

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015).

Radicación : 760012331000199900560-01
Expediente : 31.097
Demandante: Unión Temporal Juan Pablo Corrales y otros
Demandado: Municipio de Cali
Naturaleza: Contratos

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 20 de enero de 2005 por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos del Valle del Cauca, Quindío, Cauca y Nariño -Sede Cali-, en cuya parte resolutive dispuso:

"PRIMERO: Declarase (sic) la nulidad de las Resoluciones Nos A-243 de agosto 13 de 1998 y A-325 de noviembre 26 de 1998, expedidas por el Alcalde de Santiago de Cali.

"SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior decisión, se declara el incumplimiento por parte del Municipio de Santiago de Cali del contrato SFEC-0024-97 celebrado con la Unión Temporal de Juan Pablo Corrales Arenas y Marta Lucía Castro Arenas.

"TERCERO: Condenase (sic) al Municipio de Santiago de Cali a pagar a la parte demandante los siguientes conceptos:

"a) El saldo del precio del contrato correspondiente a la suma de Veinticinco (sic) Millones (sic) de Pesos (sic), (\$25.000.000.-oo) Mda. Cte. Equivalente (sic) al 50% del valor total del contrato.

"b) La corrección monetaria sobre esa suma desde el día 26 de noviembre de 1998 hasta cuando se haga efectiva tal cantidad.

"c) Los intereses legales (Ley 80 de 1993) a que haya lugar desde y hasta las fechas de liquidación anterior.

"d) Ordenar al Municipio de Santiago de Cali, envíe as (sic) comunicaciones y publicaciones dispuestas en el artículo séptimo de la

Resolución A-243-97, a efecto de dar a conocer a tales entidades el resultado del proceso".

"CUARTO: Nieganse (sic) las demás pretensiones de la demanda".

1.- Antecedentes.-

Mediante escrito radicado el 6 de abril de 1999 en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la unión temporal integrada por Juan Pablo Corrales Arenas y Marta Lucía Castro Arenas, actuando por conducto de apoderado, formuló demanda, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, contra el municipio de Santiago de Cali, con el fin de que se declare: (i) la nulidad de las Resoluciones A-243 del 13 de agosto de 1998 y A-325 del 26 de noviembre del mismo año, proferidas por el Alcalde de Santiago de Cali, (ii) que el municipio de Santiago de Cali incumplió el contrato SFEC-0024-97, celebrado con la unión temporal de Juan Pablo Corrales y Marta Lucía Castro Arenas, (iii) que se condene al municipio de Santiago de Cali a pagar \$25'000.000, por concepto del saldo del contrato, la corrección monetaria y los intereses corrientes causados sobre la anterior suma, desde el 18 de mayo de 1998 hasta que realice el pago total de la obligación, (iv) que se deben enviar idénticas comunicaciones y realizar similares publicaciones a las previstas en la Resolución A-243/97, para dar a conocer el resultado del presente proceso a favor de la parte demandante y (v) que se condene a indemnizar los perjuicios causados durante el trámite del presente proceso, si la demandada exigía el cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución A-243/97, "... previendo su liquidación (sic) por la vía (sic) del trámite (sic) incidental" (fls. C87 y 88, C. 1).

2.- Hechos.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se pueden compendiar así:

2.1.- El 17 de abril de 1997, la Secretaría de Fomento Económico y Competitividad de Santiago de Cali –SFEC- envió a la unión temporal Juan Pablo Corrales A. y Marta Lucía Castro A. los términos de referencia para la *"factibilización (sic) de la comercialización de alimentos para la ciudad de*

Santiago de Cali, en las Plazas (sic) de Mercado (sic), Mercados (sic) Móviles (sic) y Mercalis (sic)" (fl. 56, C. 1).

2.2.- Según los términos de referencia, la SFEC "... ya tenía planteados para (sic) un ESTUDIO INTEGRAL de factibilidad y abastecimiento de alimentos (sic) otros términos de referencia, que requiere (sic) unos recursos muy importantes, del orden de ochocientos millones de pesos a la fecha ..." (ibídem); no obstante, quiso realizar algunas evaluaciones inmediatas de aproximación que ayudaran a orientar las políticas establecidas.

2.3.- El objeto de la "factibilización" (sic) comprendía el estudio de viabilidad de remodelación y modernización de algunas plazas de mercado, específicamente, las de El Porvenir y Alfonso López, y la creación de algunos centros de mercadeo de alimentos distribuidos en la ciudad; además, se ofrecieron al consultor los estudios realizados con anterioridad, que podría "... verificar mediante encuestas y chequeos" (fl. 57, C. 1).

2.4.- Para realizar los estudios, la SFEC sólo disponía de \$50'000.000.00. Para el efecto, recibió sendas propuestas de la Compañía Promotora de Proyectos y de la unión temporal Juan Pablo Corrales y Marta Lucía Castro.

La propuesta presentada por la unión temporal demandante destaca que el objeto del proyecto consiste en definir "... si es factible la propuesta de disminuir el número de plazas de mercado sustituyéndolas por centros de mercadeo de alimentos" (fl. 58, C. 1) y, además, "... se plantea la remodelación de algunas de las plazas de mercado existentes" (ibídem).

La demanda precisó el alcance de la propuesta, así (fl. 58, C. 1):

- "Estudiar y evaluar como válida la solución propuesta;
- "Identificar los parámetros de conversión, investigarlos y proponer soluciones;
- "Realizar el prediseño arquitectónico para las remodelaciones necesarias en las Plazas (sic) de Mercado (sic) El Povernir y Alfonso López;
- "Realizar el prediseño de dos tipos de Mercali;
- "Valorar el programa de remodelación de Mercalis;
- "Establecer posibilidades de financiación y adaptaciones a la capacidad de pago de los concesionarios;
- "Identificar destinación (sic) posible uso de las plazas de mercado desocupadas"

Para el cumplimiento del objeto, el consultor previó el plazo de tres (3) meses, contados a partir del desembolso del anticipo.

Además, el mismo consultor destacó "... los productos ..." (ibídem) que resultarían del estudio, los cuales se ajustaron a la disponibilidad presupuestal del municipio, así (fls. 58 y 59, C. 1):

- "Encuesta económico-social de los concesionarios;
- "Anteproyecto de remodelación de las plazas de mercado Alfonso López y El Porvenir;
- "Elaboración de planos de dos prototipos de Mercalis;
- "Presupuestos de remodelación y prototipos;
- "Costeo general del proyecto;
- "Sistemas de financiación;
- "Conclusiones y recomendaciones".

2.5.- Mediante oficio DJA3462 del 31 de octubre de 1997, la oferta de la unión temporal Juan Pablo Corrales A. y Marta Lucía Castro A. fue aceptada por la Secretaría de Fomento Económico y Competitividad del municipio.

2.6.- El 1º de diciembre de 1997, fue celebrado el contrato SFEC 0024-97 entre el municipio de Santiago de Cali y la unión temporal demandante.

El valor del contrato fue pactado de \$50'000.000.00, incluido IVA, que se pagarían 50% a título de anticipo y 50% a la finalización de labores y recibo de los trabajos por la contratante.

