



## Sentencia 07799 de 2012 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil doce (2012)

Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07799-01(17434)

Actor: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

Demandado: MUNICIPIO DE CHACHAGUI

Referencia: CONTRATOS

Surrido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, el 8 de septiembre de 1999, en cuya parte resolutiva se dispuso (se transcribe como aparece a folios 304 y 305 del C. Principal):

"PRIMERO. DECLARAR que es nulo el contenido del Oficio No. 114 de marzo 2 de 1.995 suscrito por la Alcaldesa Municipal de Chachagüí, mediante el cual se ordena la suspensión de la obra que venía realizando el Ingeniero SEGUNDO FABIÁN ERASO BURBANO en la Concentración Escolar Mixta de Chachagüí.

"SEGUNDO.- DECLARAR que es Nulo el Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 100 de 17 de Abril de 1995 proferida por la Alcaldía Municipal de Chachagüí mediante la cual se declaró la CADUCIDAD del contrato de Obra suscrito con fecha 20 de octubre de 1994 entre el Municipio de Chachagüí como entidad contratante y el Ingeniero SEGUNDO FABIAN ERASO BURBANO para la construcción de la Concentración Escolar Mixta del mismo Municipio y ordenó la liquidación del mismo.

"TERCERO. DECLARAR que es Nulo el Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 206 del 1º de junio de 1.995 mediante la cual se confirmó la Resolución No. 100 de 17 de abril de 1.995.

"CUARTO.- Que como consecuencia de la caducidad decretada mediante resolución No. 100 de 17 de abril de 1995 y No. 206 de 1º de junio de 1.995, la Resolución No. 625 de 24 de octubre de 1.995 mediante la cual el Municipio de Chachagüí liquidó unilateralmente el contrato y la Resolución No. 903 de 26 de diciembre de 1995 que confirmó la anterior son igualmente NULAS.

"QUINTO.- DECLARAR la Nulidad de la Resolución No. 372 de fecha mayo 10 de 1.996 proferida por la Alcaldía Municipal de Chachagüí mediante la cual se libra mandamiento de pago a favor del Municipio de Chachagüí y en contra de la compañía de SEGUROS CARIBE S.A., por la suma de \$42.889.103.00

"SEXTO.- DENIEGANSE LAS DEMAS SUPlicas DE LA DEMANDA".

### I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 25 de junio de 1996 en el Tribunal Administrativo de Nariño, Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., formuló demanda, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción atinente a controversias contractuales consagrada por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, contra el municipio de Chachagüí, con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcriben como aparecen en la demanda):

"PRIMERA: Que es NULO el contenido del oficio No. 114 de marzo 2 de 1995 suscrito por la alcaldesa del Municipio de Chachagüí Nariño, Doctora C. Enriqueta Yela Guerrero, mediante la cual se ordena que se suspenda las obras que venía ejecutando el contratista Segundo Fabian Eraso

Burbano en la concentración escolar de dicho municipio, con ocasión del desarrollo y de la ejecución del contrato suscrito el 20 de octubre de 1994.

"SEGUNDA: Que es NULA la Resolución No. 100 de fecha 17 de abril de 1995, notificada legalmente y expedida por la Alcaldía del Municipio de Chachagui Nariño, mediante la cual se declara la Caducidad administrativa del contrato celebrado el 20 de octubre de 1994 con el Ingeniero Segundo Fabian Eraso Burbano, para la construcción escolar Mixta de Chachagui, por incumplimiento de sus obligaciones; se da por terminado el mismo, se ordena su liquidación y se dispone hacer efectiva la Garantía Única de Cumplimiento a favor del Municipio de Chachagui y a cargo del Garante de Seguros del (sic) Caribe S.A, derivada de la expedición de la Póliza 05305929 emitida el 1º de noviembre de 1994 y se toman otras determinaciones.

"TERCERA: Que es NULA la resolución No. 206 de fecha 1º de junio de 1995, debidamente notificada, proferida por la Alcaldía Municipal de Chachagui Nariño, mediante la cual no repone la resolución No. 100 del 17 de abril de 1995, confirmándola en todas sus partes y se toman otras determinaciones.

"CUARTA: Que es NULA el acta de liquidación de fecha 19 de julio de 1995 relacionada con el contrato suscrito con el Ingeniero Segundo Fabian Eraso Burbano el 20 de octubre de 1994.

"QUINTA: Que es NULA la resolución No. 625 de fecha 24 de octubre de 1995, notificada debidamente, proferida por la Alcaldía Municipal de Chachagui Nariño, mediante la cual se aprueba en todas sus partes el acta de liquidación practicada por dicha entidad y presentada el 19 de julio de 1995 al contratista Ingeniero Fabian Eraso Burbano, derivada del Contrato de Obra pública suscrito el 20 de octubre de 1994 y se toman otras determinaciones.

"SEXTA: Que es NULA la resolución No. 903 del 26 de Diciembre de 1995 mediante al cual se rechazan los recursos interpuestos contra la resolución No. 625 del 24 de octubre de 1995.

"SEPTIMA: Que como consecuencia de la Nulidad de los actos administrativos enunciados en las pretensiones anteriores se declare que EL MUNICIPIO DE CHACHAGUI INCUMPLIO las obligaciones contraídas mediante el contrato de fecha 20 de octubre de 1994 suscrito entre el demandado y el ingeniero Segundo Fabian Eraso Burbano.

"OCTAVA: Que se declare, como consecuencia de la declaratoria de Nulidad de los actos administrativos reseñados y de la declaración anterior, que el contratista, Ingeniero Segundo Fabian Eraso Burbano no incumplió con sus obligaciones contraídas en el contrato de fecha 20 de octubre de 1994.

"NOVENA: Que se declare, como consecuencia de las declaratorias anteriores, que Seguros Caribe S.A., hoy MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., no está obligada a cumplir con lo ordenado en el artículo segundo de la resolución No. 100 de abril 17 de 1995, por la cual se ordena hacer efectiva la Garantía Unica de Cumplimiento derivada de la expedición de la Póliza 05305929.

"DECIMA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos demandados y las demás declaraciones, se ordene restituir, actualizados, los dineros que haya pagado o llegare a pagar Seguros Caribe S.A. hoy Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. como consecuencia de lo ordenado en las resoluciones aquí demandadas.

"DECIMA PRIMERA: Que como consecuencia de la declaratoria de Nulidad de los actos Administrativos y las demás declaraciones, se condene al Municipio de Chachagui a pagar en favor de Seguros Caribe S.A. hoy Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. el valor de los perjuicios sufridos por ésta equivalentes a los gastos y valores pagados para iniciar y llevar hasta su terminación la acción contenciosa que mediante éste libelo se incoha, los pagos por la atención del proceso de ejecución originada de la fallida declaratoria de caducidad decretada, cauciones, las consecuencias económicas de la constitución de la reserva para el rubro de siniestros en curso, la afectación del balance, los valores que en el curso del proceso pague o haya pagado la Compañía por la ejecución de las resoluciones que aquí se demandan y las demás que por peritazgo se logren demostrar.

"DECIMA SEGUNDA: Que como consecuencia de la condena anterior, disponer que el municipio de Chachagui, debe pagar a favor de Seguros Caribe S.A., hoy Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. el valor de los perjuicios ACTUALIZADOS conforme lo dispone el contenido del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta el índice de precios al Consumidor que certifique el Dane para los meses de marzo de 1995 (Índice Inicial) y el mes anterior a la ejecutoria del fallo que ponga fin a la controversia (índice final).

"DECIMA TERCERA: Condenar al Municipio de Chachagui a pagar ACTUALIZADOS a Seguros Caribe S.A, hoy Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. los intereses legales, del valor histórico de las condenas, desde el 2 de marzo de 1995 o desde la fecha en que quedaron en firme los actos administrativos demandados hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia; y hasta que el pago se verifique intereses moratorios a la tasa máxima legal, según lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio.

"DECIMA CUARTA: Que se dé cumplimiento a lo normado en los artículo 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

"PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.

(...)

(fls. 1 a 5, C. 1).

## 2.- Hechos

Los fundamentos fácticos de las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

2.1.- Previo proceso de licitación pública, el 20 de octubre de 1994 el municipio de Chachagüí celebró con el ingeniero Segundo Fabián Eraso Burbano un contrato para la construcción, por el sistema de precios unitarios fijos, de la concentración escolar mixta de Chachagüí-Nariño, con las características indicadas en las cláusulas primera y cuarta del mismo. La obra debía ejecutarse en el plazo de seis (6) meses, contados a partir del perfeccionamiento del contrato, de acuerdo con el programa de trabajo e inversión de obra. El precio del contrato fue estimado en \$94'804.716.00.

2.2.- Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, Seguros Caribe S.A., hoy Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., expidió la póliza única 05305929, amparando los riesgos de "...Anticipo (sic), Cumplimiento del Contrato (sic), Pago de salarios (sic), prestaciones sociales e indemnizaciones...".

2.3.- El 28 de noviembre de 1994, el alcalde del municipio, con el aval del interventor del contrato, envió una comunicación al contratista, en la cual informaba que, previa reunión celebrada con el "Director del Núcleo", "el Director de la Escuela", el "Jefe de Fomento" y el "Secretario General" del municipio, acordaron iniciar la construcción de la concentración escolar mixta "...con el bloque de seis (6) aulas (7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13) y el aula anexa...", debido a la necesidad que presentaba el casco urbano, pues las aulas existentes eran insuficientes; por ende, autorizó al contratista comenzar la construcción en la forma antes indicada.

2.4.- Conforme a la "modificación" del contrato, introducida por el Alcalde del municipio a través del oficio indicado en el numeral anterior, el contratista inició la ejecución de la obra el 29 de noviembre de 1994, según consta en el acta de inicio suscrita por las partes y el interventor del contrato.

2.5.- Mediante oficio 094, del 23 de febrero de 1995, el Jefe de Fomento y Desarrollo del municipio solicitó al contratista informar la razón por la cual se hallaba ejecutando trabajos en el sector de las aulas 8, 9, 10, 11, 12 y 13, a sabiendas de que no se contaba con los diseños estructurales para esa área. El contratista respondió al requerimiento, mediante comunicación del 28 de los mismos mes y año, informando que el Alcalde había impartido orden expresa de que iniciara la ejecución del mencionado bloque y que, para el efecto, el interventor del contrato había suministrado los diseños estructurales.

2.6.- Mediante oficio 114 del 2 de marzo de 1995, la nueva Alcaldesa del municipio de Chachagüí solicitó al contratista suspender la ejecución de las obras, aduciendo para ello, básicamente, fallas en la construcción; por consiguiente, mientras no se solucionaran los inconvenientes señalados en el oficio y se realizaran las pruebas de carga, no era posible seguir ejecutando la obra.

2.7.- Asimismo, el interventor del contrato se refirió a los inconvenientes que motivaron la suspensión de la ejecución de las obras, señalando que tales situaciones podían constituir anomalías, pero no fallas protuberantes o estructurales que no fuera posible corregir.

2.8.- Pese a lo anterior, la Alcaldesa municipal, mediante resolución 100 del 17 de abril de 1995, declaró la caducidad del contrato, ordenó liquidarlo e hizo exigible la garantía de cumplimiento. La anterior resolución fue recurrida en reposición por el contratista y la aseguradora, siendo confirmada por resolución 206 del 1º de junio de 1995.

2.9.- Mediante resolución 625 del 24 de octubre de 1995, el municipio adoptó unilateralmente el acta de liquidación del contrato practicada por la misma entidad el 19 de julio del mismo año. Los recursos interpuestos contra dicho acto administrativo fueron rechazados, por cuanto no cumplían con el requisito previsto por el numeral 4 del artículo 52 del C.C.A. (fls. 1 a 9, C. 1).

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

La demanda invocó los artículos 1, 2, 3, 6, 29, 67, 83, 123, 150, 209, 228 y 365 de la Constitución Política, 2, 3 (numeral 2), 13, 14, 16, 34 y 68 de la ley 80 de 1993, 2, 3, 52 (numeral 4), 84 y 87 del C.C.A. y, 1036, 1602 y ss. del Código Civil.

### 3.1.- Violación del artículo 1602 del Código Civil.-

La suspensión del contrato fue decretada por la Alcaldesa de Chachagüí mediante oficio 114 del 2 de marzo de 1995, aduciendo fallas en la construcción; sin embargo, al suspender el contrato, la entidad territorial no tuvo en cuenta que la obra venía siendo ejecutada por el contratista, acorde con la modificación introducida al contrato por el anterior Alcalde municipal, mediante comunicación del 28 de noviembre de 1994; por consiguiente, desconoció la voluntad de la Administración y el contenido del artículo 1602 del Código Civil.

### 3.2.- Violación de los artículos 29, 67 de la Constitución Política y 14 de la ley 80 de 1993.-

La Administración no podía declarar la caducidad del contrato mientras la ejecución de la obra se hallaba suspendida. Al hacerlo, vulneró el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y desconoció el artículo 14 de la ley 80 de 1993, por cuanto, corresponde a la entidad contratante, precisamente, impedir la paralización de los servicios públicos a su cargo y, al suspender la ejecución de la obra y decretar la caducidad del contrato, interrumpió el servicio público de educación consagrado por el artículo 67 de la Constitución Política.

### 3.3.- Falsa motivación de la caducidad.-

Por cuanto la caducidad del contrato fue declarada sin la observancia de los requisitos contemplados por el artículo 18 de la ley 80 de 1993. En efecto, el contratista no incumplió las obligaciones a su cargo; por el contrario, se hallaba ejecutando la obra conforme a la modificación introducida por el municipio de Chachagüí, a través de la comunicación del 28 de noviembre de 1994, de modo que no se satisfizo el primer presupuesto previsto por la norma, cual es la presencia de "*hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista*".

Por otra parte, el acto administrativo mediante el cual se declaró la caducidad del contrato se encuentra falsamente motivado, porque las fallas que, según se afirma, detectó la Administración, no ameritaban la declaratoria de caducidad, pues no afectaban de manera grave y directa la ejecución del contrato. Se trataba, como lo señaló el interventor de la obra, de anomalías y no de fallas protuberantes o estructurales que ameritaran demoler la construcción, como lo sostuvo la resolución de caducidad.

### 3.4.- Exclusión de los riesgos asegurados y contenido ambiguo de los actos administrativos.-

El cargo se encuentra estructurado sobre la base de dos supuestos: el primero, referido a que el clausulado de condiciones generales de la póliza única de seguro de cumplimiento 05305929, expedida por Seguros Caribe S.A., contempla como causal de exclusión "...los perjuicios que se refieran al *incumplimiento originado en modificaciones introducidas al contrato original, salvo convenio expreso que conste en el correspondiente certificado de modificación...*" y ocurre que el contrato fue modificado unilateralmente por el municipio contratante, "...sin que la Compañía (sic) aseguradora fuera siquiera informada de tal circunstancia por parte del contratista (sic) la cual debió quedar expresada en un certificado de modificación..."; el segundo de los supuestos, por su parte, se hace consistir en la ambigüedad del contenido de los actos demandados, lo cual implica que éstos no vinculen jurídicamente a la compañía aseguradora, pues el artículo segundo de la resolución 100, del 17 de abril de 1995, ordenó "...Hacer efectiva la Garantía Única de Cumplimiento (sic) a favor del Municipio de Chachagüí (sic) y a cargo del GARANTE SEGUROS DEL (sic) CARIBE S.A., derivada de la expedición de la póliza 05305929 del 1 de noviembre de 1994...", pero se desconocen cuáles fueron los amparos que se hicieron exigibles a través de los actos cuestionados y, por ende, la decisión es imprecisa y ello conlleva a que deban ser declarados nulos.

### 3.5.- Falsa motivación del acto que adopta unilateralmente la liquidación del contrato y violación del debido proceso.

El acto administrativo que adoptó unilateralmente la liquidación del contrato es nulo, por falsa motivación, porque no es cierto que el contratista haya hecho uso indebido de los dineros entregados a título de anticipo; por el contrario, existen 3 actas de obra, por un valor total de \$46.136.418.20, que reflejan la correcta inversión del mismo y el saldo, que asciende a \$1.265.939.00, fue puesto a disposición del municipio oportunamente.

Por otra parte, la Administración produjo el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato de manera extemporánea, porque fue expedido después de los 2 meses previstos por la normatividad para liquidarlo bilateralmente.

Asimismo, el municipio vulneró el derecho de defensa de la aseguradora, porque el recurso de reposición interpuesto contra la resolución 625, del 24 de octubre de 1995, por la cual se adoptó la liquidación unilateral del contrato, fue rechazado bajo la excusa del incumplimiento de los requisitos contemplados por el numeral 4 del artículo 52 del C.C.A., esto es, "*Indicar el nombre y la dirección del recurrente*", cuando lo cierto es que tal información reposaba en la actuación administrativa (fls. 10 a 27, C. 1).

### 4.- La actuación procesal

Por auto del 16 de julio de 1996 se admitió la demanda y se ordenó la vinculación de la demandada al proceso, a través de la notificación personal de la providencia al Alcalde municipal; asimismo, para integrar el contradictorio, se ordenó la vinculación del contratista, Segundo Fabián Eraso Burbano, se ordenó la notificación personal al señor agente del Ministerio Público, se ordenó la fijación en lista del negocio, se reconoció personería al apoderado de la parte actora y se resolvió negativamente la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos demandados (fls. 54 a 57, C. 1).

El municipio de Chachagüí contestó la demanda de manera extemporánea y Segundo Fabián Eraso Burbano guardó silencio.

### 5.- Los alegatos de primera instancia

5.1.- El apoderado de la parte actora reiteró las pretensiones, los hechos y el concepto de violación de la demanda y añadió que, para cuantificar la condena por los perjuicios deprecados, debe tenerse en cuenta el dictamen pericial practicado en el proceso (fls. 242 a 270, C. 1).

5.2.- La parte demandada y el litisconsorte necesario guardaron silencio.

### 6.2.- El concepto del agente del Ministerio Público

El Procurador Judicial 36 en lo Administrativo solicitó despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, pero sólo en lo concerniente a la declaración de nulidad de los actos administrativos cuestionados.

Solicitó negar las pretensiones indemnizatorias, por cuanto no está acreditado que la compañía aseguradora haya pagado valor alguno por la garantía de cumplimiento (fls. 211 a 214, C. 1).

### 7.- La sentencia recurrida

Es la proferida el 8 de septiembre de 1999 por el Tribunal Administrativo de Nariño, la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda,

en la forma consignada al inicio de esta providencia.

Para llegar a lo anterior, el Tribunal consideró que el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato se encuentra falsamente motivado, porque las razones aducidas para proceder en tal sentido fueron ajenas a la realidad contractual. En efecto, el Tribunal precisó que no fue el contratista quien modificó unilateralmente el contrato o quien decidió construir obras que no estaban determinadas en el objeto del mismo; por el contrario, halló acreditado que fue el Alcalde de Chachagüí quien ordenó al contratista iniciar la construcción de las aulas 8 a 13 del centro educativo y, posteriormente, continuar con la construcción de la unidad sanitaria y la cafetería adyacente a la cancha múltiple. Igualmente, encontró probado que las obras que se hallaba realizando el contratista para la fecha en la cual se ordenó la suspensión de las obras estaban previstas como parte del objeto contractual.

De otro lado, consideró que, contrario a lo señalado en la resolución por la cual se declaró la caducidad del contrato, las fallas en la construcción no eran de tal magnitud que pudieran calificarse como verdaderos incumplimientos que afectaran gravemente la ejecución de las obras y que permitieran adoptar la medida excepcional; de hecho, el Tribunal constató, a través de una inspección judicial, que la obra se venía ejecutando conforme a los diseños arquitectónicos y estructurales suministrados por el municipio, hasta el momento en que se dispuso la suspensión de la misma y que las irregularidades que presentaba la construcción eran susceptibles, en unos casos, de ser corregidas y, en otros, inexistentes. Agregó: "...En este caso la administración habría podido tomar las medidas tendientes (sic) lograr el adecuado desarrollo de los trabajos indicando las pautas a seguir (...). Nada de esto se hizo. Se ordenó primero la suspensión de la obra, con lo cual no se permitió que el contratista pudiera corregir o solucionar los problemas que se hubieren presentado, y como no se dio autorización para reanudar los trabajos cuando se decretó la caducidad el contratista quedó imposibilitado de realizar los trabajos necesarios para solucionar las imperfecciones que se hubieren observado....".

En conclusión, declaró la nulidad de los actos cuestionados y negó los reconocimientos pecuniarios deprecados (fls. 288 a 305, C. 1).

#### 8.- Los recursos de apelación

Inconformes con la anterior decisión, tanto el apoderado del municipio como el apoderado de la parte actora interpusieron recurso de apelación, dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico.

8.1.- El municipio de Chachagüí sostuvo que el Tribunal no valoró debidamente la prueba, porque el proyecto que se hallaba ejecutando el contratista no hacía parte del objeto contractual.

En efecto, las obras que debía ejecutar se hallaban descritas en el pliego de condiciones de la licitación pública 01, que dio origen al contrato de obra pública del 20 de octubre de 1994. Las obras descritas en el pliego de condiciones contaban con los respectivos diseños arquitectónicos y estructurales, sin los cuales no habría podido llevarse a cabo el proceso de selección, pues, a partir de los mencionados estudios previos, los oferentes debían estructurar sus propuestas; sin embargo, las obras que adelantaba el contratista no estaban contempladas en los pliegos de condiciones, carecían de diseños y cálculos estructurales y, por ello, no podían ser ejecutadas. De hecho, fue el interventor del contrato quien suministró los diseños estructurales de las aulas, para que el contratista realizara los trabajos.

Lo anterior significa que el contrato fue modificado, en esencia, por la administración pública, desconociendo los mandatos imperativos contenidos en la ley 80 de 1993, con el fin de beneficiar al contratista. A este respecto precisó: "...se encuentra demostrado que el contratista omitió el acometimiento de las obras programadas en la primera etapa, de la que trataba la licitación y (sic) contrato, más costosas que la subsiguiente; ejecutando, en contravía de mínimos principios, la segunda etapa, ajena a la licitación y al contrato, de menor costo, como palmaríamente se evidencia en los planos que hacen parte del acervo probatorio...".

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda (fls. 309 a 315, C. Principal).

8.2.- La parte actora señaló que el Tribunal de primera instancia no motivó la negativa de las pretensiones orientadas a obtener la reparación de los perjuicios ocasionados con la expedición de los actos declarados nulos, pese a que, dentro del expediente, se encuentran acreditados. En tal sentido, solicitó modificar la sentencia de primera instancia, para obtener la condena al pago de los mismos (fls. 325 a 32, C. 1).

#### 9.- Los alegatos de segunda instancia

9.1.- La parte actora reiteró la petición atinente a que la sentencia de primera instancia sea modificada, para que, en su lugar, se acceda a las pretensiones de condena deprecadas en la demanda (fls. 332 a 336, C. 1).

9.2.- La entidad demandada y el delegado del Ministerio Público guardaron silencio.

#### CONSIDERACIONES

##### I. La competencia

La Sala es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 8 de septiembre de 1999, por cuanto la cuantía del proceso fue estimada razonadamente por el demandante en la suma de \$50'000.000.oo. Para la época de interposición de la demanda<sup>1</sup>, eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción atinente a controversias contractuales cuya cuantía excediera la suma de \$13'460.000.oo<sup>2</sup>, monto que, como se puede observar, se encuentra ampliamente superado. Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para

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

II.- La validez de la prueba documental recaudada.-

Si bien es cierto algunos documentos contractuales, que hacen parte de los antecedentes administrativos de los actos impugnados, fueron allegados al proceso en copia simple y esta circunstancia, en principio, impediría darles valor probatorio, por no cumplir con las exigencias que para tales efectos consagran los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil<sup>3</sup>, en este caso la Sala los valorará, teniendo en cuenta que: i) el demandante los solicitó como prueba en el escrito de demanda (fl. 31, C. Principal)<sup>4</sup>, ii) por cuestionarse la legalidad de actos administrativos, el Tribunal en el auto admisorio de la demanda dispuso, de oficio, la remisión de tales documentos, en virtud de lo dispuesto por el numeral 6, del artículo 207 del C.C.A. (fl. 54, C. Principal), iii) la entidad demandada, pese a los varios requerimientos del Tribunal de primera instancia (Ver folios 91, 126 y 127, C. Principal), nunca los envió<sup>5</sup> y, iv) por otra parte, la entidad demandada no rearguyó de modo alguno los documentos aportados al proceso.

La decisión de otorgarles valor probatorio a las copias simples aportadas por la parte actora obedece a la imperiosa necesidad de dar prelación a los principios de buena fe y lealtad procesal que deben informar las actuaciones de las partes en los procesos, los cuales han sido desconocidos por la entidad estatal, al abstenerse de remitir al proceso los antecedentes de los actos administrativos cuestionados, los cuales debían encontrarse en su poder y bajo su guarda, por mandato del artículo 29 del C.C.A.

No tendría sentido que el juez se abstuviera de analizar los supuestos de la demanda, por el hecho de que la entidad estatal, que ostenta la condición de demandada, decida abstenerse de enviar o aportar al proceso las pruebas que obran en su poder y que, eventualmente, puedan ser desfavorables a sus intereses, pues en ese caso, bastaría que la entidad asumiera una conducta negligente, displicente y de rechazo frente a las órdenes impartidas por la jurisdicción, para que entorpeciera el trámite procesal y dejara el proceso sin los elementos de prueba necesarios para realizar los pertinentes juicios de valor, orientados a definir el debate sustancial. Resultaría inadmisible que quien incumple sus deberes procesales saliera beneficiado con su comportamiento.

Esta Sección de la Corporación ha recurrido a esta solución en varias oportunidades como medida orientada a garantizar los principios antes aludidos y, además, para preservar los valores de equidad y justicia que pueden resultar vulnerados con tales conductas.

En efecto, en sentencia del 30 de mayo de 2007 (exp. 15.469)<sup>6</sup> dijo:

"No consulta el principio de la buena fe que la Administración, negligentemente extravíe de documentos públicos relacionados con sus contratos o impida que estos puedan ser aportados al proceso como prueba idónea para ser valorada, todo ello para evitar una condena en su contra. Esta práctica sencillamente podría llevar al juez a denegar las pretensiones de la demanda por falta de prueba, lo cual significaría un premio a la negligencia de la Administración que oculta o extravía maliciosamente los documentos del contrato materia de litigio.

"La Administración de Justicia no puede cohonestar la negligencia o mala fe de las entidades demandadas y, por el contrario, está en el deber de acudir a todos aquellos elementos de juicio que le permitan llegar a la verdad de los hechos, para, de esta manera adoptar decisiones ajustadas a la ley pero que también consulten los principios generales del derecho y la equidad, tal como lo dispone el artículo 230 constitucional.

(...)

"En este orden de ideas, se le otorgará valor probatorio al Acta de liquidación final del contrato 04 de 1994, suscrita el 23 de junio de 1995, entre el Municipio de Tumaco y el contratista, la cual fue aportada al expediente en fotocopia simple tomada de una fotocopia autenticada ante notario".

Asimismo, en sentencia del 16 de abril de 2007 (exp. AG. 025)<sup>7</sup>, la Sala precisó:

"...En tal virtud, la Sala considera que cuando una de las partes no cumple con el deber de aportar la copia auténtica de un documento cuyo original se encuentra en su poder o legalmente bajo su guarda y archivo, corre con el riesgo y los efectos que con su conducta omisiva pretendió evitar, que, en el presente caso, se concreta en tener como susceptible de valoración la copia remitida por la parte que desplegó todas las gestiones que estuvieron dentro de su esfera material y jurídica para que la misma fuera remitida al proceso en las condiciones formales requeridas, y dado que el estudio de la misma interesa al proceso en su conjunto.

"Es decir que el incumplimiento o renuencia en aportar el documento en dichas condiciones legales pese a la orden judicial proferida por el a quo en tal sentido, acarrea como consecuencia en aplicación del principio de la comunidad de la prueba que deba otorgársele valor o mérito probatorio a las copias aportadas con la demanda, solución procesal que restablece el equilibrio de las partes en el proceso, y que se sustenta en los principios constitucionales de igualdad procesal (art. 13 C.P.), del debido proceso y derecho de defensa (art. 29 de la C.P), y de presunción de buena fe respecto de ellas (art. 83 C.P.), honrando con ella además los deberes de probidad, lealtad procesal y colaboración de las partes en el proceso (art. 71 del C. de P. Civil).

"La equidad que debe gobernar la actuación judicial en estas circunstancias (artículo 238 C.P.), determina que se garantice el derecho a la obtención de la prueba que tiene la parte que, como en el sub lite, realizó todo lo que legalmente estuvo a su alcance para la producción en debida forma de aquel elemento de convicción con el que pretende hacer valer sus argumentos, toda vez que no resultan admisibles las conductas procesales en las que la contraparte gozando de una posición privilegiada se abstiene de aportar la prueba, pues ello perturba la investigación de la verdad real en el proceso y, por ende, el correcto y normal funcionamiento de la Administración de Justicia, en contraposición

al deber que le atañe a todos los colombianos de colaborar con ésta (numeral 7 del artículo 95 C.P.).

"Por lo tanto, como quiera que eran las entidades públicas demandadas las que estaban en condiciones de aportar a la causa las copias auténticas de los documentos -balance financiero de 1989- y no las trajeron, no se puede, bajo el criterio de la sana crítica, valorar a su favor esta actitud o conducta pasiva dentro del proceso y, al contrario, esa falta de remisión sin justificación jurídica atendible de los documentos solicitados por el a quo, debe ser estimada en forma desfavorable a la parte incumplida, con el rigor de dar mérito probatorio a los documentos aportados con la demanda a efectos de ser apreciados y valorados. ...."<sup>8</sup>.

### III.- Valoración Probatoria.-

1. El 20 de octubre de 1994, entre el municipio de Chachagüí (contratante) y el ingeniero Segundo Fabián Eraso Burbano (contratista), fue celebrado un contrato (sin número), en virtud del cual el contratista se obligó a ejecutar, por el sistema de precios unitarios fijos, la "...CONSTRUCCIÓN DE LA CONCENTRACIÓN ESCOLAR MIXTA DE CHACHAGÜÍ..." (cláusula primera), que consta de "un bloque de tres aulas, un aula anexa al bloque existente, un bloque de dos pisos que incluye batería sanitaria, aula de mecanografía, portería, grada de acceso, depósito, sala de profesores, secretaría, escaleras, hall, biblioteca, oficinas para (sic) Administración (sic); una batería sanitaria adyacente a la cancha múltiple...", conforme a los planos correspondientes a la licitación pública 01 - 1994 (cláusula cuarta). El plazo de ejecución de las obras fue pactado en seis (6) meses, contados a partir del "perfeccionamiento del ... contrato" (cláusula quinta). El precio del contrato fue estimado, para efectos fiscales, en la suma de \$94'804.716.00 (cláusula tercera) y la entidad estatal se obligó a entregar al contratista, a título de anticipo, el 50% del valor fiscal del contrato (cláusula sexta). Para garantizar las obligaciones emanadas del contrato, el contratista se obligó a constituir, a favor de la entidad contratante, una garantía de seguros que amparara los riesgos de cumplimiento, buen manejo y correcta inversión del anticipo, pago de salarios y prestaciones sociales y estabilidad de la obra, en las cuantías indicadas en la cláusula novena de contrato (fls. 47 a 51, C. Principal).

2.- Por lo anterior y para efectos de satisfacer los requisitos de ejecución del contrato, el ingeniero Segundo Fabián Eraso Burbano constituyó la póliza única de cumplimiento 05305929, expedida por Seguros Caribe S.A., a favor del municipio de Chachagüí, amparando los riesgos antes citados, en las cuantías señaladas en el contrato (fls. 214 y 215, C. 2).

3.- El acta de iniciación de las obras fue suscrita por el contratista, el interventor y el entonces Alcalde del municipio, el 29 de noviembre de 1994 (ver acta, fl. 212, C. 2); no obstante, el día anterior, es decir, el 28 de noviembre de 1994, el Alcalde y el interventor enviaron al ingeniero Segundo Fabián Eraso Burbano un oficio que dice (se transcribe como aparece a folio 213, C. 2, para brindar claridad respecto de su contenido):

"En reunión previa celebrada con los señores: MIGUEL CASANOVA, como Director del Núcleo, señora CECILIA ARÉVALO, Directora de la Escuela, señor HAROLD LUNA como Jefe de Fomento, señor CARLOS VILLOTA, como Secretario General y yo ARNULFO PINTA LÓPEZ, como Alcalde del Municipio de Chachagüí. Acordamos iniciar la construcción de la concentración Escolar Mixta con el bloque de seis (6) aulas (7, 8, 9, 10, 11, 12, 13) y el aula anexa al mismo según planos suministrados. Debido a la urgente necesidad de las aulas que demanda el casco urbano pues las existentes son insuficientes. Posteriormente se construirá el bloque correspondiente a la unidad sanitaria y cafetería anexa a la cancha múltiple.

"Por lo tanto autorizamos al Ingeniero Contratista comience la construcción del bloque antes mencionado".

La decisión contenida en el oficio antes citado fue adoptada ante una solicitud formulada por el contratista; en efecto, según lo manifestó en su testimonio el ingeniero Segundo Fabián Eraso Burbano<sup>9</sup>, la obra abarcaba un área extensa y, por ello, requirió al interventor del contrato para que le indicara por dónde debía iniciar la construcción:

"Entonces se me ordenó comenzar por el bloque de seis aulas, porque en los planos hay seis aulas, entonces comenté que micontrato (sic) sólo tenía tres, que si ibamoa (sic) a hacer una planta, entonces el interventor consultó me imagino que con el Alcalde o no se, y se me extendió un oficio en el cual se me autorizaba a construir el bloque de seis aulas..." (fl. 104, C. Principal).

El contratista inició la ejecución de la obra en la forma indicada por la entidad contratante y, de las actividades desarrolladas, presentó informes mensuales (ver informes de ejecución de obra del período comprendido entre el 29 de noviembre de 1994 y el 28 de febrero de 1995, folios 181 a 196, C. 2).

4.- Con base en los informes de ejecución, fueron elaboradas las actas [parciales] de obra 01, 02 y 03. El acta de obra 01 comprende el período 29 de noviembre a 29 de diciembre de 1994 y en ella consta que el valor de las obras ejecutadas asciende a la suma de \$17'067.819.00 (fls. 162 a 167, C. 2). El acta de obra 02 comprende el período 29 de diciembre de 1994 a 29 de enero de 1995, por un valor de obra de ejecutada de \$14'403.374.00 (fls. 168 a 173, C. 2). El acta de obra 03 abarca el período comprendido entre el 29 de enero y el 29 (sic) de febrero de 1995, por un valor de obra ejecutada de \$9.663.260.00 (fls. 174 a 179, C. 2). Así el total es de \$41'134.453.00. En todos los casos, las actas de obra se encuentran suscritas por el interventor del contrato y por el contratista y en cada una se detallan los ítems y cantidades de obra ejecutadas.

5.- Mediante oficio 094 del 23 de febrero de 1995, es decir, cuando culminaba el tercer mes de actividades, el Jefe de Fomento y Desarrollo del municipio de Chachagüí requirió al contratista y al interventor de la obra para que explicaran por qué en la obra "Proyecto de Concentración Escolar" se estaba trabajando en el sector de las aulas 8, 9, 10, 11, 12 y 13, a sabiendas de que para ese sector no existía diseño estructural y, por el contrario, no se hallaba desarrollando actividad alguna en el sector para el cual existía el mencionado diseño (fl. 207, C. 2).

El contratista respondió mediante escrito del 28 de febrero de 1995, en el que señaló que "...Las obras de la Concentración Escolar Mixta, se iniciaron en el bloque de aulas 8, 9, 10, 11, 12 (sic), 13, por orden de la Interventoría y, a la vez, por insuficiencia de aulas presentada en la

escuela, expresado (*sic*) por el Jefe del Núcleo, la Directora del Plantel con la aprobación de la Alcaldía de Chachagüí..." y agregó que los cálculos y diseños estructurales del bloque cuya construcción se hallaba ejecutando fueron suministrados oportunamente por el interventor de la obra (fl. 206, C. 2).

Por su parte, el interventor manifestó que la decisión de iniciar la construcción por el bloque de las aulas 8 a 13, "...según planos arquitectónicos rediseñados y aprobados (*sic*) por la anterior administración...", obedeció: i) a la prioridad de la concentración, cual es la construcción de aulas escolares, ii) a la proyección de un segundo piso con el fin de aprovechar al máximo el espacio del lote y iii) a la necesidad de contar con aulas que cumplieran las exigencias contempladas por el Código Colombiano de Construcciones Sismo-resistentes, pues las aulas existentes no satisfacían tales requerimientos (fl. 205, C. 2).

6.- El 2 de marzo de 1995, mediante oficio 114, la Alcaldesa municipal de Chachagüí dispuso la suspensión de las obras, aduciendo (se transcribe tal como aparece a folio 204, C. 2):

"En principio motivo esta suspensión debido a las fallas de construcción que presenta la estructura, tales como:

"Las columnas que no mantienen su verticalidad dentro de un límite tolerante y la losa presenta ondulaciones fuera de estos límites.

"Además Usted esta fundiendo los elementos estructurales sin mezclador ni vibrador, maquinaria esta, que ha sido cotizada dentro de su análisis presupuestal presentándose por ella ormigueos en estos elementos estructurales".

7.- El 16 de marzo de 1995, mientras se hallaba suspendida la ejecución de la obra, fueron enviados a la construcción dos ingenieros de la Asociación Nariñense de Ingenieros, por solicitud del municipio de Chachagüí, según lo declaró el contratista Segundo Fabián Eraso Burbano (fl. 106, C. Principal), quienes advirtieron varias irregularidades que presentaba la edificación, algunas de las cuales sirvieron de fundamento para declarar la caducidad del contrato (fls. 159 y 160, C. 2).

8.- El 17 de abril de 1995, la Alcaldesa de Chachagüí profirió la resolución 100, "Por medio de la cual se declara la caducidad administrativa de un contrato y se hace efectiva una garantía". La parte motiva del acto administrativo señala que el contratista incumplió flagrantemente sus obligaciones, afectando de manera severa la construcción de las edificaciones que constituían el objeto contractual, por cuanto, con la anuencia del interventor, había modificado unilateralmente el objeto de las obligaciones, "...pretendiendo construir siete aulas que no fueron materia de la licitación, de su propuesta y del contrato..."; además, las obras que venía ejecutando de manera "irregular" revelaban los defectos que describió así: i) alabeos y falta de perpendicularidad de las columnas y algunos muros de la edificación, lo que impedía el comportamiento ideal de este tipo de estructuras, ii) algunas columnas que hacían parte de la estructura se encontraban fuera del eje, iii) las vigas y columnas presentaban "hormigueos" debido a la falta de utilización de vibrador, iv) las losas presentaban deformaciones que superaban los porcentajes de tolerancia, según las normas de ICONTEC y v) para fundir una grada, se fracturó una columna en un tercio de su sección o área y no se utilizó el equipo adecuado para su fundición. Por otra parte, la resolución sostiene que el municipio de Chachagüí había entregado al contratista un anticipo de \$47'402.358.00 y que dichos dineros no habían sido invertidos en la obra contratada, pues, "...al modificarse sustancialmente los planos, levantándose una construcción con evidentes deformidades se hace imprescindible la demolición de las obras realizadas...".

Por otra parte, la resolución 100 del 17 de abril de 1995 hizo exigible la póliza única de seguro de cumplimiento 05305929, expedida por "Seguros del (*sic*) Caribe S.A.", a favor del municipio de Chachagüí, mediante la cual se amparaban, entre otros, los siguientes riesgos: i) cumplimiento del contrato por \$18'960.943.00 (equivalente al 20% del precio estimado del contrato) y ii) buen manejo e inversión del anticipo, por \$47'402.358.00 (equivalente al 50% del precio estimado del contrato, fls. 102 a 106, C. 2).

El mencionado acto administrativo fue recurrido en reposición por el contratista y la compañía Seguros Caribe S.A., pero fue confirmado mediante resolución 206 del 1º de junio de 1995 (fls. 81 a 88, C. 2). El apoderado de la compañía aseguradora fue notificado de la anterior providencia el 5 de junio de 1995 (fl. 80, C. 2).

10.- Posteriormente, la Administración procedió a elaborar el proyecto de acta de liquidación bilateral, en la cual se registró el valor total del contrato, es decir, \$94'804.716.00, el anticipo entregado al contratista por valor de \$47'402.358.00, para concluir que el contratista sólo había ejecutado obras por valor de \$4'513.255.00, de modo que el saldo a favor del municipio ascendía a \$42'889.103.00 (fls. 72 a 77, C. 2).

El contratista no estuvo de acuerdo con el proyecto de acta (fl. 72, C. 2) y, por tal razón, el municipio adoptó unilateralmente la liquidación efectuada, mediante resolución 625 del 24 de octubre de 1995. La compañía aseguradora interpuso recurso de reposición contra el acto de liquidación, que fue confirmado mediante resolución 903 del 26 de diciembre de 1995 (fls. 57 a 61, C. 2).

III.- La legalidad del acto administrativo contenido en el oficio 114 del 2 de marzo de 1995.

La Sala considera que la suspensión del contrato no es una prerrogativa, potestad o facultad excepcional<sup>10</sup> que pueda ejercer la Administración, unilateralmente, salvo en los casos expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico; en efecto, la actividad del Estado, incluida la contractual, se rige por el principio de legalidad<sup>11</sup>, tal como lo ordena la Constitución Política en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de los órganos del Estado se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos.

La suspensión del contrato, más estrictamente de la ejecución del contrato, procede, por regla general, de consumo entre las partes, cuando situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público impidan, temporalmente, cumplir el objeto de las obligaciones a cargo de las partes contratantes<sup>12</sup>, de modo que el principal efecto que se desprende de la suspensión es que las obligaciones convenidas no pueden hacerse

exigibles mientras perdure la medida y, por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido. Por esa misma razón, la suspensión debe estar sujeta a un modo específico, plazo o condición, pactado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, acorde con la situación que se presente en cada caso, pero no puede permanecer indefinida en el tiempo.

En el sub - lite, la suspensión fue decretada por la entidad contratante, sin que mediara facultad legal que habilitara hacerlo unilateralmente, pues, dentro del régimen contenido en la ley 80 de 1993, no se contempla tal posibilidad; además, para decretar la suspensión, la Administración adujo fallas en la construcción que no permitían adoptar tal tipo de medida y dejó en suspenso el contrato, de manera indefinida en el tiempo.

Así, la decisión contenida en el oficio 114 del 2 de marzo de 1995 fue proferida por la Alcaldesa de Chachagüí infringiendo los mandatos contenidos en el numeral 8 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 y en el artículo 1602 del C.C., en la medida en que, además de actuar sin competencia, con su proceder impidió, de manera indefinida, la consecución del objeto contractual convenido entre las partes, a través del contrato celebrado el 20 de octubre de 1994.

En este orden de ideas, se confirmará el ordinal primero de la parte resolutiva del fallo de primera instancia en cuanto declaró la nulidad del citado acto administrativo.

#### IV.- La legalidad de los actos administrativos contenidos en la resolución 100 del 17 de abril de 1995 y 206 del 1 de junio de 1995

La parte demandada sostiene en el recurso de apelación que el Tribunal valoró indebidamente la prueba recaudada, porque las obras que debía ejecutar el contratista correspondían a la primera etapa del proyecto, las cuales contaban con los cálculos, los diseños estructurales, los planos arquitectónicos requeridos y se hallaban descritas en el pliego de condiciones que dio origen al contrato de obra pública celebrado el 20 de octubre de 1994; pero, por el contrario, el contratista decidió ejecutar las obras de la segunda etapa del proyecto, para la cual no existían estudios previos.

La Sala observa que el pliego de condiciones no contiene la descripción precisa y mucho menos detallada de las obras que debía ejecutar el futuro contratista, ni las prescripciones técnicas que debían cumplir los trabajos que aspiraba concretar; simplemente, se limitó a señalar, de manera abstracta y por demás ambigua, el objeto, que se hizo consistir en la "*Construcción de las concentración escolar mixta del municipio de Chachagüí (N)*" (ver numeral 2.2, capítulo II, fl. 234, C. 2), sin más referencia o pormenores. Por otra parte, desconoce la Sala si las especificaciones técnicas se hallaban contenidas en los documentos anexos al pliego de condiciones, pues no fueron aportados al juicio, de modo que la afirmación esgrimida por la parte demandada atinente a que el proyecto debía desarrollarse por etapas, comenzando por una distinta de la que se hallaba ejecutando el ingeniero Eraso Burbano, no encuentra respaldo en la prueba aportada al proceso. Lo anterior deja en evidencia que la entidad demandada no dio cumplimiento al principio de planeación que debe concretarse en la etapa precontractual y, por ello, se presentó toda esta serie de inconvenientes en la etapa contractual.

Lo que surge de manera diáfana es que el objeto del contrato no era otro que el contenido en la cláusula primera del mismo (ver numeral 1 de las consideraciones de esta providencia) y, por ello, el contratista debía construir dos (2) bloques (uno de 3 aulas y otro dotado de batería sanitaria, sala de mecanografía, portería, sala de profesores, etc.) y un (1) aula anexa al bloque existente en el terreno; no obstante, antes de iniciar la ejecución del contrato, la Administración pública, aduciendo razones del servicio, ordenó al contratista iniciar la construcción por el bloque que constaba, inicialmente, de (3) aulas; pero, en lugar de construir sólo tres (3), dispuso la construcción de seis (6) aulas (ver numeral 3 ibídem), pues era ésta, realmente, la necesidad que se buscaba satisfacer con la contratación, para garantizar la prestación del servicio público. Tal decisión implicó que tuvieran que realizarse nuevos estudios de suelos, pues la cimentación sufrió alteración (ver libro de bitácora, fls. 107 a 147, C. 2) y, por ende, se produjeron cambios en los cálculos y diseños estructurales y tuvieron que replantearse, desde luego, los diseños arquitectónicos que, en últimas, fueron suministrados por el interventor de la obra, oportunamente, según lo precisó el contratista en su declaración (fls. 104 a 108, C. Principal).

No corresponde a la Sala definir si la decisión contenida en el oficio del 28 de noviembre de 1994, mediante la cual se ordenó al contratista iniciar la ejecución de la obra por la construcción de las aulas 8 a 13, fue constitutiva o no, *stricto sensu*, de una modificación unilateral o, mejor, si con tal decisión se introdujeron variaciones al objeto de las obligaciones del contrato, en los términos contemplados por el artículo 16 de la ley 80 de 1993, pues tal extremo no es materia del litigio y, además, la validez de tal acto jurídico no fue cuestionada en el presente proceso y lo que resulta realmente trascendente es que dicho acto administrativo impactó la relación contractual y provino exclusivamente de la administración pública, de modo que el municipio no podía aducir válidamente que el contratista se apartó del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, porque no ejecutó la obra tal como estaba proyectada inicialmente, sino como lo había dispuesto la misma entidad contratante, con posterioridad a la celebración del contrato.

Así, resulta evidente que la conducta que asumió la entidad demandada en desarrollo de la actividad contractual no estuvo precedida de la buena fe que debe regir este tipo de relaciones jurídicas, tal como lo disponen los artículos 83 de la Constitución Política, 1603 del C.C., 871 del C. de Co. y 23 y 28 de la ley 80 de 1993 pues, primero, impartió al contratista una orden concreta, clara y expresa y después, desconociéndola, lo requirió a él y al interventor del contrato para que explicaran las razones por las cuales había ejecutando la obra comenzando por la construcción de las aulas 8 a 13 (ver numeral 5 de las consideraciones de esta providencia); posteriormente, suspendió la ejecución de las obras (ver numeral 6 ibídem) y, finalmente, decidió caducar el contrato, endilgando incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista, entre otras razones, por acatar el oficio del 28 de noviembre de 1994. La conducta de la Administración, entonces, no fue coherente, pues actuó contra sus propios actos<sup>13</sup> y soslayó la confianza de su co-contratante<sup>14</sup>, quien ejecutó las obras al amparo de la estabilidad jurídica que le otorgaba la orden impartida por la entidad contratante.

Por otra parte, no es admisible el argumento esbozado por el apoderado del municipio en el recurso de apelación, referido a que el contratista debió desatender la orden contenida en el oficio del 28 de noviembre de 1994, por ser ilegal. El demandado olvida que la parte contratante es el municipio de Chachagüí y no la persona natural que, para ese entonces, se desempeñaba como Alcalde, lo cual implica que quien adoptó la decisión fue el municipio y no la persona que lo representaba legalmente. En tal sentido, el argumento contradice la disciplina de los actos propios ("venire contra factum proprium non valet") y, por ello, el municipio no podía cuestionar válidamente el hecho de que el contratista hubiera acatado una decisión suya y, mucho menos, utilizar ese fundamento para declarar la caducidad del contrato.

Adujo también la entidad demandada, para declarar la caducidad del contrato a través de la resolución 100 del 17 de abril de 1995, la existencia de fallas en la construcción que estaba ejecutando el contratista.

A este respecto, lo primero que advierte la Sala es que la decisión de la Administración no es consecuente con la motivación del acto, pues si la entidad contratante consideraba que las obras que venía ejecutando el contratista no coincidían con el objeto contractual pactado, el hecho de que la construcción presentara fallas o defectos resultaba irrelevante para efectos de declarar la caducidad del negocio. Resulta contradictorio afirmar que las obras ejecutadas no estaban pactadas en el contrato y, al mismo tiempo, aseverar que se presentaba un incumplimiento grave porque las obras presentaban defectos constructivos; en últimas, no era posible que el contratista se sustrajera de cumplir obligaciones que, a juicio de la entidad territorial, no estaban pactadas dentro del objeto del contrato, lo cual hace evidente la falsa motivación del acto de caducidad.

Por otra parte y sin perjuicio de lo anotado en precedencia, la Sala considera que la actuación de la Administración, orientada a declarar la caducidad del contrato, transgredió las más elementales reglas que informan el debido proceso, pues no puso de presente al contratista y a su garante las situaciones y los elementos de juicio que, potencialmente, podían conducir a la extinción del vínculo jurídico, de modo que no tuvieron oportunidad de ejercer su derecho de contradicción y de defensa mediante la exposición de razones, la aportación de pruebas y la contradicción de las obrantes, cuando esta clase de decisiones debe garantizar, necesariamente, el derecho fundamental al debido proceso, en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, aplicable tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas, especialmente cuando las mismas traen como consecuencia jurídica la imposición de sanciones<sup>15</sup>.

Por todo lo anterior, la Sala considera que el acto administrativo contenido en la resolución 100, del 17 de abril de 1995, estuvo falsamente motivado y, con su expedición, se vulneró el debido proceso de la parte demandante. En consecuencia, se confirmarán los ordinarios segundo y tercero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad de dicho acto y del contenido en la resolución 206, del 1º de junio de 1995, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra aquél.

Como consecuencia de la declaración de nulidad de los actos administrativos antes citados, también devienen nulos el acto administrativo a través del cual se adoptó unilateralmente la liquidación del contrato (resolución 625 del 24 de octubre de 1995) y el acto administrativo a través del cual se resolvieron los recursos interpuestos contra aquél (resolución 903 del 26 de diciembre de 1995), pues, si el fundamento de la declaración de caducidad fue ilegal, no era procedente exigir al contratista y a su garante el reintegro de los dineros entregados a título de anticipo. En ese sentido, resulta evidente que los soportes que dieron lugar a la liquidación del contrato no se ajustan a la realidad contractual y, por ende, se hallan viciados de invalidez. En las anteriores condiciones, se confirmará el ordinal cuarto de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia.

#### V.- El acto administrativo contenido en la resolución 372 del 10 de mayo de 1996.-

El ordinal quinto de la parte resolutiva del fallo de primera instancia declaró la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución 372, del 10 de mayo de 1996, "Por medio del cual se libra mandamiento de pago en (sic) favor del municipio de Chachagüí"; sin embargo, el mencionado acto no fue objeto de cuestionamiento en las pretensiones de la demanda, de manera que, dicho ordinal se revocará.

#### VI.- Los perjuicios

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante tiene como finalidad obtener la condena al pago de las indemnizaciones solicitadas en la demanda.

Como las pretensiones principales de orden declarativo prosperaron parcialmente, sólo se estudiarán las pretensiones principales consecuenciales de condena.

En cuanto a la pretensión décima principal, dentro del expediente no existe elemento de juicio alguno del cual se pueda deducir que la sociedad demandante haya efectuado el pago de los riesgos amparados mediante la póliza única de seguro de cumplimiento 05305929, que se hicieron exigibles a través de los actos administrativos declarados nulos; no obstante, en caso de que la compañía aseguradora haya efectuado ese pago, el municipio de Chachagüí deberá restituirla debidamente actualizada con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE y sobre el valor histórico se calcularán los intereses de mora bancarios contemplados por el artículo 884 del Código de Comercio, desde la fecha en que se haya efectuado el pago, hasta la fecha en que se restituyan las respectivas sumas por parte del municipio.

La pretensión undécima principal reclama los perjuicios derivados de los gastos en que incurrió la sociedad demandante para iniciar y llevar hasta su terminación el presente proceso, lo cual hace parte de las costas del mismo, en el componente de agencias en derecho, que se decretarán en su momento, si se reúnen los presupuestos necesarios para ello.

Por otra parte, la Sala no accederá al pago reclamado por la atención del proceso ejecutivo iniciado para el cobro de las sumas de dinero que se

hicieron exigibles a través de los actos declarados nulos, pues dentro del expediente no existe ningún medio de prueba que permita constatar que la compañía aseguradora haya comparecido a ese proceso, por lo cual tampoco existe prueba alguna que permita constatar que la compañía aseguradora haya incurrido en gastos por concepto de cauciones, para impedir el decreto de medidas cautelares dentro del mismo.

En cuanto a la pretendida indemnización por concepto de la "constitución de reserva para el rubro de siniestros" y la "afectación del balance", precisa la Sala que, para acreditar tal extremo, el Tribunal a quo decretó un dictamen pericial, a instancias de la parte actora, en el cual los peritos no hicieron cosa distinta que tomar los montos máximos de los amparos cubiertos por la póliza única de seguro de cumplimiento 05305929, expedida por Seguros Caribe S.A. (hoy Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A) y calcular sobre ellos intereses de mora desde el 1º de marzo de 1995, hasta la fecha de la experticia (10 de abril de 1997), lo cual arrojó un total de \$265'865.255.00 (fls. 121 a 125, C. Principal).

Dentro del término del traslado del dictamen pericial, el solicitante de la prueba pidió aclaración y complementación del mismo, por cuanto los amparos correspondientes a "pago de salarios, prestaciones sociales e indemnización" y "estabilidad de la obra" no fueron afectados por las resoluciones declaradas nulas, de modo que, sobre tales rubros, la compañía aseguradora no constituyó reserva alguna (fls. 131 a 135, C. principal).

El Tribunal accedió a la solicitud de aclaración y complementación, mediante auto del 27 de mayo de 1997 (fl. 141, C. Principal); en tal virtud, los peritos precisaron que se entiende por afectación del balance "...el aumento o disminución del patrimonio...", que en el presente caso se concreta en "...la disminución del patrimonio de la Aseguradora a causa de no obtener rendimientos financieros del dinero que se encuentra en reserva para atender la ejecución de la Resolución 100 de 1995, y por tanto se produce una disminución de utilidades...." y señalaron que esa disminución de "utilidades" está representada por los intereses causados sobre los rubros que se mantienen en reserva. Por tal razón, mantuvieron la liquidación efectuada en el dictamen pericial y simplemente restaron el capital e intereses de los rubros correspondientes a "pago de salarios, prestaciones sociales e indemnización" y "estabilidad de la obra", lo que arrojó un total de \$100'300.565 (fls. 143 a 146, C. 2).

Para la Sala, la pretensión a que se alude no está llamada a prosperar, porque el mencionado dictamen pericial, valorado a la luz del sistema de persuasión racional de la prueba (sana crítica, artículo 187 del C. de P.C.), carece de la virtualidad suficiente para acreditar el perjuicio por cuya indemnización se reclama, pues su fundamento es lacónico e incoherente y, por lo mismo, sus conclusiones carecen de firmeza; además, dentro del expediente no obra otro elemento de juicio del cual se pueda deducir la causación del mismo.

En efecto, dentro del expediente no existe prueba alguna que permita inferir que el balance financiero de la compañía aseguradora se haya visto afectado como consecuencia de la constitución de la reserva técnica para el pago de los siniestros que se hicieron exigibles a través de los actos administrativos declarados nulos. De hecho, el balance financiero de la sociedad demandante no fue aportado al proceso y la Sala desconoce si la compañía aseguradora constituyó la "reserva para el rubro de siniestros" a la cual se refiere la demanda y, en caso de haberlo hecho, desconoce por completo si, por disposición estatutaria, la aseguradora debía invertir las reservas constituidas, para efectos de mitigar el impacto de la contingencia, es decir, de la pérdida del litigio.

El dictamen pericial nada dice al respecto, no hizo alusión al balance financiero de la compañía aseguradora, no aludió a la constitución de la reserva, no calculó el porcentaje que debía ser destinado para la constitución de la reserva y mucho menos se refirió al impacto que podía tener sobre el balance financiero de la compañía la constitución de la reserva presupuestal o la inclusión del rubro en cuentas contingentes, de modo que la Sala desconoce cuáles fueron los fundamentos que tuvieron en cuenta los peritos para elaborar la experticia y, en ese sentido, el contenido y las conclusiones del dictamen pericial carecen de firmeza (artículo 241 ibídem).

En conclusión, el perjuicio no fue acreditado y, por consiguiente, la mencionada pretensión no está llamada a prosperar.

Como las pretensiones décima y undécima no prosperaron, por sustracción de materia tampoco están llamadas a prosperar las contenidas en los ordinales duodécimo, decimotercero y decimocuarto de la demanda.

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

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

FALLA:

Primero.- REVÓCASE el ordinal quinto de la parte resolutiva del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño el 8 de septiembre de 1999.

Segundo.- CONFÍRMANSE los ordinales primero, segundo, tercero y cuarto de la parte resolutiva del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño el 8 de septiembre de 1999.

Tercero.- MODIFÍCASE el ordinal sexto de la parte resolutiva del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño el 8 de septiembre de 1999, el cual quedará así:

"Sexto.- En caso de que la compañía aseguradora SEGUROS CARIBE S.A. (hoy MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.), haya pagado suma de dinero alguna por concepto de los riesgos que se hicieron exigibles a través de los citados actos administrativos, el municipio de

Chachagüí deberá restituirla debidamente actualizada con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE y sobre el valor histórico se calcularán los intereses de mora bancarios contemplados por el artículo 884 del Código de Comercio, desde la fecha en que se haya efectuado el pago, hasta la fecha en que se restituyan las respectivas sumas por parte del municipio. Las demás pretensiones se niegan".

Cuarto.- Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

1 25 de junio de 1996.

2 Artículo 2º del Decreto 597 de 1988.

3 ARTÍCULO 253. Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.

ARTÍCULO 254. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.

2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.

3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.

4 La parte actora solicitó al Tribunal de primera instancia librar oficio con destino a la alcaldía de Chachagüí, para que remitiera al proceso, en copia auténtica, "...la actuación administrativa relacionada con el Contrato (sic) de fecha 20 de Octubre (sic) de 1994 suscrito con el Ingeniero Segundo Fabián Eraso Burbano...".

5 Código de Procedimiento Civil Artículos: 249 y 250.

6 Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez.

7 En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia del 10 de marzo de 2011, exp. 15.666 (Subsección B).

8 Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio.

9 Declaración rendida dentro del presente proceso, folios 104 a 108, C. Principal.

10 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 15.324.

11 Ibídem.

12 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010, exp. 16.431

13 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 16041.

14 Tribunal Supremo de España, Sala III de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 12968 del 19 de diciembre de 2006. Citada en VALBUENA HERNANDEZ, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2008, p. 117.

15 En relación con el debido proceso en las actuaciones contractuales, la Sala en sentencia del 17 de marzo de 2010, expediente 18394, dijo:

"...En efecto, la observancia del debido proceso en las actuaciones administrativas, incluyendo la contractual, es de tal trascendencia para la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material, que su proyección en ellas tiene los siguientes alcances: [i] ser oído antes de que se tome la decisión; [ii] participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; [iii] ofrecer y producir pruebas; [iv] obtener decisiones fundadas o motivadas; [v] recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; [vi] tener acceso a la información y documentación sobre la actuación; [vii] controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; [viii] obtener asesoría legal; [vii] tener la posibilidad de intentar mecanismos contra las decisiones administrativas (...) Conocidas en forma sucinta la noción y condiciones materiales de configuración de la facultad exorbitante de declarar la caducidad de un contrato, y teniendo en cuenta que se trata de una sanción cuya imposición tiene la potencialidad de lesionar derechos subjetivos de los contratistas, es indiscutible, según se vio, que su ejercicio implica que se garantice el derecho constitucional al debido proceso....".

Fecha y hora de creación: 2026-01-16 13:02:34