

ACCION CONTRACTUAL - Término de caducidad. Tránsito de legislación. Evolución jurisprudencial / ACCION CONTRACTUAL - Término de caducidad. Tránsito de legislación / TRANSITO LEGISLATIVO - Caducidad de la acción contractual / CADUCIDAD DE LA ACCION CONTRACTUAL - Tránsito de legislación

En vigencia de la Ley 80 de 1993, con el fin de armonizar lo previsto en su artículo 55 con lo dispuesto por el artículo 136 del C.C.A., la Sala precisó y ha reiterado que se presentaban dos reglas para determinar el ejercicio oportuno de la acción: (i) Para las controversias contractuales referidas a la responsabilidad patrimonial como el incumplimiento del contrato por las partes o la civil de los servidores públicos, el término de “prescripción de la acción” es de veinte (20) años (artículo 55) y, (ii) Para las demás, vale decir, aquéllas controversias en las que se discute la validez del contrato, de los actos jurídicos y de los hechos contractuales que no le son imputables a las partes (hecho del príncipe, hechos imprevisibles, etc.), se aplica la regla general de los dos (2) años prevista en el artículo 136 del C.C.A. Actualmente, en esta materia rige la modificación realizada por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 al artículo 136 del C.C.A., que cambió los términos para la interposición oportuna de la acción contractual so pena de caducidad, pero la misma es claro que no es susceptible de aplicación en el sub lite, por tratarse de una norma posterior a la presentación de la demanda que suscitó este proceso. De otra parte, es importante señalar que la jurisprudencia de tiempo atrás ha subrayado que el término previsto en la norma de que se trate para instaurar la acción de controversias contractuales debe contabilizarse a partir de la terminación del contrato o desde la liquidación del mismo en los casos en que se requiera, evento este último en el cual deberá comenzar a computarse el plazo desde la fecha en que efectivamente se realizó o desde la fecha en que ha debido producirse. La Sala considera que en el sub exámine no operó la caducidad procesal, pues resulta evidente que entre el 17 de octubre de 1995 -fecha en que debió liquidarse por la entidad- y el 4 de septiembre de 1997 -fecha en que se presentó la demanda- no habían transcurrido los veinte (20) años de que trata el artículo 55 de la Ley 80 de 1993; así mismo, aún si se aceptara que la norma aplicable corresponde a la del artículo 136 del C.C.A. es claro que el cuestionado fenómeno procesal no se produjo, por cuanto fue también formulada dentro de los dos (2) años siguientes a la primera fecha.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Tercera, providencias de 14 de febrero de 2002, rad. 13238; de 12 de diciembre de 2005, rad. 30734, MP. María Elena Giraldo Gómez; de 9 de marzo de 2000, rad. 17333; de 13 de diciembre de 2001, rad. 21301; de 22 de julio de 2002, rad. 22431; de 23 de enero de 2003, rad. 22113 y de 6 de noviembre de 2003, rad. 24432.

CONTRATO - Ley para las partes. Expresión de la autonomía de la voluntad / CONTRATO ESTATAL - Obligaciones / CONTRATO ESTATAL - Incumplimiento bilateral. Efectos / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Carga de la prueba

El contrato, como expresión nítida que es de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio “lex contractus, pacta sunt servanda”, consagrado positivamente en el artículo 1602 del Código Civil, por cuya inteligencia los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En perfecta consonancia, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la

obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial. La inobservancia o violación de estos principios, que suponen el carácter y la fuerza vinculante para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato existente y válido, como fuente de obligaciones que es (art. 1494 C.C.), con el consiguiente deber de tener en cuenta en su ejecución las exigencias éticas y de mutua confianza, hace caer en responsabilidad a la parte que comete la infracción al contenido del título obligacional. Este marco jurídico, en el ámbito de la responsabilidad de la Administración Pública, regido desde la altura del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política, es en buena medida aplicable a la contratación pública (Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993), porque la responsabilidad contractual de una entidad pública contratante puede comprometerse con fundamento en la culpa (art. 50 ejusdem), es decir, una responsabilidad con falta, derivada de una conducta de incumplimiento de las obligaciones contractuales, la cual debe ser analizada, entre otras, de acuerdo con las reglas explicadas en precedencia del régimen del derecho común, pero sujetas o armonizadas con las reglas del derecho administrativo en caso de que exista norma expresa en éste y, por supuesto, con prevalencia del interés público. A guisa de ejemplo la jurisprudencia de la Sala ha precisado lo siguiente: (i) La aplicación restringida del artículo 1546 del Código Civil que establece la condición resolutoria tácita en relación con los contratos estatales presenta algunas modificaciones, dado que según se desprende del artículo 87 del C.C.A. una de las pretensiones del contencioso contractual es que se declare el incumplimiento del contrato y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, lo que significa -se dice- que no está prevista la acción de cumplimiento, esto es, orientada a que ante el incumplimiento de la entidad pública o del contratista de las obligaciones contractuales a su cargo, pueda exigírseles que las cumpla o que el juez ordene la ejecución del contrato, pues en el primero de los casos se está frente a una responsabilidad contractual y cabe que se ordene a la administración reconocer y pagar los perjuicios y en el segundo, existen las medidas coercitivas y las potestades sancionatorias atribuidas a la administración para asegurar la ejecución del contrato. (ii) Se permite con un tratamiento restringido la exceptio non adimpleti contractus (art. 1609 del C.C.), como regla de equidad en los contratos de los que se derivan obligaciones correlativas para ambas partes y que resulta aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pero que, en aras de armonizar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, no tiene el alcance amplio de que goza en la contratación entre particulares, sino que en el contencioso administrativo contractual está limitada únicamente a aquellos eventos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones. Por eso, del artículo 1609 del C.C. antes mencionado se extrae la regla en virtud de la cual no es permitido ni admisible que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma no lo haya hecho, en tanto que sería injusto permitir o patrocinar que quien no ha cumplido las obligaciones que correlativamente asumió, pudiera reclamar del otro que tampoco ha cumplido lo acordado. En conclusión, en los contratos bilaterales o conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la Administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse, la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL: ARTICULOS 1494, 1602, 1603, 1609

NOTA DE RELATORIA: Sobre el incumplimiento de las obligaciones contractuales, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 5 de noviembre de 1979, GJ, CLX-306 y de 3 de julio de 1963. Sobre la aplicación restringida del artículo 1546 del Código Civil, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de septiembre 15 de 1983, rad. 3244; junio 25 de 1987, rad. 4994; mayo 15 de 1992, rad. 5950; enero 17 de 1996, rad. 8356; septiembre 14 de 2000, rad. 13530, sentencia septiembre 14 de 2000, rad. 13530, Sentencia de marzo 1 de 2001, rad. 11480. Sobre la aplicación de la regla de equidad en los contratos estatales, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de enero 31 de 1991, rad. 4739; septiembre 15 de 1983, rad. 3244; junio 25 de 1987, rad. 4994; mayo 15 de 1992, rad. 5950; enero 17 de 1996, rad. 8356; marzo 15 de 2001, rad. 13415; abril 13 de 1999, rad. 10131; febrero 21 de 1992, rad. 5857; octubre 17 de 1995, rad. 8790; septiembre 14 de 2000, rad. 13530; febrero 16 de 1984, rad. 2509; septiembre 13 de 2001, rad. 12722; marzo 15 de 2001, rad. 13.415; abril 25 de 2005, rad. 14393 y abril 14 de 2005, rad. 28.616. Sobre los elementos para que se estructure la responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, rad. 6461 de 4 de julio de 1992, MP. José Fernando Ramírez Gómez. Sobre la carga de la prueba en el incumplimiento de contratos, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005, rad. 14.937. MP. Germán Rodríguez Villamizar.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Carga de la prueba / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Inexistencia / CARGA DE LA PRUEBA - Principio de autorresponsabilidad / PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD - Carga de la prueba

Correspondía al demandante demostrar: (i) que efectivamente cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales; y, en consecuencia, (ii) que el municipio se encontraba en mora de pagar la ejecución de dicho contrato y, por tanto, incumplió las obligaciones que le eran exigibles. No obstante que se probó la existencia del contrato, dado que según la Ley 80 de 1993, aplicable al mismo, "...los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito..." (art. 41), en lo referente al cumplimiento de los requisitos -aprobación de la garantía y la existencia de las disponibilidades presupuestales- que se exigen para la ejecución del contrato (inciso segundo art. 41 original ejusdem), se observa que no fueron acreditados en el plenario, pues, de una parte, en el mismo no aparece la imputación presupuestal y el demandante no aportó ningún documento en el que conste el registro presupuestal que debió haberse realizado, y de otra parte, aunque el contratista trajo copia de la póliza de cumplimiento (No. 19 del artículo 25 original ibídem), ésta no viene aprobada por la entidad municipal. En definitiva, no existe prueba de que el contratista haya entregado en el tiempo debido el objeto del contrato, ni siquiera el 17 de julio de 1995, como tampoco que el municipio se hubiera negado a recibirlo, pues el documento aportado no permite deducir o inferir esa circunstancia como lo pretende el actor, en tanto su contenido o la sola fecha consignada en él no es indicativa o demostrativa de los hechos aseverados, incluso entre la fecha que se tenía proyectada la realización de la obra -17 de abril de 1995 según la póliza- y la fecha de recibo del mencionado documento -24 de abril de 1996- existe más de un año de distancia. En este orden de ideas, es importante reiterar que, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se persigue la responsabilidad contractual incumbe, por regla general, a quien lo

alega, que en este caso corresponde al actor. Carga de la prueba sustentada, como ha precisado la Sala, en el principio de autoresponsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 41 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 177

NOTA DE RELATORIA: Sobre la carga de la prueba, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de abril 16 de 2007, rad. AP-44001-23-31-000-2005-00483-01, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio y de 24 de marzo de 2004, rad. 44001-23-31-000-2003-0166-01 (AP), MP. Ramiro Saavedra Becerra.