2.7.- La ejecución del contrato inició el 18 de febrero de 1998, fecha en la cual la entidad pública desembolsó el anticipo.

El libro de presentación de la encuesta fue entregado a la Subsecretaría de Seguridad Alimentaria el 21 de abril de 1998, sin que la interventoría o la entidad hayan efectuado observación alguna, por el contrario, una y otra participaron en las reuniones promovidas por la contratista, para la ejecución de los trabajos y tal circunstancia permitió entender que estaban dando "... *vía libre ... a la continuación de los trabajos ...*" fl. 60, C. 1).

2.8.- El informe final de los trabajos fue presentado por la contratista el 18 de mayo de 1998, es decir, tres meses después de iniciar los estudios, tal como quedó previsto en la cláusula octava del contrato.

El 26 de mayo siguiente, la unidad jurídica de la SFEC realizó algunas observaciones y el 2 de junio del mismo año la interventoría entregó un informe, en el cual señaló que los trabajos realizados por el consultor no cumplían lo pactado en el contrato.

Posteriormente, se realizaron algunas reuniones entre la SFEC y el contratista para tratar de llegar a un acuerdo acerca de "... los conceptos manejados" (fl. 60, C. 1), sin que se obtuvieran resultados positivos; por tal razón, la contratista decidió enviar un concepto elaborado por un profesional del derecho, en el que se planteaba la posición del consorcio y, a su turno, la entidad envió a su oficina jurídica los antecedentes del contrato para que conceptuara sobre el particular.

2.9.- Como resultado de lo anterior, el 13 de agosto de 1998, el Alcalde de Santiago de Cali profirió la Resolución A-243, "*Por medio de la cual se declara el incumplimiento, se ordena la liquidación y se hace efectiva la garantía de cumplimiento del contrato SFEC-00244-97 suscrito entre el Municipio (sic) de Santiago de Cali – Secretaría de Fomento Económico y Competitividad y la Unión Temporal de Juan Pablo Corrales y Marta Lucía Castro Arenas*" (fl. 61, C. 1), acto administrativo que fue notificado al contratista el 21 de los mismos mes y año.

Contra la anterior decisión, la contratista y la compañía aseguradora, garante de las obligaciones contractuales, interpusieron recurso de reposición, el cual fue resuelto, confirmándola, mediante Resolución A-325 del 26 de noviembre de 1998.

La anterior resolución fue notificada a la demandante el 7 de diciembre de 1998.

3.- Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de violación.-

La parte demandante citó como violados los artículos 1546, 1602 y 1624 del Código Civil, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, 136 del Código Contencioso Administrativo y la Ley 446 de 1998.

3.1.- La parte demandante afirmó que un estudio de factibilidad alimentaria como el que la entidad demandada pretendía que desarrollara el contratista tiene un costo aproximado de \$800'000.000.oo. De hecho, la propuesta que recibió la SFEC, para ejecutar un estudio de tales calidades, tenía un valor cercano a los \$525'000.000.oo.

Así, pues, es fácil determinar la intención que tenía la entidad contratante con la ejecución del proyecto encomendado a la unión temporal, pues, al referirse a la imposibilidad de realizar un estudio de factibilidad alimentaria de las características antes señaladas, decidió "*... anticiparse dentro del mismo espíritu y los mismos términos, realizando evaluaciones inmediatas que orienten las políticas actuales*" (subraya de la demanda, fl. 63, C. 1).

3.2.- Sostuvo que, por obvias razones, si el estudio de factibilidad alimentaria tenía un valor diez (10) veces superior al contratado, no podía esperar que el proyecto desarrollado por la demandante tuviera el mismo alcance. En su sentir, es "*... claro que se trataba de una evaluación inmediata dentro de la factibilidad o una factibilidad de grado menor, pues no puede pretenderse honestamente adquirir algo tan costoso a tan bajo precio ...*" (fls. 63 y 64, C. 1).

Precisó que la propuesta presentada por la unión temporal demandante definía los alcances, la metodología y los productos finales que se obtendrían.

En relación con esto último, es decir, con los productos, la propuesta de la demandante fue muy clara al señalar que se comprometía a entregar siete, los cuales fueron relacionados en los hechos de la demanda.

3.3.- Por otra parte, según la demandante, el interventor interpretó unilateralmente el contrato, sin que expidiera un acto administrativo en tal sentido y, además, lo hizo de manera sesgada, omitiendo algunas disposiciones contractuales (fls. 62 a 87, C. 1).

4.- La actuación procesal.-

Por auto del 3 de mayo de 1999, el Tribunal admitió la demanda y ordenó la notificación personal de la providencia al Alcalde de Santiago de Cali y al agente del Ministerio Público, dispuso fijar en lista del negocio y reconoció personería al apoderado de la demandante (fls. 91 y 92, C. 1).

4.1.- La contestación de la demanda.-

Dentro del término de fijación en lista, el municipio de Santiago de Cali, por conducto de apoderado, contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó algunos como ciertos, otros como parcialmente ciertos, negó tal connotación a algunos de los enunciados y pidió la prueba de los demás.

Aseguró que el informe final de la interventoría señaló que los trabajos ejecutados por la unión temporal no cumplían con lo previsto en el objeto del contrato y en los términos de referencia, pues no permitían a la entidad pública tener elementos de juicio para ejecutar o no el proyecto propuesto.

Por lo anterior, el municipio decidió declarar el incumplimiento del contrato y hacer exigible la garantía de cumplimiento.

Propuso como excepción de fondo la que denominó "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*" (fl. 246, C. 1).

Solicitó la práctica de pruebas y se opuso al decreto de algunas de las solicitadas por el demandante (fls. 236 a 249, C. 1).

4.2.- El llamamiento en garantía.-

Mediante escrito del 9 de marzo de 2000, el municipio de Santiago de Cali solicitó llamar en garantía a Latinoamericana de Seguros S.A., por ser la compañía que expidió la póliza única de seguro de cumplimiento de las

obligaciones emanadas del contrato celebrado con la demandante (fls. 255 y 256, C. 1).

Por auto del 7 de abril de 2000, el Tribunal admitió el llamamiento y, en consecuencia, citó al proceso a Latinoamericana de Seguros S.A. (fls. 258 y 259, C. 1).

Dentro del término dispuesto por el ordenamiento jurídico, la compañía aseguradora fue notificada del llamamiento en garantía y en su contestación se opuso a su vinculación en tal calidad, pues, por elementales razones, no podría ser obligada al reembolso de lo que resulte condenada la entidad demandada por la ilegalidad de su actuación, la cual afectó tanto al contratista como a la compañía aseguradora en su condición de garante de las obligaciones contractuales de aquél.

Por lo anterior, solicitó que se modificara su vinculación, para tenerla como litisconsorte necesario de la parte activa.

Entonces, coadyuvó las pretensiones de la demanda y solicitó que se declararan prósperas (fls. 279 a 290, C. 1).

En escrito aparte, promovió un incidente de nulidad de todo lo actuado, con fundamento en las causales 7 y 8 del artículo 140 del C. de P.C. y solicitó que la aseguradora fuera vinculada al proceso en calidad de litisconsorte necesario por activa (fls. 1 y 2, C. 2).

Mediante auto del 22 de septiembre de 2000, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró la nulidad del auto del 7 de abril del mismo año, mediante el cual se admitió el llamamiento en garantía contra Latinoamericana de Seguros S.A. y ordenó la vinculación de la misma en calidad de litisconsorte necesario de la parte activa (fls. 7 a 13, C. 2).

5.- Los alegatos de primera instancia.-

Mediante auto del 16 de febrero de 2004, el Tribunal corrió traslado a las partes, para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público, para que

emitiera concepto (fl. 336, C. 1).

5.1.- La parte demandada reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, para solicitar que se desestimaran las pretensiones de la demanda, pues la contratista no cumplió el objeto de las obligaciones que contrajo en virtud del contrato, tal como demuestra la prueba recaudada dentro del proceso, de modo que los actos administrativos cuestionados fueron expedidos con estricta sujeción al ordenamiento jurídico (fls. 348 a 360, C 1).

5.2.- La parte demandante sostuvo que quedó acreditado que la unión temporal demandante cumplió el objeto del contrato y que los actos administrativos fueron expedidos con una motivación distinta de la expresada en las resoluciones atacadas (fls. 363 a 366, C. 1).

5.3.- Liberty Seguros S.A. (antes Latinoamericana de Seguros S.A.) sostuvo que de la prueba recaudada dentro del proceso se desprende que los actos administrativos demandados están viciados de nulidad y, por ende, deben ser declarados nulos, particularmente, en cuanto hicieron exigible la garantía de cumplimiento, pues la demandante cumplió a cabalidad las obligaciones derivadas del contrato.

Señaló que la administración carecía de competencia para declarar el incumplimiento del contrato sub júdice, pues tal potestad está reservada al juez de lo contencioso administrativo.

Señaló que la declaración de “caducidad” (fl. 348, C. 1) del contrato estatal sólo es procedente hasta antes de la finalización del “... término del contrato ...” (fl. 369, C. 1) y, en este caso, el municipio “... declaró la caducidad administrativa ... en un momento en (sic) que había plecluido (sic) la oportunidad de hacerlo ...” (ibídem).

Precisó, por otro lado, que las acciones derivadas del contrato de seguro prescriben en un término de dos (2) años, tal como lo prevé el Código Comercio; por ende, cualquier acción derivada de la póliza expedida por Latinoamericana de Seguros S.A. está prescrita (fls. 367 a 370, C. 1).

5.4.- El Agente del Ministerio Público sostuvo, con fundamento en la jurisprudencia vigente, que el incumplimiento del contrato puede ser declarado, incluso, después del vencimiento del plazo de ejecución del contrato, con el fin de hacer exigible la garantía de cumplimiento, razón por la cual, en su opinión, las pretensiones de la demanda deben ser desestimadas (fls. 372 a 385, C. 1).

6.- La sentencia recurrida.-

Mediante fallo del 20 de enero de 2005, la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos del Valle del Cauca, Quindío, Cauca y Nariño – Sede Cali- puso fin a la controversia, en primera instancia, en la forma consignada al inicio de esta providencia.

El Tribunal destacó que, a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación, la declaración de incumplimiento puede hacerse después de vencido el plazo de ejecución del contrato, con el fin de hacer exigible la cláusula penal pecuniaria y también con el objeto de hacer exigible la garantía de cumplimiento otorgada por el contratista.

Enseguida, analizó los cargos formulados contra los actos administrativos demandados, los cuales, en sentir del Tribunal, están orientados a desvirtuar los hechos constitutivos del incumplimiento que atribuyó la entidad al contratista.

Para lo anterior, el Tribunal comenzó por precisar algunas de las estipulaciones de los términos de referencia y del contrato celebrado entre las partes; además, narró las observaciones hechas por el interventor y luego afirmó que dichas objeciones “... pueden denominarse *disparidad de criterios respecto a la conceptualización de los elementos propios de un estudio de factibilidad sea cual sea su objeto, problema de lectura conceptual o de hermenéutica, que puede presentarse en cualquier contrato*” (fl. 404, C. Consejo).

Arribó a tal conclusión con fundamento en la declaración rendida en el proceso, por el entonces Secretario de Fomento Económico y Competitividad de Santiago de Cali, el cual dijo, en síntesis, que “... *El espíritu de los términos de referencia del contrato quedaron (sic) ampliamente satisfechos (sic) con los productos ofrecidos por el contratista en su propuesta ...*” (fl. 404, C. Consejo) y que los trabajos realizados por el contratista cumplían ampliamente los “... *objetivos perseguidos en el contrato*” (fl. 405, C. Consejo).

Añadió el Tribunal:

“Aparentemente se percibe que las observaciones del Interventor sobrepasan el objeto contratado por lo que sus exigencias no se muestran acordes ni con los pliegos de condiciones aportados al informativo, ni con el del contrato, hecho que encierra este debate en un círculo de confusión y hace contradictorias sus interpretaciones, sobre todo cuando no es del todo claro, preciso o puntual el objeto contratado debido a la inclusión de términos rimbombantes pero carentes de contenido.

...

“Frente a las circunstancias, la sala (sic) considera que la demandada carece de argumentos consistentes para sostener su decisión del supuesto incumplimiento por cuanto no desvirtuó los motivos que adujo la Unión Temporal, y que si se repara en ellos, son los mismos que invocó para tomar la decisión de declarar su incumplimiento, más académicos que técnicos: no llena las expectativas del contrato.

“No hay prueba contundente que demuestre a ciencia cierta que el Consultor haya incumplido con sus obligaciones (al extremo que impida reconocerle el excedente) pactadas en el contrato. Si no había satisfecho los compromisos contractuales debió probarlos a quien correspondía al demostrar los supuestos fácticos en los cuales la demandada soporta sus razones para declarar el incumplimiento en los cuales fundamenta su decisión” (fls. 406 y 407, C. Consejo).

7.- El recurso de apelación.-

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico (fl. 410, C. Consejo), con el fin de lograr la revocatoria de la sentencia recurrida y, que, en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda. El recurso fue admitido por esta Corporación mediante auto del 26 de septiembre de 2005 (fl. 424, C. Consejo).

En sentir del recurrente, el fallo de primera instancia invirtió la carga de la prueba y, en consecuencia, exigió a la entidad demandada acreditar que el contratista incumplió las obligaciones a su cargo y relevó al demandante de la carga de probar que los trabajos ejecutados se ajustaban a las estipulaciones contractuales y de los términos de referencia.

Añadió el apelante que el Tribunal de primera instancia "*... admite la falta de certeza acerca del punto debatido, que no es otro que el de dirimir si la actora cumplió o no con el objeto del contrato, hecho éste que debió llevar al fallador de instancia a enfrentar la controversia, mediante la prueba o dictamen de un experto en el tema, que definitivamente decidiera quién tenía la razón ...*" (fl. 412, C. Consejo).

Por lo anterior, en opinión del recurrente, el Tribunal no contaba con ningún elemento de juicio para decidir que la parte demandante cumplió y que la entidad demandada incumplió las obligaciones derivadas del contrato.

Cuestionó el hecho de que el Tribunal haya fundamentado la decisión en la declaración rendida por el señor Carlos Alberto Saavedra Macía, quien para la fecha en la que fueron entregados los trabajos realizados por la contratista no tenía vínculo con la administración municipal y, por ende, no podía saber si el contratista cumplió o no con el objeto del contrato (fls. 411 a 414, C. Consejo).

8.- El traslado para alegar en segunda instancia y el concepto del Ministerio Público.-

Por auto del 25 de noviembre de 2005 se corrió traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto (fl. 246, C. Consejo).

8.1.- Liberty Seguros S.A. (antes Latinoamericana de Seguros S.A.) reprodujo las alegaciones presentadas en la primera instancia (fls. 427 a 429, C. Consejo).

8.2.- La parte demandante solicitó desestimar los fundamentos de la apelación y, por consiguiente, confirmar la decisión de primera instancia.

Sostuvo que el testimonio del señor Saavedra Macía no puede ser desestimado, pues el testigo declaró sin que ninguno de los intervinientes cuestionara la ciencia de su dicho.

Sin perjuicio de lo anterior, la parte demandante señaló:

“Existe razón en uno de tales aspectos: no se puede exigir (la carga de la prueba) a la administración la demostración del incumplimiento, por el contrario, ello corresponde al contratista como prueba de su cumplimiento. Por ello es importante la valoración del dicho del doctor CARLOS ALBERTO SAAVEDRA MACIA (SIC) y de DORALBA ORTIZ RAMÍREZ, exfuncionarios conocedores de todo el proceso contractual, y conforme a los cuales se dio cabal cumplimiento al contrato. NO es que no exista prueba del cumplimiento ni que el Tribunal la ignore. Tuvo un **lapsus** que no incide en la adecuada valoración que de las pruebas en su conjunto realiza, puesto que mientras le da credibilidad a estos testimonios, se sorprende por la manera como declara el Interventor” (fl. 434, C. Consejo).

El Delegado del Procurador guardó silencio.

CONSIDERACIONES

I. La competencia.-

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 20 de enero de 2005, por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos del Valle del Cauca, Quindío, Cauca y Nariño -Sede Cali-, por cuanto la cuantía del proceso, determinada por la pretensión de mayor valor, asciende a \$25'000.000.00¹. Para la época de interposición de la demanda², eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción de controversias contractuales cuya cuantía excediera de \$18'850.000.00³, monto que, como se puede observar, se encuentra ampliamente superado. Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de

¹ Pretensión tercera (a) de condena, fl. 88, C. 1.

² 6 de abril de 1999, fl. 90 vto, C. 1.

³ Artículo 2º del Decreto 597 de 1988.

apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

II.- Validez de la prueba recaudada.-

Previo a decidir de fondo el recurso de apelación, resulta necesario precisar que gran parte de la prueba documental que milita en el proceso se halla en copia simple y esa circunstancia, en principio, impediría otorgarle mérito probatorio, porque no satisface las exigencias que rigen la materia, conforme a lo dispuesto por los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil; no obstante, en esta oportunidad la Sala la valorará y, por ende, la tendrá en cuenta para elaborar los juicios de valor encaminados a decidir la controversia sometida a su consideración, pues la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 28 de agosto de 2013 (exp. 25.022), unificó su jurisprudencia en torno al tema y estimó procedente dar valor probatorio a las copias simples, cuando éstas no hayan sido cuestionadas en su veracidad por la parte contra quien se aducen o no hayan sido tachadas de falsas⁴.

III.- Oportunidad de la acción.-

La parte demandante pretende obtener la declaración de nulidad de las Resoluciones A-243 del 13 de agosto de 1997, *"POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO, SE ORDENA LA LIQUIDACION Y SE HACE EFECTIVA LA GARANTIA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO SFEC-0024-97, SUSCRITO ENTRE EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – SECRETARIA DE FOMENTO ECONOMICO Y COMPETITIVIDAD Y LA UNION TEMPORAL JUAN PABLO CORRALES Y MARTA LUCIA CASTRO ARENAS"* y A-325 del 26 de noviembre de 1998, *"POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICION (SIC) INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. A-243 DEL 13 DE AGOSTO DE 1998, POR LOS APODERADOS DE LA UNION (SIC) TEMPORAL JUAN PABLO CORRALES Y MARTHA (SIC) LUCIA CASTRO ARENAS Y POR EL DE LA SOCIEDAD LATINOAMERICANA DE SEGUROS S.A."*; en consecuencia, solicita

⁴ Este criterio no lo comparte el ponente de esta decisión; sin embargo, lo acata por respeto a las decisiones de la Sala Plena de la Sección Tercera.

que se declare que el municipio de Santiago de Cali incumplió el citado contrato y que se condene a pagar los perjuicios materiales causados (daño emergente y lucro cesante), por el incumplimiento.

Resulta evidente que los actos administrativos cuestionados se ubican dentro de lo que la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación han denominado actos inseparables del contrato, es decir, aquellos cuya existencia pende del contrato y fueron proferidos dentro de un negocio jurídico de ejecución sucesiva, de aquellos que requieren de liquidación, a términos de lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 (vigente para la fecha de celebración del contrato); por ende, son susceptibles de cuestionamiento a través de la acción de controversias contractuales consagrada por el artículo 87 del C.C.A. (subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998), cuyo término de caducidad es de dos (2) años, contados a partir de la fecha en que se liquidó o debió liquidarse el contrato, tal como lo establece el artículo 136 (numeral 10, literales c y d) del C.C.A.

En este caso, resulta evidente que la acción fue promovida dentro del término de caducidad, pues la demanda fue interpuesta el 6 de abril de 1999, es decir, cuando hasta ahora comenzaba a correr el término para que la administración liquidara unilateralmente el contrato.

IV.- Análisis de la prueba.-

1.- Mediante oficio del 17 de abril de 1997, el Secretario de Fomento Económico y Competitividad del municipio de Santiago de Cali remitió a los señores Juan Pablo Corrales y Marta Lucía Castro los términos de referencia para que elaboraran su propuesta en torno a la "... *Factibilización (sic) sobre comercialización de Alimentos (sic) para la Ciudad (sic) de Santiago de Cali en las Plazas (sic) de Mercado (sic) y Mercados (sic) Móviles (sic) y Mercalís (sic)...* " (fl. 2, C. 1).

En esos términos de referencia se destaca que previamente se hallaban planteados los términos de referencia para un gran estudio integral sobre mercadeo de alimentos, pero que requería de elevados recursos para ejecutarlo y aún no se contaba con ellos; sin embargo, la administración

decidió realizar evaluaciones inmediatas que orientaran las políticas de la época (fl. 3, C. 1).

El alcance de la consultoría fue definido en los términos de referencia, así (fl. 4, C. 1):

“El alcance de los trabajos que requiere la Secretaria (sic) de Fomento Económico y Competitividad tiene que ver con el objeto ante (sic) definido que contempla lo siguiente:

“4.1. Estudio de factibilidad de la propuesta de remodelación y modernización de plazas de mercado y de sustitución de otras por centro (sic) de Mercadeo, Mercalis. Esta propuesta plantea la remodelación y Modernización (sic) de las actuales plazas de mercadeo de El Porvenir y Alfonso López y la creación de cerca de 50 centros de mercadeo distribuidos en la ciudad”.

La metodología para el desarrollo de los trabajos fue descrita así (ibídem):

“La metodología que deben usar los consultores es investigativa (sic) utilizando la información disponible en las Entidades (sic) públicas y privadas sobre el Abastecimiento (sic) alimenticio del Municipio (sic) de Santiago de Cali para su ordenamiento en forma adecuada y su verificación mediante chequeos y encuestas que permitan certificar determinados comportamientos. El consultor en su propuesta debe explicar la forma y la metodología que utilizara (sic) en el desarrollo de los trabajos correspondientes”.

2.- Juan Pablo Corrales y Marta Lucía Castro presentaron su propuesta en mayo de 1997, con el siguiente alcance (fls. 116 y 117, C. 1):

“a) Estudiar y plantear como válida la solución propuesta;

“b) Identificar los parámetros de conversión, investigar sobre los mismos y plantear soluciones. Tales parámetros son, entre otros:

- “Censo de concesionarios por Plaza (Encuesta de carácter (sic) económico y social para identificar realidades y capacidades).
- “Disponibilidad de los concesionarios para incorporarse a una Sociedad de Economía Mixta.
- “Conversión de los Contratos (sic) de concesión.

“c) Realizar el prediseño arquitectónico de las remodelaciones necesarias en las Plazas de El porvenir y Alfonso López.

“d) Realizar el prediseño de dos (2) modelos de MERCALI (sic).

“e) Valorar el programa de remodelaciones y MERCALIS, por etapas de desarrollo (Terrenos (sic), Construcción (sic), Organización (sic), puesta en operación).

Expediente 31.097
Actor: Unión Temporal Juan Pablo Corrales y otros

“f) Establecer las posibilidades de financiación y adaptaciones a las capacidades de pago de los concesionarios. Participación del Municipio (sic).

“g) Identificar la destinación y uso posibles de los locales de las Plazas de Mercado desocupadas;

“h) Análisis final y recomendaciones”.

La metodología propuesta fue de investigación y de diseño. La primera, a través del diseño, elaboración y análisis de una encuesta sobre la situación laboral, económica, familiar y gremial de los concesionarios, de su disposición y capacidad para acogerse a los nuevos planteamientos y de la indagación acerca del desarrollo urbano; la segunda, a través de la investigación física, actividad y conclusiones que “... desembocan en planos y presupuestos ...” (fl. 117, C. 1).

Añadió la propuesta, en cuanto a este aspecto (ibídem):

“Con los datos recogidos en cuanto a valores, capacidades, precios, disposición y necesidades urbanas se puede plantear un Proyecto (sic) cierto y realista que se cuantifique en inversión, costos, financiación y rendimientos del cual se pueden sacar conclusiones de:

- “Viabilidad social
- “Factibilidad física,
- “Factibilidad económica

“y se pueda presentar un plan general de trabajo”.

Los oferentes se comprometieron a entregar el producto en un plazo estimado de tres (3) meses, contados a partir de la entrega del anticipo.

Los productos que se comprometieron a entregar fueron los siguientes (fl. 119, C. 1):

“a) Encuesta económico – Social (sic) de concesionarios.

“b) Anteproyecto de remodelación de las Plazas (sic) de mercado de El Porvenir y Alfonso López;

“c) Elaboración de Planos (sic) de 2 prototipos de MERCALIS”.

El valor total de la propuesta fue de \$50'007.165, discriminados así (ver cuadro 3, fl. 125, C. 1).

- a.- Estimativo de nómina: \$40'755.000.00.
- b.- Gastos reembolsables: \$2'354.625.00.
- c.- Impuesto al Valor Agregado: \$6'897.540.00.

3.- La propuesta fue escogida el 5 de mayo de 1997, por el Secretario de Fomento Económico y Competitividad del municipio de Santiago de Cali (fl. 126 a 128, C. 1).

4.- Posteriormente, fue celebrado el contrato SFEC-0024-97 entre el municipio de Santiago de Cali – Secretaría de Fomento Económico y Competitividad y la unión temporal integrada por Juan Pablo Corrales Arenas y Marta Lucía Castro Arenas.

La cláusula primera, relacionada con el objeto del contrato, dice (fl. 7, C. 1):

“El objeto del presente contrato es adelantar el estudio de factibilidad sobre abastecimiento y mercadeo de alimentos para la remodelación y modernización de algunas Plazas (sic) de Mercado (sic) de Santiago de Cali y de sustitución de otras por Centros (sic) de Mercado (sic) (MERCALIS)”.

Para el alcance de los trabajos (cláusula segunda), las partes se remitieron a lo previsto en los términos de referencia, en cuanto a que, con el estudio de factibilidad se pretendía definir la factibilidad del abastecimiento y mercadeo de alimentos para Santiago de Cali y la remodelación y modernización de las plazas de mercado de El Porvenir y Alfonso López y de la sustitución de las demás plazas existentes en Cali, con la creación de 50 centro de mercadeo, denominados mercalís.

Las obligaciones del consultor fueron estipuladas en la cláusula quinta del contrato, así (fl. 8, C. 1).

“EL CONSULTOR tiene la obligación de cumplir todas y cada una de las actividades que caracterizan el objeto del presente contrato, las cuales están detalladas en los términos de referencia que hacen parte del mismo, además de las siguientes: a) Suministrar todo el recurso humano, técnico y de administración que sea necesario para el cumplimiento del contrato. b) Ejecutar completamente todos los aspectos de los trabajos descritos en las cláusulas Primera (sic) y Segunda (sic) de este contrato. c) EL CONSULTOR entregará al MUNICIPIO dentro del plazo establecido todos los

Expediente 31.097
Actor: Unión Temporal Juan Pablo Corrales y otros

documentos que conforman el estudio contratado en original y tres (3) copias con sus anexos correspondientes".

El precio del contrato fue pactado en \$50'000.000.00, incluido el IVA, que serían pagados al contratista, así (fl. 9, C. 1):

"a) La suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$25.000.000,00 MCTE.) como anticipo una vez se cumplan los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del presente contrato. b) La suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$25.000.000,00 MCTE.) a la finalización del contrato, previa entrega y sustentación del estudio, al cual se acompañará el Acta (sic) de recibo final y liquidación del interventor sobre el cumplimiento del contrato a satisfacción".

5.- El 18 mayo de 1998 la unión temporal integrada por Juan Pablo Corrales y Marta Lucía Castro presentó el estudio de factibilidad de factibilidad para la tecnificación del sistema de distribución de alimentos de la ciudad de Santiago de Cali.

El trabajo consta de: (i) una introducción, (ii) los resultados de una encuesta socioeconómica a los concesionarios de las plazas de mercado Alameda, Alfonso López, La Floresta, El Porvenir, Santa Elena y Siloé, cuyo propósito fue investigar y analizar el modo y la calidad de vida de los concesionarios y de su situación dentro de las plazas, (iii) el estudio de los aspectos físicos de las plazas de mercado, incluyendo la situación del momento, los problemas que presentaba la planta física, los problemas de inseguridad que afrontaban, la problemática de los vendedores externos, la localización de los centros comerciales de alimentos, el desarrollo y la tecnificación del sistema alimentario, la localización de los centros comerciales de alimentos, la tecnificación de los centros comerciales de alimentos (centros actuales, hipercentros de distribución de alimentos y minicentros de distribución de alimentos) y los modelos de distribución de centros comerciales de alimentos, (iv) los aspectos económicos que incluyen los costos estimados de la implementación del programa de tecnificación del sistema de abastecimiento de alimentos, los costos estimados de la construcción de los hipercentros de abastecimiento de alimentos, los costos estimados para la tecnificación de los centros existentes y los costos estimados de los minicentros y las alternativas de financiación, (v) la forma de implementación

del modelo y (vi) las conclusiones del estudio y las recomendaciones (ver informe a folios 130 a 190, C. 1).

6.- Mediante memorando UJ-107 del 26 de mayo de 1998, el Jefe de la Unidad Jurídica de la Secretaría de Fomento Económico y Competitividad se dirigió al Secretario del Despacho, con el fin de hacer algunas anotaciones en relación con la ejecución del contrato de consultoría celebrado con la unión temporal acá demandante. Particularmente, precisó que el objeto del estudio era definir la factibilidad o viabilidad de disminuir el número de plazas de mercado sustituyéndolas por centros de distribución y mercadeo de alimentos más pequeños que, teniendo un radio de influencia inferior, suplirían las plazas de mercado actuales.

Con fundamento en doctrina sobre el tema, señaló que el estudio de factibilidad o anteproyecto definitivo debía proporcionar las bases técnica, económica, comercial y social, para la decisión de invertir en un proyecto. Agregó que su estructura se asimilaba a los estudios de prefactibilidad, pero las investigaciones en aquél eran más profundas y, por consiguiente, la información cuantitativa del proyecto, costos beneficios era más aproximada.

No obstante, señaló que quien estaba llamado a calificar si el informe entregado por la unión temporal contratista cumplía o no las exigencias de los términos de referencia y el contrato es el interventor (ver memorando a folios 13 a 17 del C. 1).

7.- El 2 de junio de 1998, el interventor presentó el informe final del contrato de consultoría y en él hizo varios cuestionamientos sobre el cumplimiento del alcance del contrato.

El interventor estimó que el estudio presentado por el consultor no cumplió con el objeto del contrato ni con los términos de referencia, pues no permitió a la administración municipal tener elementos de juicio suficientes para decidir si ejecutar o no, el proyecto propuesto (fls. 18 a 23, C. 1).

8.- El 2 de julio de 1998, el contratista dio respuesta a las observaciones presentadas por la interventoría y por la unidad jurídica de la SFEC, aclarando que hacen parte integral del contrato los términos de referencia y la propuesta del contratista y que en dichos documentos quedó plasmado que el objeto general del contrato era demostrar la forma de hacer factible la propuesta consagrada en estudios anteriores realizados por la SFEC y de organizar la infraestructura física de mercado de alimentos en la ciudad de Cali, disminuyendo el número de plazas de mercado de 6 a 2 y remodelando y modernizando las dos que permanecerían.

Destacó que los productos ofrecidos estaban acordes con las probabilidades de remuneración o con el presupuesto dispuesto por la entidad para la realización de los estudios y que el contratista no podría ejecutar unos estudios más profundos, porque podría costar cuatro o cinco veces más.

Pese a lo anterior, el consultor aclaró algunos aspectos relacionados con el componente de factibilidad comercial del proyecto y con el componente de factibilidad técnica del mismo, para lo cual realizó una descripción más detallada del anteproyecto arquitectónico y urbanístico de remodelación y modernización del centro comercial de mercadeo denominado El Porvenir; además, incluyó las medidas del lote, los accesos al lugar, los estacionamientos de vehículos, la circulación interior, la distribución de los puestos de venta, la circulación vertical, el programa de construcción y el sistema constructivo.

Lo mismo hizo en relación con el anteproyecto arquitectónico del centro de mercadeo de alimentos Alfonso López y en relación con el mini centro esquinero de mercadeo de alimentos que estaba planteado en el proyecto inicial.

Además, realizó algunas anotaciones en relación con el componente de factibilidad legal del proyecto (fls. 191 a 235, C. 1).

9.- El 13 agosto de 1998, el Alcalde de Cali (encargado) profirió la Resolución A-243, "POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO, SE ORDENA LA LIQUIDACION Y SE HACE EFECTIVA LA GARANTIA DE CUMPLIMIENTO DEL

CONTRATO SFEC-024-97, SUSCRITO ENTRE EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – SECRETARIA DE FOMENTO ECONOMICO Y COMPETITIVIDAD Y LA UNION TEMPORAL JUAN PABLO CORRALES Y MARTA LUCIA CASTRO ARENAS” .

La decisión fue adoptada con fundamento en el informe final de interventoría, al cual se hizo alusión en el numeral 7 de estas consideraciones (fls. 29 a 33, C. 1).

10.- La anterior resolución fue recurrida en reposición por el apoderado de la unión temporal Juan Pablo Corrales y Marta Lucía Castro Arenas y, mediante Resolución A-325 del 26 de noviembre de 1998 fue confirmada en todas sus partes.

Para lo anterior, señaló que en el estudio sólo aparecen enumerados los barrios en que debían quedar los centros de mercadeo, que según los términos del contrato serían 50, pero en el informe sólo aparecen 15, sin que exista soporte técnico que avale lo dicho por el consultor.

Por otra parte, se habla de dos hipercentros, pero en esta parte no se tienen en cuenta algunos aspectos de factibilidad tales como: (i) aspectos urbanísticos, (ii) aspectos ambientales (iii) aspectos de mercado (iv) aspectos técnicos, (v) aspectos arquitectónicos y (vi) aspectos administrativos y legales.

Según la administración, otros temas que no fueron incluidos en los estudios realizados por el contratista son los atinentes a (i) la disponibilidad de los concesionarios para incorporarse a una sociedad de economía mixta, (ii) la conversión de los contratos de concesión, (iii) la valoración del programa de remodelaciones y mercalís, por etapas, (iv) el establecimiento de posibilidades de financiación y capacidad de pago de los concesionarios y (v) destinación y uso de los locales de las plazas de mercado desocupadas.

En suma, en sentir de la entidad demandada el consultor sólo enumeró una serie de ideas sin sustento que, por lo mismo, no satisfacen el objeto del contrato (fls. 41 a 55, C. 1).

Pues bien, para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, lo primero que debe anotar la Sala es que el concepto de violación no está estructurado con el suficiente rigor técnico que este tipo de demandas exige, pues no ubica los supuestos de hecho esbozados en alguna de las causales que, conforme al ordenamiento jurídico, conducen a la invalidez de los actos administrativos; sin embargo, interpretando el escrito de manera integral se logra deducir que la censura está dirigida a cuestionar la decisión de la administración por la causal de nulidad conocida como “*falsa motivación*”, en la medida en que la parte demandante pretende desvirtuar las razones que adujo la administración para declarar que el contratista incumplió las obligaciones a su cargo y, en cambio, sostener que cumplió con las prestación pactada y que quien incumplió (la obligación de pago) fue la administración pública.

No obstante lo anterior, la Sala considera que los actos administrativos demandados están viciados de nulidad, por haber sido expedidos con falta de competencia *ratione materiae*, tal como pasa a verse.

V.- Competencia de las entidades estatales para declarar el incumplimiento contractual, en vigencia de la Ley 80 de 1993, antes de la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007.

La jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación se ha pronunciado en distintas oportunidades acerca de la competencia *ratione materiae* de las entidades estatales para declarar, unilateralmente y a través de acto administrativo, el incumplimiento del contrato estatal y ha señalado que ninguna de las normas de la Ley 80 de 1993 consagra esa facultad, por lo que, en virtud del principio de la legalidad que gobierna la actividad administrativa, particularmente la contractual, las entidades no pueden ejercer potestades que no han sido otorgadas o autorizadas por la Constitución y la ley, de modo que, para obtener la declaración de incumplimiento y la indemnización de los perjuicios causados por tal comportamiento antijurídico debía acudir al juez natural del contrato.

Así razonó la Sección Tercera, en sentencia del 10 de febrero de 2005 (exp. 25.765).

“... la ley 80 de 1993 no otorga competencia a la Administración (sic) para declarar el incumplimiento del contratista; sólo erige este hecho como supuesto de la declaratoria de caducidad del contrato (sic) condicionado a que ‘afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización’ (art. 18). Por ello (sic) se encuentran infringidos abiertamente los artículos 6 y 121 constitucionales relativos, respectivamente, a que ‘Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones’ y a que ‘Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley’”.

El anterior pronunciamiento fue reiterado por esta Subsección, en sentencia del 29 de enero de 2014 (exp. 26.869).

Cabe precisar que el marco jurídico de la Ley 80 de 1993, antes de la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007, era el que se hallaba vigente al momento de la celebración y de la ejecución del contrato objeto de análisis; por consiguiente, es el régimen jurídico que lo gobierna, al tenor de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887; no obstante, resulta pertinente precisar que, hoy día, por expresa disposición del artículo 17 de la citada Ley 1150⁵, las entidades estatales tienen la facultad de declarar el incumplimiento, con el único propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato, facultad que, conforme a lo dispuesto por el párrafo transitorio de dicha norma, fue otorgada con efecto retrospectivo, es decir, con aplicación para los contratos celebrados con

⁵ “**ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.** El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

“En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

“**PARÁGRAFO.** La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

“**PARÁGRAFO TRANSITORIO.** Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”.

anterioridad a su vigencia y cuyo incumplimiento se consolide con posterioridad a la entrada vigor de dicha norma⁶.

En esa medida, los actos administrativos contenidos en las Resoluciones A-243 del 13 de agosto de 1998 y A-325 del 26 de noviembre del mismo año están viciados de nulidad, en la medida en que a través de ellos se materializó una facultad de la que carecía la entidad, para la época en la cual adoptó la decisión, lo que se traduce en que declaró el incumplimiento con falta de competencia *ratione materiae*.

Ahora bien, en la demanda no se invocó la falta de competencia de la entidad estatal contratante como causal de nulidad de las Resoluciones acusadas; sin embargo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado, de manera uniforme y reiterada, que en aquellos casos en los cuales el juez advierta tal vicio de invalidez debe abordar oficiosamente su estudio, debido a que ésta constituye una de las más graves causales de ilegalidad.

Así se advierte del siguiente pronunciamiento⁷:

"... comoquiera que la incompetencia se erige en la más grave de las distintas formas o clases de ilegalidad⁸; y segundo, teniendo en cuenta que la liquidación constituye el finiquito del contrato administrativo, resulta igualmente necesario que el juez, oficiosamente, adelante el examen del punto, aún cuando éste no se hubiere solicitado en el proceso. Sobre este asunto, la Sala señaló en anterior oportunidad:

'En el caso que se examina se encuentra que la extemporaneidad alegada no fue objeto de las pretensiones de la demanda y esta consideración sólo la hace la parte actora en el alegato de conclusión ante esta instancia. **Sin embargo, por tratarse del cargo de incompetencia**

⁶ La ley 1150 de 2007, fue publicada en el Diario Oficial el 16 de julio de 2007 y por expresa disposición del artículo 33 empezó a regir seis (6) meses después de su promulgación, con excepción del artículo 6º que entró a regir a los dieciocho (18) meses de su promulgación.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de abril de 2010, exp. 18.292.

⁸ La doctrina ha expuesto sobre el tema: "**De todas las formas de ilegalidad (la incompetencia), es la más grave:** los agentes públicos no tiene (sic) poder sino con fundamento en los límites de los textos que fijan sus atribuciones; más allá, ellos dejan de participar en el ejercicio de la potestad pública. Es por lo que las reglas de competencia son de orden público: **la incompetencia debe ser declarada de oficio por el juez, incluso si el demandante no la ha invocado en apoyo de su demanda.** Ella no puede ser convalidada por la aprobación ulterior de la autoridad competente" (resalta la Sala) (RIVERÓ, Jean: "Derecho Administrativo", Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984. p.274) (*cita original de la sentencia anotada*).

temporal o razione temporis que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (arts. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador¹¹⁹.

Así, pues, si la administración consideraba que la unión temporal demandante había incumplido las obligaciones a su cargo, debió acudir al juez del contrato, para solicitar la declaración en tal sentido y las condenas a la indemnización de los perjuicios causados y, en caso de que fuera el contratista quien deprecara la declaración de incumplimiento, como sucedió en este caso, aquélla debió argüir los hechos constitutivos de incumplimiento a título de medio exceptivo (*exceptio non adimpleti contractus*), tal como lo dispone el artículo 1609 del Código Civil, en relación con los contratos bilaterales (*sinalagmáticos perfectos*, como el que nos ocupa), para liberarse de la obligación contractual a su cargo; adicionalmente, hubiera podido demandar en reconvención al demandante inicial, para obtener la declaración de incumplimiento de este último y la indemnización de los perjuicios causados.

Pero, la entidad demandada se atuvo únicamente al ejercicio de una prerrogativa de la cual carecía y, por ende, perdió la oportunidad de cuestionar el comportamiento contractual del contratista.

Por consiguiente, destruida la presunción de legalidad de los actos administrativos cuestionados, la Sala debe analizar si se hallan presentes los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual a cargo de la entidad demandada.

VI.- La responsabilidad contractual de la entidad demandada.-

En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, los elementos estructurales de la responsabilidad contractual del Estado son: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque el contrato no se ejecutó, o lo fue parcialmente, o en forma defectuosa o tardía, (ii) que

⁹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 1999, exp. 10.196.

ese incumplimiento haya producido un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) la existencia de una relación etiológica entre el daño alegado y el incumplimiento.

En este caso, la Sala encuentra reunidos los anteriores elementos, pues la administración incumplió la obligación de pagar el 50% del valor del contrato (si pagó, no lo acreditó), es decir, se sustrajo de cumplir la contraprestación pactada por la consultoría, porque, en su sentir, fue el demandante quien incumplió las obligaciones a su cargo. De hecho, su oposición estuvo orientada, durante todo el proceso, a defender la legalidad de los actos administrativos que declararon el incumplimiento del contrato.

En cambio, dentro del proceso se halla acreditado que el contratista entregó el estudio o el producto al cual se obligó en virtud del contrato y que lo hizo dentro del plazo establecido para el efecto (ver numerales 4 y 5 de estas consideraciones); por su parte, la entidad pública no alegó hecho alguno constitutivo de incumplimiento (falta de cumplimiento, cumplimiento defectuoso o cumplimiento tardío) de las obligaciones a cargo del contratista.

En ese sentido, se halla acreditado que la administración se sustrajo de cumplir la obligación contemplada en la cláusula décima del contrato (valor y forma de pago del contrato) y ello, desde luego, es un hecho generador de perjuicios.

El daño está acreditado, pues la falta de pago del saldo del contrato ocasionó una lesión en el patrimonio del contratista, quien no está en la obligación de soportarla.

La relación causal también surge en forma nítida, en la medida en que fue el incumplimiento de la obligación de pagar una suma de dinero lo que generó los perjuicios cuya indemnización solicita el contratista.

El Tribunal de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda y condenó a pagar a los demandantes el saldo del precio del contrato, es decir, \$25'000.000.00, la corrección monetaria sobre esa suma desde el día

26 de noviembre de 1998 hasta cuando se haga efectivo el pago de tal cantidad y los intereses “*legales (Ley 80 de 1993)*” (fls. 408 y 409, C. Consejo) a que haya lugar por el mismo período.

La parte demandante no cuestionó tal aspecto de la decisión y, por ende, la Sala solo liquidará la condena desde la fecha señala en la sentencia recurrida y hasta la fecha de la presente decisión.

Así, pues, se liquidarán los intereses de mora a la tasa prevista por el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y en la forma dispuesta por el artículo 1° del Decreto 679 de 1994.

La suma correspondiente a capital será actualizada con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, en aplicación de la siguiente fórmula:

$$V_f = V_h \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde:

V_f= Valor final actualizado

V_h= Valor histórico

Índice final= IPC correspondiente al mes anterior a la fecha de esta sentencia (mayo de 2015)¹⁰.

Índice inicial= IPC correspondiente al mes para el cual se hizo exigible la obligación (noviembre de 1998).

Para la liquidación de los intereses, el valor histórico se actualizará con base en el incremento del índice de precios al consumidor certificado por el DANE entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año anterior a la fecha de exigibilidad de la obligación¹¹ y, sobre el valor final actualizado, se aplicará una tasa equivalente al doble del interés legal civil, tal como lo disponen el

¹⁰ Para mayo de 2015, el IPC certificado por el DANE fue de 121.95. Consulta realizada el 16 de junio del mismo año, en la siguiente página web:

http://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=103&Itemid=76.

¹¹ La variación porcentual de los índices de precios al consumidor por año vencido fue consultada el 13 junio de 2015, en la página citada en el pie de página anterior.

Expediente 31.097
Actor: Unión Temporal Juan Pablo Corrales y otros

numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1º del Decreto 679 de 1994, así:

Actualización de capital:

$$V_f = \$25'000.000 \frac{121.95}{51.71}$$

$$V_f = \$58'958.615.35$$

Liquidación de intereses:

AÑO	CAPITAL	IPC	C.A.	TASA .	MONTO DE INT.
1998	\$ 25.000.000,00	17,68	\$ 29.420.000,00	1,06	\$ 311.852,00
1999	\$ 29.420.000,00	16,7	\$ 34.333.140,00	12	\$ 4.119.976,80
2000	\$ 34.333.140,00	9,23	\$ 37.502.088,82	12	\$ 4.500.250,66
2001	\$ 37.502.088,82	8,75	\$ 40.783.521,59	12	\$ 4.894.022,59
2002	\$ 40.783.521,59	7,65	\$ 43.903.461,00	12	\$ 5.268.415,32
2003	\$ 43.903.461,00	6,99	\$ 46.972.312,92	12	\$ 5.636.677,55
2004	\$ 46.972.312,92	6,49	\$ 50.020.816,03	12	\$ 6.002.497,92
2005	\$ 50.020.816,03	5,5	\$ 52.771.960,91	12	\$ 6.332.635,31
2006	\$ 52.771.960,91	4,85	\$ 55.331.401,01	12	\$ 6.639.768,12
2007	\$ 55.331.401,01	4,48	\$ 57.810.247,78	12	\$ 6.937.229,73
2008	\$ 57.810.247,78	5,69	\$ 61.099.650,88	12	\$ 7.331.958,11
2009	\$ 61.099.650,88	7,67	\$ 65.785.994,10	12	\$ 7.894.319,29
2010	\$ 65.785.994,10	2	\$ 67.101.713,98	12	\$ 8.052.205,68
2011	\$ 67.101.713,98	3,17	\$ 69.228.838,32	12	\$ 8.307.460,60
2012	\$ 69.228.838,32	3,73	\$ 71.811.073,98	12	\$ 8.617.328,88
2013	\$ 71.811.073,98	2,44	\$ 73.563.264,19	12	\$ 8.827.591,70
2014	\$ 73.563.264,19	1,94	\$ 74.990.391,51	12	\$ 8.998.846,98
2015	\$ 74.990.391,51	3,66	\$ 77.735.039,84	2,91	\$ 2.262.089,66
Total intereses de mora					\$ 99.674.190,26

Total a pagar por capital (\$58'958.615.35) e intereses (\$ 99.674.190,26).

Total a pagar: CIENTO CINCUENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CINCO PESOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS (\$158'632.805.61) M/cte.

VII.- Costas.-

No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA:

Primero.- MODIFÍCASE el ordinal tercero, en sus literales a, b y c, de la parte resolutive de la sentencia proferida el 20 de enero de 2005 por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos del Valle del Cauca, Quindío, Cauca y Nariño –Sede Cali-, quedarán así:

“**CONDÉNASE** al municipio de Santiago de Cali a pagar a los señores Juan Pablo Corrales Arenas y Marta Lucía Castro Arenas la suma de **CIENTO CINCUENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CINCO PESOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS (\$158'632.805.61) M/cte**, a título de indemnización de perjuicios materiales, en las modalidades de año emergente y lucro cesante, por el incumplimiento del contrato de consultoría SFEC-0024-97”.

Segundo.- CONFÍRMANSE, en lo demás, la parte resolutive de la sentencia proferida el 20 de enero de 2005 por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos del Valle del Cauca, Quindío, Cauca y Nariño – Sede Cali-.

Tercero.- Para el cumplimiento del fallo **DESE** aplicación a lo dispuesto por los artículos 177 y 178 del C.C.A.

Cuarto.- EXPÍDANSE copias de esta sentencia, con destino a las partes, con las precisiones establecidas por el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Quinto.- Sin condena en costas.

Sexto.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA