



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "B"

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Proceso número: 680012331000199901452-01 (41186)

Actor: Sociedad Conca S.A.

Demandado: Departamento de Santander

Acción: Contractual

Asunto: *Cuando el pago del anticipo condiciona la ejecución no se puede exigir el cumplimiento del contratista en tanto pende el pago. Reconocimientos en sentencia proferida dentro de proceso ejecutivo entre las mismas partes influye en la liquidación judicial y en la compensación de acreencias. Falta de competencia por imposición de multas y efectividad de la cláusula penal en vigencia de la Ley 80 de 1993*

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de 10 de diciembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO: DECLÁRASE no configurados los hechos exceptivos de pleito pendiente, por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO: DECLÁRASE DE OFICIO parcialmente la excepción de compensación, en la forma indicada en la parte motiva de éste proveído.

TERCERO: DECLÁRASE el incumplimiento por parte del Departamento de Santander de las obligaciones contractuales a su cargo derivadas del Contrato de Obra N° 199 de 1997 suscrito el 23 de mayo de 1997 entre la Sociedad CONCA S.A. y aquel, cuyo objeto fue "El Mejoramiento de la Vía Troncal del Magdalena Medio-Puerto Parra".

CUARTO: DECLÁRASE la Liquidación del Contrato de Obra N° 199 de 1997 suscrito entre el Departamento de Santander y la Sociedad CONCA S.A. el 23 de mayo de 1997, cuyo objeto fue "El Mejoramiento de la Vía Troncal del Magdalena Medio-Puerto Parra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: DECLÁRASE la responsabilidad contractual del DEPARTAMENTO DE SANTANDER, por los perjuicios causados a la sociedad CONCAY S.A., como consecuencia de la inejecución del Contrato de Obra N° 199 de 1997, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO (sic): En consecuencia de lo anterior CONDÉNASE al DEPARTAMENTO DE SANTANDER a pagar a la sociedad CONCAY S.A., la suma de OCHO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$8.790.250) tal y como se expuso en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: DENIÉGASE las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Dése cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.; para tal efecto, una vez en firme esta providencia, entréguese copia de la misma a la partes y al Ministerio Público, a la parte actora por conducto de su apoderado, con la constancia de ser la primera copia de acuerdo con lo previsto en el artículo 115 del C.P.C.

OCTAVO: Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderado de la parte actora al Dr. AUGUSTO ELISEO SAMPAYO NOGUERA, en los términos y para los efectos del poder otorgado, visible al folio 409.

NOVENO: Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderado de la parte demandada al Dr. JUAN JOSÉ REYES TRILLOS, en los términos y para los efectos del poder otorgado, visible al folios 399 al 408".

I. ANTECEDENTES

1.1 Síntesis del caso

El 23 de julio de 1999, la sociedad Conca y S.A. presentó demanda en ejercicio de la acción contractual, en contra del departamento de Santander, con el objeto de que se declare el incumplimiento del contrato de obra n.º 199 de 1997 y el desequilibrio financiero; se liquiden las prestaciones y se reconozcan los perjuicios causados.

Como fundamento de las pretensiones, la sociedad demandante, en síntesis, expuso los siguientes hechos:

1.- El departamento de Santander, mediante resolución n.º 6748 del 10 de diciembre de 1996, ordenó la apertura de la Licitación Pública n.º 21, para el mejoramiento de la Vía Troncal del Magdalena Medio-Puerto Parra, contando para ello con una disponibilidad presupuestal de \$412 549 531.00; licitación que

fue adjudicada a la firma CONCAY Ltda., hoy CONCAY S.A., mediante resolución n.º 2638 del 25 de abril de 1997.

2.- El 23 de mayo siguiente, las partes suscribieron el contrato de obra n.º 1999, con un plazo de cinco (5) meses contados a partir del acta de iniciación de las obras, suscrita el 18 de junio de 1997.

3.- En relación con la forma de pago, se pactó que el departamento de Santander pagaría al Contratista el valor del contrato según actas mensuales de avance de obra de cuyo valor se amortizaría el 50% correspondiente al anticipo.

4.- En cuanto al anticipo se convino en que, una vez constituida la garantía de cumplimiento, el departamento, concedería al Contratista un anticipo por el 50% de las órdenes de pago conforme las actas de recibo de obra.

5.- Se afirma en la demanda que CONCAY S.A. cumplió, dentro de los términos previstos en el contrato, los requisitos de legalización y ejecución exigidos por la Ley 80 de 1993; no obstante, la entidad estatal incumplió con la obligación de pago del anticipo, según lo previsto en la cláusula octava.

6.- Pese a lo anterior, la actora suscribió el acta de inicio, adelantó la ejecución amen de que elaboró y firmó con el interventor las actas parciales de obras n.º 1, 2 y 3, recibidas a satisfacción, en tanto la entidad tampoco pagó lo ejecutado.

7.- Mediante oficio N° 1669 del 10 de septiembre de 1997, CONCAY S.A. puso en conocimiento del gobernador, del tesorero, del secretario de transporte y del supervisor los contratiempos generados por la falta de recursos, al punto de dar lugar al desequilibrio contractual. La petición fue reiterada el 17 de octubre y 4 de noviembre siguiente, sin obtener respuesta. Última comunicación en la que, además, la contratista evidenció el vencimiento del plazo y la inminente paralización de las obras.

8.- El 5 de mayo de 1998, las partes celebraron audiencia de conciliación prejudicial sin lograr acuerdo.

9.- Al día siguiente, el departamento de Santander pagó a la sociedad CONCA Y S.A., la suma de \$206 274 765.50 correspondiente al anticipo del contrato, esto es cuatro meses después de haber vencido el plazo del Contrato.

10.- El 23 de junio de 2008, la contratante pagó la suma de \$43 872 028.00 correspondiente al acta parcial de obra n.º 2.

11.- El 16 de octubre siguiente, la sociedad CONCA Y S.A. presentó demanda ejecutiva en contra del departamento de Santander. En curso el proceso, el demandado pagó a la actora la suma de \$28 737 930,50, por concepto del acta parcial n.º 1.

12.- La demandante afirmó que, a la fecha, el ente territorial no ha pagado el valor total de las actas parciales, tampoco los perjuicios causados con el desequilibrio económico del contrato. Por último, aseguró que el departamento suscribió un nuevo contrato con un tercero para continuar con la ejecución de las obras (fls. 110-121 cuaderno 1).

1. PRIMERA INSTANCIA

1.1. La demanda

Con base en los anteriores hechos, la parte actora impetra las siguientes declaraciones y condenas:

"1.1 Que se declare judicialmente la Liquidación del Contrato de Obra N° 199 de 1997, suscrito entre el Departamento de Santander y la Sociedad CONCA Y S.A., el 23 de mayo de 1997, cuyo objeto fue "El Mejoramiento de la Vía Troncal del Magdalena Medio-Puerto Parra.

1.2 Que en virtud de dicha liquidación se declare judicialmente que el Departamento de Santander incumplió el mencionado Contrato de Obra N° 199/97, por inejecución de las obligaciones contractuales a su cargo consistentes en el no pago a la Sociedad Contratista CONCA Y S.A., el anticipo ni el valor correspondiente a las Actas de Recibo Parcial de Obras Nos. 1, 2 y 3, durante el plazo o vigencia de dicho contrato.

1.3 Que como consecuencia de la precedente declaración, se declare que el Departamento de Santander ocasionó un desequilibrio económico y financiero

del mencionado Contrato de Obra N° 199/97 que deberá ser resarcido y por tanto deberá la entidad estatal establecer la ecuación contractual vigente al momento de proponer.

1.4 Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Departamento de Santander a pagar a mi Mandante el valor de la indemnización de los perjuicios causados de orden material -daño emergente y lucro cesante- y del orden moral que le fueron ocasionados, los cuales estimo en una suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (\$398.000.000.00).

1.5 Que se condene al Departamento de Santander a actualizar las sumas precisadas en el numeral anterior a la fecha del correspondiente pago, para cubrir la devaluación de la moneda, con base en los intereses moratorios a la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado. Se proceda a ejecutar la sentencia que le ponga fin al proceso de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

1.6 Se condene en consideración a la equidad, en caso de variar la jurisprudencia a pagar las costas del proceso" (fls. 109-110 cuaderno 1).

En el acápite de los perjuicios, la parte actora puso de presente que los valores consignados en las actas parciales de obra no fueron amortizados con el anticipo. Así mismo, sostuvo que ejecutó obras por valor de \$229 867 738, equivalentes a más del 50% del valor total contratado, sin obtener la contraprestación convenida. Solicitó, por tanto, reconocer el daño emergente causado por la suma de \$100 000 000, en razón de los sobrecostos financieros, los gastos de transporte y los ocasionados a raíz de la conciliación extrajudicial; de igual forma, el lucro cesante generado por la imposibilidad de continuar con la ejecución, estimado en la cantidad de \$248 000 000, representado en la maquinaria y/o equipo en *stad by* y el AIU dejado de percibir. Por último, solicitó reconocer perjuicios morales por la afectación del *good will*, valorado en \$50 000 000 (fls. 121-129 cuaderno 1).

1.3. La defensa del demandado

El departamento de Santander se opuso a las pretensiones, admitió algunos hechos y negó otros. Dio cuenta del incumplimiento de la contratista y la falta de amortización del anticipo. Afirmó que la sociedad Concay S.A. recibió \$49 016 985.50 de más, los cuales fueron pagados dentro del anticipo. Además, alegó que no procedía el reconocimiento del valor contenido en el acta parcial n.º 3, esto es \$42 323 910, "puesto que ya fue cancelada por el Departamento de acuerdo

a las cantidades de obra que ejecutó y por el contrario a la fecha no ha reintegrado al departamento la suma de más recibida con sus respectivos intereses e indexación". Sostiene que el contratista abandonó los trabajos el 18 de septiembre de 1997, pues solo ejecutó el 55.72% del valor del contrato.

El demandado señaló que la ejecución del contrato no quedó supeditada al pago del anticipo y que, si bien no pagó en la oportunidad debida, lo hizo el 17 de abril de 1998 por valor de \$206 274 765. Así mismo, pagó el acta 1 por valor de \$28 737 930.50 el 27 de noviembre de 1998 y el acta 2 por valor de \$43 872 028 el 23 de junio de 1998. Adujo que el no pago oportuno se debió a la crisis financiera por la que atravesaba la entidad.

Por último, el departamento puso de presente que, no obstante haber recibido las sumas debidas, la contratista no reinició los trabajos, por lo que se vio obligado a contratar la terminación de la obra con la firma COCIVILES LTDA., con miras a remediar el deterioro y proteger la estructura abandonada por la firma CONCAY S.A.

En el mismo escrito, el demandado propuso las excepciones que denominó i) contrato no cumplido, en la medida en que *"la inexecución por parte de la administración de sus obligaciones contractuales no genera para el contratista el derecho a no cumplir las suyas"*. Precisó que la entrega del anticipo al contratista no tiene como fin solventar su capacidad o condición económica, sino facilitar la ejecución contractual; ii) inexistencia de la obligación, pues la entidad pagó las sumas adeudadas y iii) pleito pendiente, comoquiera que la sociedad Concay S.A. adelantó demanda ejecutiva por los mismos hechos (fls. 155-162 cuaderno 1).

1.3. Alegatos de conclusión

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio. El demandada alegó extemporáneamente (fls. 395, 399-408 cuaderno 1).

1.4. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 10 de diciembre de 2010, el Tribunal Administrativo de Santander declaró el incumplimiento y la responsabilidad contractual del ente territorial; liquidó las prestaciones y condenó a pagar los perjuicios causados. Así mismo, advirtió que las excepciones denominadas "*contrato no cumplido*" e "*inexistencia de la obligación*" se estudiaron con el fondo del asunto. Y, en cuanto a la excepción de "*pleito pendiente*" y al margen de la identidad de partes y de causa, lo cierto es que el asunto que se resuelve y el ejecutivo difieren por el objeto o finalidad pretendidos. Esto, en la medida en que en el primero de ellos se persigue la declaratoria de incumplimiento, la liquidación del vínculo y el reconocimiento de perjuicios derivados de la inejecución contractual. Y, en el segundo, se trata de ejecutar las obligaciones claras, expresas y exigibles, aunque derivadas del mismo contrato contenido en documentos con mérito ejecutivo. De ahí que el *a quo* declarara infundada la excepción.

Igualmente, despachó negativamente la objeción por error grave formulada contra el dictamen; empero desestimó el cálculo de la experticia sobre el AIU, por tener una base equivocada para su determinación. Esto, comoquiera que debió liquidarse sobre los costos directos y no sobre el valor total del contrato.

Finalmente, el Tribunal encontró acreditado el no pago del anticipo y de las actas mensuales de avance de obras y concluyó que esta dio lugar a la parálisis de la obra, sin que la ejecución de las actas parciales hubiese permitido cumplir el objeto contractual ejecutado en el 55.72%. Se sostuvo:

"En este orden de ideas, como quedó explicado, el incumplimiento por parte de la entidad contratante de las obligaciones a su cargo, afectó notoriamente la ejecución de la obra contratada por parte de la firma contratista, pues pese a que se ejecutó poco más de la mitad de la obra (55.72%), ello impidió para el contratista cumplir el objeto contractual en los términos inicialmente pactados; situación que generó la ruptura de la ecuación económica del contrato N° 199/97 y que implica para la entidad contratante asumir los perjuicios sufridos por la sociedad CONCA Y S.A.

Así las cosas, se impone declarar el incumplimiento por parte del Departamento de Santander de las obligaciones contractuales a su cargo derivadas del Contrato de Obra N° 199 de 1997 suscrito el 23 de mayo de 1997 entre la

Sociedad CONCAY S.A. y aquel, cuyo objeto fue "El Mejoramiento de la Vía Troncal del Magdalena Medio-Puerto Parra", por lo que se procederá a la liquidación del mismo (...)".

Para efectos de la liquidación del contrato, el *a quo* tuvo en cuenta la sentencia proferida por la Corporación dentro del proceso ejecutivo adelantado entre las mismas partes, en el que se declaró probada parcialmente la excepción de pago y de forma total la de compensación de las sumas adeudadas. De ahí que se ordenara a la contratista reembolsar al departamento la suma actualizada de \$13 833 813.

Aunado a lo anterior, el Tribunal reconoció a la sociedad actora perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, en relación con el AIU que dejó de percibir en razón de la imposibilidad de continuar con la ejecución contractual, por falta de recursos.

El cálculo se realizó sobre el 26% del costo directo del AIU, esto es el 4% y el resultado se actualizó conforme el IPC.

Por último, el *a quo* declaró de oficio probada la excepción de compensación y negó los perjuicios morales solicitados (fls. 411-442 cuaderno principal).

2. SEGUNDA INSTANCIA

2.1. Recurso de apelación¹

Inconforme, el demandado interpone recurso de apelación. Insiste en el incumplimiento de la contratista, en la medida en que solo ejecutó el 55.72% del objeto. Sostiene que, si bien no canceló el anticipo dentro del plazo acordado, de ello no dependía la iniciación de los trabajos, en la medida en que *"el anticipo solo determina que la administración colabore con el contratista, pero esto no indica que su ausencia sea causal de suspensión del mismo"*.

Sobre el incumplimiento, el departamento señala:

¹ El recurso fue interpuesto el día 2 de febrero de 2011.

"En el presente proceso, se solicita declarar el incumplimiento del contrato de obra pública número 199-97 por parte del Departamento. Así mismo, se depreca el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato de obra, y demás precisados en el libelo.

Tal como aparece en el proceso para oponerse a lo pretendido, que la sociedad CONCA Y ejecutó parte del contrato No. 199-97 por un valor de \$ 229.867.738 pesos (correspondiente al valor de las actas 1,2 y 3) y el DEPARTAMENTO DE SANTANDER le canceló.

El 17 de abril de 1998, de acuerdo a la orden No. 3804, el anticipo por valor de \$206.274.775 pesos.

El 27 de Noviembre de 1998, de acuerdo a la orden 6378, canceló el acta No.1 por \$ 28.737.930.50 pesos.

El 23 de Junio de 1998, de acuerdo a la orden de pago No. 6196, se canceló el acta No. 2 por \$43.872.028.pesos.

Sumando estos valores da un total de \$278.884.723.50 pesos. Se observa que la firma CONCA Y recibió \$49.016.985.50 de más. Pagados dentro del anticipo, además el contratista no debió cobrar en acta No.3 correspondiente a la orden de pago 4739 por valor de \$42.323.910, pesos puesto que fue cancelada por el DEPARTAMENTO de acuerdo a las cantidades de obra que ejecutó y por el contrario en ese momento no se reintegró al DEPARTAMENTO la suma de \$49.016.985.50 con sus respectivos intereses e indexación.

Cabe anotar, que el contratista abandonó los trabajos el 18 de septiembre de 1997, pues solo ejecutó 55.72% del valor del contrato, es decir incumplió el objeto del contrato 199-97.

Si bien es cierto el Departamento no canceló el anticipo dentro del plazo del contrato si lo hizo el 17 de abril de 1998, igualmente cancelo las actas 1,2, y 3".

Por último, el ente territorial reitera las excepciones propuestas en la contestación y al tiempo solicita:

"(..) que en el evento de ser condenado el DEPARTAMENTO DE SANTANDER se disponga en la sentencia que se pague por parte de esta entidad solo los intereses causados por no pago de obra ejecutada y entregada a satisfacción del DEPARTAMENTO.

Solicito al Consejo de Estado ordenar la devolución del remante del anticipo que no fue amortizado y que corresponde a \$49.016.985.50 pesos más los intereses causados y con actualización de capital o indexados" (fls. 445-446 cuaderno principal).

2.2. Intervención del Ministerio Público

La vista fiscal solicita confirmar la sentencia. Considera que el departamento de Santander incumplió el contrato, en la medida en que no pagó el anticipo y las actas parciales en los términos convenidos, dando lugar al desequilibrio de la ejecución contractual e impidió que el contratista percibiera la utilidad proyectada en la oferta (fls. 457-463 cuaderno principal).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para decidir el proceso de la referencia, en razón del recurso de apelación interpuesto por el demandado, en contra de la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones, dado que la cuantía alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988², para que esta Sala conozca de la acción contractual en segunda instancia.

2. Asunto que la Sala debe resolver

Corresponde a la Sala resolver los argumentos de la apelación de la parte demandada, consistentes en el incumplimiento de la contratista y el pago de las sumas adeudadas. Debe, en consecuencia, la Sala analizar los hechos probados y, de esta forma, resolver si hay lugar a confirmar la decisión.



² El 23 de julio de 1999, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción contractual tuviera vocación de doble instancia era de \$18 850 000 -artículos 129 y 132 del C.C.A. subrogados por el Decreto 597/88- y la demandante solicitó reconocer el daño emergente causado por la suma de \$100 000 000, en razón de los sobrecostos financieros, los gastos de transporte y los ocasionados a raíz de la conciliación extrajudicial; de igual forma, el lucro cesante generado por la imposibilidad de continuar con la ejecución, estimado en la cantidad de \$248 000 000, representado en la maquinaria y/o equipo en *stad by* y el AIU dejado de percibir. Por último, solicitó reconocer perjuicios morales por la afectación del *good will*, valorado en \$50 000 000 (fls. 121-129 cuaderno 1).

2.1. Hechos probados

Serán tenidos en cuenta los documentos aportados por las partes en las oportunidades legales, las respuestas de diversas autoridades a los requerimientos del Tribunal y los testimonios recibidos en el curso del presente asunto, pues se trata de pruebas válidamente decretadas y practicadas.

De conformidad con el acervo probatorio que reposa en la actuación, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

1. La sociedad Conca y S.A. tiene por objeto *"la construcción de toda clase de obras de ingeniería, la construcción, ventas de edificios y habitaciones, exploración y explotación de canteras y minas, el negocio de la agricultura y ganadería en todas sus manifestaciones y en general toda clase de actividades relacionadas con el ejercicio de la ingeniería, la minería y actividades agropecuarias. En desarrollo de su objeto la sociedad podrá adquirir, constituir, enajenar, gravar, dar y tomar en arrendamiento toda clase de bienes, celebrar contratos, operaciones bancarias y de crédito, constituir o formar parte de otras sociedades que tengan objeto similar y realizar toda clase de actos y contratos relacionados con el objeto de la sociedad"*. De ello da cuenta el certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio (fls. 2-3 cuaderno 1).

2. En el proceso obra copia de los pliegos de condiciones de la Licitación Pública n.º 21, abierta por el departamento de Santander, con el objeto de contratar el mejoramiento de la vía Troncal Magdalena Medio Puerto Parra. Se transcriben las disposiciones relevantes para el caso:

"1.1. OBJETO.

El departamento de Santander desea contratar el mejoramiento vía Troncal Magdalena Medio-Puerto Parra, municipio Puerto Parra, por el sistema de precios unitarios fijos (..).

1.2. PRESUPUESTO OFICIAL

El departamento de Santander ha establecido el valor de las obras objeto de esta licitación por la suma de \$422.987.060 con recursos que provienen del presupuesto del departamento.

(..)

1.4. PLAZO

El plazo para la ejecución de esta obra es de CINCO (5) meses contados a partir de la fecha del acta de iniciación (..).

(..)

2.5. GARANTÍAS DEL CONTRATO

El proponente favorecido deberá constituir a favor del departamento de Santander una garantía única³ (..).

(..)

3.2. PRECIOS

(..)

No se reconocerá Stand-by sobre los equipos involucrados en los análisis de precios unitarios.

(..)

3.4. ANTICIPO Y PLAN DE INVERSIÓN

El departamento de Santander podrá entregar como anticipo hasta el 50% del valor del contrato.

(..)

La iniciación de las obras y/o el cumplimiento de las obligaciones contraídas no se hallan supeditadas, en ningún caso, al giro del anticipo por parte de la entidad contratante" (fls. 299-259 cuaderno 1).

3. En el plenario reposa la propuesta presentada por la sociedad Concay S.A. La proponente estimó un AIU del 26%, con un 4% de utilidad (fls. 86-107 cuaderno 1).

4. El 21 de abril de 1997, el Director de Presupuesto del departamento de Santander expidió el Certificado de Disponibilidad Presupuestal n.º 1700, con reserva de la vigencia de 1996, Código 500610-001-011-00, para el mejoramiento de la vía Troncal Magdalena Medio Puerto, por valor de \$412 549 531, a favor de la sociedad Concay S.A. y con la observación que corresponde a fondos comunes de regalías (fl. 9 cuaderno 1).

³ Los amparos solicitados fueron: manejo e inversión del anticipo, cumplimiento y responsabilidad civil (fls.326-327 cuaderno 1).

485

5. El 25 del mismo mes y año, mediante resolución n.º 2638, la Gobernación de Santander adjudicó a la sociedad Concay S.A. el contrato por medio del cual se adelantaría el mejoramiento de la vía troncal del Magdalena Medio-Puerto Parra, por valor de \$412 549 531 (fls. 6-7 cuaderno 1).

6. El 23 de mayo de 1997, el departamento de Santander y la sociedad Concay S.A. suscribieron el contrato de obra n.º 199, con el objeto de *“ejecutar a precios unitarios, en los términos que señale este contrato las obras de mejoramiento de la vía Troncal del Magdalena Medio-Puerto Parra, obras que se determinan en el anexo 1, el cual forma parte integrante del presente contrato, de acuerdo con los diseños, planos y especificaciones suministrados por el departamento de Santander y registrado en la Secretaría de Planeación Departamental”* –cláusula primera-.

Los contratantes acordaron un plazo de ejecución de cinco (5) meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, lo cual debía acontecer, a más tardar, *“dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la aprobación de la garantía”*, so pena de declaratoria de caducidad. Así mismo, pactaron un valor de \$412 549 531, entendido que *“el valor definitivo será el que resulte de acumular los productos de la cantidad de obra ejecutada, entregada y recibida por el departamento, a los precios unitarios establecidos y pactados en la propuesta”* –cláusulas segunda y cuarta-.

En el párrafo cuarto de la cláusula cuarta, las partes estipularon la revisión de precios, en caso de desequilibrio debidamente acreditado y, en el párrafo quinto señalaron que *“para la revisión de precios se tendrán en cuenta estrictamente las condiciones de la propuesta, en especial, la determinación del AIU”*.

La forma de pago se pactó según las actas mensuales de obra, así:

*“Cláusula octava. Forma de pago. El Departamento pagará al contratista el valor del contrato según actas mensuales de avance de obra de cuyo valor se **amortizará el cincuenta por ciento (50%) correspondiente al anticipo**; Parágrafo primero. Los pagos que reciba el contratista serán las sumas provenientes de multiplicar las cantidades de obra ejecutada, por los precios unitarios que figuran en la propuesta, el cual incluye todos los costos directos e indirectos imputables a la correcta ejecución de las obras. Parágrafo segundo. Anticipo. **Constituida la fianza que lo ampara, el departamento concederá al contratista un anticipo** por el cincuenta por ciento (50%) de las órdenes de pago correspondiente a las actas de recibo de obra”* (negrillas fuera de texto).

En la cláusula décima segunda, los contratantes convinieron en las obligaciones, así:

*"Décima segunda.- Obligaciones de las partes. 1.-Obligaciones del contratista. a) Allegar dentro de los términos previstos los documentos requeridos para la cumplida iniciación del contrato; b) suscribir el acta de iniciación de la obra dentro de los términos previstos en el contrato; c) acatar las órdenes e instrucciones del interventor del contrato y de la oficina gestora; d) cumplir con el programa de trabajo e inversiones y de utilización del equipo; e) cumplir con las obligaciones de carácter laboral adquiridas con el personal a su cargo; f) emplear en el cumplimiento del contrato el personal, los elementos y suministros de la calidad y condiciones ofrecidas, g) ejecutar a precios unitarios fijos el objeto del contrato; h) atender en forma permanente la dirección de la obra. 2. Obligaciones del departamento. Además de las consagradas en el artículo 4º de la Ley 80 de 1993: a) exigir al contratista informes sobre el desarrollo del contrato; b) efectuar el control técnico y administrativo de la ejecución de la obra a través de un interventor y bajo la supervisión de la Oficina Gestora; c) **efectuar los pagos correspondientes**; d) suministrar al contratista los planos y especificaciones requeridos existentes en el proyecto viabilizado y registrado en la Secretaría de Planeación Departamental".*

Acorde con la cláusula décima tercera, los contratantes acordaron la declaratoria de caducidad, en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y en la décima cuarta pactaron cláusula penal y la imposición de multas por parte de la entidad. Así mismo, se advierten cláusulas de modificación e interpretación unilateral y liquidación del vínculo contractual, según lo establecen los artículos 60 y 61 del mismo estatuto (fls. 10-13 cuaderno 1).

La contratista constituyó la garantía única de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual y pagó las primas correspondientes (fls. 15-19 cuaderno 1).

7. El 18 de junio de 1997, las partes suscribieron el acta de inicio (fl. 22 cuaderno 1).

8. El 18 de julio siguiente, el supervisor de la entidad, el interventor y un ingeniero de la firma contratista suscribieron el acta de recibo parcial de obra n.º 01, por valor de \$57 475 861, en la que se dejó constancia que el anticipo ascendía a la suma de \$28 737 930, equivalente al 50% del anticipo, soportada en la relación de los trabajos ejecutados, recibidos y acumulados, según el anexo n.º 1. Se consignó que el valor total a cobrar sería de \$28 737 930 (fls. 23-25 cuaderno 1).

9. El 19 de agosto de 1997, el supervisor de la entidad, el interventor y un ingeniero de la firma contratista suscribieron el acta de recibo parcial de obra n.º 02, por valor de \$87 744 056, en la que se dejó constancia que el anticipo ascendía a la suma de \$43 872 028, soportada en la relación de los trabajos ejecutados, recibidos y acumulados, según el anexo n.º 2. Se consignó que el valor total a cobrar sería de \$43 872 028 (fls. 26-28 cuaderno 1).

10. El 10 de septiembre del año en mención, la contratista requirió a la Tesorería del departamento de Santander el pago del anticipo conforme la cuenta de cobro presentada. Y, al tiempo, dio cuenta del inicio de los trabajos y de su ejecución en los términos convenidos (fl. 32 cuaderno 1).

11. El 18 del mismo mes y año, el supervisor de la entidad, el interventor y un ingeniero de la firma contratista suscribieron el acta de recibo parcial de obra n.º 03, por valor de \$84 647 821, en la cual se dejó constancia que el anticipo ascendía a la suma de \$42 323 911, soportada en la relación de los trabajos ejecutados, recibidos y acumulados, según el anexo n.º 3. Se consignó que el valor total a cobrar sería de \$42 323 911 (fls. 29-31 cuaderno 1).

12. El 17 de octubre de 1997, la sociedad Concay S.A. reiteró a la contratante el incumplimiento de la obligación de pago del anticipo, además de las actas de avance de obra n.º 1 de 18 de julio de 1997, n.º 2 de 19 de agosto de 1997 y n.º 03 de 19 de septiembre de 1997. Advirtió también sobre la alteración del equilibrio financiero del contrato, fundada en los cuatro (4) meses transcurridos desde la suscripción del acta de inicio, sin que se la entidad cancelara las sumas adeudadas. Por tal razón, solicitó el pago y la prórroga del plazo, en la medida en que solo restaba un mes, comoquiera que se acordó un plazo de cinco (5) meses⁴ (fls. 33-37 cuaderno 1).

13. El 14 de noviembre siguiente, la contratista insistió en las comunicaciones pasadas y puso de presente la falta de respuesta de la entidad (fl. 42 cuaderno 1).

⁴ En la actuación obran dos actas de suspensión de obra, sin firma de las partes. La contratista las devolvió por cuanto el gobernador no firmaba, tampoco se consignaron las razones de la suspensión, además de afirmar que la sociedad incumplió cuando ello contraría la realidad contractual (fls. 39 y 46-47 cuaderno 1).

14. El 25 del mismo mes y año, el Gobernador del departamento reconoció la obligación e informó a la sociedad Concay S.A. que, una vez ajustado el Plan Anual Mensualizado de Caja –PAC-, realizaría el pago –se destaca-:

“Revisados los libros de tesorería encontramos a la fecha, por cancelar a su favor las siguientes órdenes de pago:

- No. 3804 por valor de \$206.274.765,50 correspondiente al anticipo.
- No. 6378 por valor de \$28.737.930,50 correspondiente al acta de recibo de obra No. 1.
- No. 6196 por valor de \$43.872.028 correspondiente al acta de recibo de obra No. 2.
- No. 6739 por valor de \$42.3223.910 (sic) correspondiente al acta de recibo de obra No. 3, para un valor total de \$321.208.634.

Tal y como se demostró en el párrafo sexto de la cláusula octava del contrato de la referencia, los pagos a los cuales se obligó el departamento en virtud del mismo, están sujetos a las apropiaciones presupuestales sobre el código 500610-001-011-000 y al programa anual mensualizado de caja PAC, documento financiero para la ejecución del presupuesto, sujeto, a su vez, al monto máximo mensual de ingresos, los cuales se han visto disminuidos en el giro de regalías que Ecopetrol debía hacer al departamento de Santander.

En consecuencia, una vez se ajuste del egreso objeto de su solicitud al PAC estaremos efectuando los pagos de las sumas debidas, todo de conformidad con el contrato” (fls. 50-51 cuaderno 1).

15. El 10 de diciembre de 1997, la actora se dirigió a la entidad para poner de presente que la *“administración no puede alegar la carencia absoluta de presupuesto para cubrir las obligaciones dinerarias del contrato”,* en la medida en que *“nadie puede alegar su propia culpa”.* Además, sostuvo que *“el contratista es totalmente ajeno a las circunstancias por las cuales la administración no cancela oportunamente los pagos adeudados”.* Puso de presente que la deuda ascendía a la suma de \$321 208 634, en razón de la falta de pago del anticipo y las actas de recibo de obra 1, 2 y 3, más los intereses moratorios causados, el ajuste de precios de las actas, el lucro cesante y el AIU causado, para un total de \$383 411 049, a 2 de diciembre de 1997. Solicitó el pago de los valores adeudados y la liquidación del contrato (fls. 54-60 cuaderno 1).

16. El 17 del mismo mes y año, el Director de Construcción y Mejoramiento, la Supervisora, el abogado asesor de la Secretaría Jurídica, la Abogada Asesora de la Secretaría de Transporte e Infraestructura Vial del departamento y los

Representante Legal y asesor de la sociedad Concay S.A., se reunieron para plantear soluciones para el no pago del anticipo y de tres actas parciales de obra, así como la continuidad de la ejecución contractual, dado el vencimiento del plazo el 18 de noviembre anterior. Se brindaron opciones, las cuales se pondrían en conocimiento del Gobernador, quien, en últimas, tomaría la decisión. De ello da cuenta el acta de discusión n.º 1 de la fecha (fls. 62-63 cuaderno 1).

17. El 29 de diciembre de 1997, el Gobernador del Santander comunicó al representante de la sociedad Concay S.A. comunicó su decisión de "(...) optar por darle curso a la solución planteada por la Secretaría de Transporte, en el sentido que en el evento de producirse el pago del anticipo antes del 31 de diciembre de 1997, se comprometerán los contratistas a terminar el contrato previo el acuerdo de nuevos precios unitarios para la obra faltante y así tener en cuenta la variación de los costos. Para tal efecto, ustedes deberán gestionar la orden de pago No. 3804 de 5 de junio de 1997 por la suma de \$206.274.765,50, correspondiente al anticipo pactado, en las oficinas de la Tesorería General del departamento" (fl. 64 cuaderno 1).

18. El 5 de mayo de 1998, se celebró audiencia de conciliación prejudicial, que se declaró fracasada (fls. 68-74 cuaderno 1).

19. El 12 de agosto siguiente, el ingeniero residente de la obra certificó que la maquinaria utilizada dentro de la ejecución del contrato n.º 199 de 1997 "permaneció inactiva en los campamentos desde el 1º de septiembre de 1997 hasta el 18 de noviembre del mismo año, fecha en la cual se venció el contrato mencionado" (fl. 108 cuaderno 1).

20. El 25 de marzo de 1999, la sociedad Concay S.A. puso de presente al interventor del contrato el recibo del acta de liquidación; empero informó que se abstendría de firmar, comoquiera que presentó demanda ejecutiva en contra del departamento (fls. 183-184 cuaderno 1).

21. El 23 de abril del año en mención, el interventor y supervisor del contrato dieron cuenta a la Secretaría Jurídica del departamento de Santander el

porcentaje de ejecución, las sumas pagadas y la celebración de un nuevo contrato para continuar con las obras pendientes –se destaca-:

“1.- El valor total ejecutado de obra por la firma Conca y S.A. fue de \$229.867.738 correspondiente al 55.72% del valor total del contrato.

2.- El departamento de Santander hizo efectivo el pago de \$278.884.724.

3.- La firma Conca y S.A. no ha amortizado a favor del departamento de Santander la suma de \$49.016.986, correspondiente al anticipo.

4.- La firma Conca y S.A. no terminó la ejecución de los trabajos contratados argumentando el no pago del anticipo y además el trabajo ejecutado no se encuentra garantizado bajo ninguna póliza de seguros⁵.

5.- De acuerdo al pliego de condiciones capítulo 3 numeral 3.4 que reza: “la iniciación de las obras y/o el cumplimiento de las obligaciones contraídas no se hallan supeditadas, en ningún caso, al giro del anticipo por parte de la entidad contratante”.

6.- Debido a la no terminación de los trabajos por parte de Conca y S.A., el departamento de Santander se vio obligado a contratar la protección de los trabajos ejecutados por valor de \$97.966.050, conforme al contrato No. 233/98, suscrito entre el departamento y la firma COCIVILES Ltda., de no haberse hecho esta contratación, la pérdida del departamento equivaldría al valor de la obra ejecutada por la firma Conca y S.A.⁶” (fl. 186 cuaderno 1).

22. El 25 de mayo de 1999, el Tribunal Administrativo de Santander notificó al Banco del Estado el embargo y secuestro de las sumas de dinero depositadas a nombre del departamento, con ocasión de la medida cautelar proferida en el proceso ejecutivo adelantado por la sociedad Conca y S.A., en contra del ente territorial. El límite de la medida se fijó en la suma de \$225 387 486 893,75 (fls. 180 cuaderno 1).

23. En el mes de abril de 2000, la Tesorería General de la Gobernación de Santander informó a la Secretaría Jurídica el pago parcial de las cuentas de cobro presentadas por la sociedad Conca y S.A. –se destaca-:

⁵ En la actuación aparece demostrado que la contratista constituyó la garantía única de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual y pagó las primas correspondientes (fls. 15-19 cuaderno 1).

⁶ En el expediente obra copia del contrato de obra n.º 233 de 1998, suscrito entre el departamento de Santander y la sociedad Cociviles Ltda., con el mismo objeto del contrato del *sub lite*, empero con un plazo de treinta y cinco (35) días calendario (fls. 81-83 cuaderno 1).

"Ref: Demanda de la firma Concay S.A.

En respuesta a su oficio de fecha 13 de abril de 2000 me permito informarle que para el contrato 199/97 de la firma Concay S.A. se elaboraron las siguientes cuentas:

O.P.	CONCEPTO	VALOR	FECHA DE PAGO
3804/97	Anticipo del 50% del valor total	206.274.765,50	17/abr/98
6378/97	Acta de recibo parcial de obra No. 1	28.737.930,50	24/nov/98
6196/97	Acta de recibo parcial de obra No. 2	43.872.028,00	23/jun/98
6739/97	Acta de recibo parcial de obra No. 3	42.323.910,00	Pendiente de pago

Con respecto a la orden de pago No. 6739/97 es de aclarar que no ha sido cancelada por esta oficina, lo anterior debido a que la firma Concay S.A. entabló demanda contra el departamento ante el Tribunal Administrativo de Santander, por valor de \$225.387.486,75. **Dicho valor fue debitado de nuestra cuenta por el Banco del Estado el día 9 de junio de 1999**" (fls.179, 181-182 cuaderno 1).

24. El 30 de mayo de 2012, el Coordinador de Presupuesto de la Gobernación de Santander remitió al *a quo* una copia de la disponibilidad presupuestal n.º 4172, con la anotación de que, para la época, el certificado y el registro presupuestal constaba en un solo documento. Mismo en el que consta la apropiación por la suma de \$97 966 050, a favor de COCIVILES Ltda., para el mejoramiento de la vía Troncal del Magdalena Medio-Puerto Parra (fls. 222-223 cuaderno 1).

25. En la actuación reposan las copias de las órdenes de pago números 3804, por valor de \$206 274 765,50, con sello de "pagado" en el Banco Ganadero el 12 de abril de 1998; 6196 por la suma de \$43 872 028, con sello de "pagado" en el Banco Ganadero el 23 de junio de 1998; 06379 por \$28 737 930,50 con sello de "pagado" en el Banco Ganadero el 24 de noviembre de 1998 y 06739 por \$42 323 910 sin sellos (fls. 75-80 cuaderno 1). Así mismo, un proyecto de acta de liquidación del contrato, suscrita por el interventor (fls. 37-40 cuaderno 4).

26. En el plenario también obra el dictamen pericial practicado a instancias de la parte actora, con el objeto de establecer los perjuicios causados a la sociedad Concay S.A., con ocasión del incumplimiento de la entidad territorial contratante (fls. 258-289 cuaderno 1).

27. En el plenario obra el proceso ejecutivo adelantado por la sociedad Concay S.A. en contra del departamento de Santander⁷. Se observa que con la demanda fueron aportadas las copias del contrato, la disponibilidad presupuestal, las pólizas de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual; los pagos de los impuestos de timbre y publicación en la Gaceta Departamental; las actas de inicio, parciales de obra 1, 2 y 3 y de discusión; órdenes de pago, comunicaciones cruzadas entre las partes y el acta de conciliación prejudicial (fls. 1-42 cuaderno 2).

En la demanda se observa que la parte actora abogó por la orden de pago, por i) la suma de \$35 324 456, como capital del saldo del anticipo, más los intereses moratorios a la tasa equivalente al doble del interés legal civil; ii) la suma de \$28 737 930, como capital vinculado al acta de recibo parcial de obra n.º 1 de 18 de junio de 1997, más los intereses moratorios causados; iii) la suma de \$43 872 028, en razón del acta de recibo parcial de obra n.º 2 de 19 de agosto de 1997, más los intereses moratorios; iv) la suma de \$42 323 910, por el capital de que trata el acta de recibo parcial de obra n.º 3 de 18 de septiembre de 1997, más los intereses moratorios y v) el valor de la actualización, de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. (fls. 45-58 cuaderno 2).

Dentro del proceso ejecutivo se destacan las actuaciones y documentación relevante para el *sub lite*:

a. El 16 de febrero de 1999, el Tribunal Administrativo de Santander libró mandamiento de pago a favor de la sociedad Concay S.A. y en contra del ente

⁷ Mediante auto de 17 de agosto de 2012, la magistrada ponente agregó a los autos para ser valorado oportunamente, el proceso ejecutivo adelantado por el representante legal de la sociedad Concay S.A. en contra del departamento de Santander. En consecuencia, se puso en conocimiento la decisión, para efectos del artículo 289 del C.P.C.

489

territorial, por las sumas reclamadas, para un total de \$150 258 324,50, más los intereses moratorios (fls. 60-64 cuaderno 2).

b. El 21 de mayo de 1999, el *a quo* decretó el embargo y retención de las sumas de dinero que se encontraran depositadas en diversas cuentas bancarias del ente territorial, con un límite de \$255 387 486,75 (fls. 4-5 y 43-44 cuaderno 3).

c. El 18 de noviembre de 1999, la Directora General de Tesorería del departamento de Santander remitió al *a quo* copia de la orden de pago n.º 6739 por valor de \$42 323 910, con la anotación de que estaba pendiente por cancelar. Así mismo, dio cuenta de que las órdenes de pago n.º 3804, 6378 y 6196 fueron canceladas en el año de 1997 (fls. 122-125 cuaderno 2).

d. El 1º de junio de 2000, la misma oficina informó al Tribunal que la suma de \$225 387 486,75 fue debitada de la cuenta del Banco del Estado a nombre del departamento el 9 de junio de 1999. Anotó, además, que en el momento de hacer efectivo el embargo se encontraba pendiente de pago la cuenta n.º 6739 de 1997 (fl. 126 cuaderno 2).

e. El 5 de diciembre de 2002, el Tribunal Administrativo de Santander profirió sentencia. Se abstuvo de seguir adelante con la ejecución y declaró "*insubsistente la actuación por no existir título ejecutivo*". Ordenó levantar las medidas cautelares y la devolución de los anexos sin necesidad de desglose.

Lo anterior con fundamento en las siguientes consideraciones:

"Obsérvese como en la cláusula octava del contrato 199-97 no es expresa de manera clara la fecha de exigibilidad de los pagos correspondientes a cada acta mensual que registre el valor de las obras ejecutadas y en estas condiciones no es posible en el caso concreto precisar con certeza la fecha de exigibilidad del título frente al pago de la obligación.

De otra parte, para la Sala la obligación que se reclama por vía de esta acción no es clara, pues de acuerdo con los documentos que obran en el expediente, el valor de la obra ejecutada al 18 de septiembre de 1997 (fecha de suscripción del acta de recibo No. 3), es de \$229.867.738 que equivale a un 55.72% del valor del objeto del contrato, circunstancia que evidencia la falta de claridad en el monto de la obligación que efectivamente se reclama a la administración, por

encontrarse en discusión el derecho que le asiste al accionante frente a la real ejecución del contrato. En otros términos, no existe claridad respecto de las obligaciones derivadas del contrato de obra, es decir, no se ha definido a ciencia cierta quien le debe a quién y qué cantidad, pues tampoco aparece acta de liquidación en virtud de la cual se haya finiquitado la relación existente entre las partes del negocio jurídico que arroje claridad y certeza sobre el monto de las obligaciones a cargo de cada parte.

Para efectos de la existencia del título ejecutivo, la obligación a cargo del demandado debe estar perfectamente determinada y ofrecer certeza acerca del derecho que se pretende reclamar, de manera tal que no se necesita un reconocimiento previo para exigir su cumplimiento.

De todo lo anterior, la Sala encuentra que sin que existiese título ejecutivo se profirió mandamiento de pago. De esta forma, al no existir título ejecutivo, por ausencia de una obligación clara, expresa y exigible a cargo del ejecutado, el mandamiento de pago carece de sustento y el proceso ejecutivo también" (fls. 205-220 cuaderno 2 A).

f. Impugnada la decisión, el 5 de julio de 2006, esta Corporación modificó la sentencia para, en su lugar, declarar probadas las excepciones de pago y compensación. Al tiempo, declaró terminado el proceso.

En primer lugar, la Sala se adentró en el análisis del título ejecutivo derivado del contrato estatal. Se sostuvo:

"(..) no es suficiente plasmar en el contrato la obligación para una de las partes de pagar o entregar, según el caso, una suma de dinero, es necesario, además, con miras a constituir un título ejecutivo, que en el contrato se haya señalado una fecha o momento cierto en el cual pueda predicarse la exigibilidad de la obligación. Es decir la existencia de un título de recaudo ejecutivo constituido directamente por el contrato estatal depende de que en este se haya establecido la fecha o el momento cierto en el cual la obligación de pago o de entregar una suma de dinero, se hace exigible y de que la otra parte haya demostrado el cumplimiento de la obligación correlativa que da lugar a la exigibilidad de la obligación de pago o entrega de una suma de dinero. La ausencia de disposición convencional en tal sentido inhibe la posibilidad de demandar por la vía ejecutiva, antes de la terminación del contrato, el pago de las obligaciones surgidas del mismo y corresponderá a las partes acudir en primera instancia a la acción contractual, para que sea el juez en el proceso ordinario quien determine si existe la obligación de pago y la fecha desde la cual se hizo exigible, para constituir así, con la sentencia, un título ejecutivo".

Esta Sección también se pronunció sobre el derecho a la causación de intereses de mora por el pago tardío del anticipo, así:

490

"(...) los intereses de mora se deben en virtud de la ley, ante el incumplimiento del deudor de la obligación principal contraída y la entrega del anticipo en una relación contractual con el Estado, así se estén entregando dineros públicos y antes de la iniciación del contrato, no se libera de ser cumplida en la fecha convenida, ni libera a la entidad contratante incumplida a responder por la sanción prevista, en este caso, los intereses de mora.

A más de lo anterior, debe precisarse que el anticipo es parte integrante del valor o precio del contrato y de la retribución del contratista; que al tenor del artículo 90 de la Constitución Política el Estado debe indemnizar el daño antijurídico causado, esto es, aquel que no se tiene el deber legal o contractual de soportar y aún proveniente de una actividad lícita.

(..)

Tan es el anticipo una forma de pago del valor del contrato que es en la cuenta que la entidad contratante pagó por este concepto, en la que hace los descuentos que ordena la ley a todo pago que ocasione la ejecución de un contrato para con el Estado. En el presente caso, se señaló en la cláusula cuarta referente al valor del contrato que el contratista autorizaba al departamento para que por conducto de la tesorería, "efectúe del primer pago a su favor las deducciones" que con respecto a la ejecución del contrato correspondiera por disposición de la ley u ordenanzas y así procedió la entidad.

(..)

Finalmente, dentro de los principios que gobiernan el régimen de las obligaciones y los contratos, no parece razonable ni jurídico sostener que la entidad estatal obligada por su propia decisión al cumplimiento de un anticipo, pueda sustraerse a su compromiso sin ninguna consecuencia económica y, que el contratista, deba soportar el incumplimiento o sujetarse a la demostración de un daño diferente al perjuicio recibido por la mora. Esta posición fomenta el incumplimiento y lo deja impune".

Además, se consideró, contrario a lo resuelto por el a quo, que las actas parciales de obra 1, 2 y 3 y la cláusula octava del contrato daban cuenta de obligaciones claras, expresas y exigibles, provenientes de la entidad demandada, deudora de la obligación.

En cuanto a la excepción de pago propuesta por la parte ejecutada, la Sala señaló:

"En relación con el cobro que se pretende por concepto de saldo del anticipo, conforme ya se precisó, el cumplimiento de esa obligación de entrega del anticipo estaba condicionado a la constitución de la garantía de cumplimiento del contrato, lo cual ocurrió el 28 de mayo de 1997, fecha en que fue expedida por la aseguradora Confianza S.A. (fl. 13 C.4), la póliza respectiva. No existe prueba en el expediente de la fecha en la cual fue entregada esa garantía a la entidad contratante.

Pero está demostrado que con certeza la contratante conoció de la constitución de la garantía de buen manejo del anticipo por lo menos el 18 de junio de 1997, fecha en la que se suscribió el acta de iniciación de obra (fl. 13 C.4), dado que, de una parte en los términos del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, la iniciación de la ejecución del contrato requiere de la aprobación de la garantía de cumplimiento del mismo, es decir, sin esa garantía no se puede suscribir el acta de iniciación de las obras y, de otra parte, la fecha de constitución de la garantía es anterior a aquella en que se suscribió el acta de iniciación de obras. Estos hechos demostrados, obran como indicadores de que la administración conoció de la existencia de la garantía por lo menos el 18 de junio de 1997.

Así las cosas y dada la falta de un documento que permita determinar con certeza la fecha en la cual el contratista comunicó a la contratante la existencia de la garantía de cumplimiento, la Sala tomará por tal la de iniciación de las obras, esto es el 18 de junio de 1997, puesto que solamente a partir de ese momento y de acuerdo con lo dicho anteriormente, se tiene certeza del conocimiento del departamento de Santander sobre la constitución de la garantía y por tanto a partir de ese momento se puede predicar la exigibilidad de la obligación relacionada con la entrega del anticipo.

El cumplimiento de esa obligación por parte de la entidad contratante fue tardío según lo demuestra la copia auténtica de la orden de pago No. 03804 de 13 de junio de 1997, por valor de \$206.274.765,50, suscrita por la Tesorera de la Gobernación del departamento de Santander, por concepto de anticipo del contrato de mejoramiento, en que consta su pago mediante cheque No. F7248044 de 17 de abril de 1998 (fl. 134 C. principal), sin que la fecha del cheque corresponda a la del pago.

En efecto, el contratista manifestó que en esa fecha no recibió ese pago sino que lo recibió el 6 de mayo de 1998, después de enterarse en la audiencia de conciliación prejudicial que las partes realizaron el día anterior, que el cheque correspondiente al valor del anticipo estaba a su disposición en la Tesorería del departamento. Este aserto es corroborado por la Sala con la copia del acta de la audiencia citada, en cuyo contenido consta que la apoderada de la entidad hizo manifestación en idéntico sentido. Lo anterior muestra que hubo una mora de 10 meses, 18 días en el pago del anticipo, toda vez que el mismo se hizo exigible el 18 de junio de 1997 y fue pagado el 6 de mayo de 1998" (negrillas y subrayas fuera de texto).

Se concluyó que la entidad incumplió el pago del anticipo en los términos convenidos, por lo que reconoció el saldo de capital adeudado en razón del mismo más los intereses moratorios causados, a la tasa del 12% anual. La operación arrojó el total de \$231 260 195,32 y se restó el valor pagado por la entidad por la suma de \$206 274 765,50, por lo que la cantidad adeudada ascendía a la suma de \$24 985 430,32.

De ahí que la Sala declarara probada parcialmente la excepción de pago.

Ahora, en cuanto a las sumas que constan en las actas parciales de obra 1 y 2, la Sala encontró probado que la entidad realizó el pago, aunque de manera tardía, lo que dio lugar al reconocimiento de intereses moratorios, así:

"En cuanto a las sumas cobradas en relación con las actas parciales de obra números 1 y 2 se demostró que el pago se efectuó por la entidad contratante así: para el acta de obra 01, a través de la orden de pago 6378, por valor de \$28.737.930,50 de 6 de octubre de 1997, pagada mediante cheque No. 9862008 del Banco Ganadero de fecha 24 de noviembre de 1998 (fl. 136 C.1); para el acta 02, a través de la orden de pago 6196 por valor de \$43.872.028 de 29 de septiembre de 1997, pagada a través del cheque No. 6387399 Banco Ganadero (fl. 160 C. ppal.), el 23 de junio de 1998, según se admitió expresamente por la actora de la demanda (hecho 2.23 fl. 50 C. ppal.).

En relación con los intereses de mora cobrados por el ejecutante sobre tales sumas, cuyo pago tardío demostró, procede la Sala al igual que lo hizo con el anticipo, a liquidar intereses de mora desde cuando se hizo exigible su pago, hasta cuando efectivamente se verificó, esto es del 6 de octubre de 1997 al 24 de noviembre de 1998, para el acta de obra No. 1 y de 29 de septiembre de 1997 al 23 de junio de 1998 para el acta de obra No. 2".

La liquidación de los intereses correspondientes a la suma debida, según el acta parcial de obra n.º 1, dio como resultado la suma de \$4 514 596 y por el acta parcial de obra n.º 2, la cantidad de \$4 292 231.

En la sentencia se anotó que los pagos efectuados por concepto de las actas 1 y 2 se imputarían primero a intereses y luego a capital, así:

*"Por el acta No. 1:
Valor: \$28 737 930,50
Más intereses: \$4 514 596
Total: \$33 252 526,50
Menos lo pagado: \$28 737 930,50
Saldo insoluto: \$4 514 596*

*Por el acta No. 2:
Valor: \$43 872 028
Más intereses: \$4 292 231
Total: \$48 164 259
Menos lo pagado: \$43 872 028
Saldo insoluto: \$4 292 231".*

Se evidenció, también, mora en el pago de la suma de \$42 323 910, según acta parcial de obra n.º 3, en la medida en que la Tesorera del departamento de Santander así lo certificó y la entidad lo admitió en la contestación de la

demanda y en los alegatos de conclusión. La exigibilidad data del 28 de octubre de 1997, fecha de la orden de pago n.º 6393.

En consecuencia, la Sala declaró parcialmente probada la excepción de pago, en la medida en que quedaron establecidos saldos insolutos del anticipo y de las actas parciales.

Por otro lado, la Sala encontró probada la excepción de compensación, en la medida en que, si bien la entidad territorial adeudaba varias sumas al contratista, este igualmente incumplió parcialmente su obligación de amortizar el anticipo, por lo que se compensaron las acreencias. Adelantada la liquidación se evidenció que la deuda del departamento de Santander resultaba inferior a la de la sociedad Conca y S.A., por lo que se declaró la prosperidad de la excepción, así:

"(..) las actas de obra parcial números 1, 2 y 3 y sus respectivas órdenes de pago dan cuenta de que el valor de la obra ejecutada corresponde a la suma de \$229.867.738, mientras que las sumas descontadas de esas actas para amortizar el anticipo representan un valor de \$114.933.868,50 de donde resulta un saldo por amortizar de \$91.340.896, dado que por tal concepto se pagó \$206.274.765,50".

La compensación quedó como sigue:

"Liquidación de la compensación

<i>Suma a compensar:</i>	<i>\$91.340.896</i>
<i>Menos:</i>	
<i>a) imputación saldo insoluto del anticipo, suma calculada con intereses hasta el 24/11/98</i>	<i>\$26.538.929,32</i>
<i>b) imputación a saldo insoluto del acta de obra 1 suma calculada a 24/11/98</i>	<i>\$4.514.596</i>
<i>c) imputación a saldo insoluto del acta de obra 2, suma calculada con intereses hasta el 24/11/98</i>	<i>\$4.784.533</i>
<i>d) imputación al valor del acta de obra 3, suma calculada con intereses hasta 24/11/98</i>	<i>\$48.654,138".</i>

492

De acuerdo con lo anterior, la Sala encontró que el departamento de Santander le pagó a la sociedad Concay S.A. una suma mayor a la debida, de donde, además de que la excepción de compensación prosperó, se determinó el saldo a favor de la entidad (fls. 247-298 cuaderno 2 A). Resolvió la Sala:

"Modifícase la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el 5 de diciembre de 2002, la cual quedará así:

Primero.- Decláranse probadas las excepciones de pago y compensación, en la forma indicada en la parte motiva.

Segundo.- Declárase terminado el presente proceso.

Tercero.- En firme esta decisión devuélvase el expediente al Tribunal de origen"
(fls. 247-298 cuaderno 2 A).

2.2. Cuestión previa. Oportunidad de la acción contractual

Acorde con la jurisprudencia unificada de la Sala⁸, que atiende los postulados del artículo 357 del C.P.C., la Sala se limitará a considerar la sentencia impugnada desde la perspectiva de la sustentación.

El numeral 10 del artículo 136 del C.C.A. regula lo concerniente a la caducidad de las acciones. En cuanto a la acción de controversias contractuales dispone:

"10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

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

a).- En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

b).- En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa".

La presentación oportuna constituye uno de los presupuestos procesales para el ejercicio de la acción, en tanto el término de caducidad permite racionalizar su ejercicio y limita el acceso a la justicia, para darle estabilidad a las relaciones jurídicas. La caducidad no se suspende ni interrumpe por ningún motivo, su

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala plena de la Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, expediente n.º 21060. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

causación es objetiva sin consideración a las partes. Es así como la doctrina y la jurisprudencia la han considerado como un fenómeno jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho para acceder a la jurisdicción, con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable y la posibilidad de ser declarada de oficio, por parte del juez, cuando verifique su ocurrencia.

Comoquiera que el asunto que ocupa la atención de la Sala tiene que ver con una acción contractual, ejercida en vigencia del numeral 10 del artículo 136 del Decreto 01 de 1984 con la modificación introducida por la Ley 446 de 1998⁹ y dado que el contrato de que se trata es de ejecución sucesiva, significa que se encontraba sometido a la etapa de liquidación, conforme lo prevé el artículo 60 de la Ley 80 de 1993¹⁰.

⁹ Código Contencioso Administrativo. Artículo 136 numeral 10. En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;

c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;

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;

e) <Literal condicionalmente EXEQUIBLE> La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Min O. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento".

¹⁰ "Artículo 60º.- De Su Ocurrencia y Contenido. Los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

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

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato".

A lo anterior se suma que no resulta aplicable el artículo 55 de la Ley 80 de 1993, en cuanto al término de prescripción de la acción civil derivada de las actuaciones y omisiones antijurídicas a que se refieren los artículos 50, 51, 52 y 53 ibídem es de veinte (20) años, contados a partir de su ocurrencia, en cuanto la Ley 446 de 1998 reguló, entre otros aspectos, lo atinente a la caducidad de la acción en materia contractual¹¹.

Sobre lo que el particular, la Sala ha sostenido:

*“Como es bien sabido, el término de caducidad consagrado en las disposiciones legales para el caso de la acción de controversias contractuales ha variado de manera significativa durante los últimos años, de conformidad con la reseña que se sintetiza a continuación: El texto original del artículo 136 del Decreto-ley 01 de 1.984, contenido del Código Contencioso Administrativo -C.C.A.-, estableció que las acciones relativas a contratos “... caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella”. Posteriormente, el artículo 23 del Decreto-ley 2.304 de 1.989 modificó el aludido artículo 136 del C.C.A., para efectos de señalar que esas mismas acciones contractuales “... caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hechos o de derecho que le sirvan de fundamento”. En 1993, haciendo referencia expresa a la responsabilidad de las entidades estatales prevista en el artículo 50 de la Ley 80 -norma que dice relación con “... las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y causen perjuicios a sus contratistas...”, en su artículo 55 determinó que “La acción civil derivada” precisamente de esas actuaciones u omisiones “... prescribirá en el término de veinte (20) años, contados a partir de la ocurrencia de los mismos.” Si bien el texto de la norma menciona la prescripción de las acciones, esta Corporación entendió que la misma regulaba, en rigor, el término de caducidad para los eventos de conductas contractuales antijurídicas, mientras que asuntos diferentes como la impugnación de actos contractuales o el cuestionamiento de conductas no imputables a las partes seguiría rigiéndose por el término de caducidad contemplado en el Decreto-ley 2.304 de 1.989. **La Ley 446 expedida en 1.998, regulación actualmente vigente, modificó la normatividad anterior para efectos de concretar, en el artículo 136 del C.C.A., la regla general de que en las acciones “... relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”.** A lo anterior se agrega que esa misma norma legal incluyó algunas variaciones en cuanto a la caducidad de la acción contractual, dependiendo de algunas hipótesis fácticas relacionadas con la clase, modalidad o características de algunos contratos, así: “a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato; “b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes,*

“Artículo 61º.- De la Liquidación Unilateral. Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdos sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición”.

¹¹ Sentencia de 9 de octubre de 2014, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, exp. 30974.

contados desde la terminación del contrato por cualquier causa; "c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta; "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; "e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento. ...". "f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento"¹² (Se resalta).

Ahora, en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 C.C.A¹³ se consideran dos supuestos para efectos de determinar la caducidad, de una parte respecto de los contratos de ejecución sucesiva y, de otra, de aquellos que se realiza en la convención.

Ahora, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 permite convenir el término para liquidar de común acuerdo, pero no dejar de hacerlo. Sin que el convenio pueda afectar el término de caducidad.

Siendo así, dado que el contrato cuyo estudio ocupa a la Sala es de aquellos cuya ejecución se prolonga en el tiempo, es menester determinar el nivel de ejecución de las prestaciones, esto es, el resultado de la liquidación y su oportunidad, a saber, si se liquidó bilateral o unilateralmente o si esta se encuentra pendiente.

En el presente caso se tiene que el 23 de mayo de 1997 las partes suscribieron el contrato de obra n.º 199, con un plazo de cinco (5) meses, contados a partir del acta de iniciación, esto es el 18 de junio de 1997, por lo que el término convenido venció el 19 de noviembre siguiente. De ahí que, vencido los cuatro meses para liquidar bilateralmente y los dos para proceder de forma unilateral -

¹² Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente: 15239].

¹³ Modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

494

20 de mayo de 1998-, los dos años para accionar se cumplían el 21 de mayo de 2000. El 5 de mayo de 1998, se celebró audiencia de conciliación prejudicial. Por tanto, la demanda presentada el 23 de julio de 1999 lo fue en tiempo.

2.3. Régimen jurídico aplicable

Ocupa la atención de la Sala el desarrollo y terminación del contrato de obra n.º 199, suscrito el 23 de mayo de 1997, entre el departamento de Santander y la sociedad Conca y S.A., con el objeto de *"ejecutar a precios unitarios, en los términos que señale este contrato las obras de mejoramiento de la vía Troncal del Magdalena Medio-Puerto Parra, obras que se determinan en el anexo 1, el cual forma parte integrante del presente contrato, de acuerdo con los diseños, planos y especificaciones suministrados por el departamento de Santander y registrado en la Secretaría de Planeación Departamental"* -cláusula primera-.

En lo atinente al régimen jurídico, siendo la contratante una entidad territorial del orden departamental y atendiendo a la fecha de celebración del contrato, esto es 23 de mayo de 1997, debe concluirse que las partes sujetaron su voluntad a las previsiones de la Ley 80 de 1993 y, en lo no regulado a las disposiciones relativas a la naturaleza de las prestaciones, conservando siempre la naturaleza estatal de las mismas. Es de anotar, además, la remisión a las disposiciones comerciales y civiles en la materia.

2.4. Resolución de excepciones

En cuanto a las excepciones de *"contrato no cumplido"* e *"inexistencia de la obligación"*, propuestas por el departamento de Santander, la Sala no realizará un pronunciamiento previo, en la medida en que hace parte del análisis de fondo del presente asunto.

Ahora, en lo atinente a la excepción de pleito pendiente, conoce la Sala su carácter de previa, a la luz del Código de Procedimiento Civil, comoquiera que, de encontrarse probada no procede pronunciamiento de fondo. Siendo así y dado que la configuración de la excepción de pleito pendiente supone la

presencia, en forma concurrente, de otro proceso judicial en curso, con identidad en cuanto al *petitum*, partes y *causa petendi*¹⁴. Así entonces, en el caso *sub exámine*, la Sala encuentra que se tramitan dos procesos, un ordinario y otro

¹⁴ En relación con dichos requisitos, esta Corporación ha señalado:

"a. **QUE EXISTA OTRO PROCESO EN CURSO:** Es necesario este supuesto para la configuración de la excepción de pleito pendiente porque en caso de que el otro no esté en curso sino terminado y se presentaran los demás supuestos, no se configuraría dicha excepción sino la de cosa juzgada. Nótese la similitud entre ambas figuras, pues para que exista cosa juzgada es necesario también que se presenten simultáneamente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 332 del C. P. C., los siguientes requisitos: que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto; que se funde en la misma causa que el anterior y que haya identidad jurídica de partes. Sin embargo, esas dos clases de excepciones tienen características propias que las diferencian: si bien ambas pueden proponerse como previas (num. 8 e inc. final art. 97 C. P. C.), los efectos de la excepción de cosa juzgada es impedir la decisión de un nuevo proceso que tenga por objeto un mismo asunto que ya fue debatido y que es objeto de cosa juzgada, mientras que la excepción de pleito pendiente es de naturaleza preventiva, pues busca evitar que se configure contradictoriamente la cosa juzgada. En ese sentido el pleito pendiente se presenta cuando existen dos o más procesos cuya decisión definitiva produzca cosa juzgada frente al otro o los otros.

"b. **QUE LAS PRETENSIONES SEAN IDÉNTICAS:** Las pretensiones de los dos procesos frente a los cuales se pretenda formular la excepción de pleito pendiente deben ser las mismas para que la decisión de una de las pretensiones produzca la cosa juzgada en el otro, porque en caso contrario, es decir en el evento en que las pretensiones no sean las mismas, los efectos de la decisión de uno de esos procesos serían diferentes pues no habría cosa juzgada y por lo tanto no habría lugar a detener el trámite de uno de los procesos. Es importante tener en cuenta la naturaleza jurídica de la pretensión porque es ella la que determina la clase de proceso que se adelanta; al respecto la doctrina¹⁴ explica este requisito desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de la pretensión: "La pretensión comprende el objeto de litigio (la cosa o el bien y el derecho que se reclama o persigue) la causa jurídica que sirve de fundamento a esta petición. Si cambian aquéllos o ésta, la pretensión varía necesariamente, lo que es fundamental para la determinación del contenido de la cosa juzgada, de la sentencia congruente y de la litis pendiente. De este modo, en un sentido procesal riguroso, el objeto litigioso no se confunde con la pretensión, sino que es el objeto de ésta, y es un error identificar los dos términos, porque sobre un mismo objeto litigioso pueden existir pretensiones diversas o análogas, pero con distinto fundamento o causa, y esto las diferencia claramente (por ejemplo, se puede pretender el dominio de una cosa por haberla comprado, o prescrito o heredado, etc., o su sola tenencia)". (...)

"c. **QUE LAS PARTES SEAN LAS MISMAS:** Es evidente que para la prosperidad de la excepción de pleito pendiente debe existir identidad en las partes tanto en uno como en otro proceso, porque de lo contrario las partes entre sí no tendrían pendiente pleito y además tampoco se configuraría la cosa juzgada toda vez que la decisión en un proceso conformado por partes diferentes respecto de otro proceso, no incidiría frente a la del último.

"d. **QUE LOS PROCESOS ESTÉN FUNDAMENTADOS EN LOS MISMOS HECHOS:** Si este requisito se estructura en la identidad de *causa petendi*; al respecto la doctrina¹⁴ lo explica así: "[d]e tales elementos conviene en este caso concreto tener presente el concepto de la *causa petendi* fundamento de la pretensión, de la cual dice algún procesalista que está constituida por 'los acaecimientos de la vida en que se apoya, no para justificarla, sino para acotarla, esto es, para delimitar de un modo exacto el trozo concreto de la realidad a que la pretensión se refiere' de modo que ella 'no es lo que permite al juez, caso de ser cierto, pronunciarse a favor de la pretensión, sino lo que permite al juez conocer qué ámbito particular de la vida es el que la pretensión trata de asignarse' (Guasp, Derecho Procesal Civil, Madrid, 1956, pág. 423) (XCVI, 312)." (Sección Tercera, auto de septiembre 16 de 2004, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1426-02 (25057).

ejecutivo entre las mismas partes -sociedad Conca y S.A. y el departamento de Santander- y aunque el objeto litigioso guarda similitud en la medida que el litigio se originó en la ejecución del mismo contrato, las pretensiones difieren sensiblemente. En el ejecutivo se pretendió el incumplimiento de las obligaciones claras, expresas y exigibles de pago del anticipo y actas parciales de obra, en tanto el *sub lite* trata de definir prestaciones inciertas.

La parte actora en el *sub lite* pretende:

"1.1 Que se declare judicialmente la Liquidación del Contrato de Obra N° 199 de 1997, suscrito entre el Departamento de Santander y la Sociedad CONCA Y S.A., el 23 de mayo de 1997, cuyo objeto fue "El Mejoramiento de la Vía Troncal del Magdalena Medio-Puerto Parra.

1.2 Que en virtud de dicha liquidación se declare judicialmente que el Departamento de Santander incumplió el mencionado Contrato de Obra N° 199/97, por inejecución de las obligaciones contractuales a su cargo consistentes en el no pago a la Sociedad Contratista CONCA Y S.A., el anticipo ni el valor correspondiente a las Actas de Recibo Parcial de Obras Nos. 1, 2 y 3, durante el plazo o vigencia de dicho contrato.

1.3 Que como consecuencia de la precedente declaración, se declare que el Departamento de Santander ocasionó un desequilibrio económico y financiero del mencionado Contrato de Obra N° 199/97 que deberá ser resarcido y por tanto deberá la entidad estatal establecer la ecuación contractual vigente al momento de proponer.

1.4 Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Departamento de Santander a pagar a mi Mandante el valor de la indemnización de los perjuicios causados de orden material -daño emergente y lucro cesante- y del orden moral que le fueron ocasionados, los cuales estimo en una suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (\$398.000.000.00).

1.5 Que se condene al Departamento de Santander a actualizar las sumas precisadas en el numeral anterior a la fecha del correspondiente pago, para cubrir la devaluación de la moneda, con base en los intereses moratorios a la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado. Se proceda a ejecutar la sentencia que le ponga fin al proceso de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

1.6 Se condene en consideración a la equidad, en caso de variar la jurisprudencia a pagar las costas del proceso" (fls. 109-110 cuaderno 1).

En el acápite de los perjuicios, la parte actora puso de presente que los valores consignados en las actas parciales de obra no tienen la amortización del anticipo y que ejecutó obras por valor de \$229 867 738, equivalentes a más del 50% del

valor total contratado, sin obtener la contraprestación convenida. Solicitó, por tanto, reconocer el daño emergente causado por la suma de \$100 000 000, en razón de los sobrecostos financieros, los gastos de transporte y los ocasionados a raíz de la conciliación extrajudicial; así mismo, el lucro cesante causado por la imposibilidad de continuar con la ejecución, estimado en la cantidad de \$248 000 000, representado en la maquinaria y/o equipo en *stad by* y el AIU dejado de percibir. Por último, solicitó reconocer perjuicios morales por la afectación del *good will*, valorado en \$50 000 000 (fls. 121-129 cuaderno 1).

Y, las pretensiones de la sociedad Concay S.A. en el proceso ejecutivo se concretaron así:

“1.1.- Libre mandamiento ejecutivo a favor de la sociedad Concay S.A. y en contra del departamento de Santander por las siguientes cantidades de dinero:

1.1.1.- Por la suma de \$35.324.456 como capital de saldo del anticipo, desde el 23 de junio de 1998.

1.1.2.- Por los intereses moratorios a la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado de la suma anteriormente mencionada desde el día 23 de junio de 1998 hasta cuando se verifique el pago.

1.1.3. Por la suma de \$28.737.930,50, como capital vinculado al acta de recibo parcial de obra No. 1 de fecha 18 de julio de 1997, correspondiente a la ejecución parcial del contrato de obra No. 199/97.

1.1.4.- Por los intereses moratorios a la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado de la suma anteriormente mencionada desde el día 18 de julio de 1998 hasta cuando se verifique el pago.

1.1.5.- Por la suma de \$43.972.028, como capital vinculado al acta de recibo parcial de obra No. 2 de fecha 19 de agosto de 1997, correspondiente a la ejecución parcial del contrato de obra No. 199/97.

1.1.6.- Por los intereses moratorios a la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado de la suma anteriormente mencionada desde el día 19 de agosto de 1997 hasta cuando se verifique el pago.

1.1.7.- Por la suma de \$42.323.910, como capital vinculado al acta de recibo parcial de obra No. 3 de fecha 18 de septiembre de 1997, correspondiente a la ejecución parcial del contrato de obra No. 199/97.

1.1.8.- Por los intereses moratorios a la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado de la suma anteriormente mencionada desde el día 18 de septiembre de 1997 hasta cuando se verifique el pago.

1.1.9.- Sírvase conceder el ajuste del valor de las condenas que se resuelvan al momento de dictar sentencia correspondiente a cargo de la entidad demandada y ordenar determinar dicho monto tomando como base el IPC, de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A.”.

Siendo así no queda sino concluir que debe fallarse de fondo, dado que entre las partes y, en razón de las pretensiones ya relacionadas, no se conoce de otro asunto en curso. Se encuentra probado, eso sí que en el mes de julio de 2006, esta Corporación declaró probadas las excepciones de pago y compensación entre las mismas partes y en razón del mismo asunto, con efectos de cosa juzgada.

Por tanto, la excepción propuesta no tiene vocación de prosperidad.

2.5. Análisis del caso.

2.5.1. Incumplimiento en el pago del anticipo

El demandante funda sus pretensiones en que la entidad contratante incumplió la obligación de entregarle el anticipo y con ello determinó la inejecución de las obligaciones a su cargo.

Según las pruebas obrantes en el expediente, la Sala encuentra que el contratista cumplió con el trámite de legalización que estaba a su cargo, es decir con la constitución de las garantías, como condición necesaria para el pago del anticipo e inicio de las obras, pues, tal y como lo prevé el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, *“Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía (..)”*. De esta forma quedó establecido en la sentencia de 5 de julio de 2006, proferida por la Corporación en sede de ejecución.

En efecto, en el párrafo segundo de la cláusula octava del contrato, las partes convinieron en la entrega del anticipo una vez constituida la garantía de cumplimiento, lo cual ocurrió el 28 de mayo de 1997, fecha en que fue expedida por la aseguradora Confianza S.A. (fl. 13 cuaderno 4). Si bien no hay constancia de

recibido por la contratante, esta debió conocer de su existencia el 18 de junio de 1997, fecha en la que se suscribió el acta de inicio de las obras (fl. 13 cuaderno 4).

Sobre la obligación de pago del anticipo, en el numeral 3.4. de los pliegos de condiciones se estableció:

"3.4. ANTICIPO Y PLAN DE INVERSIÓN

El departamento de Santander podrá entregar como anticipo hasta el 50% del valor del contrato.

(..)

La iniciación de las obras y/o el cumplimiento de las obligaciones contraídas no se hallan supeditadas, en ningún caso, al giro del anticipo por parte de la entidad contratante" (fls. 299-259 cuaderno 1).

Y, en la cláusula octava del contrato, la forma de pago se pactó según las actas mensuales de obra, previa entrega de un anticipo que la entidad contratante se obligó a pagar, así:

*"Cláusula octava. Forma de pago. El Departamento pagará al contratista el valor del contrato según actas mensuales de avance de obra de cuyo valor se amortizará el cincuenta por ciento (50%) correspondiente al anticipo; Parágrafo primero. Los pagos que reciba el contratista serán las sumas provenientes de multiplicar las cantidades de obra ejecutada, por los precios unitarios que figuran en la propuesta, el cual incluye todos los costos directos e indirectos imputables a la correcta ejecución de las obras. Parágrafo segundo. Anticipo. **Constituida la fianza que lo ampara, el departamento concederá al contratista un anticipo por el cincuenta por ciento (50%) de las órdenes de pago correspondiente a las actas de recibo de obra"**.*

Como se observa, del contrato se deduce claramente que la entidad estaba obligada a entregar un anticipo al contratista y que éste no estaba en el deber de ejecutar el objeto del contrato hasta tanto lo recibiera. De otra manera no se habría pactado como condición para la firma del acta de iniciación de las obras.

Como las cláusulas del contrato deben interpretarse en forma sistemática, atendiendo la intención y voluntad de las partes, la Sala considera que si se

497

condicionó la ejecución del contrato a la entrega de un anticipo, mal podría afirmarse ahora que la entidad no estaba obligada en tales condiciones¹⁵.

En el proceso está acreditado que la entidad pagó, empero lo hizo tardíamente. Esto, por cuanto la póliza se constituyó el 28 de mayo de 1997 y la orden de pago n.º 03804, por valor de \$206 274 765,50, se expidió el 13 de junio siguiente. De ello da cuenta la Tesorera de la Gobernación del departamento de Santander¹⁶. No obstante, tal y como quedó demostrado en la sentencia de 5 de julio de 2006, el contratista manifestó, dentro del proceso de ejecución, que recibió el pago el 6 de mayo de 1998, "(...) después de enterarse en la audiencia de conciliación prejudicial que las partes realizaron el día anterior, que el cheque correspondiente al valor del anticipo estaba a su disposición en la Tesorería del departamento". Esto evidencia que se presentó una mora de 10 meses y 18 días, contados desde el inicio de las obras el 18 de junio de 1997, fecha en la que, como se dijo, la entidad debió conocer de la existencia de la garantía.

No obstante, cabe precisar que la Sala ha expresado en anteriores providencias que la circunstancia de que la entidad incumpla la obligación de entregar el anticipo, comporta responder por los perjuicios causados, pero no exime al contratista de la obligación de ejecutar las obras a su cargo¹⁷. Siempre que, como en el caso de autos, la entrega del anticipo no condiciona la ejecución, pues de ser así el incumplimiento libera al otro extremo de la relación, de la prestación condicionada.

En este orden, el incumplimiento de la entidad de las obligaciones a su cargo afectó la ejecución contractual, la programación de las obras y el equilibrio financiero.



¹⁵ Sentencia de 9 de octubre de 2014, exp. 31382, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁶ En la orden suscrita por la Tesorera de la Gobernación del departamento de Santander, por concepto de anticipo del contrato de mejoramiento, consta su pago mediante cheque n.º F7248044 de 17 de abril de 1998 (ff. 134 cuaderno 2), sin que la fecha del cheque corresponda a la fecha de la citada orden.

¹⁷ Al respecto, cabe consultar las sentencias proferidas el 11 de diciembre de 2003, expediente 13348 y el 29 de enero de 2004, expediente 10779, M.P. Alier E. Hernández Enríquez. Reiteración en sentencia de 28 de septiembre de 2006, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, exp. 15307.

Ahora, con el material probatorio que obra en el plenario quedó demostrado que la sociedad Conca y S.A., no obstante el incumplimiento del contratante, cumplió parcialmente con las obligaciones a su cargo. Esto, por cuanto, de conformidad con lo constatado por el interventor y supervisor del contrato el 13 de abril de 1999¹⁸ y las manifestaciones efectuadas por el demandado en la contestación y en la alzada, la contratista ejecutó el 55.72% del contrato, a pesar, como ya se vio, de no recibir la contraprestación convenida a la que estaba obligada la entidad, quien, además, dio lugar a que no pudiera continuar en los términos pactados, por lo que está obligada a asumir los perjuicios causados.

Si bien el departamento de Santander pagó el anticipo, lo hizo con mora, de ahí que proceda reconocer los intereses moratorios, tal y como se efectuó por el Tribunal *a quo*, en atención a los reconocimientos realizados en la sentencia de 5 de julio de 2006, proferida por la Sección Tercera de la Corporación, dentro del proceso ejecutivo adelantado por la sociedad Conca y S.A. en contra del departamento de Santander, aspecto que se tendrá en cuenta en el acápite de liquidación judicial, compensación y actualización –párrafo 2.5.4.-.

2.5.2. La obtención de partidas presupuestales es un deber de las entidades públicas contratantes. Requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato en vigencia de la Ley 80 de 1993

La entidad demandada alegó que el PAC condicionó el pago de las sumas acordadas en el contrato; no obstante, en la actuación reposa la apropiación presupuestal que soportaba la contratación, esto es el certificado de disponibilidad y posterior registro presupuestal.

En los términos del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, *“los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”. Y, “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 previsto en la ley orgánica del presupuesto”.*

¹⁸ Fl. 186 cuaderno 1.

Suscrito el contrato, la entidad pública tiene el deber de expedir el registro de apropiación presupuestal y si no cumple con dicha obligación, mal podría invocar su propia culpa en beneficio propio. Al respecto, cabe destacar el contenido del párrafo 1º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

“Para efectos de lo establecido en el presente artículo, la autoridad administrativa directamente realizará los ajustes o modificaciones presupuestales a que haya lugar de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto”.

La Sala ha precisado que la omisión respecto del trámite del presupuesto del contrato, traduce en el incumplimiento de una obligación de la entidad pública, que le fue impuesta por la ley -art. 41 de la Ley 80 de 1993- y, en este caso, también por el contrato. De esta forma, en sentencia de 2006, la Corporación recogió la postura inicial, respecto a los requisitos de perfeccionamiento y de ejecución del contrato, al establecer que la ausencia de registro presupuestal no deviene en inexistencia de la relación contractual, sino que compromete su ejecución, circunstancia que, aunada a los perjuicios causados al contratista, configura la responsabilidad contractual del ente público infractor. Al respecto, se traen a colación algunos apartes de la decisión:

“En efecto, a diferencia de lo dispuesto en el decreto ley 222 de 1983, la ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.” En tanto que en el inciso segundo reguló, en forma independiente, las condiciones para su ejecución, así:

“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 previsto en la ley orgánica del presupuesto.”

De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se producen cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: “acuerdo sobre el objeto y la contraprestación” (elementos sustanciales) y también que “éste se eleve a escrito” (elemento formal de la esencia del contrato).

Al efecto cabe tener en lo afirmado por Marienhoff, para quien, como regla "puede afirmarse que el contrato queda 'perfeccionado' cuando se produce el acuerdo o fusión de voluntades entre las partes"¹⁹.

De conformidad con lo expuesto se tiene que, según lo previsto en la ley 80 de 1993, el contrato es perfecto cuando se han cumplido las condiciones para su existencia, esto es, al recorrer su definición, porque concurren sus elementos esenciales, sin perjuicio de que puedan existir condiciones o plazos que suspendan su ejecución.

El Consejo de Estado en varias providencias,²⁰ al evaluar los cambios introducidos por la ley 80 de 1993 respecto de la existencia y ejecución del contrato estatal, afirmó que este nace a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal.

Sin embargo, la anterior posición fue modificada por la Sala en providencias proferidas a partir del auto del 27 de enero de 2000²¹, en el que se afirmó que el registro presupuestal es un requisito de "perfeccionamiento" del contrato estatal, de conformidad con la reforma introducida a la ley 80 por el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996, que prevé en lo pertinente:

"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 del CONFIS o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

(...)

Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones."

En la providencia del 27 de enero de 2000 la Sala afirmó:

[¹⁹] Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III A, tercera edición actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1992, pág.143.

[²⁰] Al efecto, pueden consultarse lo manifestado en sentencias proferidas el 6 de abril de 2000, expediente 12775 y en sentencia proferida el 3 de febrero de 2000 expediente 10399, ambas con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque.

[²¹] Expediente 14935, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

"Si bien, la norma antes transcrita hace alusión al perfeccionamiento de 'actos administrativos', la misma ha de entenderse hecha en sentido genérico y no reducida a los actos administrativos unilaterales; por lo tanto, en ella deben incluirse tanto los unilaterales como los bilaterales, ya que dicha disposición no hace distinción alguna, interpretación que ve coadyuvada por lo dispuesto en el artículo 2º del decreto ley 111 de 1996 de la misma ley 179 de 1994, que establece:

'Esta Ley Orgánica del Presupuesto, su reglamento, las disposiciones legales que ésta expresamente autorice, además de lo señalado en la Constitución, serán las únicas que podrán regular la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución del presupuesto, así como la capacidad de contratación y la definición del gasto público social. En consecuencia, todos los aspectos atinentes a estas áreas en otras legislaciones quedan derogados y los que se dicten no tendrán ningún efecto'" (resalta la Sala).

En consecuencia, a términos de las normas antes transcritas, se deduce, que el perfeccionamiento de los contratos estatales se produce con el registro presupuestal de los mismos, luego de que las partes hayan expresado, por escrito, su consentimiento acerca del objeto y las respectivas contraprestaciones."

En esta oportunidad la Sala reitera la posición asumida antes del precitado auto y advierte que la condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su "perfeccionamiento", es un requisito necesario para su ejecución.

A diferencia de lo afirmado en las precitadas providencias, la Sala considera que el Estatuto Orgánico de Presupuesto no modificó la ley 80 de 1993 en cuanto a los requisitos de existencia del contrato estatal, por las siguientes razones:

a. Cuando el Estatuto Orgánico de Presupuesto alude a los actos administrativos no se refiere al contrato estatal.

El contrato estatal no es una especie de acto administrativo, pues aunque los dos sean actos jurídicos, el primero es esencialmente bilateral en tanto que el segundo es eminentemente unilateral. Lo que permite afirmar, como acertadamente lo hace Gordillo, que: "El contrato es una construcción demasiado específica como para subsumirla fácil y totalmente dentro de la categoría genérica de los actos jurídicos administrativos."²²

b. La Ley 80 de 1993 no es contraria al Estatuto Orgánico de Presupuesto, sus disposiciones son concordantes con los principios de dicha ley.

La Sala encuentra que la ley 80 de 1993, más que contrariar las normas del Estatuto Orgánico de Presupuesto, las desarrolla, porque: i) condiciona la apertura de los procedimientos de selección del contratista a la realización de estudios que analicen, entre otros aspectos, su adecuación a los planes de inversión, de adquisición, de compras y presupuesto (art. 30) y porque ii) exige el

[²²] Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, El acto administrativo; 1ª edición colombiana; Fundación de Derecho Administrativo; Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1999, p. 31.

registro presupuestal para la ejecución del contrato (inciso 2, art. 41), en consideración a que las entidades públicas no pueden gastar lo que no tienen.

Así, el registro presupuestal, que consiste en la certificación de apropiación de presupuesto con destino al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del contrato; es un instrumento a través del cual se busca prevenir erogaciones que superen el monto autorizado en el correspondiente presupuesto, con el objeto de evitar que los recursos destinados a la financiación de un determinado compromiso se desvíen a otro fin²³.

De conformidad con lo anterior, la Sala concluyó y ahora se reitera que i) la existencia del contrato no difiere de la perfección, esto es cumplidos los elementos esenciales que dan lugar al contrato no queda sino aceptar la relación jurídico contractual; ii) por virtud de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 el contrato estatal existe, esto es, “se perfecciona” cuando “se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”; iii) es ejecutable cuando se cumplen las condiciones previstas en el inciso segundo del artículo 41 de la ley, interpretado en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, Decreto Ley 111 de 1996 y iv) el requisito relativo al registro presupuestal no es una condición de existencia del contrato estatal, es un requisito de ejecución.

El PAC es un instrumento mediante el cual se define el monto máximo mensual de fondos disponibles en la Cuenta Única Nacional para los órganos financiados con recursos de la Nación y para pagos de los establecimientos públicos del orden nacional, en lo que se refiere a sus propios ingresos -art. 73 inciso 1º Decreto 111 de 1996 y art. 1º Decreto 0630 de 1996-.

En el caso *sub exámine*, la inejecución del contrato y el no pago de las sumas convenidas es imputable a la entidad pública contratante, porque, no obstante contar con la apropiación presupuestal, no pagó lo acordado. De ahí que no se entienda cómo la entidad se excusa en el PAC y en la falta de ingresos provenientes de terceros, como Ecopetrol, para negar los reconocimientos a los que estaba obligado en virtud del contrato, cuando está probada la existencia del

²³ Sentencia de 28 de septiembre de 2006, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, exp. 15307. Posición reiterada en sentencia de 9 de octubre de 2014, exp. 31382, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

certificado de disponibilidad y registro presupuestal que garantizaba el proceso de selección y la futura contratación.

Por lo anterior, la Sala encuentra configurado el incumplimiento contractual del departamento de Santander.

2.5.3. Perjuicios

En el plenario obra el dictamen pericial practicado a instancias de la parte actora, con el objeto de establecer los perjuicios causados a la sociedad Conca y S.A., con ocasión del incumplimiento de la entidad territorial contratante (fs. 258-289 cuaderno 1).

El perito contador estimó i) el valor del anticipo en el 50% del valor, según lo convenido en el contrato, esto es la suma de \$206 274 765, la cual debió cancelarse dentro de los 15 días siguientes a la constitución de la garantía, es decir el 19 de junio de 1997 y se pagó el 17 de abril de 1998; ii) el total de la obra entregada por la contratista, de conformidad con las actas parciales 1, 2 y 3, para un total de \$229 867 738; iii) el daño emergente en razón de los gastos de transporte y desplazamiento a las reuniones programadas por la entidad y los relativos al trámite conciliatorio, soportados en las facturas expedidas por la empresa de transporte Viajes y Turismo Ltda., los cuales ascendieron a \$731 800; iv) el lucro cesante, en atención al 26% del AIU de la obra no ejecutada, para un total de \$47 497 266 y v) el valor de la maquinaria y equipo cesante con ocasión de la suspensión de los trabajos entre el 1° de septiembre y el 18 de noviembre de 1997, para un valor de \$190 311 787.

El resumen de la indemnización arrojó el siguiente resultado:

	Valor actualizado	Valor con el interés técnico
Por daño emergente	\$6.849.537	\$8.584.796,23
Por lucro cesante	\$446.868.861	\$719.599.000,88
Gran total	\$453.718.398	\$728.183.797,11

El dictamen estuvo soportado en el anexo de precios unitarios, relación de ítems y cantidades de obra; actas de inicio y de recibo parcial 1, 2 y 3; facturas expedidas por la empresa de Transporte Viajes y Turismo; las órdenes de pago canceladas por la entidad y la relación de maquinaria y equipos (fls. 268-287 cuaderno 1).

El departamento de Santander objetó por error grave el dictamen. Sostuvo que el perito se limitó a actualizar los valores correspondientes al anticipo y a las actas de avance de obras, desconociendo lo previsto en el párrafo sexto de la cláusula octava del contrato que dispuso: *"Los pagos a los cuales se obliga el departamento estarán sujetas a las apropiaciones presupuestales respectivas, según certificación anexa y al programa anual mensualizado de caja PAC"*. Señaló, además, que dichos rubros *"decrecieron en razón a la disminución del giro de regalías por parte de Ecopetrol al departamento"*. Adujo que el cálculo del lucro cesante partió de una base errónea, en la medida en que el valor total del contrato corresponde a la sumatoria del costo directo y el AIU. De no hacerlo así, la operación matemática no consulta la realidad. Alegó que no toda la maquinaria relacionada en el dictamen permaneció en el lugar de la obra. Afirmó que en el contrato no se condicionó el inicio de los trabajos al pago del anticipo. Por último, señaló que se incurrió en anatocismo, en la medida en que no procedía calcular intereses sobre las sumas actualizadas (fls. 292-296 cuaderno 1).

En los términos del artículo 264 del C.P.C., la prueba pericial procede en aquéllos casos en que se necesiten especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, para verificar ciertos hechos que interesan al proceso. No basta con responder a los interrogantes planteados por las partes o el juez, sino hacerlo con suficiencia, infundiendo certeza sobre los hechos objeto de la experticia, para lo cual deben soportar sus conclusiones en pruebas que demuestren sus afirmaciones.

Sobre el particular se debe tener en cuenta que el juez, a la luz de la sana crítica y las reglas de la experiencia, debe valorar el dictamen pericial con el fin de acogerlo total o parcialmente o desechar sus resultados, siempre que no sea

501

claro, preciso y detallado²⁴ y no reúna las condiciones para adquirir eficacia probatoria, como son la conducencia en relación con el hecho por probar; que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; que no se haya probado una objeción por error grave; que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; que haya surtido contradicción; que no exista retracto del mismo por parte del perito, en síntesis, que otras pruebas no lo desvirtúen²⁵.

Como se observa, la experticia fue rendida por perito idóneo, quien rindió su concepto sin desbordar el objeto de la prueba y basado en el conocimiento de la documentación que reposa en el expediente, necesaria para establecer la causación de los perjuicios, como lo ordena el artículo 241 del C.P.C.

De conformidad con el numeral 5 del artículo 238 del C. de P.C., cualquiera de las partes de un proceso judicial puede hacer manifiesto su desacuerdo con el trabajo del experto y señalar los motivos por los cuales considera que el dictamen se equivocó de manera grave, según los dictados del numeral 4 del mismo artículo.

Se precisa que para que se configure el "error grave" en el dictamen pericial se requiere de una equivocación que pueda llevar tal calificativo, por parte de los peritos; una falla o dislate con entidad suficiente para llegar a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4º y 5º del artículo 238 del C. de P. C.²⁶ Así lo han sostenido tanto la doctrina²⁷ como la jurisprudencia.

²⁴ El numeral 6 del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil señala: "El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones".

²⁵ Artículo 241 del Código de Procedimiento Civil establece: "Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.

Sí se hubiere practicado un segundo dictamen, éste no sustituirá al primero pero se estimará conjuntamente con él, excepto cuando prospere objeción por error grave".

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de marzo 5 de 2008, exp. 16 850, C.P. Enrique Gil Botero.

²⁷ "[E]l Dr. Antonio Rocha, sobre el particular señala:

“¿Qué se entiende por error grave de un dictamen pericial? La noción del error, así sea grave o intrascendente ante su verificación en la realidad, nos lleva automáticamente a la noción de verdad. Y la verdad, según la concepción común, es el acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consiste ese acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consista ese acuerdo discrepan las escuelas filosóficas; para los relativistas, por ejemplo, que hacen de la verdad el acuerdo del juicio con las impresiones subjetivas, es verdad que el tablero es negro cuando tengo la sensación de un tablero negro, en tanto que para la filosofía clásica (realismo crítico) no se trata de una correspondencia entre el juicio y las cosas, pues tanto la verdad como el error están en el juicio y no habría error en representarnos un tablero negro sino que este realmente lo sea, como no habría error en representarnos mentalmente un túnel bajo Bogotá sino en afirmar que el túnel existe. Similares consideraciones sobre la verdad y el error pueden hacerse respecto de la concepción modernos de los pragmatistas y de los sociólogos. Para aquellos es verdad lo que ha sido verificado, lo que resiste el control de la experiencia, de donde deducen que la verdad no es conocida sino por la verificación ya experimental, ya racional, mediante el juicio analítico, pero que la verdad no se confunde con la verificación, porque las cosas ya eran verdad antes de verificarlas, como el Salto de Tequendama, que existe aunque no haya ojos que lo vean (véase "Precis de Philosophie", por Paul Foulqui, profesor de la Escuela de Caousou, Toulouse, Tomo II, lógica, Moral, Metafísica, edición de 1936, editor, de quien hemos hecho esta síntesis).....pero precisamente esa verificación de los peritos es la que se tacha de error, y de error grave, con lo cual vuelve a quedar sin solución el interrogante. En efecto, ¿Cuál sería ese error, en qué consiste, cómo se comprueba?..... Grave es lo que pesa, grande, de mucha entidad o importancia; y grave es en procedimiento judicial lo que afecta seriamente el interés legítimo de las partes en la demostración de un hecho. La noción, es sin embargo, un poco relativa y estar, en últimas sujeta a la prudencia del juez, como lo está la misma valoración del dictamen pericial..... **Error grave es no verificar con diligencia la calidad o aptitud de un terrero para la agricultura, o para la ganadería, o para la irrigación, o para soportar el peso de un edificio; error grave es no verificar la resistencia de materiales por parte del arquitecto; o la herida que pudo ser mortal, o la incapacidad resultante; y lo será también equivocarse no tan solo sobre la materia de que está hecha una cosa (antigua noción de sustancia para determinar el error que invalida las obligaciones) sino sobre las propiedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica y las distingue, o sobre calidades adjetivas, pero que determinan el consentimiento; no es lo mismo el original que la copia de un cuadro de Goya, o de Borrero.**

“Desde luego, el error debe demostrarse y la calidad de grave apreciarse. (U. Nacional de Colombia 3a. Edición 1951, pags. 230 y ss).” (Citado por: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia de mayo 30 de 1991, Radicado 3577, C. P. Julio Cesar Uribe Acosta) - (negrillas por fuera del original)

El tratadista Jaime Azula Camacho al conceptuar que respecto del error grave de una experticia sostuvo que “el hecho de tomar como objeto de observación estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den o falsas las conclusiones que de ellos se deriven” (AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Tomo VI 'Pruebas Judiciales'. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá, 2003. Pág. 286).

Gustavo Humberto Rodríguez afirmó que “El error grave no es la documentación deficiente, sino que resulta de conceptos objetivamente equivocados, en forma grave. Debe tratarse de errores de hecho, no de derecho. La jurisprudencia ha dicho que el error de hecho consiste en creer probado un hecho no demostrado, o al contrario; y que lo que lo hace grave es ir contra la naturaleza de las cosas o la esencia de sus atribuciones” (RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Derecho probatorio colombiano. Compendio. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 1983).

Para Rosember Emilio Rivadeneira: “El dictamen será objetado por error grave cuando la equivocación en la que haya incurrido el perito sea de tal magnitud que contrarie la objetividad de los hechos o la naturaleza de las cosas, de manera tal que si en él no se hubiere incurrido otro fuera el sentido de las conclusiones.” (RIVADENEIRA BERMÚDEZ, Rosember Emilio. Manual de derecho probatorio administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez. 2008).

La doctrina define el error grave como "una falla de entidad en el trabajo de los expertos"²⁸, de ahí que no cualquier equivocación admita tal connotación.

Ahora, la prosperidad de la objeción supone que el objetante acredite las circunstancias que, su juicio, originan el error; para ello puede solicitar las pruebas que estime pertinentes o, si lo considera suficiente, esgrimir los argumentos que fundamentan su objeción.²⁹

Respecto del significado del error grave, la Corte Constitucional ha sostenido:

*"Como es sabido, el error se opone a la verdad y consiste en la falta de adecuación o correspondencia entre la representación mental o concepto de un objeto y la realidad de éste. Por ello, si en la práctica del dictamen anticipado se formula objeción, el juez respectivo tendrá que determinar si existe o no el error señalado y si acepta o no la objeción, o sea, deberá establecer si el dictamen tiene o no valor de convicción"*³⁰.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

*"[S]i se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo **tiene bases equivocadas** de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos...pues lo que caracteriza desacierto de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje...**es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...**, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada (...)"* (negrillas fuera del texto)³¹.

La Sección Tercera, por su parte, ha sostenido que la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación y no a la conclusión de los expertos:

²⁸ LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, Procedimiento Civil Pruebas, Tomo III, Dupré Editores, Bogotá 2001, Pág. 235.

²⁹ Ibidem, pág. 236

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de octubre 8 de 2002. M. P. Jaime Araujo Rentería.

³¹ "Corte Suprema de Justicia, auto de septiembre 8 de 1993, exp. 3446, acogido, por ejemplo, por la Corte Constitucional en sentencia C-807 de 2002 (Citado por Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de mayo 17 de 2007, Radicado 05001-23-31-000-2000-03341-01 (AG), C.P. Ruth Stella Correa Palacio).

"En punto a lo que debe entenderse como error grave, no hay discusión en la jurisprudencia que éste es el que se opone a la verdad, por la falta de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito, pero constituirá error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos pero no de éste. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos"³².

La Sección Primera también se ha pronunciado sobre el alcance de la objeción, en los siguientes términos:

*"En efecto, para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de **una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas**. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando **se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito**. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos.*

En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos" (negritas fuera del texto)³³.

En este orden, para la prosperidad de la objeción por error grave es preciso que el dictamen se construya sobre bases equivocadas, de una entidad tal que conduzcan a conclusiones también erradas, que recaigan, necesariamente en el objeto de la prueba. Los errores bien pueden consistir en que se haya tomado como punto de referencia y estudio uno diferente a aquél sobre el cual debió recaer la experticia o que se hayan modificado las características esenciales del objeto examinado, de una forma tal, que de no haberse presentado, los resultados hubieren sido distintos; situaciones estas que no aparecen demostradas en el *sub lite*. Como lo ha expresado la jurisprudencia, el dictamen controvierde *"la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atribuciones"*³⁴, por lo que la sola manifestación de disconformidad deviene en insuficiente.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de mayo 17 de 2007, Radicado 05001-23-31-000-2000-03341-01(AG), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de noviembre 26 de 2009, Radicación 25000-23-27-000-2004-02049-01 (AP), C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta.

³⁴ Sección Tercera, sentencia de 15 de abril de 2010, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 18014.

La Sala encuentra que en el presente asunto los argumentos que integran la objeción de la demandada no constituyen un error grave, en la medida en que el dictamen cumplió con lo dispuesto por el artículo 237 numeral 6³⁵.

Ahora, la situación es distinta cuando el juez, frente al material probatorio, no encuentra la certeza suficiente para establecer la causación del perjuicio o su cuantía, dando lugar a que se aparte parcial o totalmente de las conclusiones del perito.

Realizada la valoración del dictamen, la Sala encuentra que las conclusiones del perito no se apoyan en soportes suficientes para infundir certeza sobre la realidad de lo acontecido, frente a algunas de las reclamaciones de la parte actora.

En cuanto a la estimación del daño emergente, atinente al incumplimiento de la obligación de pago del anticipo y de las actas parciales de obra, la experticia goza de valor y credibilidad, en la medida en que se encuentra soportada en la documentación que reposa en el plenario, tales como el contrato, las actas, las constancias de pago de la tesorería departamental y las afirmaciones de las partes.

En relación con los gastos de transporte y los relacionados con el trámite de la conciliación prejudicial, la Sala considera que no procede su reconocimiento, en la medida en que hacen parte de la carga obligacional de la parte actora, frente a la ejecución contractual y a la litis que se adelantó en ejercicio de su derecho de acceso a la administración de justicia.

Ahora, en cuanto a la maquinaria y equipos en *stand by*, la Sala observa que, si bien en el expediente se encuentra la certificación del ingeniero residente de obra relacionada con la suspensión de las actividades en el lugar de las obras, se echa de menos la relación e identificación de las máquinas y equipos

³⁵ "Artículo 237. PRÁCTICA DE LA PRUEBA. En la práctica de la peritación se procederá así:
6. El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones".

vinculados con la ejecución contractual. La liquidación realizada por el perito parte de la base de la causación del perjuicio, sin contar con soportes necesarios para determinarlo. Además, de conformidad con el numeral 3.2. de los pliegos de condiciones, la entidad dejó en claro que no se reconocería "*Stand-by sobre los equipos involucrados en los análisis de precios unitarios*". De ahí que no proceda su reconocimiento.

Igual ocurre con los cálculos atinentes al AIU de la obra no ejecutada. Esto, en la medida en que se toma el valor total del contrato y de ahí se liquida el 26% del AIU, para determinar el perjuicio causado. No se tiene en cuenta el porcentaje efectivamente ejecutado por la sociedad Concay S.A. y la utilidad de que da cuenta la oferta.

Sobre el particular, la Sala considera le asiste razón a la entidad demandada, comoquiera que el cálculo del lucro cesante partió de una base errónea, pues el valor total del contrato corresponde a la sumatoria del costo directo y el AIU. De no hacerlo así, la operación matemática no consulta la realidad.

De ahí que la Sala se aparte parcialmente de las conclusiones de la experticia.

2.5.4. Liquidación judicial del *a quo* acorde con la realidad contractual. Reconocimientos en proceso ejecutivo y compensación de acreencias

En sentencia de 10 de diciembre de 2010, el Tribunal Administrativo de Santander declaró i) no probadas las excepciones propuestas; ii) de oficio y parcialmente la prosperidad de la excepción de compensación; iii) el incumplimiento del departamento de Santander en cuanto al pago del anticipo y las actas parciales de obra y iv) la responsabilidad contractual del demandado, como consecuencia de la inejecución del contrato. Así mismo, liquidó el contrato y condenó al ente territorial al pago de \$8 790 250, teniendo en cuenta el acervo probatorio, la compensación de las acreencias y los reconocimientos realizados en la sentencia de 5 de julio de 2006, proferida por la Corporación dentro del proceso ejecutivo adelantado por la parte actora.

El a quo liquidó como sigue:

Contrato n.º 199 de 1997

Objeto: Mejoramiento de la vía Troncal Magdalena Medio Puerto Parra

Contratista: Concay S.A.

Valor: \$412.549.531

Fecha de inicio: junio 18 de 1997

Plazo: Cinco (5) meses

Fecha de terminación: noviembre 18 de 1997

Valor obra ejecutada:

De conformidad con lo probado dentro del proceso se encuentra que la obra ejecutada está de acuerdo con las actas de entrega parcial de obra que fueron recibidas a satisfacción por el contratista y que pasan a relacionarse:

Acta No.	Mes	Valor	Valor acumulado
1	18 de julio de 1997	\$57.475.861	\$57.475.861
2	19 de agosto de 1997	\$87.744.056	\$145.219.917
3	18 de septiembre de 1997	\$84.647.821	\$229.867.738

Valor total obra ejecutada: \$229.867.738

Cantidad de obra ejecutada: 55.72%

Amortización del anticipo:

Valor anticipo: \$206.274.765,50

	Mes	Valor amortización	Amortización acumulada	Valor acumulado
Anticipo	6 mayo 1998			\$206.274.765,5
Acta 1	24 noviembre 1998	\$28.737.930,50 (57.475.861 x 50%)	\$28.737.930,5	\$177.536.835,5
Acta 2	23 junio 1998	\$43.872.028,00 (\$87.744.056 x 50%)	\$72.609.958,5	\$133.664.807

Acta 3	No pagada	\$42.323.910,5 (\$84.647.821 x 50%)	\$114.933.869	\$91.340.896 (saldo por amortizar)
--------	-----------	---	---------------	--

Ahora, el Tribunal tuvo en cuenta los reconocimientos realizados en la sentencia de 5 de julio de 2006, proferida por la Sección Tercera de la Corporación, dentro del proceso ejecutivo adelantado por la sociedad Concay S.A. en contra del departamento de Santander. Anotó, además, que "la deuda del departamento con la sociedad era inferior a aquella que tiene esta con aquel, por concepto de saldo no amortizado del anticipo".

Lo anterior fue ilustrado como sigue:

Total	Valor	<u>Intereses moratorios</u>	Total	Pagado al contratista	Saldo insoluto	<u>Intereses de mora sobre el saldo insoluto</u> (desde que fueron exigibles hasta el último pago, 24 de nov/98)	Imputación a saldo insoluto
Anticipo	206.274.765,5	24.985.430,5	231.260.195,32	206.274.765,5	24.985.430,5	1.553.499	26.538.929,32
Acta 1	28.737.930,50	4.514.596	33.252.526	28.737.930,50	4.514.596	-----	4.514.596
Acta 2	43.872.028,00	4.929.231	48.164.259	43.872.028,00	4.292.231	492.302	4.784.533
Acta 3	42.323.910,5 (no pagado)				42.323.910	6.330.228	48.654.138

Acreecias a favor de Concay S.A.: \$84.492.196,32

Saldo por amortizar del anticipo: \$91.340.896

Saldo a favor del contratante: \$6.848.698

Última suma actualizada para un total de \$13.833.813 a favor del departamento de Santander.

Ahora, en cuanto a los perjuicios reclamados por la parte actora, el *a quo* negó, por falta de pruebas, los relativos al sobre costo financiero, gastos de transporte y de trámite conciliatorio y, en lo atinente al lucro cesante, negó lo concerniente al *stad by* de la maquinaria y del equipo, en la medida en que no se demostró a qué implementos se referían, si en efecto estuvieron inactivos y si causaron perjuicios a la contratista.

Por otro lado, el Tribunal reconoció la utilidad dejada de percibir por la contratista, derivada de la imposibilidad de continuar con la ejecución contractual, pues la entidad no pagó lo que le correspondía. Tuvo en cuenta el 4% de utilidad de que trata la oferta, sobre el 44,28% de las obras no ejecutadas y precisó que el valor del contrato está integrado por los costos directos y el AIU, así:

Fecha de inicio: 18 de junio 1997

Fecha de terminación: 18 de noviembre de 1997

Valor total obra ejecutada: \$229.867.738

Cantidad obra ejecutada: 55.72%

Valor obra no ejecutada: 44.28%

Valor contrato: \$412.549.531

Valor AIU del contrato (26%): \$107.262.878,06

Valor costos directos: \$305.286.652,94

Valor U: 4% = $\$305.286.652,94 \times 4\% = \$12.211.466$

Valor U respecto de la obra no ejecutada (44.28%) = $\$12.211.466 \times 44.28\%$
=\$5.407.237

Suma actualizada conforme el IPC, dando como resultado \$12 708 953,75, cantidad sobre la cual se reconocieron intereses legales, para un total de \$22 624 063.

Por último, el Tribunal compensó las acreencias como sigue:

"Así las cosas, como quedó establecido a lo largo de este proveído, la sociedad Concay S.A. adeuda al departamento de Santander en virtud de la liquidación del contrato efectuada por esta Corporación, la suma de \$13.833.813 y a su vez, que el departamento de Santander ha de asumir por concepto de perjuicios causados a la sociedad Concay S.A. por el incumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo, la suma de \$22.624.063.

Por lo anterior y en atención a que el departamento de Santander y la sociedad Concay S.A. resultan ser deudores la una de la otra; que son deudas líquidas de dinero y que son exigibles, resulta procedente compensar las deudas:

Liquidación de la compensación:

Suma a compensar: 13.833.813

Menos: \$22.624.063
\$13.833.813 - \$22.624.063 = \$8.780.250

De lo anterior se concluye que si bien la deuda del departamento de Santander, con la sociedad Conca y S.A. es superior a aquella que tiene esa sociedad con ese departamento, no es lo menos que resulta compensables dichas sumas hasta el monto de lo adeudado por la sociedad Conca y, quedando un saldo a favor de esta y a cargo del departamento de Santander.

Así las cosas se impone declarar de oficio parcialmente la excepción de compensación en la forma antes indicada”.

La Sala comparte los planteamientos y cálculos realizados por el *a quo* en la sentencia objeto de impugnación, en la medida en que están acordes con el material probatorio que reposa en la actuación.

Ahora, frente a los argumentos de la apelación, cabe anotar que i) la falta de amortización del anticipo por parte del contratista fue tomada en cuenta en la sentencia de 5 de julio de 2006 y en la *atañe* a la alzada, como claramente se observa en el contenido y análisis que se adelantó respecto de cada una de las decisiones y ii) la deuda del contratista con la entidad territorial fue compensada, por lo que no procede ordenar reintegros.

La compensación se sitúa como un modo de extinguir las obligaciones al tenor de lo prescrito por el artículo 1625 del Código Civil; a su vez, el artículo 1714 *ibidem* dispone que “*Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una **compensación** que extingue ambas deudas...*”; es decir que la compensación tiene cabida cuando cada una de las personas tiene, a la vez, la doble condición de acreedora y deudora.

En sentencia de 31 de agosto de 2006³⁶, con relación a la excepción de compensación de oficio, se dijo:

*“El artículo 1715 prescribe que “la compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin consentimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores (...)” lo cual llevaría a concluir que para que se produzca la compensación legal no es necesario que las partes la aleguen puesto que la misma opera “*ipso iuri*” y aún sin conocimiento de las partes. Pero contrariamente a esta interpretación, la*

³⁶ Expediente 14287, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

doctrina ha ilustrado en el sentido de que del contenido de dicho texto "se deducen consecuencias absurdas e inequitativas, pero el legislador ha tratado de evitarlas de lo cual resultan verdaderas incongruencias", como se evidencia de lo normado por el artículo 1719 del Código Civil, en el cual se dispone que no obstante que la compensación obra por ministerio de la ley, **el deudor demandado debe alegarla** en el proceso instaurado por su acreedor, de lo contrario, el juez no podrá declararla oficiosamente y, agrega que "si en este caso la compensación obrara por ministerio de la ley y las deudas se fueran extinguiendo a medida que cada contratante reuniera la doble calidad de acreedor y deudor, tendríamos que quien no alegara la compensación haría pago de lo no debido. Y no es así (...)".

Seguidamente se concluye:

*"... en la práctica judicial la compensación debe ser alegada para que produzca sus efectos, quedando descartada la regla de que obra por ministerio de la ley y aún sin conocimiento de las partes. Entonces tendremos que interpretar la parte del artículo 1715 en el sentido normal que tuvo en sus antecedentes históricos, esto es que para alegar en juicio o extrajudicialmente la compensación no se necesita ningún requisito, ninguna formalidad.
(...)"*

En resumen: a pesar de las enfáticas palabras del art. 1715 del Código, de que la compensación obra por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de las partes, en la práctica de los negocios y en los tribunales, ya entre las partes contratantes, ya frente a terceros, para que la compensación produzca efectos debe ser alegada, propuesta.

Se precisa entonces, que para que la compensación pueda ser declarada por el juez, deberá ser alegada por el demandado, pero como ya se advirtió, la empresa demandada TELECOM, no demandó en reconvención al contratista con el fin de obtener judicialmente la devolución del anticipo no amortizado; tampoco, en la contestación de las dos demandas que le fueron formuladas propuso como medio de defensa la excepción de compensación para que se efectuara el cruce de las obligaciones dinerarias. No obstante el silencio de la entidad demandada, que no hizo una adecuada defensa de sus intereses, en virtud de lo normado por el inciso 2º del artículo 164 del C.C.A. el Juez Administrativo, sin limitación alguna, tiene competencia para declarar en la sentencia definitiva todas las excepciones que encuentre probadas dentro del proceso, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento civil".

Lo anterior, con fundamento en lo normado en el inciso 2º del artículo 164 del C.C.A. que faculta al juez administrativo, sin limitación alguna, para declarar en la sentencia definitiva todas las excepciones que se encuentren probadas, como la de compensación, en este caso³⁷.



³⁷ En igual sentido se resolvió en sentencia de 6 de diciembre de 2013, exp. 27124 y de 2 de mayo de 2016, exp. 37438, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. También se puede consultar la sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 14287, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

De ahí que la Sala habrá de confirmar la decisión; empero se modificará el monto de la condena, en razón de la actualización, así:

$$Va = Vh \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

$$Va = \$8\,790\,250 \frac{139,72 \text{ (enero 2018)}}{104,36 \text{ (octubre de 2010)}^{38}}$$

$$Va = \$11\,768\,625$$

2.5.5. Nulidad de oficio de la cláusula de imposición de multas y efectividad de la penal pecuniaria

Es claro que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, podían pactar la posibilidad de cobrar sanciones pecuniarias, en caso de incumplimiento, con consagración expresa en el Código Civil y en el Código de Comercio. Sin embargo, cosa diferente tiene que ver con autorizar a uno de los contratantes, así se trate de la entidad pública, la facultad de imponer unilateralmente multas y el pago de lo convenido; pues esto contraviene el orden superior a cuyo tenor todas las personas son iguales ante la ley, de donde se colige que ninguno de los contratantes está autorizado para ejercer un poder de auto tutela frente el otro.

De lo anterior, se sigue que, si bien las partes pueden convenir sanciones por incumplimiento de ello no se sigue que válidamente convengan la facultad de que una de ellas, para el caso la entidad pública, pueda resolver y ejecutar lo pactado, a su arbitrio, pues ello compromete el orden jurídico, concretamente el principio según el cual los particulares responden ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones en los términos de los artículo 6³⁹ y 121 Constitucional⁴⁰.

³⁸ El *a quo* actualizó hasta el mes de septiembre de 2010.

³⁹ "Artículo 60. 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".

El privilegio de autotutela administrativa que figura en el contrato que ocupa la atención de la Sala, es decir, la capacidad del sujeto contratante para tutelar sus propios intereses en vía declarativa o ejecutiva, sin necesidad de acudir el juez, comporta una competencia funcional que la entidad no adquiere por convención, lo que se traduce necesariamente en la vulneración del principio de legalidad, uno de los pilares y valores fundamentales del Estado de derecho que por lo mismo no se puede soslayar en orden a obtener el cumplimiento contractual⁴¹. En consecuencia, las partes podían convenir en una sanción pecuniaria, pero no en la facultad de imponerla unilateralmente⁴².

Cabe precisar que la aludida autorización contractual, además de carecer de respaldo positivo normativo, fue excluida por el legislador en los contratos estatales suscritos en vigencia de la Ley 80 de 1993; sin perjuicio de las facultades exorbitantes de que habla el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Esto porque el Estatuto Contractual propende porque las entidades públicas concurren al tráfico jurídico de bienes y servicios en igualdad de condiciones que los particulares, propósito que se desdibuja totalmente, si las facultades de la contratante desequilibran la relación contractual⁴³.

En vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 la multa y cláusula penal pecuniaria podían declararse unilateralmente por parte de la entidad pública contratante⁴⁴. Sin embargo, con la Ley 80 de 1993 y antes de la Ley 1150 de 2007, la administración perdió la facultad de declararlas o hacerlas efectivas

⁴⁰ "Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".

⁴¹ Sentencia de 29 de agosto de 2012, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, exp. 23830.

⁴² Sentencia de 9 de octubre de 2014, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, exp. 31163.

⁴³ Sentencia de 9 de octubre de 2014, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, exp. 31163. Posición reiterada en sentencia de 11 de junio de 2015, exp. 32438, con igual ponencia.

⁴⁴ En efecto, el artículo 71 del Decreto Ley 222 de 1983 disponía: "DE LA CLÁUSULA SOBRE MULTAS. En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra. // Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto. // En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula". Por su parte, el artículo 72 del mismo ordenamiento prescribía: "DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento. // La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato. // El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante".

unilateralmente y, por tanto, obligó a acudir al juez del contrato. Dicha postura atravesó por una transición para llegar a ese entendimiento, sobre la competencia de la administración para obrar unilateralmente ante el incumplimiento contractual⁴⁵.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 se revivió la competencia unilateral de las entidades estatales para imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, incluso, de forma retroactiva (artículo 17)⁴⁶.

De lo expuesto es claro que, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, estaba vedada la posibilidad para la administración de imponer multas en forma unilateral, toda vez que el ordenamiento jurídico tan sólo la habilitaba para pactarlas, reservando su imposición al juez del contrato. Además, la jurisprudencia ha sido clara en señalar que la facultad consagrada en el párrafo transitorio del artículo 17 de la referida ley, se supedita a que la multa o cláusula penal sean pactadas con anterioridad a su expedición, pero que su imposición se produzca en vigencia de la citada norma, todo ello en cumplimiento del principio de legalidad que rige de manera estricta la facultad sancionatoria estatal⁴⁷.

Siendo así y en consideración a que acorde con los artículos 1519 del C.C. y 899 y 902 del C. de Co, procede declarar la nulidad de oficio de la cláusula décima cuarta del contrato n.º 199 de 1997, relativa a la imposición de multas y efectividad de la cláusula penal, por contravenir el orden público, en cuanto a las autoridades les está prohibido arrogarse facultades que no les han sido conferidas por la ley.

Sin condena en costas por no aparecer causadas.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 14.579, M.P. German Rodríguez Villamizar.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, exp. 21574, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁷ Sentencia de 26 de junio de 2015, exp. 27274, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

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

FALLA

MODIFICAR la sentencia de 10 de diciembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander para, en su lugar, disponer:

PRIMERO.- DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el departamento de Santander, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- DECLARAR DE OFICIO parcialmente la excepción de compensación, en la forma indicada en la parte motiva de éste proveído.

TERCERO.- DECLARAR el incumplimiento por parte del departamento de Santander de las obligaciones contractuales a su cargo derivadas del contrato de obra n.º 199 de 1997, suscrito con la sociedad CONCAY S.A.

CUARTO.- DECLARAR liquidado el contrato de obra n.º 199 de 1997, suscrito entre el departamento de Santander y la sociedad CONCAY S.A., cuyo objeto fue "El Mejoramiento de la Vía Troncal del Magdalena Medio-Puerto Parra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

QUINTO.- DECLARAR la responsabilidad contractual del departamento de Santander, por los perjuicios causados a la sociedad CONCAY S.A., como consecuencia de la inejecución del contrato de obra n.º 199 de 1997, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO.- En consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** al departamento de Santander a pagar a la sociedad CONCAY S.A., la suma de ONCE MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO PESOS MCTE (\$11 768 625), tal y como se expuso en esta providencia.

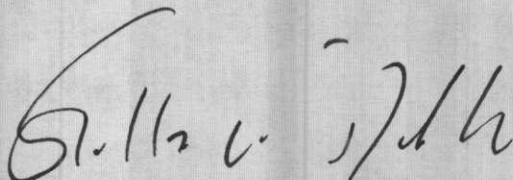
SÉPTIMO.- DECLARAR de oficio la nulidad absoluta de la cláusula décima cuarta del contrato n.º 199 de 1997, relativa a la imposición de multas y efectividad de la cláusula penal, en los términos de la parte considerativa de esta providencia.

OCTAVO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

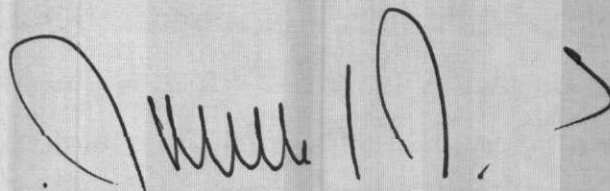
NOVENO.- DAR cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y 115 del C.P.C. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

Devolver el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Subsección



RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

Aclaro voto