CONFESION DE REPRESENTANTE LEGAL DE ENTIDAD PUBLICA - Prohibición / CONFESION - Entidad pública. Prohibición / CONCILIACION DE ENTIDAD PUBLICA - No tiene efecto de confesión / DEMANDA - Su no contestación no puede tenerse como confesión de la entidad pública

Aunque existió una conciliación que no fue aprobada, ello no es elemento que permita atribuir alguna obligación patrimonial a cargo del Municipio de Valencia, dado que una obligación de esa magnitud necesita estar fundamentada en pruebas que la sustenten y de las cuales se carece en el sub exámine; además, si bien obra declaración del Alcalde Municipal en la que manifestó estar enterado de la conciliación y estaba a la espera de la respuesta sobre la existencia de caducidad y que se resolviera si podía o no pagar, no puede ser valorada desde ningún punto de vista como una confesión sobre los hechos por cuanto el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el art. 1, No. 95 del Decreto 2282 de 1989) dispone que no vale la confesión sea espontánea o provocada, de los representantes judiciales de ciertas entidades públicas, entre ellas los municipios. Igual anotación cabe hacer respecto de la falta de contestación de la demanda por parte del ente territorial -circunstancia que ameritará más adelante algunas reflexiones de otro orden-, en la medida en que no tiene el alcance a que aspira el actor, puesto que se reitera que en materia contencioso administrativo, por el interés público confiado a los agentes del Estado y el principio de legalidad que gobierna las actuaciones de todas las autoridades, el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil antes citado establece que carece de valor la confesión de los representantes judiciales de ciertas entidades públicas, entre ellas los municipios, lo cual, como puede apreciarse de los propósitos del precepto, excluye que su silencio en estos procesos sea valorado como un indicio grave en su contra, máxime cuando en este caso lo que quiere el actor es suplir y excusar su inactividad probatoria respecto de la demostración de los hechos en los que fundamenta sus pretensiones.

ENTIDADES ESTATALES - Deber de defender sus intereses procesales / ADMONICION A LA ENTIDAD PUBLICA - Conducta procesal

Finalmente, llama la atención de la Sala la conducta procesal asumida por la entidad demandada, pues pese a hacerse parte, no contestó la demanda; no presentó en la primera instancia ni en esta alegatos de conclusión; es decir, desapareció del proceso dejando a la deriva del decurso procesal la suerte de los intereses de la entidad. De ahí que ante conductas desganadas por parte de las entidades públicas en el proceso aún se encuentren vigentes las siguientes palabras de esta Corporación: "Cuando los entes administrativos son actores, o

demandados, tienen los mismos derechos y deberes procesales de los particulares, salvo algunas excepciones. Por ello es inexplicable que dejen al sentenciador sin el auxilio de sus valoraciones fácticas y jurídicas. Transitando por ese sendero, derechos preciosos ante la conciencia ciudadana, como son el de defensa, que comporta (...) que las partes puedan contestar la demanda, proponer excepciones, pedir pruebas, e intervenir en su práctica, alegar de conclusión, interponer los recursos de ley, en igualdad de oportunidades, todo con el fin de convencer al Órgano Jurisdiccional de la exactitud de sus datos y de la justicia". En tal virtud, se advierte al Municipio de Valencia (Córdoba) que una conducta procesal pasiva como la observada en el sub lite no se compadece con la diligencia y cuidado que debe poner la administración municipal en la defensa de sus intereses en los asuntos litigiosos que en su contra se ventilan en la jurisdicción, ni son ejemplo del deber de colaboración con la Administración de Justicia.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el deber de las entidades del Estado de defender sus intereses en los procesos judiciales, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de octubre de 1987, Exp. 3726, C.P. Julio César Uribe Acosta.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 23001-23-31-000-1997-08763-01(17552)

Actor: ALBERTO VERGARA MELLADO

Demandado: MUNICIPIO DE VALENCIA

Referencia: ACCION CONTRACTUAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en el proceso de la referencia, contra la Sentencia de 12 de agosto de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, en la cual resolvió declararse inhibido para fallar de fondo por caducidad de la acción. La sentencia apelada será revocada y, en su lugar, se dictará sentencia de fondo, por los motivos que se expondrán en la parte considerativa.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El presente proceso se originó con la demanda presentada el 4 de septiembre de 1997, por el señor Alberto Vergara Mellado, en contra del Municipio de Valencia (Córdoba), a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del C.C.A., en la cual solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“1.- DECLARAR que el contratante (Municipio de Valencia), incurrió en incumplimiento de lo pactado violando el contrato al no cumplir el señor ALCALDE MUNICIPAL con el pago del anticipo del 50% del valor del contrato al ser iniciado y el 50% restante al momento de la entrega, a pesar de haber dado cumplimiento total de la obra mi poderdante, la cual se terminó y fue recibida a satisfacción el día 24 del mes de abril de 1996.

2.- CONDENAR al Municipio e (sic) Valencia (C), a cancelar las siguientes sumas:

- a) VEINTE Y UN MILLONES DE PESOS M/CTE (\$21.000.000,00), por concepto de capital adeudado.
- b) UN MILLON NOVECIENTOS QUINCE MIL OCHO CIENTOS TREINTA PESOS M/CTE (\$1.915.830,00.), por concepto de interés corriente de los primeros seis (6) meses en que debió desembolsar el 50% de anticipo o sea el día 3 de abril de 1995, así como al pago de los intereses moratorios liquidados al doble del interés corriente sobre la cantidad de DIEZ MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE., o sea el 50% inicial a partir del 4 de octubre de 1995, hasta cuando se verifique el pago total de la obligación, intereses estos liquidados de acuerdo a la certificación expedida por la superbancaria.
- c) UN MILLON NOVECIENTOS QUINCE MIL, OCHO CIENTOS TREINTA PESOS, M/CTE.(\$1.915.830,00), por concepto de interés corriente durante los primeros seis (6) meses de recibido el contrato o sea el 24 de octubre de 1996, así mismo al pago de los intereses moratorios liquidados al doble del interés corriente de acuerdo a la certificación expedida por la superbancaria, sobre la cantidad de \$10.500.000,00 M/cte. o sea el 50% restante, hasta cuando se verifique el pago total de la obligación.

3.- Que el Municipio de Valencia dará cumplimiento a la respectiva sentencia, dentro del término señalado en el art. 176 y concordante del D.01/84.”

2. Los hechos

Los hechos relatados en la demanda son, en resumen, los siguientes:

2.1. Que el día 4 de abril de 1995, se celebró entre el señor Alberto Vergara Mellado y el Municipio de Valencia (Córdoba) un contrato de obra pública, cuyo objeto fue el “[d]iseño arquitectónico, diseño estructural, diseño hidráulico y sanitario, diseño eléctrico y presupuesto, para la construcción de 45 aulas y 42 baño (sic), en los siguientes pueblos del Municipio de Valencia: cocuelo medio, cocuelo soto, las cheras, florisanto, guasimito, jaraguay arriba, jaraguay el búho, jardín santa fé, jericó, el puya, mieles medio, pascado arriba, río nuevo, venado abajo, volcán, zaino, novación damasco, el pital, villa nueva, tinajones...”, por un valor de veintiún millones de pesos Mcte. (\$21.000.000,00), con una duración de quince (15) días contados a partir de la fecha en que se pagara el anticipo, y el cual debía ser cancelado con cargo a la vigencia fiscal de 1995.

2.2. Que, aun cuando el contratista cumplió a cabalidad con el objeto del contrato, le fue recibida su labor el 24 de abril de 1996 y presentó oportunamente la cuenta de cobro correspondiente, el Municipio de Valencia, sin razón alguna, no canceló el anticipo convenido ni el valor restante del contrato.

3. Normas violadas y concepto de la violación

Estimó el actor que el comportamiento de la entidad demandada de no pagar sus servicios, pese a haber sido recibida su labor, constituye un claro incumplimiento del contrato y un enriquecimiento sin causa, inaceptable en un Estado de Derecho y a la luz de los parámetros establecidos en la Ley 80 de 1993. Invocó como fundamentos de derecho los artículos 32 de la Ley 80 de 1993, 1602 y 1603 del Código Civil, y 884 del C. del Co.

4. La oposición del demandado

La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Córdoba mediante auto de 19 de septiembre de 1999 (fl.10 c.1), en el que se ordenó su notificación al ente municipal demandado y al Ministerio Público. Una vez notificada la demanda, el demandado no la contestó (fls. 19 y ss. c.ppal.).

5. Actuación procesal

5.1. Dentro del término de fijación en lista de la providencia que admitió la demanda, las partes solicitaron mediante escrito de 28 de abril de 1998 señalar fecha para celebrar audiencia de conciliación (fl. 19. cd.1).

5.2. Las partes fueron citadas a una audiencia de conciliación mediante auto de de 30 de abril de 1998 (fl. 21 cd. 1), diligencia llevada a cabo el 2 de junio de esa misma anualidad con la presencia de las mismas y sus respectivos apoderados judiciales debidamente reconocidos. En dicha audiencia se llegó a un acuerdo, según el cual el Municipio reconocería la suma debida, o sea \$21.000.000, más los intereses legales liquidados conforme lo establece la Ley 80 de 1993.

5.3. Mediante Auto de 24 de junio de 1998, el Tribunal *a quo* se abstuvo de aprobar la conciliación celebrada por las partes dentro del proceso, por considerar que había operado la caducidad y, además, ordenó la terminación del proceso.

5.4. El demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, recurso que fue resuelto por esta Corporación en Auto de 4 de febrero de 1998, encontrándola ajustada a derecho, al considerar que la fecha a partir de la cual debía empezar a correr el plazo para el ejercicio de la acción era el 18 de agosto de 1995, de manera que la demanda podía ser presentada hasta el 18 de agosto de 1997, pero sólo lo fue el 5 de septiembre de 1997. Por tal motivo, confirmó la providencia, aunque estimó que la misma no ponía fin al proceso, sino que éste debía seguirse hasta culminar con sentencia definitiva.

5.5. Mediante proveído de 24 de mayo de 1999, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. El demandado y el Ministerio Público guardaron silencio.

El demandante reiteró las pretensiones de su demanda y señaló en particular que no se había presentado el fenómeno procesal de la caducidad, teniendo en cuenta que el último hecho ocurrido dentro de la relación contractual fue la entrega de unos proyectos por él ejecutados y recibidos por la autoridad, según consta, a su juicio, en escrito de 17 de julio de 1995 y con recibido de 24 de abril de 1996, fecha esta última desde la cual debe contarse el plazo para verificar si operó o no la caducidad, y de donde se deduce que la demanda presentada el 4 de septiembre de 1997 fue incoada oportunamente.

6. La sentencia recurrida

El Tribunal Administrativo de Córdoba, se declaró inhibido para fallar de fondo por caducidad de la acción, con base en las mismas consideraciones expuestas en Auto de 24 de junio de 1998, que lo condujeron a abstenerse de aprobar la conciliación celebrada por las partes, así:

“...no aparece en el contrato la fecha de celebración del mismo, como tampoco su fecha de terminación ni la existencia de un último acto o hecho contractual desde donde contar la caducidad de la acción, puesto que el escrito que se anexa a folio 5 del expediente, si bien tiene fecha manuscrita de recibido de 24 de abril de 1996, es evidente que ésta se refiere al recibo de dicho escrito y no a la constancia de cumplimiento de la labor pactada, y aún, a pesar de su contenido, no tiene eficacia jurídica, puesto que carece de firma responsable, luego no puede tenerse como referencia para contar el término de caducidad, por lo cual, debe recurrirse a las cláusulas del contrato mismo y a las peticiones de la demanda.

De esta manera tenemos que, conforme a lo estipulado en el contrato, éste tenía un término de duración de quince días, contados a partir de la fecha en que se pagara el anticipo, que según lo afirmado por el accionante en las peticiones, debió hacerse el 3 de abril de 1995, fecha que por demás coincide con la iniciación de la vigencia del seguro de cumplimiento, emitido el 29 de marzo de 1995 (fl.6) y desde la cual pretende también el pago de intereses, por lo que la obra debió entregarse a más tardar el 18 de abril del mismo año, y a partir de ésta tenían las partes el término de cuatro meses para liquidar el contrato de acuerdo con la ley, o sea, máximo hasta el 18 de agosto de 1995.

Luego, es desde esta última fecha donde debe empezar a contarse el término de dos años para el ejercicio de la acción contractual, los cuales vencían el 18 de agosto de 1997. Como la demanda solo se presentó el 4 de septiembre de 1997, debe concluirse que la acción está caducada...”

Concluyó que las circunstancias de hecho y de derecho no habían variado, pues el argumento expuesto por el demandante, en el sentido de que el escrito por medio del cual se hace una entrega de obras es la prueba de que en esa fecha (24 de abril de 1996) ocurrió el último hecho y de allí debe empezar a contarse el término de caducidad, está desvirtuado, en razón a que dicho documento no se encuentra firmado por quien debe expedirlo; y, además, el testimonio del señor Marlos Mestra Montoya no constituye prueba de ello, porque en su declaración no ofreció ninguna información en relación con la fecha en que fueron recibidas para efectos de contar el término oportuno con el fin de instaurar la acción.

7. La apelación

El demandante apeló la sentencia, solicitando que sea revocada, con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, señaló que el municipio accionado no había contestado la demanda, lo cual constituye un indicio grave en su contra, según las voces del artículo 95 del Código de Procedimiento Civil.

En segundo lugar, puntualizó que para el cumplimiento del contrato de obras públicas celebrado con el municipio demandado incurrió en gastos, pero como éste no pagó su valor, el mismo le significó un empobrecimiento.

En tercer lugar, manifestó que las obras pactadas fueron ejecutadas por el contratista y recibidas por el Jefe de Planeación del Municipio de Valencia, lo cual se encuentra demostrado en el proceso con el documento por éste suscrito y que no fue tachado de falsedad, de manera que el juez debía apreciar esos dos hechos en su conjunto (art. 248 C.P.C.) para concluir que *“...tenía que extender o firmar el papel donde constaba esa circunstancia fuese que su firma estuviese estampada en el papel original o en papel copia, pues para los efectos del caso da lo mismo...”* y, por ende, darle credibilidad tanto a su contenido como a su fecha.

Finalmente, concluyó que en el desarrollo de la relación contractual con el Municipio de Valencia, el último hecho cierto y válido es la entrega de los proyectos el 24 de abril de 1996 y desde esa fecha debe contarse el término para verificar si operó o no la caducidad y no desde cualquier otra.

8. Actuación en esta instancia

8.1. En auto de 19 de febrero de 2000 se admitió el recurso de apelación formulado por el actor; y el 24 de marzo de ese año, se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para presentar alegatos y rendir concepto.

8.2. Las partes guardaron silencio, según consta en el informe secretarial a folio 111 del expediente.

8.3. El Ministerio Público rindió concepto en el que solicitó revocar la sentencia apelada, pues consideró, que no hay lugar a declarar la caducidad, toda vez que no obra prueba cierta de las fechas de celebración y terminación del contrato que permitan calcular el plazo legal; aunque, en aras de privilegiar el derecho sustancial, observa que la cobertura de la póliza de seguro constituida se extendió “...desde el 3 de marzo de 1995 hasta el 17 de marzo de 1995...” (sic), con lo cual bien puede entenderse esta última como fecha de terminación del contrato, de manera que teniendo en cuenta los 4 meses que tienen las partes para liquidarlo por mutuo acuerdo y los 2 meses con que cuenta la administración para hacerlo unilateralmente, la fecha de inicio para contabilizar el plazo es el 17 de septiembre de 1995 y como quiera que la demanda se presentó el 4 de septiembre de 1997, es palmario que no se presenta la caducidad.

De otra parte, en su criterio, las pretensiones no deben prosperar, por cuanto, si bien de acuerdo con el acervo probatorio se demostró que las partes suscribieron un contrato para la elaboración de unos proyectos de construcción, no se acreditó su ejecución, esto es, la entrega de los proyectos objeto del contrato, teniendo en cuenta que el documento con el cual se pretendió probar ese hecho no resulta idóneo, en la medida en que no está suscrito por el Alcalde Municipal de Valencia y la nota de recibo se refiere a la recepción del mismo, pero no que ellos se hicieron y entregaron de conformidad para su pago.

8.4. Vencido el término para alegar y encontrándose el proceso para fallo, el actor, por conducto de nuevo apoderado, presentó el 23 de abril de 2008 escrito con algunas apreciaciones jurídicas en torno al proceso, memorial que no será tenido en cuenta por extemporáneo.

II. CONSIDERACIONES

La Sala revocará la sentencia del tribunal *a quo*, para lo cual abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) El objeto del litigio y el motivo de la apelación; 2) El ejercicio oportuno de la acción (la caducidad); 3) La pretensión de incumplimiento del contrato examinado; 4) Conclusión, y 5) Admonición a la entidad municipal demandada.

1. El objeto del litigio y el motivo de la apelación

Según la demanda se persigue la declaratoria de incumplimiento por parte del Municipio de Valencia (Córdoba) de un “contrato de obras públicas”, celebrado en el mes de abril de 1995, consistente en el diseño arquitectónico, diseño estructural, diseño hidráulico y sanitario, diseño eléctrico y presupuesto, para la construcción de 45 aulas y 42 baños, en varios corregimientos de dicho municipio, por un valor de \$21.000.000,00.

El Tribunal *a quo* se inhibió fallar de fondo por caducidad, toda vez que consideró que la demanda se presentó por fuera del plazo de los dos (2) años para ejercer oportunamente la acción, establecido en el artículo 136 del C.C.A. Inconforme con la decisión del *a quo*, la parte demandante apeló la sentencia, porque, a su juicio, en el desarrollo de la relación contractual con el Municipio de Valencia el último hecho cierto y válido es la entrega de los proyectos el 24 de abril de 1996 y desde esta fecha debe contarse el término para verificar si operó o no la caducidad.

Así las cosas, como quiera que el fallo recurrido fue inhibitorio y aunque sólo fue apelado por el demandante, es claro que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 357 del C. de P. Civil, la Sala podrá pronunciarse acerca de todos los aspectos que conforman la *litis* e incluso fallar de fondo, en el caso de que considere que en el *sub lite* no se configuró el fenómeno de la caducidad.

En consecuencia, de acuerdo con los cargos formulados por el demandante, los problemas jurídicos que ocupan la atención de la Sala se concretan en resolver: i) si operó la caducidad; y, en caso negativo, ii) si se presentó el incumplimiento del contrato.

2. El ejercicio oportuno de la acción

Como atrás se indicó, el Tribunal Administrativo de Córdoba encontró en el *sub lite* configurada la caducidad, porque, a su juicio, entre la fecha que estimó como límite para realizar la liquidación -18 de agosto de 1995-, y la fecha en que se presentó la demanda -4 de septiembre de 1997-, transcurrieron más de los dos (2) años concedidos en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (en la versión vigente que de esta disposición se establecía en el artículo 23 del Decreto - Ley 2304 de 1989).

No obstante, para la Sala no hay lugar a declarar la caducidad, según se deduce de las siguientes reflexiones:

2.1. En primer lugar, conviene advertir que el *sub examine* se originó con ocasión de una acción de controversias contractuales, cuyo ejercicio oportuno en el contencioso administrativo ha estado regulado en varias normas.

En efecto, el Decreto - ley 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, estableció como término para el ejercicio oportuno de la acción contractual el de dos años contados a partir “*de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella*” (artículo 136). Luego el Decreto - ley 2304 de 1989, modificó la redacción del aspecto relacionado con el supuesto que desencadena el inicio del cómputo del término, pero preservó el plazo de los dos años dispuestos por el Decreto 01 de 1984, sólo que desde que ocurrieron “*los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento*” (artículo 23). Y tiempo después, la Ley 80 de 1993, en su artículo 55 dispuso que “[I]a acción civil derivada de las acciones y omisiones a que se refieren los artículos 50, 51, 52 y 53 de esta ley prescribirá en el término de veinte (20) años, contados a partir de la ocurrencia de los mismos...”

1

En vigencia de la Ley 80 de 1993, con el fin de armonizar lo previsto en su artículo 55 con lo dispuesto por el artículo 136 del C.C.A., la Sala precisó y ha reiterado que se presentaban dos reglas para determinar el ejercicio oportuno de la acción²:

¹ Los artículos relacionados en esta norma se refieren a: (i) Las entidades, que responderán “por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que le sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas” (art. 50); (ii) El servidor público, que responderá civilmente “por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y la ley” (art. 51); (iii) Los contratistas, que responderán civilmente “por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de ley”, incluyendo los consorcios y uniones temporales, que responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esa ley (art. 52); y (IV) Los consultores, interventores y asesores, que responderán civilmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría (art. 53).

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. en providencia de 14 de febrero de 2002, Exp. 13.238, señaló: “...El legislador - ley 80 de 1993 - amplió el término de prescripción de la acción a veinte años sólo para los eventos de las conductas antijurídicas y contractuales. Así, Administración y Contratista, pueden perseguirse judicialmente dentro de un término mayor, veinte años, cuando sus conductas (activas u omisivas) sean antijurídicas, como en este caso que se alega el incumplimiento a una de las obligaciones adquiridas en el contrato de interventoría. Cosa distinta es el cuestionamiento de la validez de actos jurídicos contractuales los cuales se presumen válidos (contrato, actos bilaterales, actos unilaterales de la administración y del particular) y de otras conductas jurídicas (hecho del príncipe) o no imputables a las partes cocontratantes (hechos imprevisibles), evento en los cuales el término de caducidad es de dos años (art. 136 inc. 6o. C.C.A)...” Tesis que ha sido reiterada en Auto de 12 de diciembre de 2005, C.P., Exp. 30.734, C.P. María Elena Giraldo Gómez en el que se menciona que “Si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sección Tercera tuvo diversos criterios respecto de la aplicación del término de prescripción de veinte años previsto en el artículo 55 de la ley 80 de 1993, en la actualidad rige, de acuerdo con la ley, el criterio relativo a que el término de caducidad respecto de conductas antijurídicas contractuales es de 20 años cuando ocurrieron en vigencia el artículo 55

(i) Para las controversias contractuales referidas a la responsabilidad patrimonial como el incumplimiento del contrato por las partes o la civil de los servidores públicos, el término de “prescripción de la acción” es de veinte (20) años (artículo 55) y,

(ii) Para las demás, vale decir, aquéllas controversias en las que se discuta la validez del contrato, de los actos jurídicos y de los hechos contractuales que no le son imputables a las partes (hecho del príncipe, hechos imprevisibles, etc.), se aplica la regla general de los dos (2) años prevista en el artículo 136 del C.C.A.

Actualmente, en esta materia rige la modificación realizada por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 al artículo 136 del C.C.A., que cambió los términos para la interposición oportuna de la acción contractual so pena de caducidad, pero la misma es claro que no es susceptible de aplicación en el *sub lite*, por tratarse de una norma posterior a la presentación de la demanda que suscitó este proceso³.

Por consiguiente, en tratándose de pretensiones que persigan el incumplimiento del contrato por una de las partes, ocurrido en vigencia del artículo 55 de la Ley 80 de 1993, como se alega en este caso para el año de 1995, según tesis mayoritaria de la Sala⁴, el término para acudir al juez por parte de quien ejercita la acción de controversias contractuales en aplicación a esta disposición es de veinte (20) años contados a partir de la abstención, hecho u omisión antijurídicos.

original de la ley 80 de 1993.” Decisiones en igual sentido autos interlocutorios: de 9 de marzo de 2000, exp. 17.333, CORVIAS VS: Municipio de Ocamonte; de 13 de diciembre de 2001, exp. 21.301, Benjamín Méndez Pinzón VS: ASOSUMAPAZ; de 22 de julio de 2002, exp. 22.431, Germán Alfredo Riveros S. VS: Fondo Pasivo Social Empresa Puertos de Colombia; de 23 de enero de 2003, exp. 22.113, Sociedad Botero Aguilar & Cía. VS: INVIAS y de 6 de noviembre de 2003, exp. 24.432, J. A. Asociados VS: Departamento del Atlántico.

³ El artículo 136 numeral No. 10 del C.C.A., modificado por el artículo 44 de Ley 446 de 1998, reza: “(...) 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; 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 (...)”

⁴ O vigente en el momento de la presentación de la demanda según tesis sostenida por la ponente de esta providencia en diferentes salvamentos de voto, punto cuya definición resulta irrelevante en el *sub examen*, porque ambas situaciones se tienen por sucedidas en vigencia de la norma citada, esto es, tanto el incumplimiento según la demanda, como la presentación de la demanda de acuerdo con el expediente.

2.2. De otra parte, es importante señalar que la jurisprudencia de tiempo atrás ha subrayado que el término previsto en la norma de que se trate para instaurar la acción de controversias contractuales debe contabilizarse a partir de la terminación del contrato o desde la liquidación del mismo en los casos en que se requiera, evento este último en el cual deberá comenzar a computarse el plazo desde la fecha en que efectivamente se realizó o desde la fecha en que ha debido producirse; así, por ejemplo, en los contratos de ejecución sucesiva y de prestaciones periódicas, el motivo de hecho o de derecho que da lugar a la iniciación del término previsto para demandar en tiempo el incumplimiento, apenas empieza a computarse desde la liquidación del contrato⁵.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación -aplicable para la época en que se celebró y terminó el contrato *sub iudice*-, señaló en su artículo 60 -original- que “...los contratos de tracto sucesivo, aquellos 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, dentro del término fijado en el pliego de condiciones (...) o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato...”⁶

A su turno el artículo 61 *ibídem*⁷ dispuso que si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a un acuerdo sobre el contenido de la misma,

⁵ Si bien es cierto fue la Ley 446 de 1998 - la cual no existía para el momento en que se presentó la demanda-, la que estableció que la acción contractual podía ejercerse dentro de los dos años siguientes a la liquidación del contrato, en los eventos en que se requiera de la liquidación del mismo (numeral 10, apartes c) y d) del artículo 136 C.C.A), esta Sección ya había sentado dicho criterio en Auto 8 de junio de 1995, Exp.10.684, y en la Sentencia de 22 de junio de 1995, Exp. 9.965, C.P. Daniel Suárez Hernández. En efecto, repárese que la liquidación del contrato es una actuación administrativa posterior a su terminación normal (culminación del plazo de ejecución) o anormal (verbigracia en los supuestos de terminación unilateral o caducidad de que tratan los artículos 17 y 18 de la Ley 80 de 1993), con el objeto de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de las cuentas para determinar quién le debe a quién y cuánto y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, y así dar finiquito y paz y salvo a la relación negocial. En consecuencia, en conformidad con la jurisprudencia citada, como quiera que en los contratos de ejecución periódica es en la liquidación cuando se conoce cuánto se le va a pagar y que reconocimientos económicos le hará la administración al contratista o, viceversa, que le debe el contratista del objeto contractual a la administración, será con ese acto o al vencimiento de la oportunidad para efectuarlo el momento en que con certeza se podrá apreciar el incumplimiento de las obligaciones contractuales y tomar la decisión de demandar o no a su cocontrante.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero de 1988, Exp. 3615, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, la Sala ya había estimado ese término para liquidar de mutuo acuerdo los contratos, así: “... aunque la ley no lo diga, no quiere significar esto que la administración pueda hacerlo a su arbitrio, en cualquier tiempo. No, en esto la jurisprudencia ya ha tomado también partido. Se ha considerado como término plausible el de cuatro meses: dos para que el contratista aporte la documentación adecuada para la liquidación, y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo. Si vence este último, la administración no podrá esperar más y deberá a proceder a la liquidación unilateral mediante resolución administrativa debidamente motivada...” -Subraya la Sala-

⁷ Modificado el primero -art 60- en su inciso primero y derogado este segundo -art. 61- por cuenta del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

debe ser practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado, y aunque no indicó un plazo para efectuar esa labor, la jurisprudencia ya había sentado el criterio que debía realizarla dentro de los dos (2) meses siguientes al plazo fijado en el pliego o pactado por las partes, o el legal⁸.

2.3. De acuerdo con las anteriores precisiones, con el fin de verificar si se presentó o no la cuestionada caducidad que originó la apelación, es necesario determinar si la acción si instauró dentro del término de los veinte (20) años dispuesto en el artículo 55 de la Ley 80 de 1993 para los eventos de conductas antijurídicas en que incurrieran las partes en desarrollo de la actividad contractual, como el presunto incumplimiento que aquí se demanda, para lo cual debe establecerse el momento en que comenzó a correr dicho término, que en el *sub iudice* equivale a indagar cuándo se liquidó o debió liquidarse el contrato demandado.

En relación con este interrogante, de entrada se advierte que no existe claridad acerca de las fechas de celebración y terminación del denominado “Contrato de Obras Públicas”, suscrito entre el Municipio de Valencia (Córdoba) y el demandante, de manera que, en principio, no resultaría posible realizar el cómputo del plazo legal y, por lo mismo, examinar si se configuró o no de la caducidad.

Sin embargo, repara la Sala que en la cláusula quinta del contrato se estipuló un término de duración de quince (15) días contado a partir de la fecha en que se pagara el anticipo⁹, y consta en el expediente que para garantizar su cumplimiento

⁸ No obstante que el Decreto-ley 222 de 1983 no precisó tiempo alguno dentro del cual debía agotarse dicha etapa, dicho vacío legal fue satisfecho por vía jurisprudencial: 4 meses para hacerla por mutuo acuerdo a partir del vencimiento del plazo de ejecución del contrato, tal y como se menciona en la sentencia de la nota 6 precedente; y 2 meses para realizarla unilateralmente la administración luego de expirado este último y antes de que fuera viable acudir al juez del contrato o reclamar por esta actuación, según el siguiente pronunciamiento: “...A falta de acuerdo, estima la Sala que la entidad contratante debe proceder a la liquidación unilateral dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término para hacer la liquidación de común acuerdo. Aunque este nuevo plazo no está previsto por la ley de manera específica, coincide con el consagrado legalmente para que se produzca el fenómeno del silencio administrativo negativo (Decreto ley 2.304 de 1989, arts. 1º y 7º) y, por esta razón, lo adopta la Sala para eventos como el que aquí se presenta’ (Sentencia de noviembre 9, 1989, Expedientes Nos. 3265 y 3461. Actor: Consorcio CIMELEC LTDA-ICOL LTDA)...”. -Subraya la Sala-. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 11 de diciembre de 1989, Exp. 5334, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo. Este lineamiento fue recogido por la Ley 446, en su art. 44. No. 10, letra d. que modificó el art. 136 del C.C.A., así: “...d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. 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...” (se subraya).

⁹ Lo cual no ocurrió según el demandante, pero que no obsta para que un contratista pueda comenzar a ejecutarlo con sus propios recursos si así lo decide.

se expidió el 29 de marzo de 1995 la póliza de seguros No. 50499119 por la Aseguradora Solidaria de Colombia a favor del ente municipal (fl. 6 cd. ppal.), con una cobertura desde el 3 de abril de 1995 hasta el 17 de abril de ese mismo año, fecha esta última que, en gracia de discusión, habrá de tenerse como de terminación del contrato para estos efectos -tal y como lo hizo el *a quo*-, ante la falta de prueba en contrario y en consideración a que los contratos que celebra la administración no pueden ser ejecutados sin la constitución de la garantía única de cumplimiento (inc. 2 del art. 41 en concordancia con el No. 19 del art. 25 - original- de la Ley 80 de 1993).

De ahí que, de conformidad con las reglas arriba explicadas, el plazo para liquidar por mutuo acuerdo el contrato materia del *sub lite*, dado que no se pactó un término diferente, expiró a los cuatro (4) meses desde la finalización de su plazo de ejecución, esto es, el 17 de agosto de 1995; y como tampoco está acreditado que dicho contrato se hubiere liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término para hacerlo de común acuerdo, el contratista quedaba desde el 17 de octubre de 1995 habilitado para acudir en acción al juez del contrato, momento a partir del cual comenzaba a correr el término fijado en la ley para la formulación en tiempo de la demanda.

En consecuencia, la Sala considera que en el *sub exámine* no operó la caducidad procesal, pues resulta evidente que entre el 17 de octubre de 1995 -fecha en que debió liquidarse por la entidad- y el 4 de septiembre de 1997 -fecha en que se presentó la demanda- no habían transcurrido los veinte (20) años de que trata el artículo 55 de la Ley 80 de 1993; así mismo, aún si se aceptara que la norma aplicable corresponde a la del artículo 136 del C.C.A. es claro que el cuestionado fenómeno procesal no se produjo, por cuanto fue también formulada dentro de los dos (2) años siguientes a la primera fecha.

Por lo expuesto, se concluye que no le asiste razón al *a quo* cuando halló probada la caducidad, razón por la cual la decisión será revocada para estudiar el fondo de la *litis*.

3. La pretensión de incumplimiento del contrato examinado

El actor demandó el incumplimiento por parte del Municipio de Valencia (Córdoba) del contrato con él celebrado, porque, aun cuando cumplió a cabalidad con el

objeto del contrato, le fue recibida su labor el 24 de abril de 1996 y presentó oportunamente la cuenta de cobro correspondiente, el ente municipal no pagó la suma de \$21.000.000 convenida, que debió serle cancelada en dos contados: el 50% a título de anticipo al momento de su iniciación y el 50% al finalizar el contrato.

Sin embargo, contrario a lo sostenido por el actor, la Sala no encuentra demostrado el incumplimiento de la obligación de pago por el Municipio de Valencia, como se pasa a explicar:

3.1. Efectos del incumplimiento del contrato bilateral y la carga de la prueba de quien lo alega

En virtud del contrato bilateral cada una de las partes se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa inmediatamente, al vencerse un plazo o al ocurrir alguna condición, de conformidad con los términos de la estipulación (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil). Por él cada contratante acude a prestar su consentimiento en la confianza en que la otra ejecutará las obligaciones recíprocas acordadas al tenor del contrato y en el tiempo debido. Empero, sucede que en ocasiones una de las partes se sustrae del compromiso y no satisface su obligación para con el otro al tiempo de su pago, incurriendo en un incumplimiento, vicisitud que se traduce en una obligación frustrada por obra de uno de los sujetos del vínculo y que por tal motivo es sancionada por el ordenamiento jurídico.

En efecto, el contrato, como expresión nítida que es de la *autonomía de la voluntad*, se rige por el principio "*lex contractus, pacta sunt servanda*", consagrado positivamente en el artículo 1602 del Código Civil, por cuya inteligencia los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En perfecta consonancia, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial, lo que significa que los contratantes en miras de satisfacer la función práctica, económica y social para el cual está instituido el tipo contractual por ellas elegido, deben actuar en forma leal y honesta, conforme a las exigencias de

corrección y probidad y la ética media imperante en la sociedad, y sin abuso de sus derechos.

La inobservancia o violación de estos principios, que suponen el carácter y la fuerza vinculante para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato existente y válido, como fuente de obligaciones que es (art. 1494 C.C.), con el consiguiente deber de tener en cuenta en su ejecución las exigencias éticas y de mutua confianza, hace caer en responsabilidad a la parte que comete la infracción al contenido del título obligacional. En tal caso, la ley impone el deber de reparar integralmente a la parte cumplida el daño causado, y para ello faculta a la parte agraviada o frustrada para exigir las obligaciones insatisfechas y defender los derechos que emanan del contrato en procura de satisfacer el objeto primario del mismo o, en su defecto por no ser éste posible en el tiempo (causa oportuna), su equivalente, y obtener el resarcimiento de todos los perjuicios sufridos.

Así es, el incumplimiento del contrato otorga al contratante ofendido con la conducta de aquel que se apartó de los dictados del negocio jurídico, el derecho a reclamar la satisfacción del débito contractual y la indemnización de perjuicios, bien a través de la conminación directa o en virtud de requerimiento extrajudicial del deudor para provocarla en forma espontánea, ora mediante su ejecución forzada por las vías judiciales y contra su voluntad, con pretensión de que se realice la prestación *in natura*, esto es, el débito primario u original, o con pretensión sobre el débito secundario, esto es, el subrogado o equivalente pecuniario de la obligación o *aestimatio pecunia*, con la indemnización de perjuicios.

O sea, lo normal es que el deudor cumpla a su acreedor el contrato ejecutando el objeto en el tiempo debido y lo anormal es que incumpla; si incumple en el momento previsto para el pago incurre en retardo y si es conminado o la ley lo establece sin que ello sea menester entra en mora (art. 1608¹⁰ C.C.), y una vez constituido en ese estado debe responder de acuerdo con la naturaleza de la

¹⁰ C.C. "ARTICULO 1608. [MORA DEL DEUDOR]. El deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. / 2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. / 3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor."

prestación (el dar¹¹, hacer¹² o no hacer¹³ primigenio), que adeude, bien con ejecución del contrato como fue pactado (débito primario), ora con ejecución de su equivalente (débito secundario) y, además, en uno y otro evento, con indemnización de perjuicios.

No puede remitirse entonces a duda: los efectos del incumplimiento contractual por violación a la ley del contrato concretamente consisten en que, de una parte, el deudor incumplido queda expuesto a ser compelido o constreñido judicialmente a cumplir con su objeto o su equivalente y a indemnizar los daños y perjuicios y, de otra parte, surge el derecho correlativo del perjudicado a obtener ante el juez del contrato la realización de la prestación debida de ser ello posible o perseguir su subrogado y el resarcimiento por la lesión o perturbación a su derecho de crédito.

De manera pues, que si uno de los contratantes se abstiene o es negligente en el cumplimiento de la obligación, su contraparte puede solicitar judicialmente la resolución del contrato o el cumplimiento de éste, con indemnización de perjuicios, alternativa que depende de la utilidad respecto de la causa que motivó a contratar, regla establecida en términos de condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales en el artículo 1546 del C.C., a cuyo tenor *“[e]n los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.”* Su justificación, según la jurisprudencia, está fundada en la equidad, que se explica en que *“...si uno de los contratantes incumple con sus obligaciones que corren a su cargo, es apenas obvio y equitativo que el derecho autorice al*

¹¹ C.C. “ARTICULO 1605. [OBLIGACION DE DAR]. La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir.”

¹² C.C. “ARTICULO 1610. [MORA DEL DEUDOR EN OBLIGACIONES DE HACER]. Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1a.) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido. 2a.) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor. 3a.) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.”

¹³ C.C. “ARTICULO 1612. [INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE NO HACER]. Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho. Pudiendo destruir la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efectos a expensas del deudor. / Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlos. / El acreedor quedará de todos modos indemne.”

contratante diligente o cumplido para desligarse del vínculo que lo une...” con el otro¹⁴.

Pero también la parte incumplida queda expuesta a la excepción de contrato no cumplido de acuerdo con el artículo 1609 *ibídem*, que preceptúa que “[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”; norma que, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo de que “la mora de uno purga la mora del otro”, consagra la *exceptio non adimpleti contractus*, medio de defensa que puede invocar uno de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica.

En síntesis, es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna¹⁵, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputable al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato).

Este marco jurídico, en el ámbito de la responsabilidad de la Administración Pública, regido desde la altura del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política¹⁶, es en buena medida aplicable a la contratación pública (Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993), porque la responsabilidad contractual de una entidad pública contratante puede

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de noviembre de 1979, GJ, CLX-306.

¹⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, Sentencia de 3 de julio de 1963: “*La integridad está referida a la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa; la efectividad, dice relación a solucionar la obligación en la forma pactada; y la oportunidad alude al tiempo convenido*”.

¹⁶ Que consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, en virtud de la cual éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas; disposición que, como lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sección, no sólo establece la responsabilidad patrimonial en el ámbito extracontractual, sino que consagra un régimen general, según el cual la noción de daño antijurídico, entendido como “*el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo*”, es aplicable en materia pre-contractual y contractual del Estado y, por tanto, fundamenta la totalidad de su responsabilidad patrimonial.

comprometerse con fundamento en la culpa (art. 50 *ejusdem*), es decir, una responsabilidad con falta, derivada de una conducta de incumplimiento de las obligaciones contractuales, la cual debe ser analizada, entre otras, de acuerdo con las reglas explicadas en precedencia del régimen del derecho común, pero sujetas o armonizadas con las reglas del derecho administrativo en caso de que exista norma expresa en éste y, por supuesto, con prevalencia del interés público.

A guisa de ejemplo la jurisprudencia de la Sala ha precisado lo siguiente:

(i) La aplicación restringida del artículo 1546 del Código Civil que establece la condición resolutoria tácita en relación con los contratos estatales presenta algunas modificaciones, dado que según se desprende del artículo 87 del C.C.A. una de las pretensiones del contencioso contractual es que se declare el incumplimiento del contrato y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, lo que significa -se dice- que no está prevista la acción de cumplimiento, esto es, orientada a que ante el incumplimiento de la entidad pública o del contratista de las obligaciones contractuales a su cargo, pueda exigírseles que las cumpla o que el juez ordene la ejecución del contrato, pues en el primero de los casos se está frente a una responsabilidad contractual y cabe que se ordene a la administración reconocer y pagar los perjuicios y en el segundo, existen las medidas coercitivas y las potestades sancionatorias atribuidas a la administración para asegurar la ejecución del contrato¹⁷.

(ii) Se permite con un tratamiento restringido la *exceptio non adimpleti contractus* (art. 1609 del C.C.), como regla de equidad en los contratos de los que se derivan obligaciones correlativas para ambas partes y que resulta aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pero que, en aras de armonizar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, no tiene el alcance amplio de que goza en la contratación entre particulares, sino que en el contencioso administrativo contractual está limitada únicamente a aquellos eventos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de septiembre 15 de 1983, Exp. 3244; junio 25 de 1987, Exp. 4994; mayo 15 de 1992, Exp. 5950; enero 17 de 1996, Exp. 8356; septiembre 14 de 2000, Exp. 13530, Sentencia septiembre 14 de 2000, Exp.13530, Sentencia de marzo 1 de 2001, Exp. 11480.

imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones¹⁸. Esta Corporación determinó entonces su aplicación condicionada principalmente al cumplimiento de estos requisitos: a) existencia de un contrato sinalagmático, fuente de obligaciones recíprocas o correlativas; b) no cumplimiento actual, cierto y real de obligaciones a cargo cada una de las partes contratantes; c) un incumplimiento de la Administración serio, grave, determinante, que ponga al contratista en razonable imposibilidad de cumplir, y d) que el que la invoca no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo.

Ahora bien, sabido es que existe responsabilidad contractual sólo a condición de que cualquiera de las partes deje de ejecutar por su culpa el contrato y haya causado un perjuicio al acreedor. Para que se estructure esa responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, debe demostrarse: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento¹⁹.

Es importante destacar que esa carga de la prueba que pesa sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos²⁰ tiene una doble dimensión, tal y como lo explicado la Sala así:

“...tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que **para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez,**

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de enero 31 de 1991, Exp. 4739; septiembre 15 de 1983, Exp. 3244; junio 25 de 1987, Exp. 4994; mayo 15 de 1992, Exp. 5950; enero 17 de 1996, Exp. 8356; marzo 15 de 2001, Exp. 13415; abril 13 de 1999, Exp. 10131; febrero 21 de 1992, Exp. 5857; octubre 17 de 1995, Exp. 8790; septiembre 14 de 2000, Exp. 13530; febrero 16 de 1984, Exp. 2509, Sentencia septiembre 13 de 2001, Exp. 12722; Sentencia marzo 15 de 2001, Exp. 13.415; Sentencia de abril 25 de 2005, Exp. 14393, Sentencia abril 14 de 2005, Exp. 28.616, entre otras.

¹⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 6461 de 4 de julio de 1992, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

²⁰ Artículo 1498 del C.C.: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...”

acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante.

En este sentido, **no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega**, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada..."²¹ (Negrilla ajena al texto original).

En esas hipótesis de contratos con prestaciones correlativas, como cada parte se compromete en consideración a la prestación que la otra le promete, existiendo así una relación de interdependencia de las obligaciones recíprocas que conlleva, según enseña Scongnamiglio, que el incumplimiento de uno de los contratantes repercute sobre el sinalagma contractual, incidiendo en su funcionalidad, de manera que se autoriza [excusa o justifica] que el otro contratante se sustraiga al contrato y, por ende, a la obligación de ejecutar la prestación delante de quien se ubicó como incumplido²².

Por eso, del artículo 1609 del C.C. antes mencionado se extrae la regla en virtud de la cual no es permitido ni admisible que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma no lo haya hecho, en tanto que sería injusto permitir o patrocinar que quien no ha cumplido las obligaciones que correlativamente asumió, pudiera reclamar del otro que tampoco ha cumplido lo acordado.

Quiere decir lo anterior que el éxito de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del C.C.A. cuando se pretende obtener el incumplimiento del contrato y la condena en perjuicios presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones; o lo que es igual, para abrir paso a pretensiones en ese sentido la parte que las invoca debe probar que satisfizo las obligaciones que le incumben o se allanó a hacerlo, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2005, Exp. No. 14.937. C.P., Germán Rodríguez Villamizar.

²² Scongnamiglio, Renato, Teoría General del Contrato, Traducción Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, 1982, Pág. 350 y ss.

obligaciones a su cargo, que éstas son exigibles y que, por tanto, se encuentra en mora para su pago.

En conclusión, en los contratos bilaterales o conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la Administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse, la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas.

3.2. La prueba del incumplimiento del contrato alegada por el actor

En el caso del proceso contractual que se estudia, lo explicado en precedencia según jurisprudencia de esta Sala, implica que correspondía al demandante demostrar: (i) que efectivamente cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales; y, en consecuencia, (ii) que el municipio se encontraba en mora de pagar la ejecución de dicho contrato y, por tanto, incumplió las obligaciones que le eran exigibles.

Para la Sala las pretensiones no están llamadas a prosperar, habida cuenta de que no se encuentran demostrados los hechos que las sustentan, esto es, que el actor cumplió a satisfacción con sus obligaciones contractuales y, por lo tanto, que el municipio demandado se encontraba en incumplimiento o en mora de pagar la ejecución de dicho contrato.

En efecto, dadas las deficiencias y precariedad probatorias para la comprobación de los hechos en que se fundamenta el objeto del proceso, es menester precisar que las pruebas que reposan en el expediente son las siguientes:

a) El contrato denominado de “obras públicas” sin número y sin fecha, suscrito por el señor Alberto Vergara Mellado y el Alcalde del Municipio de Valencia (Córdoba), cuyo objeto es el “[d]iseño arquitectónico, diseño estructural, diseño hidráulico y sanitario, diseño eléctrico y presupuesto, para la construcción de 45 aulas y 42 baños, en los siguientes pueblos del Municipio de Valencia: cocuelo medio, cocuelo soto, las cheras, florisanto, guasimito, jaraguay arriba, jaraguay el búho, jardín santa fé, jericó, el puya, mieles medio, pascado arriba, río nuevo, venado

abajo, volcán, zaino, novación damasco, el pital, villa nueva, tinajones..."; por un valor de \$21.000.000,00, que debía cancelarse mediante un anticipo del 50% a su inicio y el restante 50% a su finalización, *"...previa certificación de haber sido recibido ha (sic) entera satisfacción por parte del municipio (Alcalde)..."*; y con una duración de 15 días contados a partir de la fecha de entrega del anticipo [documento original a folio 4 cd. ppal., aportado con la demanda].

b) La garantía de cumplimiento del contrato, constituida mediante póliza de seguros No. 50499119, expedida el 29 de marzo de 1995 por la Aseguradora Solidaria de Colombia a favor del Municipio de Valencia (Córdoba), por un valor asegurado de \$2.100.000 y con una vigencia desde el 3 de abril de 1995 hasta el 17 de abril de ese mismo año, es decir, por 15 días; aparece como tomador Alberto Vergara Mellado y como beneficiario el citado municipio [documento a folio 6 cd. ppal, aportado con la demanda].

c) Documento fechado *"Valencia, julio 17 de julio de 1.995"* para la firma de recibo por parte del Alcalde Municipal pero sin haber sido suscrito por este funcionario. En él se consigna: *"se recibieron de conformidad los Proyectos de Educación presentados por el ingeniero ALBERTO VERGARA MELLADO c.c.# 6'872.498 de montería, los cuales constan de 107 Planos y 21 Presupuestos en las siguientes veredas..."*, y contiene una nota al margen de recibido de fecha 24 de abril de 1996, junto con una firma no reconocida (fl.5 cd. ppal.).

d) Declaración de parte de Luis Sierra Becerra, Alcalde del Municipio de Valencia, quien afirmó estar enterado del proceso promovido por el señor Alberto Vergara Mellado y de la conciliación a la que se había llegado, y manifestó que estaba a la espera de la respuesta sobre la existencia de la caducidad y que se resolviera si podía pagar o no (fl. 69 cd. ppal.).

e) Declaración del señor Marlos Mestra Montoya, empleado público que se desempeñaba como Jefe de Planeación de la Administración Municipal en los años de 1995 y 1997, quien ante la pregunta de si tenía conocimiento del contrato celebrado entre el demandante y el Municipio de Valencia, contestó: *"...[n]o tengo conocimiento, solo recibí varios proyectos para consecución de recursos para el sector de Educación ante el FIS, los cuales fueron enviados a la EUDECO del departamento"*; y a la pregunta de si era original la firma suya en la nota de recibo de proyectos al ingeniero Vergara Mellado en los pueblos allí mencionados, afirmó:

“[n]o recuerdo haberla firmado, porque no la tengo a la mano, cuando me la muestren verificó su autenticidad” (fl. 70 cd. ppal.).

Las anteriores pruebas muestran que las partes celebraron un contrato en 1995 que denominaron como de “obras públicas”, designación del tipo contractual que resulta incorrecta, toda vez que es evidente que el negocio jurídico que suscitó este proceso corresponde a un contrato de consultoría y no de obra. Recuérdese que la nominación que de un contrato hagan las partes no determina su naturaleza y tipología, dado que es el objeto y las prestaciones que en él se acuerden, los que perfilan su noción y elementos y dan lugar a su existencia de acuerdo con la ley²³.

En efecto, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (régimen de derecho del contrato que se demanda por estar vigente al momento en que se predica su celebración en el año de 1995), los contratos de obra son los que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago; mientras que según el numeral 2 de dicho artículo los contratos de consultoría son aquellos que están referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, o que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Así, de un sencillo examen del objeto arriba transcrito del negocio jurídico del *sub lite*, resulta fácil establecer que se trata de servicios de consultoría para la ejecución de proyectos que incluyen el de construcción de obra (diseños arquitectónicos, estructurales, hidráulicos, sanitarios y eléctricos y su presupuesto, para la construcción de 45 aulas y 42 baños).

²³ C.C.: “ART. 1501. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.” (Subraya la Sala).

Ahora bien, no obstante que se probó la existencia del contrato, dado que según la Ley 80 de 1993, aplicable al mismo, “...los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito...” (art. 41), en lo referente al cumplimiento de los requisitos -aprobación de la garantía y la existencia de las disponibilidades presupuestales- que se exigen para la ejecución del contrato (inciso segundo art. 41 original *ejusdem*), se observa que no fueron acreditados en el plenario, pues, de una parte, en el mismo no aparece la imputación presupuestal y el demandante no aportó ningún documento en el que conste el registro presupuestal que debió haberse realizado, y de otra parte, aunque el contratista trajo copia de la póliza de cumplimiento (No. 19 del artículo 25 original *ibídem*), ésta no viene aprobada por la entidad municipal. En este caso, por tanto, existe un grado de incertidumbre en relación con esos aspectos del contrato.

Sea lo que fuere, pese a que se estime que el contrato acreditado cumplió con los presupuestos mencionados, no se demostró su ejecución material, por cuanto, tal y como lo advirtió la vista fiscal, ni el Alcalde municipal ni el Jefe de Planeación de la época dan cuenta de que el demandante hubiera realizado la entrega de los proyectos objeto del contrato, como tampoco fueron éstos allegados al proceso a efectos de ser valorados y constatado el cumplimiento del objeto contractual.

Aún más, el único medio probatorio que aportó el actor sobre el cumplimiento del contrato es el documento visible a fl. 5 cd. ppal., el cual no tiene el valor y mérito demostrativo que se pretende derivar del mismo, toda vez que: (i) no está firmado por su autor para indicar que acepta o que es cierto su contenido; (ii) tampoco está suscrito por el representante legal del Municipio de Valencia, esto es, su alcalde municipal, quien de acuerdo con la cláusula tercera del contrato (fl. 4 *ídem*) era quien debía certificar “haber sido recibido ha (sic) entera satisfacción por parte del municipio” el objeto del contrato y, por tal motivo, no tiene eficacia jurídica para comprometer a la accionada al carecer de su firma; (iii) a términos del propio documento el mismo se refiere a que supuestamente “[s]e recibieron a conformidad los Proyectos de Educación (...) 107 Planos y 21 Presupuestos en las (...) veredas”, y no al “[d]iseño arquitectónico, diseño estructural, diseño hidráulico y sanitario, diseño eléctrico y presupuesto, para la construcción de 45 aulas y 42 de baño, en los siguientes pueblos del Municipio de Valencia...” objeto del contrato; (iv) la nota que allí se consigna está referida al recibo del documento como tal, pero no da certeza de que los proyectos se realizaron y entregaron a

satisfacción para proceder al pago convenido, y (v) la autenticidad de la nota no se encuentra reconocida por su presunto suscriptor, pues en su declaración el señor Marlos Mestra Montoya, Jefe de Planeación del Municipio, no recordó haberlo recibido, como tampoco concretamente los proyectos ejecutados por el actor en virtud del contrato, sino unos proyectos para la consecución de recursos en el sector educación, cuya copia no fue aportada al proceso y, por tanto, no reposan en el expediente para verificar si se trata de aquellos exigidos en el contrato.

En definitiva, no existe prueba de que el contratista haya entregado en el tiempo debido el objeto del contrato, ni siquiera el 17 de julio de 1995, como tampoco que el municipio se hubiera negado a recibirlo, pues el documento aportado no permite deducir o inferir esa circunstancia como lo pretende el actor, en tanto su contenido o la sola fecha consignada en él no es indicativa o demostrativa de los hechos aseverados, incluso entre la fecha que se tenía proyectada la realización de la obra -17 de abril de 1995 según la póliza- y la fecha de recibo del mencionado documento -24 de abril de 1996- existe más de un año de distancia. En consecuencia, en el asunto materia de controversia no se encuentra demostrado que el contratista tenía derecho al pago por labores realizadas y, por ende, tampoco un incumplimiento en este sentido por el municipio, en la medida en que no hay certeza de la ejecución del contrato por parte del actor.

Por lo demás, en la demanda se afirma que el contratista presentó a la entidad cuentas de cobro por el trabajo realizado y cuyo pago requirió varias veces (fl.2), pero también se trató de un hecho no acreditado en el proceso, en tanto ni siquiera aportó al plenario dichas cuentas de cobro debidamente aprobadas por el interventor sobre la labor cuyo pago pretende; o, como se analizó, actas de recibo debidamente suscritas por él y el Alcalde Municipal; o facturas con los debidos soportes, es decir, se itera, no trajo al proceso los elementos de juicio que prueben la ejecución del contrato en tiempo debido y el recibo a satisfacción de la entidad contratante demandada.

De otra parte, aunque existió una conciliación que no fue aprobada, ello no es elemento que permita atribuir alguna obligación patrimonial a cargo del Municipio de Valencia, dado que una obligación de esa magnitud necesita estar fundamentada en pruebas que la sustenten y de las cuales se carece en el *sub exámine*; además, si bien obra declaración del Alcalde Municipal en la que manifestó estar enterado de la conciliación y estaba a la espera de la respuesta

sobre la existencia de caducidad y que se resolviera si podía o no pagar, no puede ser valorada desde ningún punto de vista como una confesión sobre los hechos por cuanto el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el art. 1, No. 95 del Decreto 2282 de 1989) dispone que no vale la confesión sea espontánea o provocada, de los representantes judiciales de ciertas entidades públicas, entre ellas los municipios.

Igual anotación cabe hacer respecto de la falta de contestación de la demanda por parte del ente territorial -circunstancia que ameritará más adelante algunas reflexiones de otro orden-, en la medida en que no tiene el alcance a que aspira el actor, puesto que se reitera que en materia contencioso administrativo, por el interés público confiado a los agentes del Estado y el principio de legalidad que gobierna las actuaciones de todas las autoridades, el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil antes citado establece que carece de valor la confesión de los representantes judiciales de ciertas entidades públicas, entre ellas los municipios, lo cual, como puede apreciarse de los propósitos del precepto, excluye que su silencio en estos procesos sea valorado como un indicio grave en su contra, máxime cuando en este caso lo que quiere el actor es suplir y excusar su inactividad probatoria respecto de la demostración de los hechos en los que fundamenta sus pretensiones.

En resumen: los documentos aportados y los testimonios rendidos en el proceso no acreditan que el contratista cumplió con sus obligaciones contractuales y, en consecuencia, que el municipio incumplió las que le eran exigibles. Ni siquiera aportó el demandante alguna prueba sobre la real existencia de las labores que alegó como recibidas, esto es, los documentos que contienen los diseños arquitectónicos, estructurales, hidráulicos, sanitarios y eléctricos y su presupuesto, para la construcción de 45 aulas y 42 baños en varios corregimientos del Municipio de Valencia.

Por consiguiente, ante la ausencia de pruebas para acreditar las afirmaciones del demandante acerca del cumplimiento de sus obligaciones contractuales y la exigibilidad de las del municipio demandado, es menester concluir que las súplicas tendientes a que se declare el incumplimiento por parte de éste del contrato y se le condene no están llamadas a ser acogidas y, por tanto, serán negadas.

4. Conclusión

Es obligada inferencia de lo que se viene considerando, que ninguna de las piezas probatorias obrantes en el proceso demuestran los supuestos fácticos en que se basan las pretensiones de la demanda, es decir, el demandante no acreditó el cumplimiento del objeto contratado, ni los requisitos previstos en el mismo contrato para hacer exigibles las obligaciones del municipio, de forma que no puede prosperar una declaración de incumplimiento de ésta a su favor ni menos aún una condena.

Se encontraba en cabeza del demandante contratista la carga de probar que había ejecutado el contrato y que su objeto había sido entregado y recibido oportunamente dentro del plazo de ejecución a satisfacción por el municipio, para estructurar el incumplimiento que pretende; pero, al contrario, no demostró los supuestos fácticos de la demanda.

En este orden de ideas, es importante reiterar que, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil²⁴, la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se persigue la responsabilidad contractual incumbe, por regla general, a quien lo alega, que en este caso corresponde al actor. Carga de la prueba sustentada, como ha precisado la Sala²⁵, en el principio de *autoresponsabilidad*²⁶ de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable²⁷. En efecto, a juicio de esta Sección:

“Si bien el derecho procesal tiene la finalidad de ‘servir de instrumento necesario para la concreción y efectividad de las normas sustanciales’²⁸, la Constitución de 1991 ‘lo elevó a rango constitucional en su artículo 228, pues son las normas procesales probatorias de una especial relevancia ya que tal como se repite desde siempre y concreta el aforismo romano *‘Idem est non esse aut non probari’*, igual a no probar es carecer del derecho, pues de poco

²⁴ “(...) incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de abril 16 de 2007, Rad. AP-44001-23-31-000-2005-00483-01, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio.

²⁶ PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional, 2004, Pág. 242.

²⁷ BETANCUR JARAMILLO, Carlos, De la Prueba Judicial, Ed. Dike.1982, Pág 147.

²⁸ “LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil Pruebas*, Tomo III, DUPRE Editores, Bogotá D. C. 2001, Pág. 15.”

sirve ser titular de una determinada relación jurídica u ostentar una precisa calidad de tal orden, si en caso de que se pretenda desconocer o discutir o sea necesario evidenciarla, no estamos en capacidad de acreditar esa titularidad ante quien nos la requiere, en cuestiones públicas o privadas'²⁹.

“Es así como una de las reglas técnicas del derecho probatorio es la de la carga de la prueba, la cual parte del supuesto de que ‘son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial. (...) El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo en contra de quien tenía radicada la carga de la prueba’³⁰. Es evidente que nadie mejor que el interesado para conocer los medios de prueba que deben emplear, con el fin de demostrar los hechos en que están fundamentando sus pretensiones.”³¹

Por lo tanto, como quiera que el actor no cumplió con la carga probatoria que le era exigible, la Sala al revocar la sentencia apelada por no encontrar configurada la caducidad, negará las súplicas de la demanda, toda vez que el presente proceso se encuentra huérfano de material probatorio que demuestre el incumplimiento demandando a la administración del Municipio de Valencia (Córdoba) con ocasión del contrato celebrado con el actor.

5. Admonición a la entidad municipal demandada

Finalmente, llama la atención de la Sala la conducta procesal asumida por la entidad demandada, pues pese a hacerse parte, no contestó la demanda; no presentó en la primera instancia ni en esta alegatos de conclusión; es decir, desapareció del proceso dejando a la deriva del decurso procesal la suerte de los intereses de la entidad.

De ahí que ante conductas desganadas por parte de las entidades públicas en el proceso aún se encuentren vigentes las siguientes palabras de esta Corporación:

²⁹ “Ibíd.”

³⁰ “Op. Cit. Pág. 26.”

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de marzo de 2004, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-0166-01 (AP), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

“...Cuando los entes administrativos son actores, o demandados, tienen los mismos derechos y deberes procesales de los particulares, salvo algunas excepciones (...). Por ello es inexplicable que dejen al sentenciador sin el auxilio de sus valoraciones fácticas y jurídicas. Transitando por ese sendero, derechos preciosos ante la conciencia ciudadana, como son el de defensa, que comporta (...) que las partes puedan contestar la demanda, proponer excepciones, pedir pruebas, e intervenir en su práctica, alegar de conclusión, interponer los recursos de ley, en igualdad de oportunidades, todo con el fin de convencer al Órgano Jurisdiccional de la exactitud de sus datos y de la justicia...”³²

En tal virtud, se advierte al Municipio de Valencia (Córdoba) que una conducta procesal pasiva como la observada en el *sub lite* no se compadece con la diligencia y cuidado que debe poner la administración municipal en la defensa de sus intereses en los asuntos litigiosos que en su contra se ventilan en la jurisdicción, ni son ejemplo del deber de colaboración con la Administración de Justicia.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia recurrida, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 12 de agosto de 1999.

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

TERCERO: DEVUÉLVASE, en firme este proveído, el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 8 de octubre de 1987, Exp. 3726, C.P. Julio César Uribe Acosta.

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR