las solicitudes del Tribunal *a quo*, en conocimiento de lo cual la parte demandante solicitó el cierre del debate probatorio en dos oportunidades y en la segunda de ellas renunció en forma expresa a la práctica de pruebas documentales que debían ser allegadas por Villavivienda, cerrando la posibilidad de que el Tribunal *a quo* hubiese insistido en ellas. Del análisis de las pruebas concluyó que la parte demandante incumplió la carga procesal probatoria para demostrar el incumplimiento del contrato y afirmó que:

“(…) de la simpe lectura del contrato No. 017 de 2007, no es posible inferir un obrar omisivo de la entidad contratante en cuanto a sus obligaciones contractuales. De su contenido y alcance, solo surge la certeza de su objeto, valor, plazo, obligaciones a cargo de cada una de las partes que lo suscribieron y demás cláusulas propias del contrato de obra. Tampoco es posible deducir incumplimiento de la entidad contratante, por el hecho de que la firma contratista hubiese presentado las pólizas que amparaban el cumplimiento y otras garantías del contrato.”¹²

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto; **2)** caducidad de la acción contractual; **3)** pruebas aportadas al proceso; **4)** marco legal aplicable a los contratos de las empresas industriales y comerciales del

¹² Folios 563 y 564, cuaderno principal.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

estado; **5)** consideración acerca de los conceptos presentados por el Ministerio Público en la segunda instancia; **6)** el caso concreto y **7)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado.

1.1. Jurisdicción competente.

El contrato en cuyo seno se generaron las controversias planteadas en el presente proceso, lo constituye el número 017 celebrado entre Villavivienda, empresa industrial y comercial del municipio y la sociedad Construf Ya Ltda., con el objeto de ejecutar la construcción de obras de urbanismo para 338 viviendas, suscrito el 23 de octubre de 2007, es decir en vigencia de las normas del Estatuto de Contratación Estatal contenido en la Ley 80 expedida en el año de 1993¹³. El referido estatuto dispuso las reglas y principios de los contratos estatales y relacionó las entidades estatales para efectos de la citada Ley, dentro de las cuales se encuentran comprendidas las empresas industriales y comerciales del estado¹⁴.

¹³ Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que entró a regir el 16 de enero de 2008. (Artículo 33. Vigencia. *“La presente ley empieza a regir seis (6) meses después de su promulgación, con excepción del artículo 6° que entrará a regir a los dieciocho (18) meses de su promulgación”*. Su publicación se produjo el 16 de julio de 2007 en el Diario Oficial No. 46.691.)

¹⁴ *“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.*

(...).”



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75¹⁵ de la citada Ley 80, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto Villavivienda, es una empresa industrial y comercial creada por el municipio de Villavicencio¹⁶, medida en la cual tiene el carácter de entidad estatal en los términos del ya citado artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

Se precisa que de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se definieron los contratos estatales con un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato, así:

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

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

¹⁵ Artículo 75, Ley 80 de 1993: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

¹⁶ De acuerdo con los términos de referencia obrantes en el plenario: “VILLAVIVIENDA, es una empresa industrial y comercial del municipio de Villavicencio, cuyo objeto social es ofrecer soluciones de Vivienda a la comunidad.”



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

define el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

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

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

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

Finalmente esta competencia se mantiene para los procesos que se rigen por la Ley 1437 de 2011, en cuanto en su artículo 104, numeral 2º, preceptúa que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos *“relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”*.

1.2. Cuantía.

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión mayor se estimó por valor de \$999'150.614, la cual era superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

(\$230'750.000)¹⁷, exigida en la Ley 954 promulgada el 28 de abril de 2005, para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia.

2. Caducidad de la acción contractual.

El numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en su letra d) dispuso acerca del término de caducidad de la acción contractual:

“d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;”

A partir de la norma citada, tal como fue modificada por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, en relación con el término de caducidad de la acción contractual, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido reiteradamente que en tratándose de contratos sometidos al procedimiento de liquidación, el término de caducidad de la acción se establece desde la liquidación del contrato.

Descendiendo al caso concreto, se encuentra probada la siguiente secuencia y cronología de los actos materia de la acción contractual:

El contrato número 017 de 2007 se suscribió el 23 de octubre de 2007, con la siguiente cláusula de duración:

“QUINTA¹⁸ (...) DURACION DEL CONTRATO: La Vigencia del presente contrato será equivalente al término de duración del

¹⁷ De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente del año 2008 (\$461.500), toda vez que la demanda se presentó el 5 de febrero de 2008 y el recurso de apelación se interpuso el 4 de febrero de 2010, en vigencia de la Ley 954 de 2005 (folio 504, cuaderno principal).



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

proyecto más dos meses, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación de actividades, el plazo para la ejecución de las obras [será de] dos (2) meses.”

En el presente caso la disputa se generó por cuanto la empresa demandada habría incumplido su obligación de otorgar el acta de inicio, según la demandante, a partir del 25 de octubre de 2007 fecha en la cual le radicó la solicitud de descuento del impuesto de timbre¹⁹.

Por lo tanto, no se puede establecer con certeza la vigencia del contrato, la cual habría contado a partir del acta de inicio que no llegó a otorgarse. Sin embargo, con fundamento en los hechos ocurridos en la fecha mencionada en la demanda, para los efectos de la caducidad de la acción se tomará el 25 de octubre de 2007, como la fecha en que habría iniciado el plazo de duración del contrato.

Partiendo de esa base, el plazo de la duración del contrato de dos (2) meses, tiene que contarse desde el 25 de octubre de 2007 hasta el 25 de diciembre de 2007. Si a ello se agrega el plazo de dos (2) meses para liquidar de mutuo acuerdo – de conformidad con la cláusula de liquidación del contrato contenida en los términos de referencia - y de allí, se adiciona el plazo de dos (2) meses previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, se establece que el término de caducidad de la acción contractual corrió a partir de 25 de abril de 2008, por un lapso de dos (2) años, hasta el 25 de abril de 2010.

Teniendo en cuenta que la demanda se presentó dentro de ese lapso, el 5 de febrero de 2008, no tuvo lugar la caducidad de la acción.

¹⁸ Parte final de la cláusula quinta.

¹⁹ Folio 26, cuaderno 1.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

En consecuencia, se confirma, también por este aspecto, la competencia de la Sala, para entrar a conocer del recurso de apelación.

3. Las pruebas aportadas al proceso.

3.1. Con la demanda se aportaron en original o copia simple, los siguientes documentos que fueron decretados como prueba mediante auto de junio 11 de 2008 y por lo tanto, deben ser valorados:

3.1.1. Original de tres comunicaciones suscritas por el gerente de Villavivienda con fecha 9 de octubre de 2007, sin constancia de radicado, ni remitido o recibido, dirigidas a: i) “Construf Ya”, ii) “Obrasing Ltda” y iii) “Civilo”, con el siguiente texto:

“Atentamente me permito invitarlo a presentar propuesta para: ejecutar Construcción de obras de urbanismo para 338 viviendas ubicadas en el lote LA MADRID.”²⁰

3.1.2. Documento de términos de referencia, con membrete de Alcaldía de Villavicencio, Empresa Industrial y Comercial del Municipio VILLAVIVIENDA, con la siguiente identificación:

“TÉRMINOS DE REFERENCIA DEFINITIVOS

SOLICITUD DE OFERTAS

CONTRATACIÓN DIRECTA, OBJETO: “OBRAS DE URBANISMO PARA APROXIMADAMENTE 437 VIVIENDAS UBICADAS EN EL PROYECTO LA MADRID”,

VILLAVICENCIO, OCTUBRE DE 2007.”

²⁰ Folios 91, 92 y 93, cuaderno 1.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

En este documento se lee:

“Lugar y Oportunidad para la Presentación de la Propuesta

La propuesta debe presentarse y radicarse en la Secretaria de la Gerencia de la Empresa Industrial y Comercial del Municipio Villavivienda Calle 37 No. 33B – 27, BARZAL Villavicencio, el día 18 de OCTUBRE de 2007 a las 5: p.m.²¹

(...)

PRESUPUESTO

VILLAVIVIENDA estima el valor de las obras en mil millones de pesos m/l \$1.000'000.000. El presupuesto es un aspecto estrictamente informativo, que está sujeto a modificaciones y ajustes, razón por la cual VILLAVIVIENDA no asume responsabilidad alguna por el uso que el PROPONENTE haga de él para sus cálculos.²²

(...)

PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

El contrato se perfecciona una vez el acuerdo se eleve por escrito y se efectúe el respectivo Registro Presupuestal.

Una vez comunicada la adjudicación, EL PROPONENTE seleccionado deberá suscribir el contrato dentro del plazo indicado en estos Términos de Referencia.²³

(...)

REQUISITOS DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Perfeccionado el contrato, procede el cumplimiento de los requisitos de ejecución del mismo, para lo cual se requiere que, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, el CONTRATISTA pague la publicación en la Gaceta municipal y entregue las

²¹ Folio 56, cuaderno 1.

²² Folio 59, cuaderno 1.

²³ Folio 69, cuaderno 1.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

garantías y seguros exigidos; para que VILLAVIVIENDA imparta su aprobación a estos documentos.”

(...)

PLAZO Y PROCEDIMIENTO PARA LA EVALUACIÓN

El plazo de evaluación será de dos (2) días hábiles, contados a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de presentación de propuestas, VILLAVIVIENDA podrá modificar dicho término.²⁴

(...)

SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

Una vez comunicada la adjudicación, el PROPONENTE deberá suscribir el contrato dentro de los 5 días hábiles siguientes.”²⁵

3.1.3. Documento de presentación de la propuesta, con fecha 18 de octubre de 2007, suscrito por el representante legal de Construf Ya Ltda., y por el ingeniero civil responsable²⁶. En este documento se observan: carta de presentación de la propuesta; certificado de registro de proponentes; cédula del representante legal; balances y estado de resultados año 2006; NIT de la persona jurídica; certificado de antecedentes disciplinarios; certificado de antecedentes fiscales; presupuesto de obra (anexo 2); análisis de precios unitarios (anexo 4); cronograma de actividades; plan de inversión del anticipo correspondiente a las inversiones detalladas por cantidades y valores en los rubros de alcantarillado de aguas negras, vías en concreto asfáltico y acueducto, para un total de \$499'575.307²⁷; relación de equipos ofrecidos (anexo 3); carta de disponibilidad de equipos

²⁴ Folio 75, cuaderno 1.

²⁵ Folio 79, cuaderno 1.

²⁶ “Para efectos del artículo 14 de la Ley 64 de 1978 esta propuesta es abonada por FELIX OMAR ASPRILLA GAITAN (...) Quien a su vez suscribase (sic) la presente carta, que no se halla incurso en incompatibilidades o conflictos de interés con VILLAVIVIENDA.” Folio 97, cuaderno 1.

²⁷ Folios 227 y 228, cuaderno 1.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

suscrita por Construcciones Benavides – Ingenieros Contratistas con fecha octubre 18 de 2007²⁸; hoja titulada relación de personal ofrecido (aparece sin anexos)²⁹; hoja de vida del director de obra³⁰; hoja de vida del residente de obra³¹; relación de contratos (anexo 6)³².

3.1.4. Contrato Número 017 de 2007, celebrado entre Villavivienda y Construf Ya Ltda., con fecha 23 de octubre de 2007, del cual se destacan las siguientes cláusulas:

PRIMERA. OBJETO: *el contratista se compromete a ejecutar la Construcción [de] obras de urbanismo para 338 viviendas ubicadas en el lote LA MADRID. De acuerdo a las siguientes especificaciones: (...)*

SEGUNDA. VALOR: *Para todos los efectos fiscales, el presente contrato tiene un valor de NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL SEISCIENTOS CATORCE PESOS (\$999'150.614.00)*³³

3.1.5. Certificación suscrita con fecha 23 de octubre de 2007, por el gerente de Villavivienda, con el siguiente texto:

“EL GERENTE DE VILLAVIVIENDA

CERTIFICA

Que el predio denominado LA MADRID, donde se va a desarrollar el contrato No. 017 de 2007, cuyo objeto es: ‘Construcción de obras de urbanismo para 338 vivienda ubicadazas (sic) en el lote

²⁸ Folios 231 y 132, cuaderno 1

²⁹ Folio 247, cuaderno 1.

³⁰ Folio 249, cuaderno 1, correspondiente al ingeniero Armando Ramírez Gómez.

³¹ Folio 265, cuaderno 1, correspondiente al ingeniero William Tello Patiño.

³² Folios 94 a 276, cuaderno 1.

³³ Folios 32 a 39, cuaderno 1.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

la Madrid [?], la entidad contratante VILLAVIVIENDA es la propietaria del terreno.

Se expide la presente certificación a solicitud del interesado.

Villavicencio, 23 de octubre de 2007.”

En esta certificación consta un sello de recibido por parte de: Liberty Seguros S.A., Liberty Seguros de Vida S.A de fecha 25 de octubre de 2007, 2.09 PM., con firma y la siguiente leyenda en el sello

“A.D.M VILLAVICENCIO Y CIA LTDA.
ADMINISTRADORA DE SEGUROS
RECIBIDO PARA ESTUDIO”-

3.1.6. Certificación expedida por Bancolombia de fecha 25 de octubre de 2007, dirigida a Villavivienda en la cual esa entidad hizo constar que Construf Ya Ltda., se encontró vinculada a través de cuenta corriente con esa entidad³⁴

3.1.7. Comunicación suscrita por el representante legal de Construf Ya Ltda., con sello de recibido en correspondencia de Villavivienda, con fecha 25 de octubre de 2007, 2.57. pm, en la cual solicitó:

“Señores
VILLAVIVIENDA
La Ciudad
Att.: Daniro Rodríguez Carrillo – Gerente

*Muy atentamente solicito que el valor del impuesto de timbre del contrato cuyo objeto es ejecutar la construcción de obras de urbanismo para 338 viviendas ubicadas en el lote La Madrid, celebrado con la firma **CONSTRUFYA LTDA**, sea descontado del valor del anticipo generado por dicho contrato.
Cordialmente*

³⁴ Folio 25, cuaderno 1.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

FABIAN ENRIQUE AVILA FORERO
Representante legal
Construfya Ltda
*NIT 8220075338*³⁵

3.1.8. Recibo de Caja de la tesorería municipal de Villavicencio, por valor de \$6'695.154,00, de fecha 25 de octubre de 2007, por concepto de "*PUBLICACIONES – CONTRATO 017 DE 2007.*"³⁶

3.1.9. Certificación de paz y salvo por concepto de valorización municipal, expedido por la dirección de impuestos municipales de la Alcaldía de Villavicencio, con fecha 25 de octubre de 2007³⁷.

3.1.10. Certificación de paz y salvo de impuesto predial unificado expedido por la tesorería municipal, a nombre de Construf Ya Ltda., con fecha 25 de octubre de 2007³⁸.

3.1. 11. Cupón de pago en formato de Liberty Seguros S.A. diligenciado con fecha 25 de octubre de 2007, con sello de "*garantías en cartera, 2007/11/23*", sin constancia de pago.³⁹

3.1.12. Póliza, "*Suc. 110. Ramo B0, Póliza No. 110833*", póliza única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales (Ley 80 de 1993), en la cual constan las siguientes condiciones

"Ciudad y Fecha de expedición; VILLAVICENCIO – 2007 -10-23,

³⁵ Folio 26, cuaderno 1.

³⁶ Folio 27, cuaderno 1.

³⁷ Folio 28, cuaderno 1.

³⁸ Folio 29, cuaderno 1.

³⁹ Folio 30, cuaderno 1.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

*Tomador: CONSTRUF YA LTDA.
Afianzado: CONSTRUF YA LTDA.
Asegurado y Beneficiario: VILLAVIVIENDA.
Condiciones Generales: OCTUBRE DE 2005
Contrato No. 017 DE 2007.*

AMPARO	VR ASEGURADO	VIGENCIA	PRIMA
CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	\$99'915.061	2007-10-23 2008-05 -23	174.920
BUEN MANEJO DEL ANTICIPO	\$499'575.307	2007-10-23 2008-05 -23	874.599
SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES	\$49'957,530	2007-10-23 2011-02 -23	299.745
ESTABILIDAD DE OBRA	\$99'915.061	2007-10-23 2012-10 -21	1.498.726
CALIDAD DE LOS BIENES		2007-10-23 2009-02 -23	401.576
PRIMA:COP 3'249.566	GASTOS: COP: 520.730	VALOR A PAGAR: COP	3'775.296

EJECUCION DE OBRA: A

OBJETO DE LA PÓLIZA: "GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, BUEN MANEJO DEL ANTICIPO, SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES, ESTABILIDAD DE LA OBRA, CALIDAD DE LOS BIENES, EN DESARROLLO DEL CONTRATO N. 017 DE 2007 REFERENTE A EJECUTAR CONSTRUCCIÓN OBRAS DE URBANISMO PARA 338 VIVIENDAS UBICADAS EN EL LOTE LA MADRID."

3.1.13. Póliza, "Suc. 110. Ramo LB, Póliza No. 193279, RESPONSABILIDAD CIVIL - EXTRANCONTRACTUAL DERIVADA DE CUMPLIMIENTO", con firma de tomador y aseguradora, expedida el 23 de octubre de 2007, vigente hasta el 23 de febrero de 2009, en la cual se observa el siguiente contenido:

"Tomador: CONSTRUF YA LTDA.
Asegurado: CONSTRUF YA LTDA.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

Beneficiario: "TERCEROS AFECTADOS"

Dirección del Riesgo: MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO.

Condiciones generales JUNIO DE 2001. Póliza de cumplimiento: B0-110833

AMPARO	VR ASEGURADO	DEDUCIBLE	PRIMA
PREDIOS LABORES OPERACIONES	\$49,957,530,00	10% minimo 2mmlv	\$200.700

OBJETO DE LA POLIZA:

DE ACUERDO CON LAS CONDICIONES GENERALES DE LA PÓLIZA, **SE AMPARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN QUE INCURRA EL ASEGURADO (...)**⁴⁰. EJECUTAR CONSTRUCCIONES DE URBANISMO PARA **3 (sic)** VIVIENDAS UBICADAS EN LOTE LA MADRID."

ASEGURADOS:

CONSTRUF YA LTDA
CONSTRUF YA LTDA
VILLAVIVIENDA

ESTA PÓLIZA SE EXPIDE EN CONSIDERACIÓN A LAS DECLARACIONES HECHAS POR EL TOMADOR EN LA SOLICITUD DEL SEGURO, LA CUAL FORMA PARTE INTEGRANTE DE LA PÓLIZA. **LA MORA EN EL PAGO DE LA PRIMA DE LA PÓLIZA O LOS CERTIFICADOS O ANEXOS QUE SE EXPIDAN CON FUNDAMENTO EN ELLA, PRODUCIRÁ LA TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO Y DARÁ DERECHO AL ASEGURADOR PARA EXIGIR EL PAGO DE LA PRIMA Y DE LOS GASTOS CAUSADOS CON OCASIÓN DE LA EXPEDICIÓN DEL CONTRATO.**

Sucursal ADN VILLAVICENC – CLL. 41 No. 32 – 17 Loc. 7 Tel 6728900." ⁴¹(La negrilla no es del texto).

⁴⁰ Espacio en blanco.

⁴¹ Folio 30, cuaderno 1.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

3.2. Oficio R.P -1373 de 3 de julio de 2008, mediante el cual la Cámara de Comercio de Villavicencio, informó al Tribunal *a quo* que VILLAVIVIENDA, empresa industrial y comercial del municipio, no estaba inscrita en el registro mercantil de esa entidad⁴².

3.3. Comunicación radicada con fecha 17 de julio de 2008, en respuesta al oficio librado a la Alcaldía del municipio de Villavicencio, suscrita por la asesora jurídica del municipio, en la cual informó al Tribunal *a quo*:

“No es posible atender su solicitud por cuanto la información que reposan (sic) en esta dependencia no corresponde a la solicitada en su oficio 1571 de julio de 2008.

Con el ánimo de colaborar en el asunto se remitió copia del requerimiento a VILLAVIVIENDA para lo de su competencia.”⁴³

3.4. Pruebas sobre hechos nuevos.

Con posterioridad a la presentación de la demanda, la parte demandante radicó tres memoriales, los días 22 de febrero, 3 y 27 de marzo de 2008, en relación con el trámite de las peticiones que estaba surtiendo ante Villavivienda y aportó los documentos contentivos de las respuestas emitidas por esa entidad con fechas 20 de febrero, 26 de febrero, 29 de febrero y 27 de marzo de 2008. La demandante indicó que los documentos aportados se debían tener como prueba de la actitud negligente de esa entidad demandada. En el auto de junio 11 de 2008, el Tribunal *a quo* decretó las pruebas aportadas “*con la demanda*” y no se pronunció sobre las aportadas en los memoriales posteriormente radicados. El auto de pruebas no fue materia de recurso en este aspecto.

⁴² Folio 348, cuaderno 1.

⁴³ Folio 349, cuaderno 1.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

No obstante, la Sala tendrá en cuenta las comunicaciones aportadas por la demandante, de conformidad con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil⁴⁴, toda vez que se refirieron a hechos posteriores a la fecha de la presentación de la demanda, fueron alegadas dentro de la etapa probatoria, incluso antes del auto de decreto de pruebas, con escritos en que se expresó la solicitud de hacerlos valer como tales. Igualmente se acepta la prueba de los referidos documentos, teniendo en cuenta que los citados oficios hacen parte de la correspondencia en relación con el contrato número 017, inicialmente solicitada como prueba a instancias del municipio de Villavicencio, se encontraron expuestos a la contradicción de las partes en este proceso⁴⁵ y finalmente, carecieron de tacha alguna, por parte de la entidad demandada que los suscribió.

Esos documentos, son los siguientes:

⁴⁴ **ARTÍCULO 305 C.P.C. Congruencias.** “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.” (se resalta).

⁴⁵ El municipio de Villavicencio en la contestación de la demanda, radicada el 21 de mayo de 2008, se pronunció sobre un hecho reflejado en esas comunicaciones, consistente en que al interior de Villavivienda habrían ocurrido irregularidades en la generación de la disponibilidad presupuestal.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

3.4.1. Copia del oficio G.136, calendado el 20 de febrero de 2008, radicado en el proceso con memorial de 22 de febrero de 2008, por medio del cual el gerente de Villavivienda le manifestó a la contratista:

“Con relación a su petición número 0891, le informo que al (sic) Artículo 6 del Código Contencioso Administrativo que se le entregará la respuesta el próximo viernes 29 de febrero de 2008. La razón para no entregar la respuesta en la fecha obedece a la presentación de informes financieros y contables y visitas de Organismos de Control del Estado.”⁴⁶

3.4.2. Oficios radicados con memorial presentado en marzo 3 de 2008, en el cual la sociedad demandante dijo allegarlos *“con la finalidad de que obre en el expediente y que sea tenido en cuenta como indicio grave en contra de las demandadas, en razón de su actitud evasiva y despreocupada”*: **i)** oficio 80504-1032, calendado el 26 de febrero de 2008, expedido por la contraloría departamental en la cual informó que dio traslado al grupo de auditoría de FONVIVIENDA, acerca la situación presentada frente a las peticiones del apoderado de la demandante; **ii)** oficio G.160, de fecha 29 de febrero de 2008, suscrito por el gerente de Villavivienda, por medio del cual requirió la presentación de poder por parte del apoderado de la demandante y **iii)** fotocopia de la contestación que el apoderado remitió a Villavivienda con ocasión del oficio anterior⁴⁷.

3.4.3. Oficio G.219 de fecha 14 de mayo de 2004, aportado con el memorial radicado el 27 de marzo de 2008 mediante la cual el gerente de Villavivienda, le manifestó a la contratista:

“Respetuosamente, le informo por escrito tal como se lo expresé a usted y a su cliente en forma verbal en mi despacho en el mes de

⁴⁶ Folio 305, cuaderno 1.

⁴⁷ Folio 294, cuaderno 1.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

enero pasado que en la preparación y selección del contrato 017 de 2007, se incurrió en presuntas falsedades relacionadas con la inclusión en el presupuesto de la Empresa de los recursos que ampararan (sic) las obligaciones pecuniarias a asumir en el acuerdo de voluntades.

Por ello, no se ha convocado a suscribir actas de inicio, se suscribió el contrato número 018 de 2007, con SIESCO LTDA, para la Interventoría, el cual tienen los mismos problemas que el 017 de 2007.

Por último no se reconoce ningún valor por daño emergente y otra clase de perjuicios en razón a que la ejecución del contrato no se ha iniciado.

Nuevamente lo invito a que terminemos de mutuo acuerdo el convenio suscrito.”⁴⁸

Con el citado memorial la parte actora anexó fotocopia de la página 4 del periódico LLANO 7 DÍAS, correspondiente a la publicación del día 25 de marzo de 2008, titulada “*PRIVADOS QUIEREN CONSTRUIR VIS*”, contentiva de un reportaje al alcalde municipal, acerca de la construcción de vivienda de interés social (VIS) en la cual se refirió a la importancia de la intervención en el sector⁴⁹.

3.5. Pruebas desestimadas.

No se tienen como prueba los documentos aportados por la parte demandante el 22 de enero de 2009 y los allegados con el alegato de conclusión radicado el 19 de marzo de 2009, toda vez que se refieren a hechos de la propia demandante, anteriores a la demanda y se aportaron con posterioridad a la solicitud de cierre del debate probatorio radicada por la misma parte en

⁴⁸ Folio 316, cuaderno 1.

⁴⁹ Folios 314 a 319, cuaderno 1.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

noviembre 5 de 2008 y sobre ellos el Tribunal *a quo* indicó que no se tenían en cuenta, por haberlos allegado al proceso por fuera de la oportunidad probatoria.

En relación con la época de los hechos a que se refieren esos documentos, se advierte que fue anterior a la presentación a la demanda aunque los mismos están calendados en la oportunidad de los actos conciliatorios y judiciales realizados con posterioridad. En efecto, en el acuerdo conciliatorio suscrito con el señor Rodolfo Fuentes Rojas⁵⁰ no se conoció la fecha del contrato, se dijo que era el número 29/07, de lo cual se infiere que correspondió a la actividad de la empresa demandante en el año 2007 y en relación con el proceso ejecutivo adelantado por Construcciones Benavides Ingenieros Contratistas en contra de la sociedad demandante, se identificó como fecha del contrato que causó las obligaciones el 8 de noviembre de 2007, es decir con anterioridad a la presentación de la demanda. Igualmente la certificación del contador público acerca de los costos y gastos, aunque se expidió con fecha posterior a la demanda, se refirió a hechos que se causaron en la contabilidad de la demandante con anterioridad.

Por todo lo anterior, con respecto a estos documentos, no tiene lugar la aplicación del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil acerca de la prueba de hechos nuevos.

4. Consideración acerca de los conceptos presentados por el Ministerio Público en la segunda instancia.

Aunque el concepto del Ministerio Público no es obligatorio, la Sala se pronuncia sobre la existencia de dos conceptos emitidos en la segunda instancia, con opiniones contrarias.

⁵⁰ Persona distinta a las del equipo de ingenieros que se identificó en la propuesta.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

Se tendrá en cuenta únicamente el segundo concepto de los presentados en la esta instancia con fundamento en las siguientes razones: **i)** por provenir de la misma entidad, Procuraduría General de la Nación, por ley reconocida como un sujeto procesal interviniente en el proceso contencioso administrativo, de conformidad con la interpretación del artículo 127 del Código Contencioso Administrativo⁵¹, se llega a concluir que la actuación posterior mediante la cual se expresa una vista fiscal en todo contraria a la opinión inicial, debe tenerse como modificación de la primera, de la misma forma que sucede en el proceso con la actuación de cada parte, en relación con los alegatos de conclusión que una misma parte modifica dentro del término traslado; **ii)** el segundo concepto provino de la Procuraduría Delegada ante el Consejo de Estado, previa solicitud de traslado especial de acuerdo con el artículo 210 del Código Contencioso Administrativo⁵², momento en el cual entiende la Sala que el funcionario delegado ante esta Corporación, asumió la potestad para alegar de conclusión, como en efecto lo hizo con el propósito claro de exponer su opinión en favor de la revocatoria de la condena en perjuicios apelada por la entidad estatal, en sentido opuesto al fallo sugerido por el Procurador Delegado con sede en Villavicencio y **iii)** en todo caso, no se comparte el primer concepto del Ministerio Público remitido al Consejo de Estado en el que el procurador delegado recomendó confirmar la condena de primera instancia y extenderla en contra del municipio de Villavicencio, teniendo en cuenta que incluyó asuntos que no fueron materia de

⁵¹ De acuerdo con el auto de Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de fecha 17 de septiembre de 2014, radicación 08001232100020080055701, número interno 44541, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

⁵² **Artículo 210 C.C.A.** *Practicadas las pruebas o vencido el término probatorio, se ordenará correr traslado común a las partes por el término común de diez (10) días, para que aleguen de conclusión.*

El agente del Ministerio Público antes del vencimiento del término para alegar de conclusión podrá solicitar traslado especial el que se concederá sin necesidad de auto que así lo disponga, por el término improrrogable de diez (10) días, contados a partir de la entrega del expediente, la que se efectuará una vez concluido el traslado común.

La misma regla se observará en los procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

apelación ni de recurso propio por el Ministerio Público, se centró en su propia apreciación de las pruebas y dejó de expresar su fundamento en relación con la defensa del patrimonio público, el orden jurídico o los derechos fundamentales, sobre los cuales ese delegado habría debido razonar su intervención en el proceso contencioso administrativo .

5. Marco legal aplicable al contrato celebrado por la empresa industrial y comercial del estado.

La Sala partirá del análisis previo del contrato número 017 de 2007 y del régimen legal aplicable, toda vez que ha sido jurisprudencia reiterada de esta Corporación la potestad oficiosa de anular el contrato, en caso de encontrar evidente en el *sub lite* la violación de prohibición legal expresa en la celebración del contrato o en su contenido, siempre que hayan sido vinculadas al proceso las partes del contrato y no se encuentre prescrita la acción; camino por el cual se cerraría el paso a la indemnización de perjuicios que se discute, pero podría llegar a ordenar las restituciones mutuas y el pago de las prestaciones ejecutadas en beneficio de la comunidad, en los términos de los artículos 44 y 48 de la Ley 80 de 1993.

En el acervo probatorio se observa que Villavivienda en su condición de empresa industrial y comercial del estado adelantó una contratación directa, con apoyo en el artículo 93 de la Ley 489 de 1998, en concordancia con el numeral 1, literal m) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, a la vez que determinó que el contrato se rigió por la Ley 80 de 1993.

No se evidencia violación legal en ese procedimiento de contratación, toda vez que la regla de acceso de la empresa industrial y comercial del estado a la contratación directa, fue permitida en la Ley 80 con excepción del contrato de obra, a su vez modificada por la Ley 489 de 1998, bajo la cual el régimen de contratación aplicable dependió de la actividad propia de cada empresa industrial y comercial del estado, es decir que el criterio para acudir al derecho privado en la



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

contratación, se determinó con fundamento en la relación entre la actividad para la que fue creada la empresa industrial y comercial del estado y el objeto del respectivo contrato. En esta última ley se distinguió entre los contratos para el desarrollo de la actividad propia y los contratos para asegurar el cumplimiento del objeto.

En efecto, inicialmente, de conformidad con la Ley 80 de 1993, el contrato de obra celebrado por las empresas industriales y comerciales del Estado se encontró expresamente sometido al régimen de licitación pública contenido en la Ley 80 de 1993, por disposición de la parte final del citado literal m) del artículo 24, en concordancia con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, así:

“Artículo 24º.- . Del principio de Transparencia. En virtud de este principio:

1º La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

(...)

*m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, **con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta Ley.**” (La negrilla no es del texto).*

A su turno el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, dispuso

“Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

1o. Contrato de Obra

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.”

Sin embargo, el artículo 93 de la Ley 489 de 1998, acogió el régimen exceptivo del derecho privado para los contratos de la empresa industrial y comercial del estado (EICE), de acuerdo con su actividad, por manera que el contrato de obra pudo celebrarse por el régimen del derecho privado, en cuanto correspondiera al desarrollo de la actividad propia de la empresa contratante, así:

*Ley 489 de 1998, Artículo 93. Régimen de los actos y contratos.
“Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales”*

Se observa que el contrato número 017 de 2003 tuvo por objeto *“la construcción de obras de urbanismo para 338 viviendas ubicadas en el lote LA MADRID”* y se agrega que esas obras correspondieron a las redes de alcantarillado, las vías en concreto asfáltico y las redes de acueducto en el referido lote, destinado a un proyecto de vivienda de interés social en un inmueble de propiedad de Villavivienda, todo lo cual permite concluir que el contrato en cuestión pudo encausarse por la vía de la contratación directa, en la medida en que esa empresa lo celebró en desarrollo de su actividad o gestión económica propia.

Desde la perspectiva que otorga este plenario, la Sala observa que en el documento de términos de referencia obrante en el *sub lite*, se identificó que el objeto social de Villavivienda consistió en *“ofrecer soluciones de vivienda a la comunidad”* de manera que la contratación para el desarrollo de los proyectos de



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

vivienda de interés social se pudo entender ubicada bajo el régimen de derecho privado por virtud de la Ley 489 de 1998, siendo posible, entonces, acudir a la contratación directa, aun en el caso del contrato de obra.

A título ilustrativo se indica que el régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del estado se modificó nuevamente con la Ley 1150 de 2007⁵³, expedida con posterioridad a los hechos materia de este proceso y luego, con la expedición de la Ley 1474 de 2011⁵⁴, legislación bajo la cual se estableció un régimen exceptivo de aplicación del derecho privado para las contrataciones de las EICE que ejercen su actividad *en competencia* con el sector público o privado, en mercados monopolísticos o en mercados regulados. La anterior normativa cobija en el primer supuesto citado, el contrato de obra a celebrarse por aquellas empresas industriales y comerciales del estado que tienen como actividad propia el desarrollo de urbanismo y construcción de vivienda de interés social, mercado en el cual compiten entidades del sector público y privado.

⁵³ Ley 1150 de 2007, artículo 14.

⁵⁴ **Ley 1474 de 2011, Artículo 93. Del régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado.** Modifíquese el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

“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%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.”



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

6. El caso concreto.

Villavivienda, obrando como apelante única se refirió en su recurso, exclusivamente, a la inconformidad en relación con la condena en perjuicios que le fue impuesta *in genere*. Se encuentran en firme, por lo tanto, las decisiones contenidas en los numerales primero y segundo de la sentencia de primera instancia acerca de la falta de legitimación pasiva para demandar al municipio de Villavicencio y la decisión de declarar incumplido el contrato numero 017 suscrito el 23 de octubre 2007.

El problema jurídico planteado estriba, entonces, en determinar si existió prueba de los elementos para soportar la condena en perjuicios y la procedencia de la modalidad en abstracto o *in genere*. En caso de encontrar que no hay lugar a la condena *in genere*, la Sala deberá determinar el perjuicio probado en el proceso y proferir la condena en concreto de acuerdo con el daño demostrado y según corresponda a la conducta que se identificó como constitutiva del incumplimiento contractual que causó el daño.

A juicio de la Sala, el asunto jurídico de fondo en este debate se ubica en el campo del principio de congruencia de la sentencia en relación con las pruebas aportadas al proceso, exigido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en este caso de acuerdo con los artículos 168 y 170 del Código Contencioso Administrativo.

La apelante planteó el aspecto de la incongruencia de la sentencia dentro del concepto de fallo *extra petita*, con respecto a la pretensión tercera de la demanda, negada en la primera instancia, referida a la aplicación de la cláusula penal pecuniaria. Ese enfoque no pasa de ser una consideración equívoca, toda vez que la pretensión segunda de la demanda fue orientada a la indemnización de



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

todo tipo de daños y se presentó en forma separada de la referida a la sanción penal pecuniaria, por lo cual la condena a pagar la utilidad y los costos, que ahora ocupa la atención de la Sala, correspondió a una decisión dentro de la pretensión segunda de la demanda, de manera que no se configuró un fallo *extra petita*, en el sentido de que no excedió el concepto constitutivo de la pretensión o *causa petendi* que salió avante. Se reitera, en consecuencia que el debate en la alzada lo constituye la prueba del daño y su cuantificación

Realizada la anterior consideración, la Sala pasará a identificar el incumplimiento que se declaró probado en el proceso y con base en ello, determinará: **i)** si existió prueba del daño o perjuicio correspondiente y **ii)** cual debe ser su cuantificación.

6.1. Omisión de las obligaciones acerca de la disponibilidad presupuestal.

De acuerdo con la sentencia de primera instancia, el incumplimiento se materializó por la conducta omisiva consistente en no otorgar el registro presupuestal y la consecuente acta de iniciación del contrato número 017, la cual consistió en que Villavivienda faltó a obligación legal en materia del manejo del presupuesto público que debió tener disponible para el contrato, de acuerdo con lo establecido en el documento de términos de referencia y en el texto del contrato.

En apoyo de lo anterior, se pone de presente que la sentencia de primera instancia observó que *“la omisión respecto del trámite de presupuesto del contrato y la ausencia de certificación de este procedimiento (...) factor determinante para su inejecución, se traduce en el incumplimiento de una obligación impuesta directamente por el ordenamiento jurídico (artículo 41 ley 80 de 1993)”*.

La Sala corrobora que esa conducta se encontró totalmente demostrada, a raíz de la respuesta que Villavivienda dio a la demandante acerca de la causa que la llevó



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

a no dar iniciación al contrato, invocando presuntas falsedades en la disponibilidad presupuestal asignada por esa misma entidad al contrato número 017, según lo informó mediante oficio G.219 de fecha 14 de mayo de 2004:

*“Respetuosamente, le informo por escrito tal como se lo expresé a usted y a su cliente en forma verbal en mi despacho en el mes de enero pasado que en la preparación y selección del contrato 017 de 2007, se incurrió en **presuntas falsedades relacionadas con la inclusión en el presupuesto** de la Empresa de los recursos que ampararan (sic) las obligaciones pecuniarias a asumir en el acuerdo de voluntades.*

***Por ello, no se ha convocado a suscribir actas de inicio**, se suscribió el contrato número 018 de 2007, con SIESCO LTDA, para la Interventoría, el cual tiene los mismos problemas que el 017 de 2007.*

Por último no se reconoce ningún valor por daño emergente y otra clase de perjuicios en razón a que la ejecución del contrato no se ha iniciado.

Nuevamente lo invito a que terminemos de mutuo acuerdo el convenio suscrito.”⁵⁵ (La negrilla no es del texto)

En relación con esta circunstancia, se advierte que no afectó el nacimiento del contrato estatal, sino la ejecución del mismo, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993:

Artículo 41º.- Del Perfeccionamiento del Contrato. “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo

⁵⁵ Folio 316, cuaderno 1.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

previsto en la ley orgánica del presupuesto.” (La negrilla no es del texto).

En el mismo sentido se tiene en cuenta que el Decreto 4730 de 2005⁵⁶, estableció en materia del régimen presupuestal:

Artículo 18. Requisitos para afectar el presupuesto. *“Ningún órgano del Presupuesto General de la Nación podrá efectuar gasto público con cargo al Tesoro o transferir crédito alguno que no figure en el presupuesto, o en exceso del saldo disponible, para lo cual, previo a contraer compromisos, se requiere la expedición de un certificado de disponibilidad presupuestal.*

El certificado de disponibilidad y el registro presupuestal, podrán expedirse a través de medios electrónicos, de conformidad con lo señalado en la Ley 527 de 1999, bajo la entera responsabilidad del funcionario competente, por motivos previamente definidos en la ley, y con las formalidades legales establecidas.”

Con el propósito de brindar mayor comprensión conceptual de las obligaciones legales derivadas de la ley de presupuesto nacional, aplicable en lo pertinente a las entidades del orden territorial, se precisa la diferencia entre *disponibilidad* y *registro* presupuestal: toda obligación de pago emanada de un contrato bajo el régimen de la Ley 80 de 1993 requiere para su ejecución, primero, de la previa disponibilidad presupuestal la cual debe existir desde el momento en que se abre la convocatoria para contratación en los términos del numeral 6 del artículo 25 de

⁵⁶ El Decreto 4730 de 2005, dispuso normas especiales para el presupuesto de las empresas industriales y comerciales del estado, en las cuales reguló algunos aspectos del manejo presupuestal de la EICE, diferentes a los procedimientos de ejecución del presupuesto nacional, aplicable en lo pertinente a los presupuestos municipales, en cuanto estas empresas tienen posibilidad de acudir a la aprobación de sus presupuestos por parte de su Junta Directiva y se les exige menor nivel de desagregación de cuentas en el manejo de los rubros. Véase: Restrepo, Juan Camilo, Derecho Presupuestal Colombiano, Editorial Legis, segunda edición, Bogotá 2014, páginas 372 a 376.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

la Ley 80 de 1993⁵⁷ (desde el punto de vista práctico se hace constar a través del denominado certificado de disponibilidad presupuestal –CDP -) y posteriormente, una vez celebrado el contrato, requiere de un registro presupuestal (RP) que se efectúa por la propia entidad contratante, por el monto de los compromisos asumidos en el contrato, con cargo a la referida disponibilidad presupuestal, siguiendo las disposiciones del artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto contenido en el Decreto-ley 111 de 1996, y del artículo 18 del Decreto 4730 de 2005, ya citado⁵⁸.

En este punto, la Sala reitera la jurisprudencia de la Subsección acerca de la naturaleza del requisito de la disponibilidad presupuestal:

⁵⁷ **Ley 80 de 1993, artículo 25, numeral 6o.** “Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.”

⁵⁸ **Artículo 71.** Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el presupuesto general de la Nación, que impliquen incremento en los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la dirección general del presupuesto nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.

Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (L. 38/89, art. 86; L. 179/94, art. 49).”



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

“En conclusión, la Sala observa que la exigencia de la disponibilidad presupuestal se encuentra establecida por el artículo 25 de la Ley 80 de 1993⁵⁹ en forma previa a la celebración del contrato, pero disposición alguna erige la mencionada disponibilidad como elemento esencial a la existencia jurídica del contrato estatal, ni requisito de validez del objeto contractual en los términos de la Ley 80.

Así las cosas, la falta de la disponibilidad presupuestal afecta la viabilidad y legalidad del pago, puede comprometer la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios por el daño que cause con ocasión de la violación de las disposiciones presupuestales y contractuales antes citadas, mas no da lugar a la declaración de nulidad absoluta del contrato estatal.⁶⁰

En el análisis del incumplimiento imputado a Villavivienda resulta ilustrativo ahondar en la conducta ambigua de la entidad contratante, consistente en el manejo confuso de los conceptos utilizados en materia de presupuesto, según se observa en el documento de términos de referencia y en el contrato número 017, de acuerdo con lo que se explica a continuación:

La entidad contratante mezcló en forma inapropiada el concepto de disponibilidad presupuestal y el de *registro en el banco de proyectos del municipio*, toda vez que este último corresponde a una herramienta para establecer el plan de inversiones de acuerdo con la Ley 152 de 1994 (ley del plan)⁶¹. Se explica que las entidades

⁵⁹ **“Artículo 25º.-** Del Principio de Economía.
(...)

“13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.”

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, radicación 73001233100020030066701, expediente: 34324, sentencia de 12 de noviembre de 2014, demandante: Fábrica de Licores del Tolima, demandada: Nidia Patricia Narváz Gómez, acción contractual.

⁶¹ **Artículo 31º.-** Contenido de los planes de desarrollo de las entidades territoriales. Los planes de desarrollo de las entidades territoriales estarán conformados por una parte



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

públicas están sometidas a una metodología para definir y cuantificar los proyectos de inversión con los cuales pretenden materializar los planes y programas de la entidad, dentro del marco fiscal de mediano y largo plazo, la cual culmina con el registro en el banco de proyectos de inversión. Ese registro no sustituye la exigencia de la disponibilidad presupuestal para cada contratación.

Así las cosas, si bien en la contratación que se enmarca dentro del proyecto de inversión se puede citar el registro en el banco de proyectos, como expresión del principio de planeación en la contratación, ello es independiente del deber legal de contar con la respectiva disponibilidad presupuestal en forma previa a la apertura de la convocatoria, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

En el *sub lite*, se observa que el documento de términos de referencia no identificó el certificado de disponibilidad presupuestal que sería afectado para atender el pago del contrato; se utilizó una redacción general, pero en todo caso de ella se puede inferir que Villavivienda informó que contaba con la disponibilidad presupuestal, así:

“JUSTIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA

VILLAVIVIENDA, es una empresa industrial y comercial del municipio de Villavicencio, cuyo objeto social es ofrecer soluciones de Vivienda a la comunidad; es así y en concordancia con el Plan de desarrollo Municipal VILLAVIVIENDA adelanta proyectos para ofrecer vivienda nueva y de Interés social, como

estratégica y un plan de inversiones a mediano y corto plazo, en los términos y condiciones que de manera general reglamenten las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales o las autoridades administrativas que hicieren sus veces, siguiendo los criterios de formulación, establecidos en la presente Ley.

Artículo 44º.- Armonización con los presupuestos. En los presupuestos anuales se debe reflejar el plan plurianual de inversión. Las Asambleas y Concejos definirán los procedimientos a través de los cuales los Planes territoriales serán armonizados con los respectivos presupuestos.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

CIUDADELA SAN ANTONIO Y LA MADRID, entre otros, los cuales se encuentran debidamente registrados en el Banco de proyectos Municipal.

(...)

*Considerando que es prioritario para VILLAVIVIENDA, emprender la realización de este proyecto y que de acuerdo con los cronogramas establecidos de ejecución estos deben iniciarse a la mayor brevedad, con el fin de cumplir con las metas propuestas para el presente año y teniendo en cuenta que durante la vigencia de 2007, no se han podido comprometer mayores recursos en la etapa de ejecución **y que se ha aprobado en el presupuesto de VILLAVIVIENDA, recursos de inversión para este proyecto durante la vigencia de 2007**, VILLAVIVIENDA ha programado iniciar con las obras de urbanismo durante la presente vigencia y la cual continuará su ejecución en la próxima vigencia.” (La negrilla no es del texto).*

Por otra parte, en el momento de firma del contrato, en la cláusula quinta, titulada “registro presupuestal”, se evidenció la afirmación de la existencia del presupuesto disponible, así:

“QUINTA. REGISTRO PRESUPUESTAL: *El contratante se obliga a reservar el valor del contrato con cargo al presupuesto de VILLAVIVIENDA, en la vigencia fiscal de 2007 – COD. 0307430104 OBRAS DE URBANISMO 1500 LOTES LA MADRID.”¹*

La precitada cláusula resulta equívoca por cuanto confunde el concepto de registro presupuestal con el de “reserva”, aspecto que debió tener claramente determinado la entidad contratante y que era ajeno a la contratista, puesto que



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

para la época en que se suscribió el contrato número 017 de 2007 se encontró eliminado el sistema de “reservas” trasladables de un periodo fiscal a otro⁶².

Aunque en este proceso no es posible esclarecer cuál fue la situación real de los compromisos presupuestales, se demostró que la entidad contratante faltó a la obligación legal de facilitar la disponibilidad presupuestal.

Todo lo antedicho ha sido expuesto con el propósito de identificar cuál fue el incumplimiento de Villavivienda en relación con el contrato número 017 de 2007 que resultó probado y declarado en la primera instancia, toda vez que de acuerdo con él se debe determinar el perjuicio que ahora se debate.

Finalmente, de las comunicaciones de Villavivienda que obran en este proceso se infiere que pudo ocurrir un delito o una tentativa de ilícito penal, razón por la cual se ordenará la compulsión de copias de esta providencia con destino a la

⁶² **Decreto 1957 de 2007. Artículo “ 1°.** Los compromisos presupuestales legalmente adquiridos, se cumplen o ejecutan, tratándose de contratos o convenios, con la recepción de los bienes y servicios, y en los demás eventos, con el cumplimiento de los requisitos que hagan exigible su pago.

Para pactar la recepción de bienes y servicios en vigencias siguientes a la de celebración del compromiso, se debe contar previamente con una autorización por parte del Confis o de quien este delegue, de acuerdo con lo establecido en la ley, para asumir obligaciones con cargo a presupuestos de vigencias futuras.

(...)

Artículo 3°. Cuando quiera que se encuentre en trámite una licitación, concurso de méritos o cualquier otro proceso de selección del contratista con todos los requerimientos legales, incluida la disponibilidad presupuestal, y la celebración y perfeccionamiento del respectivo contrato se efectúe en la vigencia fiscal siguiente, este se atenderá con el presupuesto de esta última vigencia.

Lo previsto en el inciso anterior sólo procederá cuando los ajustes presupuestales requeridos para tal fin impliquen modificaciones al anexo del decreto de liquidación que no modifiquen en cada sección presupuestal el monto total de sus apropiaciones de funcionamiento, o los subprogramas de inversión aprobados por el Congreso.”



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación, con el propósito de que cada uno de tales órganos, dentro del ámbito de sus competencias, investigue si pudieron configurarse, o no, infracciones de naturaleza disciplinaria o penal como consecuencia del obrar de quienes participaron en la fase previa a la celebración del contrato número 017 de 23 de octubre de 2003, destinado a las obras de urbanismo del proyecto de vivienda de interés social en el lote La Madrid ubicado en el municipio de Villavicencio, si ello no fue objeto de investigación. .

No se ordenará la compulsación de copias a la Contraloría General de la República, teniendo en cuenta que en este proceso se acreditó que la Contraloría Departamental estaba adelantando una auditoría sobre esos hechos, en el entendido de que la investigación correspondiente debió generar las decisiones acerca de la responsabilidad fiscal, en su caso.

6.2. Apreciación de las pólizas de seguro.

La Sala advierte que no obró prueba en este proceso acerca de la presentación de las pólizas de seguro a la empresa contratante: la comunicación invocada por la demandante, recibida el 25 de octubre de 2005 por Villavivienda, únicamente se refirió a la autorización de descuento del impuesto de timbre y no anunció la entrega de póliza alguna. Tampoco se acreditó constancia de la aprobación de las pólizas.

Se destaca que la póliza de responsabilidad civil extracontractual exhibida en el debate probatorio⁶³ presentó importantes defectos en relación con las coberturas

⁶³ Véase prueba descrita en el punto 3.1.13. del acápite de pruebas, póliza obrante al folio 30, cuaderno 1.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

exigidas por el Decreto 679 de 1994⁶⁴ aplicable en el contrato número 017 de 2007 por la invocación expresa de la Ley 80 de 1993. Igualmente se evidencian otras falencias de los requisitos legales de la garantía consistentes en la no inclusión de la entidad contratante como beneficiaria (indicó como únicos beneficiarios a los terceros), el número de viviendas a las que se refirió la póliza de responsabilidad extracontractual (3 en lugar de 338) y la imposición de una cláusula de terminación automática por mora, la cual se incluyó en contravía de la disposición reglamentaria⁶⁵. De esta manera, se concluye que la contratista ahora demandante no acreditó una póliza de seguro en condiciones de ser aprobada por la entidad contratante.

Por lo tanto, en este proceso la sociedad demandante dejó de probar el cumplimiento de uno de los requisitos que le habrían dado derecho a exigir el registro presupuestal y la consecuente ejecución del contrato, lo cual se constituye en un elemento de juicio para acceder a la revocatoria de la condena

⁶⁴ **Decreto 679 de 1994, Artículo 16.** Requisitos que deben cumplir las pólizas que garantizan la responsabilidad extracontractual.

“16.1 Modalidad e intervinientes

En las pólizas de responsabilidad extracontractual que se contraten con fundamento en este decreto (...). serán beneficiarios tanto la entidad contratante como los terceros que puedan resultar afectados por la responsabilidad extracontractual del contratista o sus subcontratistas.

16.2 Amparos

La póliza de responsabilidad extracontractual deberá contener, como mínimo, en adición a la cobertura básica de predios, labores y operaciones, los siguientes amparos:

16.2.1 **Cobertura expresa de los perjuicios que cause el asegurado tanto en la modalidad de daño emergente, como en la modalidad de lucro cesante.**

(...)

16.2.3 **Cobertura expresa de la responsabilidad surgida por actos de contratistas y subcontratistas**, salvo en el evento en que el subcontratista tenga su propio seguro de responsabilidad extracontractual, con los mismos amparos aquí requeridos.(...)” (La negrilla no es del texto).

⁶⁵ **Decreto 679 de 1994, artículo 15.** “La garantía única de cumplimiento expedida a favor de entidades públicas no expirará por falta de pago de la prima ni podrá ser revocada unilateralmente.”



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

en cuanto se refiere a la utilización del concepto de *utilidad* para efectos de la liquidación del perjuicio.

6.3. Impuesto de timbre

La sentencia de primera instancia no se refirió en específico a la falta de prueba del pago del impuesto de timbre a cargo de la contratista ahora demandante.

Conviene advertir que la demandante no probó el cumplimiento de este requisito, el cual era, también, necesario para poder exigir el trámite del registro presupuestal y el acta de inicio de obra y en consecuencia, para acceder a la ejecución del contrato. En este orden de ideas la falta de prueba sobre el pago del impuesto de timbre impide el reconocimiento de perjuicios con base en el concepto de la utilidad dejada de percibir.

Con el propósito de profundizar en la anterior conclusión, se precisa que la comunicación de 25 de octubre de 2005, mediante la cual la contratista -ahora demandante- autorizó a Villavivienda el descuento del impuesto de timbre del contrato, se apartó del deber legal de asumir la obligación del impuesto a su cargo, a la vez que se encontró en contravía del compromiso contractual de la destinación específica del anticipo, previsto de acuerdo con el plan de inversiones detallado en la oferta de la contratista⁶⁶, según se acreditó en las pruebas allegadas a este proceso.

⁶⁶ Plan de inversión del anticipo, contentivo de las inversiones detalladas por cantidades y valores en los rubros de alcantarillado de aguas negras, vías en concreto asfáltico y acueducto para un total de \$499'575.307, equivalente al monto total del anticipo (50% del valor del contrato), sin incluir gastos de impuestos a cargo del contratista u otro concepto similar.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

Por esta razón, mal podía imponerse a la entidad contratante la obligación de abrir paso al registro presupuestal con fundamento en la autorización de descuento de la entidad contratante.

Por el contrario, lo que quedó demostrado es que la contratista no cumplió con su obligación legal de pagar el impuesto de timbre, condición precedente que debió acreditar con el cumplimiento de su parte, para hacer exigible el deber de la entidad pública de dar lugar a la ejecución del contrato.

Con el propósito de ilustrar el contexto legal en que se funda la apreciación acerca del requisito de pago del impuesto de timbre, se advierte que de acuerdo con la legislación entonces vigente, su pago se convirtió en un requisito legal para proceder al registro presupuestal y al acta de iniciación, por la vía del deber legal impuesto a los funcionarios oficiales en los términos del artículo 517 del estatuto tributario⁶⁷.

En efecto, la obligación de pago del impuesto de timbre contenida en el Estatuto Tributario -Decreto 624 de 1989, modificado por la Ley 6 de 1992, la Ley 223 de 1995 y la ley 1111 de 2006- era imponible en forma directa al contratista por razón del otorgamiento de instrumentos públicos o privados, entre los cuales quedaron comprendidos los contratos estatales⁶⁸.

⁶⁷ **Artículo 517. Los funcionarios oficiales responden solidariamente con los agentes de retención.** Responden solidariamente con el agente de retención los funcionarios oficiales que autoricen, expidan, registren o tramiten actos o instrumentos sometidos al impuesto, o quienes sin tener dicho carácter, desempeñen funciones públicas e intervengan en los mencionados hechos.

⁶⁸ **Ley 1111 de 2006, “Artículo 72.** Modifícase el inciso 1° y adiciónase un párrafo al artículo 519 del Estatuto Tributario, los cuales quedan así:
‘Artículo 519. Base gravable en el impuesto de timbre nacional. El impuesto de timbre nacional, se causará a la tarifa del uno punto cinco por ciento (1.5%) sobre los instrumentos públicos y documentos privados, incluidos los títulos valores, que se otorguen o acepten en el país, o que se otorguen fuera del país pero que se ejecuten en el territorio nacional o generen



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

En esa normativa se estipuló que las entidades de derecho público estaban exentas del impuesto de timbre⁶⁹ por manera que en los contratos celebrados con tales entidades, el contratista debía pagar solamente el 50% de la tarifa establecida en la Ley.

Por otra parte, la ley tributaria impuso a las entidades oficiales el deber de actuar como autoretenedoras del impuesto de timbre⁷⁰, por lo tanto encargadas de la retención, declaración y pago ante la DIAN –por el valor de las retenciones bajo su responsabilidad- a la vez que erigió como responsables fiscales a los funcionarios oficiales que registraran o realizaran trámites en relación con documentos sometidos al impuesto, los cuales fueron constituidos por imposición legal en sujetos responsables solidarios del pago del mencionado impuesto de timbre⁷¹.

obligaciones en el mismo, en los que se haga constar la constitución, existencia, modificación o extinción de obligaciones, al igual que su prórroga o cesión, cuya cuantía sea superior a seis mil (6.000) Unidades de Valor Tributario, UVT, en los cuales intervenga como otorgante, aceptante o suscriptor una entidad pública, una persona jurídica o asimilada, o una persona natural que tenga la calidad de comerciante, que en el año inmediatamente anterior tuviere unos ingresos brutos o un patrimonio bruto superior a treinta mil (30.000) Unidades de Valor Tributario, UVT.

Parágrafo 2°. La tarifa del impuesto a que se refiere el presente artículo se reducirá de la siguiente manera:

- Al uno por ciento (1%) en el año 2008
- Al medio por ciento (0.5%) en el año 2009
- Al cero por ciento (0%) a partir del año 2010' ”

⁶⁹**Artículo 532 E.T.** .“Las entidades de derecho público están exentas del pago del impuesto de timbre nacional.

Cuando en una actuación o en un documento intervengan entidades exentas y personas no exentas, las últimas deberán pagar la mitad del impuesto de timbre, salvo cuando la excepción se deba a la naturaleza del acto o documento y no a la calidad de sus otorgantes.

Cuando la entidad exenta sea otorgante, emisora o giradora del documento, la persona o entidad no exenta en cuyo favor se otorgue el documento, estará obligada al pago del impuesto en la proporción establecida en el inciso anterior.”

⁷⁰ “**Artículo 518 E.T.. Agentes de Retención.** Deberán responder como agentes de retención, a más de los que señale el reglamento:(...)3. Las entidades públicas del orden nacional, departamental o municipal, cualquiera sea su naturaleza jurídica.”

⁷¹ **Artículo 516. E.T.** .“Son responsables las personas que, sin tener el carácter de contribuyentes, deben cumplir las obligaciones de éstos, por disposición expresa de la ley.”



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

El Estatuto Tributario dispuso la facultad del Gobierno Nacional para fijar los lugares y plazos en que se debían presentar las declaraciones tributarias y el Decreto 4583 de 2006 estableció la declaración consolidada de retenciones, por períodos mensuales, por parte de los agentes responsables de retención⁷².

De lo anterior se colige que en términos del impuesto de timbre, la fecha de causación de la obligación podía ser diferente a la de declaración y pago a la DIAN, correspondiendo la primera al día otorgamiento del respectivo documento⁷³, al paso que la fecha de declaración y pago del impuesto de timbre era de carácter mensual.

En este orden de ideas, la obligación de pago del impuesto de timbre, nació a cargo de la contratista, por el hecho imponible de la suscripción del contrato número 017 de 23 de octubre 2007. Empero, la contratista faltó a la obligación de entregar los recursos a la entidad contratante para efectos de su retención, declaración y pago en forma oportuna. Tampoco acudió al pago directo del

Artículo 517. E.T. *“Responden solidariamente con el contribuyente:*

1. Los funcionarios oficiales que autoricen, expidan, registren o tramiten actos o instrumentos sometidos al impuesto, o quienes sin tener dicho carácter, desempeñen funciones públicas-“

⁷² **Decreto 4583 de 2006, Artículo 24.** *Declaración mensual de Retenciones en la Fuente.* Los agentes de retención del impuesto sobre la renta y complementarios, **y/o impuesto de timbre**, y/o impuesto sobre las ventas a que se refieren los artículos 368, 368-1, 368-2, 437-2 y 518 del Estatuto Tributario, **deberán declarar y pagar las retenciones efectuadas en cada mes**, en el formulario prescrito por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Los plazos para presentar las declaraciones de retención en la fuente correspondientes a los meses del año 2007 y cancelar el valor respectivo, vencen en las fechas del mismo año que se indican a continuación, excepto la referida al mes de diciembre que vence en el año 2008. (...)

Parágrafo 1°. Cuando el agente retenedor, incluidas las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, tengan agencias o sucursales, deberá presentar la declaración mensual de retenciones en forma consolidada, pero podrá efectuar los pagos correspondientes por agencia o sucursal en los bancos y demás entidades autorizadas para recaudar ubicados en el territorio nacional.”

⁷³ **Artículo 28. Causación del Impuesto de Timbre.** *“Sin perjuicio de lo contemplado en el artículo 527 del E.T., el impuesto de timbre nacional se causa en el momento del otorgamiento, suscripción, giro, expedición, aceptación, vencimiento, prórroga o pago, del instrumento, documento o título, el que ocurra primero.”*



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

impuesto, cuando ocurrió el vencimiento del plazo para declarar y pagar el impuesto, ni aportó la constancia correspondiente a la entidad contratante, para efectos de lograr el registro presupuestal y la consecuente acta de inicio del contrato.

Se precisa que esa obligación tributaria frente a DIAN, era independiente de las obligaciones contractuales y no constituyó suma pasible de descuento contra los recursos del anticipo, por razón de los distintos sujetos obligados y del carácter imperativo de las normas tributarias.

En apoyo, adicional a lo anterior, la Sala pone de presente que la cláusula tercera del contrato número 017 de 2007 indicó que el anticipo se cancelaría *“una vez firmada el acta de inicio”*, en concordancia con la cláusula octava en virtud de la cual para la ejecución del contrato se requirió *“la aprobación de las garantías, el registro presupuestal y la publicación del mismo”*, de donde se desprende que mal podía desembolsarse el anticipo para generar los recursos con destino al pago del impuesto de timbre, con anterioridad al cumplimiento de los requisitos de ejecución.

Si se hubiere invertido el orden de cumplimiento de los requisitos de ejecución, para efectos de utilizar parte del anticipo con destino al pago de las obligaciones tributarias de la contratista antes de realizar el registro presupuestal, se habría constituido una ejecución ilegal del gasto.

La Sala desprende de esta apreciación y de la realizada en torno a las pólizas de seguro, la improcedencia de reconocer en esta causa el perjuicio por concepto de la utilidad del contrato que no llegó a ejecutarse, toda vez que existen elementos de juicio suficientes para establecer que la contratista no probó el cumplimiento de los requisitos legales para hacer exigible la ejecución del contrato.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

Desde el punto de vista de la congruencia de la sentencia, ello significa que no se debe reconocer el monto de la utilidad esperada, toda vez que *“si lo pedido por el demandante excede lo probado, se le reconocerá solamente lo último.”*, de conformidad con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo.

Esta consideración, da la razón a uno de los argumentos de la apelación, en relación con la invocación del artículo 172 del C.C:A. y el deber de fundar la liquidación de la condena en los supuestos probados en el proceso.

Sin embargo, no significa ello que se revocará la condena en perjuicios, solamente se acotará al concepto de los costos y gastos que la demandante pidió reconocer, en los cuales tuvo que incurrir para efectos de celebrar el contrato incumplido por la contratante y se determinará su valor de acuerdo con lo probado en el proceso.

6.4. Prueba del perjuicio.

La Sala no comparte la apreciación de la demandante, según la cual del *incumplimiento se infiere el perjuicio*, toda vez que esa afirmación confunde dos elementos de la responsabilidad contractual –conducta y daño antijurídico-, además de que ignora el supuesto posible de un incumplimiento inocuo o que no se constituye en causa de perjuicio al contratista.

En efecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado milita en el sentido de exigir la prueba de los dos hechos: **i)** la conducta constitutiva del incumplimiento, en este caso, la negativa a otorgar las disponibilidades presupuestales ofrecidas en los términos de referencia y previstas en el contrato, y **ii)** el daño antijurídico causado, en este caso, constituido por el perjuicio originado por la conducta violatoria del



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

compromiso contractual acerca de esas disponibilidades. Además de estos dos requisitos, en el supuesto del incumplimiento contractual, se ha advertido que la contratista demandante también debe probar la relación de causalidad, entre la conducta y el daño antijurídico en orden a obtener la condena al reconocimiento del perjuicio invocado.

A propósito de la prueba del perjuicio, es útil advertir que una cosa es la causación del daño y otra distinta el quantum del perjuicio irrogado. Sin embargo, lo cierto es que el daño antijurídico debe demostrarse en el proceso para que pueda abrirse paso su reconocimiento y la liquidación del perjuicio.

Por otra parte, la tasación o liquidación del perjuicio depende en cada caso del daño demostrado.

El daño antijurídico se puede concretar, por ejemplo, cuando a pesar de haber probado el cumplimiento de los requisitos para dar inicio a la ejecución del contrato, se acredita que la entidad pública privó al contratista de la ejecución y por lo tanto frustró su derecho a causar la utilidad esperada.

Otro evento de daño frente a la conducta de incumplimiento de las disponibilidades presupuestales ofrecidas, puede demostrarse por la contratista con fundamento en los costos y gastos en los que tuvo que incurrir en orden a cumplir con los requisitos para la ejecución del contrato, como sucedió en este caso.

Regresando al ejemplo de la ejecución contractual ilegalmente frustrada, cuando el contratista demuestra que cumplió todos los requisitos para dar lugar a la ejecución del contrato, es usual acudir a la tasación de la utilidad neta dejada de percibir con fundamento en el porcentaje que se estimó en la propuesta de celebración del contrato, esto es la utilidad que el propio contratista contempló



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

dentro del AIU. También suele desplegarse la prueba técnica, contable y financiera, para llevar al juzgador a la determinación del perjuicio.

En el segundo ejemplo, frente a la prueba del daño causado solamente por el incumplimiento de la obligación legal de otorgar las disponibilidades presupuestales, no procede acudir a la tasación de la utilidad, por cuanto falla la demostración de los requisitos para que el contratista estuviera en la posición de hacer exigible su ejecución del contrato. Empero, probado el incumplimiento y el daño consistente en los costos y gastos en que tuvo que incurrir la contratista, además de la causalidad que se impone por el mismo contrato, sale avante el reconocimiento del perjuicio y la liquidación de tales costos y gastos. En términos generales, tales costos y gastos provienen de actos de la propia demandante, por lo cual los conoce y puede probarlos, por ello no se predica en este supuesto la viabilidad de la condena *in genere*.

Como ya se ha advertido, la Sala ubica este caso en el segundo supuesto planteado, reconoce la pertinencia de la condena en perjuicios por concepto del daño causado, representado en los costos y gastos que se causaron a la contratista para cumplir con el contrato y que fueron probados en el proceso. Por lo tanto, procederá a su liquidación.

Del análisis de las pruebas se advierte que en este litigio no se probó el pago de las pólizas de seguro, por el contrario, se dejó constancia por parte de la aseguradora en el cupón destinado al pago, que las pólizas permanecerían en cartera hasta el 23 de noviembre de 2003, es decir que Liberty Seguros S.A. las expidió con el plazo para el pago de un mes. En parte alguna se afirmó que hubieran sido pagadas, ni se acreditó tal pago.

Así las cosas la única prueba regular y oportunamente allegada en este proceso para liquidar el perjuicio representado en los costos cuyo reconocimiento



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

demandó la sociedad contratista, consistió en el pago de los derechos de publicación del contrato, la cual se tomará como base para liquidar la condena, en concreto.

No hay lugar a sostener una condena *in genere*, toda vez que el demandante falló en la carga de la prueba dispuesta en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil⁷⁴, dejó de pedir y exponer en forma oportuna algunas pruebas que correspondían a sus propios actos, solicitó el cierre del debate probatorio y renunció expresamente a otras pruebas contenidas en la correspondencia y demás documentos en poder de la empresa contratante. En este sentido, se acogen las apreciaciones del Ministerio Público en relación con la conducta procesal de la demandante y el manejo que le dio a la carga de la prueba.

También se reitera que la condena *in genere* materia del debate en la alzada no podía incluir la utilidad dejada de percibir, por cuanto en ello se violó la congruencia exigida a la sentencia, en relación con las pruebas aportadas al proceso.

En consecuencia, se accederá a lo solicitado por la apelante en relación con la revocatoria del punto tercero de la sentencia de primera instancia contentivo de la condena en abstracto y en su lugar se condenará a Villavivienda al pago del valor del perjuicio liquidado con base en lo probado en el *sub lite*.

6.5. Liquidación de perjuicios.

Teniendo en cuenta lo expuesto en esta providencia, la condena se liquida de la siguiente manera: la suma de \$6'695.154,00 pagada el 25 de octubre de 2007, por concepto de derechos de publicación del contrato, se actualizará con base en

⁷⁴ Artículo 177 C.P.C. “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

la variación del índice de precios del consumidor publicada por el DANE, tomando como índice inicial el correspondiente al mes de octubre de 2007 y como índice final, el último publicado a la fecha en que se profiere esta sentencia, según se muestra a continuación.

Va= Vh x índice fina/ índice inicial

Va= 6'695.154 x121,63⁷⁵ / 91,98⁷⁶

Va= \$ 8'853.354

No hay lugar a liquidar intereses de mora en la etapa contractual ni a partir de su fallida ejecución, por dos razones básicas: **i)** el aspecto de los intereses no fue materia de apelación. Por virtud del principio de *la non reformatio in pejus* es improcedente agravar la posición de la apelante única modificando los términos en que fueron reconocidos los intereses –sobre la condena a su cargo- en la sentencia de primera instancia y **ii)** la exigibilidad de los intereses sobre obligaciones dinerarias depende del vencimiento del plazo para el pago de las sumas correspondientes, asunto que no quedó acreditado en este proceso, por cuanto –se reitera- la demandante no demostró el cumplimiento de los requisitos para hacer exigible la ejecución del contrato.

En materia de intereses sobre la sentencia, en caso de mora en el pago de la condena, no se requiere pronunciamiento en el fallo, toda vez que se deberán reconocer y pagar de acuerdo con la ley.

⁷⁵ www.dane.gov.co, IPC, índices y series de empalme (2000 – 2015), abril de 2015.

⁷⁶ www.dane.gov.co, índices y series de empalme (2000 – 2015), índice de octubre de 2007.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

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,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, el 19 de enero de 2010, contenido de la condena en abstracto y en su lugar se dispone lo siguiente:

CONDÉNASE a VILLAVIVIENDA, empresa industrial y comercial del municipio de Villavicencio, a pagar a la sociedad CONSTRUF YA LTDA., la suma de ocho millones ochocientos cincuenta y tres mil pesos moneda corriente (**\$8'853.354 m/cte**), por concepto de indemnización de perjuicios causados por el incumplimiento demostrado en el contrato número 017 de 23 de octubre de 2007, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Compúlsense copias de esta decisión a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: SIN condena en costas.



RADICACIÓN: 50000123100020080003101
EXPEDIENTE: 38600
ACTOR: Sociedad Construf Ya Ltda.
DEMANDADO: Municipio de Villavicencio y Villavivienda
Empresa Industrial y Comercial del municipio
de Villavicencio.
REFERENCIA: Contractual

CUARTO: No se modifican las decisiones contenidas en los puntos primero, segundo y cuarto de la sentencia de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA