LEGIS móvil
www.legismovil.com

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, dieciocho (18) de marzo de dos mil quince (2015).

Radicación:	**73001233100020040214701 (33223)**
Actor:	**LUCIA MARTÍNEZ ARENAS**
Demandado:	**INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO PROMOCIÓN Y DESARROLLO INFIBAGUE Y OTRO.**
Proceso:	**ACCIÓN CONTRACTUAL**
Asunto:	**RECURSO DE APELACIÓN**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 17 de agosto de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se resolvió:

> *"PRIMERO: Declarar probada la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva y propuesta por la apoderada del municipio de Ibagué.*
>
> *SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda propuesta por el establecimiento comercial denominado Christian Representaciones contra el Instituto de Financiamiento Promoción y Desarrollo "Infibague" […]"*

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 12 de octubre de 2004, el apoderado de la señora Martha Lucía Martínez Arenas presentó demanda[1], en la cual solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

> *"**PRIMERA:** Que el Instituto de Financiamiento y Desarrollo de Ibagué **INFIBAGUE** y el Municipio de Ibagué incumplieron el contrato de Concesión Municipal Nº 086 de mayo 07(sic)de 2003, suscrito entre el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué **INFIBAGUE,** y **MARTHA LUCIA MARTÍNEZ ARENAS,** cuyo objeto es: **EL***

[1] Fls. 1015 – 1107 del C.1.

LEGIS móvil
www.legismovil.com

CONTRATISTA SE OBLIGA PARA CON EL INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE IBAGUÉ INFIBAGUE, A IMPLANTAR Y PONER EN FUNCIONAMIENTO EL SISTEMA DE ESTACIONAMIENTO AUTORIZADO EN VÍA PÚBLICA DENOMINADO "ZONAS AZULES DE LA CUIDAD DE IBAGUÉ.

SEGUNDA: *Que el incumplimiento de este contrato por parte de las entidades demandadas ocurrió por las razones que se exponen en los hechos y razonamientos de esta demanda.*

TERCERA: *que no existían fundamentos jurídicos válidos para que el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué* ***INFIBAGUE,*** *declarara como lo hizo, que la demandante* ***MARTHA LUCIA MARTÍNEZ ARENAS*** *había incumplido el contrato de Concesión Municipal Nº 086 de mayo 07 (sic) de 2003 cuyo objeto es:* ***EL CONTRATISTA SE OBLIGA PARA CON EL INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE IBAGUÉ INFIBAGUE, A IMPLANTAR Y PONER EN FUNCIONAMIENTO EL SISTEMA DE ESTACIONAMIENTO AUTORIZADO EN VÍA PÚBLICA DENOMINADO ZONAS AZULES DE LA CIUDAD DE IBAGUÉ,*** *ni para que declarara como lo hizo, el siniestro de incumplimiento haciendo efectiva la garantía única que ampara al contrato en los ítems de cumplimiento y de salarios y prestaciones sociales.*

CUARTA: *Que en consecuencia, se declare NULA la Resolución Nº 0378 de noviembre 13 de 2003 "por la cual se declara la caducidad de un contrato" mediante la cual declaró la caducidad administrativa y terminación anticipada del contrato de Concesión Municipal Nº 086 de mayo 07(sic) de 2003, suscrito entre el instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué* ***INFIBAGUE,*** *y* ***MARTHA LUCIA MARTÍNEZ ARENAS,*** *cuyo objeto es:* ***EL CONTRATISTA SE OBLIGA PARA CON EL INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE IBAGUÉ INFIBAGUE, A IMPLANTAR Y PONER EN FUNCIONAMIENTO EL SISTEMA DE ESTACIONAMIENTO AUTORIZADO EN VÍA PÚBLICA DENOMINADO ZONAS AZULES DE LA CIUDAD DE IBAGUÉ.***

QUINTA: *Que se declare la nulidad de la Resolución Nº 051 de marzo 02 (sic) de 2004 "Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición" interpuesto contra la Resolución Nº 0378 de noviembre 13 de 2003 acto administrativo que confirmó dicha resolución.*

SEXTA: *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones a modo de restablecimiento del derecho, se condene al* ***INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO*** *DE IBAGUÉ* ***INFIBAGUE*** *y al* ***MUNICIPIO DE IBAGUÉ,*** *a indemnizar plenamente a* ***MARTHA LUCIA MARTÍNEZ ARENAS,*** *identificada con cedula (sic) de ciudadanía Nº 38.237.395 de Ibagué, propietaria del establecimiento de comercio denominado* ***CHRISTIAN REPRESENTACIONES,*** *según consta en el*

documento de constitución de la misma fecha 17 de Enero (sic) de 1996, expedida por la Cámara de Comercio de Ibagué, los perjuicios de toda naturaleza resultantes, según se demuestre en el proceso de la declaratoria de caducidad del contrato Nº 086 de mayo 07(sic) de 2003 y demás decisiones contenidas en las resoluciones antes mencionadas, incluyendo sin limitarse a ello, tanto el daño emergente como el lucro cesante, los cuales ascienden aproximadamente a la suma de $1.615.782.760,00, junto con la actualización monetaria de tales perjuicios y los intereses a los que en derecho haya lugar.

SÉPTIMA: *Los honorables Magistrados, dispondrán, que las demandadas cumplan la sentencia, tomando para el efecto todas las medidas conducentes, dentro del término establecido por el artículo 176 del C.C.A. Dispondrán, igualmente, que la demandada pagará intereses comerciales sobre las cantidades líquidas que se establezcan en la sentencia, en la forma prevista por el artículo 177 del C.C.A.*

OCTAVA: *La condena respectiva será actualizada en su valor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., tomando como base la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha del incumplimiento hasta la ejecutoria de la sentencia definitiva."*

De manera subsidiaria, solicitó:

*"**PRIMERA:** Que como consecuencia de la actuación de la administración se declare que el Contrato de Concesión Municipal Nº 086 de mayo 07(sic) de 2003, suscrito entre el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué **INFIBAGUE,** y **MARTHA LUCIA MARTÍNEZ ARENAS,** cuyo objeto es: **EL CONTRATISTA SE OBLIGA PARA CON EL INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE IBAGUÉ INFIBAGUE, A IMPLANTAR Y PONER EN FUNCIONAMIENTO EL SISTEMA DE ESTACIONAMIENTO AUTORIZADO EN VÍA PÚBLICA DENOMINADO ZONAS AZULES DE LA CIUDAD DE IBAGUÉ** se desequilibró económicamente por cusas imputables a la entidad demandada y de otros factores y que debe restablecerse la ecuación compensando al contratista el perjuicio sufrido.*

SEGUNDA: *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué **INFIBAGUE** y el Municipio de Ibagué, sean condenados a pagar a la demandante **MARTHA LUCIA MARTÍNEZ ARENAS,** los perjuicios de orden material y moral que le ocasionó por los hechos relacionados en esta demanda, perjuicios cuya concreción se manifiesta en el acápite pertinente de la presente demanda y que se determinarán en la sentencia como el valor que en salarios mínimos se tase, para reparar el daño moral que se le infringió por causa y con ocasión del contrato."*

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda, la Sala los sintetiza así:

El Concejo Municipal de Ibagué expidió el acuerdo Nº 025 del 2 de mayo de 2001, por el cual se estableció el sistema de estacionamiento autorizado, denominado "zonas azules", y autorizó su contratación; por lo anterior, el "establecimiento de comercio" Christian Representaciones presentó un proyecto para la implementación de las "zonas azules" a la Alcaldía de Ibagué, y al Concejo Municipal de esta ciudad, sin obtener respuesta alguna.

Afirma el apoderado que no se dio cumplimiento al acuerdo Nº 025, puesto que no se cumplió con los plazos y términos señalados, particularmente con el plazo de 60 días señalado para su reglamentación. Mediante acuerdo Nº 067 del 5 de diciembre del 2001, el Concejo Municipal modificó el acuerdo Nº 025, en cuanto a las tarifas y el horario de funcionamiento de las zonas azules, ordenó al Alcalde determinar medidas de control y fijar el procedimiento para la operatividad del sistema, y asignó a **INFIBAGUÉ** la "*administración, apoyo y control del sistema",* con facultades para contratar con sujeción a la Ley 80 de 1993.

La Alcaldía Municipal mediante decreto Nº 0154 del 12 de abril de 2002 reglamentó el sistema de estacionamiento de zonas azules, por lo cual el 8 de marzo del 2003 fue publicada en la página web de INFIBAGUÉ la convocatoria para participar en el proceso de selección de la concesión del sistema mencionado, y se estipuló como fecha de apertura el 18 de marzo del mismo año, y fecha de cierre el 20 de marzo siguiente. Debido a una serie de observaciones, se ampliaron los términos para el proceso de selección.

Así, el 28 de marzo del mismo año se presentó, por parte de Christian Representaciones, la propuesta relativa a la concesión del contrato para la explotación de zonas de estacionamiento; ese mismo día se realizó el cierre de la invitación, y se informó que se habían recibido las propuestas de Christian Representaciones y de la Unión Temporal

Zonas Azules AGL_PROCCO LTDA.; el 11 de abril fue publicada la evaluación de las propuestas, y se recomendó declarar desierta la convocatoria, razón por la cual, afirma el apoderado de la parte actora, Christian Representaciones presentó observaciones, obteniendo como respuesta por parte de INFIBAGUÉ, el plazo de 2 días para presentar los soportes de la propuesta presentada.

Finalmente, el 28 de abril de 2003 el Comité Evaluador de las propuestas recomendó adjudicar el contrato a Christian Representaciones. Mediante resolución Nº 182 del 30 de abril de 2003, se dijo que se adjudicaba el mismo a la empresa Christian Representaciones, sin embargo el 7 de mayo siguiente se suscribió el contrato entre el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué – INFIBAGUÉ y Martha Lucia Martínez Arenas – propietaria del establecimiento comercial Christian Representaciones; así, se suscribieron las garantías de ley, quedando legalizado el contrato. De conformidad con lo establecido en el contrato, el contratista comenzó la implementación y puesta en marcha del sistema de estacionamiento, dentro del plazo pactado, para lo cual incurrió en una serie de gastos y costos operativos.

El 9 de mayo de 2003, el Teniente Coronel de la Policía Nacional envió al contratista un oficio en el cual hace algunas consideraciones y correcciones al proyecto, por lo cual Christian Representaciones, mediante oficio enviado el 12 de mayo del mismo año, solicitó al Secretario de Tránsito Municipal la “reposición de Zonas Azules”; oficio al cual se dio respuesta el 23 de mayo siguiente, en la cual se comunicó al contratista que se estaba analizando la reposición de las celdas, que según el Teniente Coronel de la Policía Nacional, no son viables; sin embargo, de acuerdo con la demanda, no se comunicó la decisión respectiva. Una vez solicitado y recibido por el contratista el Plano General y el listado de celdas adjudicadas por cuadras, empezó el contratista la ejecución del contrato. Ante la ausencia de un pronunciamiento por parte de la interventoría, y con el propósito de obtener el visto bueno, el contratista envió, mediante oficio del 29 de mayo, la señalización, sin obtener pronunciamiento alguno.

La tesorería de INFIBAGUÉ selló los tiquetes o facturas de venta para realizar el cobro de la tarifa, ante la insistencia de la parte actora, de conformidad con el Decreto Nº 067 y el contrato de concesión respectivo, aclarando que algunos de los tiquetes fueron autorizados para realizar un cobro de $500 cada uno, por media hora o fracción. Después de realizar la señalización de 39 sectores, con 668 celdas, se inició la ejecución del sistema; frente a lo cual, la comunidad se vio gravemente afectada por lo que se evidenció un alto grado de inconformidad, por la ejecución sin el acuerdo de la población. Debido a lo anterior, la Secretaría de Tránsito Municipal el 14 de julio del mismo año ordenó retirar las zonas azules en el Barrio Cádiz; adicionalmente, y por solicitud del Almacenista General del Municipio, el contratista envió los carnés para que los vehículos de la Alcaldía estacionaran en las zonas azules, lo que de acuerdo con la demanda, constituyó una modificación del contrato, puesto que no estaba previsto ningún tipo de exención. Acto seguido, el 9 de septiembre siguiente, la Secretaría de Tránsito Municipal solicitó suspender las zonas azules en otro sector de la ciudad, por "la reorganización de rutas".

Sostiene el apoderado de la parte actora que según la Secretaría de Tránsito y Transporte de Ibagué, al día 5 de junio de 2003, se estaban utilizando 352 celdas en 21 sectores, de los 40 inicialmente contratados; lo que constituyó un incumplimiento por parte del contratante, que generó el rompimiento de la ecuación contractual. Afirma en la demanda que el interventor recomendó adicionar el contrato con el fin de adjudicar nuevas zonas, teniendo en cuenta la demanda de estacionamiento. De otro lado, el contratista el 9 de junio del mismo año, solicitó a la Secretaría de Tránsito y Transporte efectuar los cambios correspondientes en las vías de doble sentido en donde se implantaron las zonas azules; y recomendó al contratante reconsiderar las tasas establecidas por el Concejo Municipal mediante el acuerdo Nº 067 de 2001, debido a los reclamos por parte de la comunidad y solicitó reglamentar lo relativo a las paradas momentáneas, lo anterior sin obtener respuesta alguna. Además, en diversas oportunidades la interventoría ordenó la suspensión de la operación de un gran número de celdas, sin mediar reposición alguna.

El 17 de julio de 2003, el contratista – Christian Representaciones – solicitó la modificación del contrato, en el sentido de disminuir la proporción del valor de participación de INFIBAGUÉ, y eliminar el numeral 6 del literal B de la cláusula segunda del contrato, lo anterior con fundamento en el equilibrio económico del contrato; sin obtener respuesta por parte de la administración. El 8 de agosto siguiente, el Departamento Administrativo de Planeación Municipal informó a INFIBAGUÉ la viabilidad de la modificación del proyecto de las zonas azules, proponiendo el otorgamiento de otras celdas. Aseguró el apoderado en la demanda que el 15 de agosto de 2003, Christian Representaciones aclaró algunos datos referentes a los informes mensuales de ejecución de los meses de junio y julio del mencionado programa de estacionamientos.

En oficio del 28 de agosto de 2003 suscrito por el Gerente de INFIBAGUÉ y dirigido a FENALCO, se modificó de manera unilateral el valor a cobrar por concepto de tarifa y se redujo el horario de funcionamiento para el concesionario; afirmó además, que no es cierto que dichas decisiones fueron perfeccionadas con el contratista. Conforme a lo anterior, se ordenó “timbrar” 100.000 tiquetes nuevos, los cuales no fueron utilizados y generaron un daño para la empresa; aseguró el apoderado que la adopción de estas medidas tuvieron vigencia por 10 días, debido a las reacciones por la diferencia en las tarifas cobradas a los usuarios. De nuevo, según la demanda, el contratista solicitó a INFIBAGUÉ modificar el contrato de suscrito el 7 de mayo del 2003, puesto que las modificaciones unilaterales produjeron un desequilibrio económico del mismo, una vez más sin obtener repuesta alguna.

El 15 de septiembre de la misma anualidad, la Contraloría Municipal dio a conocer el resultado de la auditoría realizada al establecimiento Christian Representaciones, en el cual determinó, de acuerdo con la demanda, que la empresa tiene un “déficit de $101.868.349”. El 24 de septiembre de 2003 el apoderado del contratista presentó ante INFIBAGUÉ solicitud de restablecimiento de equilibrio económico contractual del mencionado contrato de concesión, adicionalmente, el 8 de octubre siguiente, solicitó convocar al Comité de zonas azules y al interventor, con el fin de solucionar los

inconvenientes presentados en la ejecución del contrato; y posteriormente, solicitó suscribir el acta de terminación del contrato Nº 086 del 7 de mayo de 2003. El 8 de octubre de la misma anualidad, el contratante informó al contratista la realización de una auditoría a la empresa Christian Representaciones, por lo que dicha empresa solicitó en reiteradas oportunidades copia del informe rendido, sin obtener respuesta, razón por la cual interpuso una acción de tutela con el fin de que se ordenara la entrega de dichos documentos.

Afirmó el apoderado en la demanda, que el 11 de noviembre de 2003, en el contexto de proceso ejecutivo de mínima cuantía en contra de la empresa contratista, se llevó a cabo el embargo en su contra, por las obligaciones contraídas en desarrollo del contrato de concesión. Finalmente, el 13 de noviembre de 2003 mediante resolución Nº 378, INFIBAGUÉ declaró la caducidad del contrato de concesión Nº 086 del 7 de mayo de 2003; por lo anterior, la propietaria del establecimiento comercial solicitó la liquidación del mismo. Sin embargo, el 12 de diciembre siguiente, la señora Martínez Arenas interpuso recurso de reposición contra el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato.

3. El trámite procesal

Mediante auto del 15 de octubre de 2004[2], el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda. El auto admisorio de la demanda fue notificado a las entidades demandadas, así: al Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué el 15 de octubre del mismo año[3], y al Municipio de Ibagué el 29 de noviembre siguiente[4]. Al Ministerio Público el 20 de octubre de 2004[5].

El 18 de enero del 2005 el apoderado del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué presentó escrito de contestación a la demanda[6], en el cual admitió

[2] Fl. 1109 del C.1.
[3] Fl. 1112 del C.1.
[4] Fl. 1113 del C.1.
[5] Fl. 182 anverso del C.1.
[6] Fls. 1117 – 1126 del C.1.

unos hechos, negó algunos y manifestó que otros debían probarse. Afirmó que la entidad a la que representa declaró la caducidad del contrato debido al descuido y al incumplimiento del contratista, afirmó que dicho incumplimiento se presentó desde el inicio del contrato, pues el contratista no contaba con los recursos necesarios para ejecutar el contrato. El mismo día, la apoderada del Municipio de Ibagué contestó la demanda[7], admitiendo unos hechos, negando algunos, y manifestando que otros debían probarse; se opuso a todas y cada una de las pretensiones; y propuso las excepciones que denominó "falta de legitimación en la causa por pasiva" y "declaratoria de oficio de alguna excepción".

El 25 de enero del 2005 se corrió traslado a la parte actora de las excepciones propuestas por las entidades demandadas[8], por lo cual el 31 de enero siguiente el apoderado de la parte actora descorrió el traslado, refiriéndose específicamente a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Municipio de Ibagué.

Agotado el periodo probatorio[9], el Tribunal Administrativo del Tolima, en proveído del 2 de septiembre de 2005, corrió traslado a las partes y al Ministerio Público, para alegar de conclusión y rendir concepto, respectivamente[10].

El 19 de septiembre siguiente, el apoderado de INFIBAGUÉ presentó su escrito de alegatos de conclusión[11], en el que alegó la aplicación del principio según el cual nadie puede alegar su propia culpa; explicó las circunstancias de hecho y de derecho que motivaron la declaratoria de la caducidad del contrato; e hizo referencia a lo que consideró "aspecto probatorios indicativos del obrar y de la responsabilidad del contratista". Por su parte, el apoderado de la demandante el mismo día presentó su

[7] Fls. 1133 – 1143 del C.1.
[8] Fl. 1144 del C.1.
[9] Fl. 1148 del C.1.
[10] Fl. 1197 del C.1.
[11] Fls. 1198 – 1204 del C.1.

escrito de alegatos de conclusión[12], en el cual realizó un análisis de la prueba pericial y reiteró lo dicho en la demanda.

Por su parte el Ministerio Público rindió concepto el 12 de diciembre de 2005[13], en el cual consideró que debían despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 17 de agosto de 2006[14], el Tribunal Administrativo del Tolima resolvió, en primer lugar, declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Municipio de Ibagué; y en segundo lugar, negar las pretensiones de la demanda. Como fundamento de lo primero, esto es, declarar probada la excepción propuesta por el Municipio de Ibagué, sostuvo que éste no fue parte del contrato, pues si bien es cierto, de conformidad con el Acuerdo Nº 025 de 2001, al Municipio se le encomendó la función de reglamentar lo concerniente al sistema de estacionamiento en vía pública "zonas azules", dicha función no implica invadir las prerrogativas en materia contractual de la entidad INFIBAGUÉ.

En relación con lo segundo, es decir, negar las pretensiones de la demanda, comenzó por hacer referencia al fenómeno de la caducidad del contrato estatal, y resaltó que cuando el contratista conoce suficientemente lo que ocurre en el contrato, y las consecuencias de su proceder, puede la Administración ejercer dicha facultad excepcional. Al respecto se lee:

> "[…] no hay duda que la sola circunstancia de haberse constituido motu propio en la empresa interesada en implementar y poner en funcionamiento el sistema de estacionamiento autorizado en vía pública denominado "zonas azules" de la ciudad de Ibagué, le permitió conocer de primera mano y sobre el terreno, cuál era el futuro de ese proyecto y cuáles sus escenarios financieros; igualmente tenía conocimiento pleno y

[12] Fls. 1201 – 1220 del C.1.
[13] Fls. 1222 – 1244 del C.1.
[14] Fls. 1245 – 1289 del C.ppal.

> suficiente de lo que venía ocurriendo con la ejecución del contrato de concesión, sabía del alcance de las obligaciones contractuales y los efectos derivados de su incumplimiento."

Luego de analizar el proceso de selección, las propuestas presentadas y su evaluación, el contrato de concesión, su ejecución, y finalmente lo relativo a la ecuación contractual, concluyó que:

> "[…] No hay duda que en las anteriores circunstancias se hizo evidente el incumplimiento del contratista, impidiendo con ello el desarrollo del contrato o la parálisis del mismo, y que además resultó suficientemente enterado por parte de la administración de esos incumplimientos, tuvo oportunidad de manifestarse sobre las observaciones de la administración, siendo renuente a su cumplimiento, lo que lleva a expresa (sic) que la entidad podía decretar la caducidad del contrato.
>
> Se llega a la anterior conclusión, porque el contratista es el primero en tener certeza sobre la forma en que se avino a cumplir con la prestación del contrato. Igualmente, tenía conocimiento sobre la insatisfacción total que estaba generando la prestación del servicio y habiendo tenido la oportunidad de adoptar los correctivos necesarios no lo hizo y en cambio negó los cargos imputados por Infibagué, excusándose reiteradamente de cumplir las obligaciones contractuales, a pesar de las pruebas existentes en la actuación administrativa."

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto, el 29 de agosto del 2006[15], la parte demandante interpuso el recurso de apelación, el cual fue concedido por el Tribunal Administrativo del Tolima en auto del 6 de septiembre del 2006[16]. En proveído del 14 de noviembre del mismo año, esta Corporación corrió traslado a la parte demandante para que sustentara el recurso de apelación interpuesto[17].

El 24 de noviembre siguiente[18], la parte actora presentó escrito sustentando en recurso de apelación, en el cual adujo en primer lugar, el desconocimiento de los establecido en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, por lo cual afirmó que era deber de la entidad

[15] Fl. 1292 del C.ppal.
[16] Fl. 1294 del C.ppal.
[17] Fl. 1298 del C. ppal.
[18] Fls. 299 – 303 del C.ppal.

restablecer el equilibrio económico del contrato; sostuvo que la Administración tenía otras prerrogativas diferentes a la caducidad, de las cuales no hizo uso, tales como corregir los yerros en la adjudicación de celdas, la señalización y el sentido de las vías y la fijación de tarifas diferenciales. Sobre la norma mencionada, manifestó que es necesaria la concurrencia de situaciones imprevistas que no le sean imputables a las partes, y una solicitud dirigida a la entidad en el sentido de restablecer el equilibrio económico del contrato; por lo que de manera repetida el contratista solicitó dicho restablecimiento. En segundo lugar, alegó violación al debido proceso y al derecho de defensa, toda vez que el contratista no conoció los motivos de la decisión de la Administración, ni tuvo oportunidad de controvertirla.

Afirmó que el contratista cumplió a cabalidad el contrato de concesión, y que la declaratoria de caducidad del mismo no estuvo precedida de un balance real y objetivo, acorde con los requisitos establecidos por ley; y que se dio una negligencia del interventor y de la entidad. Sostuvo que la reacción de la comunidad evitó la correcta implementación del contrato, pues la propuesta, tal como fue presentada y concebida, era ideal. Atacó también la valoración probatoria que realizó el Tribunal, concretamente, de los documentos aportados con la demanda; además arguyó que el *a quo* no tuvo en cuenta el incumplimiento de la obligación de ejercer vigilancia y control del contrato, por parte de la entidad, pues ésta tan solo se limitó a realizar recomendaciones.

Finalmente, el recurrente afirma que el Tribunal presume la mala fe del contratista por el hecho de haber constituido un factor para que lo represente, olvidando lo establecido por el Código de Comercio sobre esta figura; adicionalmente, consideró el apoderado que el fallo demuestra una falta de imparcialidad dirigida a exonerar a las entidades demandadas.

En providencia del 2 de febrero de 2007[19], la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso interpuesto y sustentado por la parte actora; el 2 de marzo siguiente

[19] Fl. 1316 del C.Ppal.

se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y rendir concepto, respectivamente[20]. Las parte actora presentó el 21 de marzo del mismo año, su escrito de alegatos de conclusión[21], en el cual reiteró lo dicho respecto del derecho al debido proceso, toda vez que la caducidad fue declarada teniendo en cuenta la resolución 1378 del 13 de noviembre de 2003 – informe de auditoria –, el cual no fue conocido por el contratista sino un después de la declaratoria de caducidad del contrato.

Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la Sala, aclara previamente que la actora dentro del proceso actúa como persona natural titular de un contrato de concesión[22] y retomando la problemática jurídica propuesta en el recurso de apelación[23], precisará el alcance de: (1) la acción relativa a controversias contractuales y su marco de pretensiones; (2) la

---

[20] Fl. 318 del C. ppal.
[21] Fls. 1319 – 1321 del C. ppal.
[22] La Sala debe precisar quién tiene la condición de parte actora dentro del presente asunto, toda vez que el demandante en algunos hechos atribuye la condición de sujeto activo de esta acción contractual al Establecimiento de Comercio CHRISTIAN REPRESENTACIONES, lo cual constituye un error, toda vez que siendo el establecimiento de comercio un bien mercantil, es un objeto de derecho y en cuanto tal carece de capacidad para ser parte. El error quizás lo determinó que la Resolución No. 0182, de 30 de abril de 2003, estableció, también equivocadamente que el contrato se adjudicaría a dicho establecimiento de comercio. Sin embargo, el contrato fue celebrado por el Instituto de Financiamiento Promoción y Desarrollo de Ibagué- Infibagué y la señora Martha Lucía Martínez Arenas; y fue esta persona la que otorgó poder al apoderado y para ella fue que se presentaron las pretensiones indemnizatorias que contiene en libelo. Pese a lo anterior, el Tribunal en la parte resolutiva del fallo de primera instancia dijo negar las pretensiones presentadas por CHRISTIAN REPRESENTACIONES. Frente a lo anterior la Sala precisa que la demandante en este proceso es la señora MARTHA MARTINEZ ARENAS.
[23] El problema jurídico propuesto. El objeto del Recurso interpuesto. Es preciso advertir que en el presente caso la Sala se encuentra ante un recurso de apelación único, lo que le impone los limites previstos por el artículo 328 del Código General del Proceso, que indica que en casos como este la competencia del superior se limita a los argumentos presentados por el apelante, sin perjuicio de los aspectos que pueda decretar de oficio. Del recurso interpuesto por el apoderado de la parte actora se derivan las siguientes cuestiones que deben ser resueltas por la Sala. El objeto de la acción relativa a controversias contractuales; Si en el caso concreto se verificó un incumplimiento del contrato por parte de la contratista demandante, que invocó la entidad demandada para declarar la caducidad del contrato; Si en el trámite de la declaratoria de caducidad se vulneró el debido proceso de la parte actora; Si se constata que existió el incumplimiento se ocupará de verificar si están probados los requisitos para declarar el desequilibrio económico del contrato, como lo pide en la pretensión subsidiaria y lo ratifica en el recurso de apelación la demandante.

pretensión de incumplimiento y sus vicisitudes; (3) la cláusula excepcional de caducidad; (4) el debido proceso en materia contractual con especial referencia a la imposición de la sanción de caducidad; (5) el desequilibrio económico del contrato estatal; (6) La necesidad de prueba idónea del vinculo ente la situación fáctica alegada y el desajuste o ruptura grave del equilibrio económico del contrato; (7) finalmente se hará el análisis del caso concreto.

1. Alcance de la acción relativa a controversias contractuales y su marco de pretensiones.

La de controversias contractuales, conforme lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no es una acción instituida en el contencioso administrativo con un contenido normativo único, por el contrario, de la lectura de dicho artículo fácil es deducir que se trata de una verdadera vía procesal de contenido pluripretensional, o lo que es lo mismo, que cobija toda la variedad de situaciones problemáticas que hipotéticamente pueden tener lugar en el ámbito de las relaciones contractuales. Sobre el particular es preciso recoger las siguientes precisiones teóricas y conceptuales:

> "…Profundizar en el concepto de una acción autónoma referente a las diversas controversias y litigios que se puedan presentar con ocasión de un contrato estatal es un asunto relativamente nuevo en la legislación contencioso administrativa y en el derecho de la contratación estatal colombiano. Históricamente las diferencias surgidas de los denominados contratos de la administración pública fueron materia atribuida por el legislador a la jurisdicción ordinaria, no obstante que desde los inicios del siglo pasado se comenzó, desde el punto de vista sustancial, a determinar un preciso régimen característico de aquellos contratos en los que el Estado o un ente público era parte de dicha relación[24].
>
> Es tan sólo con la entrada en vigencia del Decreto 528 de 1964 que las controversias contractuales de los entes territoriales y de los establecimientos públicos (según el Dcto. 3130 de 1968 también las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta), en especial aquellas provenientes de un contrato de

[24]No obstante las disposiciones especiales sobre algunos contratos como los de concesión, que desde el siglo XIX gozaban de normas especiales, es con el Código Fiscal Nacional (Ley 110 de 1912) que se incorpora al derecho nacional la figura de la licitación, que ya en algunos códigos fiscales y administrativos de los extintos Estados soberanos se habían desarrollado para la escogencia de contratistas para el Estado. Algunas otras disposiciones del siglo XX, como las leyes 153 de 1909, 61 de 1921, 106 de 1931, los decretos 2880 de 1959 y 64 de 1969 y las leyes 36 de 1966 y 150 de 1976, fueron diseñando un especial régimen sustancial para los contratos del Estado.

derecho administrativo, pasaron a ser de conocimiento de la justicia contencioso administrativa, conservando la ordinaria competencia para el juzgamiento de todas aquellas derivadas de los denominados contratos de derecho privado de la administración, situación que perduró durante la vigencia de los decretos 150 de 1976 y 222 de 1983; en este último expresamente se determinaba en el artículo 17:

... la calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contenciosa administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Parágrafo. No obstante la justicia contencioso administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en los que se hubiere pactado la cláusula de caducidad.

En la práctica el Decreto 222 de 1983 recogió lo expuesto en el Decreto 528 de 1964, agregándole el ingrediente jurisprudencial diferenciador de competencias, determinado por el Consejo de Estado durante la vigencia del primero de los decretos, según el cual la existencia de cláusula de caducidad habilitaba a la jurisdicción contencioso administrativa para asumir cualquier conflicto emanado del contrato de derecho privado en que se hubiere incorporado.

Con la vigencia de la Ley 80 de 1993, el problema de la jurisdicción competente para el conocimiento de los litigios contractuales cambió radicalmente. La nueva legislación, según la redacción de su artículo 32, con base en el principio del contrato único estatal, que rompía con la doble clasificación de contratos de derecho administrativo y de derecho privado, y considerando que contrato estatal era aquel en que una de las partes estaba integrada por cualquier entidad estatal, resolvió atribuir la competencia integral de todos ellos, en los eventos de litigios o controversias, a la jurisdicción contencioso administrativa. De manera expresa el artículo 75 del estatuto general de la contratación administrativa pública determinó que "el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa". La interpretación jurisprudencial de esta disposición ha sido amplia: a partir de ella no sólo han pasado a conocimiento de la justicia contencioso administrativa todos los litigios emanados de los contratos que durante la vigencia del Decreto 222 de 1983 nacieron como de derecho privado[25], sino que (…) se abría paso en la corporación la tesis jurídica según la cual esta jurisdicción también conoce de los procesos ejecutivos surgidos de un contrato estatal.

---

[25] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 23 de noviembre de 1995, exp. 11310, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ: "Después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por una entidad estatal, con miras a determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que de él se deriven. Basta con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que nos ocupa, para que el juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente lo dispone el artículo 75". El fundamento de estas apreciaciones lo obtiene la corporación en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que unificó en el concepto de contrato estatal todos los contratos del Estado, y en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que establece el carácter de aplicación indirecta de todas las normas que establezcan competencias.

> Desde el punto de vista de los mecanismos procesales aplicables por la jurisdicción contencioso administrativa, debemos recordar que inicialmente todas las pretensiones de las relaciones contractuales se consideraron propias de la acción de plena jurisdicción, según los más clásicos planteamientos de la doctrina francesa[26]. Sin embargo, dentro de la concepción individualizadora de pretensiones como sustento de acciones autónomas que ha caracterizado el derecho contencioso administrativo colombiano, con la entrada en vigencia del Decreto 01 de 1984 se incorporaron en su artículo 87 las denominadas "acciones relativas a contratos", esto es, se agrupaban en un solo mecanismo procesal las diversas hipótesis de litigios propios del contrato. Esta disposición fue objeto de revisión por el legislador, quien a través del artículo 17 del Decreto 2309 de 1989 resolvió denominarlo "De las controversias contractuales", queriendo, al igual que en la norma modificada, integrar el más amplio y genérico espectro de situaciones generadoras de litigios, conflictos o controversias propias del contrato, su ejecución y liquidación. El artículo 32 de la Ley 446 de 1998 conservó la misma denominación y propósitos para esta acción.
>
> En este sentido, una aproximación a la institución nos permite sostener que la acción referente a controversias contractuales o acción contractual desarrollada en el artículo 87 CCA es una acción, por regla general, de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional a través de la cual cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se orden su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan las demás declaraciones y condenaciones que sean pertinentes; así mismo, la nulidad de los actos administrativos contractuales y los restablecimientos a que haya lugar; como también las reparaciones e indemnizaciones relacionadas con los hechos, omisiones u operaciones propias de la ejecución del contrato.
>
> De manera excepcional y conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el inciso 3.º del artículo 87 CCA, según las modificaciones introducidas por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, y el literal e artículo 136.10 CCA, conforme a las modificaciones aportadas por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción contractual eventualmente puede revestir las características de objetiva, a iniciativa de cualquiera de las partes de un contrato, el Ministerio Público, el tercero que acredite un interés directo, si la pretensión es la nulidad absoluta del contrato; de igual manera, cuando lo que se pretende es exclusivamente la simple nulidad de un acto administrativo contractual de carácter general."[27]

Súmese al anterior recuento el que bajo el contexto del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el legislador conservó las notas características del medio de control de controversias contractuales, dando continuidad, con ello, al desarrollo histórico del que se ha dado cuenta en el texto en cita y que no es

---

[26] RIVERO. Derecho administrativo, cit., p. 232.
[27] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Contencioso Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 227-230.

otra cosa que el de concebir bajo una misma vía procesal (de las controversias contractuales) la posibilidad de discutir ante el Juez Administrativo las diversas vicisitudes jurídicas que pueden originarse en una relación contractual[28].

2.- Alcance de la pretensión de incumplimiento y sus vicisitudes.

En armonía con lo que se viene de exponer conviene adentrarse en los elementos estructuradores de la pretensión de incumplimiento del contrato (uno de los pedimentos del accionante) ya que desde dicho marco jurídico conceptual es que se abordará, en el caso concreto, lo pedido.

Así, sobre la pretensión declarativa de incumplimiento del contrato estatal por una de las partes, se ha precisado lo siguiente:

> "El fundamento de esta pretensión radica en la denominada condición resolutoria tácita prevista en el artículo 1546 C. C., según la cual "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplimiento por uno de los contratantes de lo pactado". Puede, en estos casos, el contratante cumplido o quien se hubiere allanado a cumplir solicitar la terminación o resolución del contrato, o su cumplimiento, al igual que la indemnización consecuente de los perjuicios que se le hubieren causado con el incumplimiento. Para la Corte Suprema de Justicia, se trata de "sanciones destinadas a dotar las obligaciones de cualidad coercitiva"[29].
>
> En cuando al incumplimiento, nos encontramos ante una típica pretensión de reparación con ocasión de la no sujeción a lo pactado, por cualquiera de las partes del contrato. Implica una declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento consiguiente de las indemnizaciones correspondientes de acuerdo con lo pedido y demostrado por la parte que se crea lesionada por el presunto incumplimiento de la otra.
>
> Aunque el legislador admite que la administración actúe procesalmente como demandante o demandada, en estas hipótesis, por regla general, no puede actuar como

---

[28] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.
Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.
El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.

[29] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de noviembre de 1964.

demandante, en la medida en que cuenta con poderes excepcionales como el de caducidad que le permite declarar administrativamente esta situación contractual y proceder a la liquidación del contrato, o hacer uso de su poder de coacción y vigilancia, que le conceden los artículos 4.º y 14 de la Ley 80 de 1993, e incluso imponer multas cuando hubieren sido pactadas. Así mismo, (…), el contratista no podría constreñir judicialmente a la administración al cumplimiento de lo pactado, sino a la declaratoria de su responsabilidad como incumplida y a obtener las condenas correspondientes a su favor de acuerdo a lo demostrado, esto con fundamento en el texto del artículo 87 CCA.

La resolución[30] judicial del contrato por incumplimiento es considerada un modo de resolver los mismos: "estos son privados total o parcialmente de su eficacia, a causa del incumplimiento culposo de las obligaciones a cargo de una de las partes, si el contrato es bilateral [...] o del incumplimiento de la única parte obligada por el contrato unilateral"; en estos eventos se requiere de pronunciamiento judicial, que declare el incumplimiento y ordene la terminación o resolución del contrato[31].

Desde esta perspectiva, se han planteado varios elementos característicos de este tipo de pretensión dentro de la acción contractual: el primero hace referencia al incumplimiento culposo de las obligaciones contractuales por una de las partes o de la que resulte obligada si el contrato es de los calificados como unilaterales por el Código Civil, esto es, que a partir de criterios unilaterales una de las partes incurre en desconocimiento de sus obligaciones en perjuicio de la otra. Conlleva, por lo tanto, la mora del contratante demandado, o retardo culpable y renuente de una de las partes a cumplir lo pactado Sin embargo el carácter culposo en el incumplimiento excluye la procedencia de la pretensión en los casos en que la inejecución del contrato hubiere sido producida por situaciones riesgosas como el caso fortuito y la fuerza mayor.

Lo segundo se refiere a que no puede existir incumplimiento, ni culpa en el contratante actor, cuando la otra parte no ha cumplido lo que le corresponde, caso en el cual se estructura la figura legal de la excepción de contrato no cumplido a que hace relación el artículo 1609 C. C., evento ese en donde se supone, si se prueba el incumplimiento de la otra parte, la inexistencia de culpa en quien se abstiene de cumplir por esta causa[32].

La jurisprudencia contencioso administrativa ha acogido los trabajos de iusprivatistas en torno de la denominada *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no

---

[30] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 2 de octubre de 2003, exp. 14394, C. P.: MARÍA ELENA GÓMEZ GIRALDO: "Es importante destacar que aunque las partes dejaron suspendido indefinidamente el contrato de obra pública 123 de 1994 y no ha sido posible un acuerdo para continuar su ejecución, no procede la recisión del mismo con fundamento en el mutuo disenso tácito de las partes, porque ello no fue pedido, y como la recisión y la resolución son figuras jurídicas sustancialmente diferentes, una decisión en el sentido resultaría abiertamente incongruente. En efecto: el mutuo disenso del contrato conocido como recisión está fundado en lo dispuesto en los artículos 1602 y 1625 C. C.; consiste en la prerrogativa de la que son titulares las partes de un contrato para dejarlo sin efectos, mediante una manifestación expresa de voluntad o mediante conductas o comportamientos que se traducen en el desistimiento del negocio celebrado. Es por tanto una figura sustancialmente diferente a la resolución del contrato contemplada en el artículo 1546 C. C., si se tiene en cuenta que esta última figura se fundamenta en el incumplimiento de uno de los contratantes, en tanto que el mutuo disenso o recisión tiene fundamento en la voluntad expresa o tácita de los contratantes".

[31] GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA. Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos, Bogotá, Edit. Temis, 1994, p. 550. El artículo 1546 "abona la tesis doctrinaria de que la acción resolutoria es un derecho de los acreedores, tan principal como lo son la acción ejecutiva y la de indemnización de perjuicios".

[32] Ibíd., pp. 556 a 558.

cumplido); no obstante, su aplicación se ha considerado atemperada por el principio del interés público o general, que conforme al artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 rige los contratos estatales. Según la tesis del Consejo de Estado, el principio del artículo 1609 C. C.[33] sería procedente en materia de contratos estatales única y exclusivamente cuando de "las consecuencias económicas que se desprendan del incumplimiento de la administración se genere una razón de imposibilidad de cumplir para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado"[34]. En todos los demás casos opera la regla general de que el contratista está obligado a cumplir las obligaciones, así se presente incumplimiento que no impida la ejecución. Esta posición ha sido reiterada en los últimos años y reconducida al cumplimiento de cuatro propósitos fundamentales para estructurar la excepción: que se trate de contratos sinalagmáticos; que el incumplimiento de la administración sea cierto y real; que tenga una gravedad ostensible y considerable que imposibilite el cumplimiento, y que quien la invoca no haya dado lugar al incumplimiento de la otra[35]. Si

---

[33] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 14 de septiembre de 2000, exp. 13530, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE: "No sucede lo mismo con la exceptio non adimpleti contractus, toda vez que ella, además de estar prevista en el ordenamiento jurídico (art. 1609 C. C.), es una regla de equidad en los contratos de los que se derivan obligaciones correlativas para ambas partes, aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y sobre la cual la jurisprudencia de la Sala ha superado la resistencia de algunos doctrinantes [...] De tal manera que en el ordenamiento jurídico colombiano, con miras a conciliar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, se admite la exceptio non adimpleti contractus en los contratos administrativos, pero no con el alcance general y absoluto que tiene en la contratación entre particulares, sino limitada exclusivamente a aquellos casos en que el incumplimiento imputable a la administración coloque al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones. En estas condiciones, es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de sus obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 C. N.), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual".

[34] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 31 de enero de 1991, exp. 5951, C. P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA

[35] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 2001, exp. 12722, C. P.: MARÍA ELENA GÓMEZ GIRALDO: "La exceptio non adimpleti contractus es una regla legal y de equidad que orienta los contratos que son fuente de obligaciones correlativas o sinalagmáticas [...] Por virtud de la excepción de contrato no cumplido la parte contratista está legitimada, legalmente, para no ejecutar sus obligaciones mientras su cocontratante no ejecute las propias [...] su aplicación está condicionada al cumplimiento de los siguientes supuestos: a. Que exista un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas; condición esta que se justifica porque 'La esencia de los contratos sinalagmáticos es la interdependencia de las obligaciones recíprocas'. Esto es, 'la obligación asumida por uno de los contratantes constituye la causa de la obligación impuesta al otro contratante, de donde se deduce que uno está obligado con el otro porque éste está obligado con el primero'. Y es la existencia de obligaciones recíprocas e interdependientes la que permite contemplar sanciones distintas de la condena a daños y perjuicios en caso de inejecución de sus obligaciones por uno de los contratantes. 'Admitir que uno de los contratantes está obligado a ejecutar, mientras que el otro no ejecuta, sería romper la interdependencia de las obligaciones que es la esencia del contrato sinalagmático', y por ello se autoriza la aplicación de prerrogativas como la resolución del contrato o la exceptio non adimpleti contractus; b. Que el no cumplimiento sea cierto y real de obligaciones a cargo de las dos partes contratantes, porque a nadie le es permitido escudarse en la excepción de contrato no cumplido con base en el supuesto de que la otra parte, posible o eventualmente, le va a incumplir en el futuro, si se tiene en cuenta que esta forma de incumplimiento conduce a un daño futuro meramente hipotético y por ende no indemnizable; c. Que el incumplimiento de la administración sea grave, determinante y de gran significación; debe traducirse en una razonable imposibilidad de cumplir para el contratista. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado que es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los

> se demuestran estos presupuestos la administración perdería cualquier posibilidad de imponer multas o de aplicar las cláusulas de excepción como la de caducidad al contratista[36]."[37]

Al respecto, esta Subsección ha hecho eco de estos planteamientos destacando que no basta con acreditar el incumplimiento imputable a la contraparte sino que es necesario, para que el pedimento salga avante, que se acredite el perjuicio causado con tal proceder. Así, en sentencia de 24 de julio de 2014 indicó:

> "En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.
>
> Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de "no cumplimiento"[38] y esta situación, por regla general,[39] no da lugar a la responsabilidad civil.[40]
>
> **2.** El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.
>
> En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediablemente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación.

---

trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de sus obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 C. N.), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual; d. Que quien invoca la excepción no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo, puesto que no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento cuando su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo".

[36]Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 2001, exp. 12722, C. P.: MARÍA ELENA GÓMEZ GIRALDO: "Se tiene entonces que cuando se cumplen los supuestos de hecho que representan la existencia real de la excepción de contrato no cumplido, y se concluye que el contratista no estaba obligado a cumplir la prestación que pendía de un comportamiento contractual de la administración, ésta pierde la facultad de declarar el incumplimiento del contrato o la caducidad del mismo, si el motivo determinante de esta decisión lo era precisamente el incumplimiento del contratista".

[37] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Ibíd., p. 235-239.

[38] F. HINESTROSA. Tratado de las obligaciones. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 237

[39] Se exceptúa el caso, por ejemplo, en el que el deudor conviene en responder aún en el evento de fuerza mayor o caso fortuito, tal como se desprende de los incisos finales de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil

[40] Artículos 1604, inc. 2º, y 1616, inc. 2º, ibidem.

> Causar un daño genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía."[41]

3. La clausula excepcional de caducidad de los contratos estatales.

La cláusula de caducidad como instrumento sancionador de carácter unilateral dentro de los contratos estatales configura una clara regla de excepción al principio de igualdad con que el legislador la definido el marco de las relaciones subjetivas de los negocios estatales.

> "El contrato estatal se celebra, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad en aras del interés público o general, queriendo con esto significar que en Colombia a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, al romperse la concepción clásica francesa que diferenciaba entre contratos de derecho administrativo y los propiamente privados de la administración, se consolidó a la igualdad como principio y a la unilateralidad de la administración como una excepción de aplicación altamente restrictiva a casos taxativamente señalados en la ley, esto a través de la determinación de un nuevo régimen de cláusulas denominadas propiamente como excepcionales y no en la jerga clásica del contrato administrativo francés como exorbitantes[42].
>
> Recordemos que bajo el anterior régimen contractual, esto es, el influenciado por los trabajos franceses en la materia hacían del contrato propiamente administrativo, el ámbito de aplicación de la llamada exorbitancia pública que se traducía en cláusulas no pactadas, sino imperativamente impuestas en los contratos y que facilitaban el ejercicio del poder público unilateral sobre el contrato y el contratista, esto como presupuesto fundamental y justificativo de la pregonada sustantividad del contrato administrativo, marcando con esto fronteras y diferencias entre el contrato público y el propio de los particulares y justificando por lo tanto un régimen diferente de derecho público para el mismo.
>
> En este sentido, bajo el régimen jurídico de la Ley 80 de 1993, las cláusulas

---

[41] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 24 de julio de 2013, exp. 25131. Reiterado en fallo de 26 de marzo de 2014, exp. 22831.

[42]Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa, en Banco de datos jurídicos, cit.: "El interés público implícito en la contratación estatal afecta de tal manera este instituto jurídico que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la prominencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general...".

excepcionales son de la naturaleza del contrato estatal en la medida que se entienden pertenecerle por mandato legal, incluso en algunos casos sin necesidad de cláusula especial. La ley de contratos estatales recoge para los mismos el concepto de elementos naturales del contrato que se señala en el artículo 1501[43] del Código Civil. El legislador engloba estas cláusulas bajo el concepto de mecanismos de excepción para el control del objeto contractual[44].

Conforme a lo dispuesto en el artículo 14[45] de la Ley 80 de 1993, las entidades

---

[43] Código Civil. Artículo 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.

[44] Sobre el ejercicio de cláusulas excepcionales y su carácter limitado, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de febrero de 2012, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad: 19730. […] la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley. Pues bien, de este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos y que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general. Así que entonces, una vez celebrado el contrato, la ejecución del objeto contractual resulta siendo la finalidad que debe ser atendida primordialmente por las partes contratantes y es por esto que resulta contrario a la prestación del servicio público y por ende al interés general la posibilidad de terminar los contratos estatales unilateralmente y de manera discrecional o ad nutum. Con otras palabras, las estipulaciones para dar por terminado el contrato unilateralmente y de manera discrecional, que hoy en día encuentran cabida con mayor vigor en el derecho privado, no son admisibles en los contratos estatales porque la prestación del servicio público y el interés general lo impiden."
Consultan entre otras, las Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 18 de marzo de 2004, CP: Ricardo Hoyos Duque, Rad: 15936, Sentencia del 21 de abril de 2004, CP: Ramiro Saavedra Becerra, Rad. Nº 10875, Sentencia del 21 de abril de 2004, CP: Ramiro Saavedra Becerra, Rad. Nº 12852, Sentencia del 20 de octubre de 2005, CP: Germán Rodríguez Villamizar, Nº 14579, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, CP: Alíer Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia del 5 de diciembre de 2007, CP: Enrique Gil Botero, Rad. N° 16704, Sentencia del 1 de diciembre de 2008, CP: Miryam Guerrero de Escobar, Rad. N° 15603, Sentencia del 23 de abril de 2009, CP: Mauricio Fajardo Gómez, Rad. N° 16372, Sentencia del 17 de marzo de 2010, CP: Ruth Stella Correa Palacios, Rad.N° 18394, Sentencia del 7 de octubre de 2010, CP: Ruth Stella Correa Palacios, Rad. N° 18496, Sentencia del 24 de enero de 2011, CP: Enrique Gil Botero, Rad: 15940, Rad: 17557 CP: Olga Melida Valle De De la Hoz, sentencia del 8 de mayo de 2013, Rad: 24510, sentencias del 23 de junio de 2013, Radicados 26637 y 24580, Cp, Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[45] Ley 80 de 1993. Artículo 14 De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:
1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.
En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.
Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.
2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.
Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.
En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.
Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades

estatales al celebrar un contrato se sujetan a un específico principio de legalidad en esta materia. El esquema diseñado por el legislador en el estatuto de contratos del Estado parte de la premisa de que las cláusulas excepcionales deben ser en verdad excepcionales y, por lo tanto, no de aplicación generalizada para todos los contratos que celebren las entidades estatales. El marco jurídico de este régimen permite diferenciar entre aquellos contratos en los que es inevitable entender incorporadas las cláusulas de excepción, aquellos en los que es facultativo establecerlas, y aquellos otros donde sencillamente no procede ningún tipo de poderes excepcionales de las entidades estatales frente al contratista[46].

Del primer grupo hacen parte los contratos señalados en el inciso 1.º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993, según el cual: [Se] Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, se incluirá la cláusula de reversión".

En estos contratos, siempre y necesariamente existirán cláusulas excepcionales, con independencia del nombre que se le dé al correspondiente contrato; si tiene por objeto los indicados en esta norma o se refiere a los tipos de contrato también expresamente indicados, no puede hacerse caso omiso del régimen de excepción.

El segundo grupo se caracteriza porque el régimen de excepción es discrecional. Señala el inciso 2º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993 que las entidades estatales podrán pactar las cláusulas de excepción en los contratos de suministro y de prestación de servicios; luego, si no se pactan de manera expresa, estos contratos no podrán quedar sujetos a dicho marco jurídico de excepción. En estos casos, el legislador le otorga confianza a las entidades estatales para que, teniendo en cuenta ante todo al contratista, le permitan celebrar el contrato en un plano de igualdad con la entidad estatal.

---

comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

[46] En lo relativo a la sujeción al derecho del debido proceso en materia sancionadora del estado o en ejercicio de facultades excepcionales y con sujeción a la Doctrina asentada sobre el tema por el Tribunal Constitucional, se ha señalado: "[…] con anterioridad a la imposición de la sanción debe concedérsele al interesado la oportunidad para que exprese sus puntos de vista y ejerza su derecho de defensa y es por esta razón que no es suficiente que esas decisiones estén debidamente motivadas y que sean notificadas, pues hay un procedimiento de imperativo cumplimiento que debe surtirse en todas las actuaciones administrativas para garantizar el debido proceso. […] no sólo se declaró la caducidad del contrato sin que el contratista pudiera ser oido previamente, sino que también sin haber sido notificada esa decisión, la Asamblea Departamental de Casanare procedió de inmediato, y por supuesto también sin audiencia de aquel, a liquidar unilateralmente el contrato, comportamiento este que nuevamente viola el derecho al debido proceso del señor Luis Carlos Leonel Jiménez López. Estas vulneraciones sucesivas del derecho al debido proceso implican que los mencionados actos sean nulos así como aquellos otros actos administrativos que negaron la revocatoria directa, aprobaron la liquidación unilateral del contrato y resolvieron el recurso de reposición que se interpuso contra ésta determinación." Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 25 de julio de 2011,CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad: 19150. Ver entre otras, Consejo de estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de abril de 2011, Rad: 17259, sentencia del 8 de junio de 2011, Rad: 17858, sentencia del 21 de febrero de 2011, Rad:16105, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

> El tercer grupo lo constituyen todos los contratos que no queden incorporados en los dos anteriores y, adicionalmente, los que de forma expresa señala el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993: "En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2 de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales...
>
> Respecto de los contratos en los que son obligatorias las cláusulas de excepción, el legislador ha establecido un sistema de protección a los intereses generales, que consiste en que, de llegar a faltar la correspondiente estipulación normativa en el contrato, la cláusula excepcional, por mandato legal, se entiende incorporada. De esta manera, nunca un contrato de los que señala el artículo 14.2 del estatuto de la contratación pública quedará sin régimen de excepción. Cosa contraria ocurre frente a los contratos de suministro y prestación de servicios, donde para la procedencia de la cláusula excepcional, ésta deberá estar contemplada en forma expresa en el texto del contrato; de lo contrario, lo único que se presume es la igualdad entre la entidad estatal contratante y el contratista.
>
> En tratándose del tercer grupo, por simple respeto al principio de legalidad, consideramos improcedente incorporar cualquier cláusula excepcional o pensar siquiera en una aplicación de las mismas. En estos casos, la celebración y ejecución de los contratos se sujeta plenamente al derecho privado; no así la escogencia de los contratistas pues, de acuerdo con las reglas expuestas, procedería licitación pública o contratación directa, debiendo, por lo tanto, estar dominada en esta etapa contractual por los principios de planeación, transparencia y, en especial, selección objetiva."[47]

Así, con fundamento en el anterior sustento teórico y en lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993[48], se tiene que la jurisprudencia de esta Subsección ha entendido que la figura de la caducidad en los contratos estatales se estructura sobre dos elementos medulares cuales son: un incumplimiento cualificado de las obligaciones del contratista y la repercusión de este incumplimiento en la ejecución del contrato. Del mismo modo, atendiendo a la filosofía de esta figura ha precisado que la misma debe ser aplicada dentro del término de ejecución del contrato estatal. En anterior oportunidad esta Sala ha sostenido:

---

[47] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. En: Revista Digital de Derecho Administrativo. En: Revista De Doctrina, Jurisprudencia, Legislación Y Práctica (Argentina), 2008, v.67 p.33 – 83.

[48] Ley 80 de 1993. Artículo 18. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. (…)

"Ahora, por vía del artículo 14 del estatuto en mención, la ley otorga a la administración una serie de potestades o mecanismos por medio de los cuales en ejercicio de la actividad contractual puede asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, alcanzar las finalidades y garantizar la prevalencia del interés general, adoptando las medidas adecuadas para el manejo de situaciones de incumplimiento contractual.

Dentro de los mecanismos a los que se hace alusión se consagra la caducidad del contrato como una potestad excepcional al régimen de derecho común, en desarrollo del cual se faculta a la administración para que dé por terminado el contrato estatal cuando se advierta un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista que pueda afectar la ejecución de éste o conduzca indefectiblemente a su paralización.

Así, de la normatividad se desprende que los requisitos para que la administración pueda declarar la caducidad del contrato son: i) Que se presente un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista, es decir que se trate de obligaciones esenciales; y ii) Que éste afecte de forma grave y directa la ejecución del contrato, es decir que el incumplimiento sea de tal magnitud que se haga nugatoria la posibilidad de continuar ejecutando el contrato, conduzca a la paralización de la prestación del servicio público a cargo de la administración o imposibilite el cumplimiento del objeto contractual.
(…)
Así las cosas, teniendo en cuenta los requisitos de procedencia y la finalidad primordial de la figura de la caducidad contractual, se evidencia que su ejercicio no tiene sentido alguno una vez vencido el plazo de ejecución del contrato, pues mal podría pretenderse terminar por la vía de la caducidad lo que ya se terminó por la vía de extinción del plazo, razón, entre otras, por la cual una vez que esto ha acaecido se extingue la competencia de la administración para declararla."[49]

---

[49] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de junio de 2014, exp. 29203. Igualmente véase, de la misma Sala, el fallo de 21 de febrero de 2011, exp. 16105 donde se puntualizó:
"El ejercicio de este poder excepcional supone una decisión motivada que sea el resultado de un procedimiento administrativo en el que se haya garantizado el debido proceso.
De otro lado, la entidad estatal estará imposibilitada para declarar la caducidad del contrato si ha puesto al contratista en situación de incumplimiento o si no ha cumplido con las obligaciones que previamente estaban a su cargo.[49]

Esta imposibilidad se ha hecho derivar de la facultad que tiene el contratista, en ciertas circunstancias, de invocar en su favor la excepción de contrato no cumplido

Una de tales circunstancias es precisamente cuando corre a cargo de la entidad estatal la entrega previa de terrenos, planos, levantamientos topográficos, etc.

Puede acontecer sin embargo que en el contrato concurran incumplimientos mutuos, esto es que haya inejecución de las prestaciones tanto de la entidad contratante como del contratista.

En este supuesto habrá que distinguir quién ha debido cumplir primero y aún en este evento deberá subdistinguirse si a pesar de tener que cumplir primero una de las partes, la otra con su conducta ha generado la confianza en su co-contratante de que a pesar de ese incumplimiento previo, ella de todas maneras está presta y decidida a cumplir con lo suyo pues hará lo necesario para este efecto.

Si esto último ocurre y la parte que generó la confianza finalmente no ejecuta las prestaciones a su cargo, quedará también incursa en incumplimiento, a pesar de que la otra haya debido cumplir primero, porque su comportamiento creó una situación digna de ser protegida a la luz de los postulados de la buena fe.

La norma en mención y las precisiones jurisprudenciales de esta Corporación ponen de presente que frente a un incumplimiento grave del contrato, y lo será si amenaza su ejecución, la entidad cuenta con el poder de declararlo caducado con las consecuencias negativas para el contratante. En el análisis del caso concreto la Sala se ocupará en primera lugar de verificar si en el *sub judice* el contratista incurrió en un incumplimiento de esta laya, que justificara la declaratoria de caducidad del contrato.

Sin embargo, antes de entrar en el análisis del caso concreto, es necesario examinar el alcance del debido proceso en materia contractual y, luego de ello, precisar en qué consiste el desequilibrio económico del contrato, que solicita el actor como pretensión subsidiaria.

4. Alcance del debido proceso en materia contractual con especial referencia a la imposición de la sanción de caducidad

A partir de una juiciosa lectura de los principios y valores convencionales [artículos 1.1 y 8.1] y constitucionales [artículo 29 y 209] es que se encuentra que los procedimientos de la administración no constituyen un rito ciego a la forma por la forma o en la magnificación de lo adjetivo sobre lo material o sustancial; contrario a ello, resulta apenas obvio que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho la Administración y los procedimientos que ésta tiene a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la "profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad."[50]
Súmese que el concepto del principio de legalidad, inmanente al derecho administrativo, ha de ser entendido no como una mera correspondencia con las formales legales, sin más, sino que necesariamente se encuentra nutrido de los principios y valores del

---

Ahora, esto que se acaba de afirmar cobra más trascendencia si se tiene en cuenta el interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos mediante un contrato estatal."
[50] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2011, p. 137.

ordenamiento constitucional y convencional, por vía del bloque de convencionalidad y constitucionalidad[51]. Es por ello que le es exigible a la administración concretar dichos principios y valores supralegales y supraconstitucionales en la toma de sus decisiones, teniendo como eje paradigmático la garantía plena y efectiva de los derechos humanos fundamentales.

En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Corporación, donde se ha destacado la necesaria presencia y garantía efectiva del debido proceso en el ámbito de las relaciones contractuales de la administración pública, de modo tal que, por ejemplo, el ejercicio de las potestades excepcionales que el legislador confirió a la administración deben estar rodeadas, sin lugar a dudas, de tales garantías procesales a fin de evitar ejercicios excesivos, arbitrarios o, en suma, contrarios a la teleología convencional y constitucional. Así, esta Sala ha precisado con anterioridad:

> "En cuanto al debido proceso en materia administrativa, como la garantía contemplada en el artículo 29 de la Constitución que tiene por objeto limitar el poder para que ninguna de las actuaciones de la Administración dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentre sujeta a los procedimientos establecidos en la ley, la jurisprudencia constitucional[52] y la doctrina especializada[53] han entendido que este debe estar presente en todas las actuaciones administrativas que adelanten los servidores públicos o los particulares con funciones de esta naturaleza.
>
> La actividad unilateral de la Administración en las actuaciones administrativas no resulta contraria a la garantía del debido proceso siempre y cuando ésta se presente hasta el momento en que la Administración deba relacionarse con un sujeto perfectamente identificado, pues a partir de ese momento se rompe la actividad unilateral de la Administración y ésta debe actuar protegiendo la totalidad de las garantías que se desprenden del debido proceso.
>
> Es decir, se debe garantizar i) el derecho de audiencia, lo que significa que el particular debe ser oído por el funcionario competente para tomar la respectiva decisión. También ii) se debe proteger el derecho de defensa, continuo y permanente, que comprende el derecho a ser oído, el derecho a presentar y solicitar pruebas, y el

---

[51] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Ibíd., p. 60 "es indudable que el principio de legalidad ha evolucionado nuevamente, esta vez de la mano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual se traduce de manera inexorable en la ampliación de las fronteras del bloque de legalidad. Dicho cambio sustancial es el resultado directo e inmediato de las obligaciones internacionales que ha asumido Colombia en las últimas décadas, con el fin de proteger la dignidad humana, como razón de ser de toda organización estatal democrática en la que se promueve el desarrollo dentro de un ambiente de absoluto respeto por los derechos humanos".

[52] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-150 de 1993, SU-620 de 1996, T-249 de 2011

[53] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Op., cit., pp. 72-74.

> derecho a interponer los recursos correspondientes[54] con el fin de que la Administración estudie nuevamente la decisión y solicitar que ésta sea revocada, modificada o aclarada. Así mismo, los administrados tienen derecho iii) a que se les apliquen trámites y plazos razonables y iv) se les asegure la imparcialidad de las decisiones[55]. Finalmente, v) también se debe garantizar el derecho de contradicción, como contrapeso obligatorio del poder punitivo del Estado[56].
>
> En el mismo sentido se ha pronunciado esta Corporación[57], al afirmar que desde el decreto 01 de 1984 y la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, en el derecho administrativo y, por ende también, en la contratación estatal, se han incorporado las distintas garantías del debido proceso."[58]

Igualmente, destaca la Sala que uno de los elementos integradores del debido proceso administrativo, entre otros, es el derecho a que el procedimiento administrativo se adelante con observancia de las formas propias de cada juicio, aspecto este que, como no puede ser de otra manera, también tiene raigambre en la contratación estatal[59].

Dicha garantía, en general, proscribe las sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio, porque esto atenta contra el procedimiento a través del cual el contratista puede participar en las etapas y momentos oportunos para defender sus intereses y expresar su criterio sobre el asunto que se debate. Desde este punto de vista, la Constitución exige a la administración, previo a adoptar una decisión sancionatoria, adelantar un

---

[54] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-788 de 2002.
[55] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-983 de 2010.
[56] Todas estas garantías han sido objeto de estudio por la jurisprudencia constitucional, que las ha clasificado según el momento en que se deban proteger. En palabras de la Corte Constitucional, el derecho al debido proceso administrativo está amparado por dos tipos de garantías, las mínimas previas, que son aquellas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras; y de otro lado las garantías mínimas posteriores, que se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa. Ibídem. En este sentido véase también la Sentencia C-089 de 2011.
[57] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de junio de 2010, Expediente: 16367, Sentencia del 30 de marzo de 2011, Expediente 20917 y Sentencia del 26 de julio de 2011, Expediente: 21318 C.P.: Enrique Gil Botero.
[58] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 21 de marzo de 2012.
[59] En un caso donde la administración aplicó la caducidad a un contratista, expresó la Corte Constitucional sobre este derecho -sentencia SU-219 de 2003-: "Por todo lo anterior resulta explicable por qué el Constituyente de 1991 extendió el deber del debido proceso a las actuaciones administrativas; **la forma debida se impone como exigencia general de protección de los intereses de los administrados. Es preciso que los órganos del Estado observen un procedimiento riguroso, en la formación y expedición de los actos administrativos**, sean ellos de carácter general o de contenido particular y concreto." (Negrillas fuera de texto)

procedimiento que garantice el derecho a que de manera pausada y tranquila se debata el asunto en cuestión[60].

De otro lado, el derecho de defensa, en el ámbito del debido proceso, también garantiza que se vincule al afectado con el procedimiento sancionatorio, para que exponga las razones que explican su percepción de los hechos investigados. Es tan arraigada esta garantía, que el Código Contencioso Administrativo ya aseguraba su defensa desde 1984. Sobre el particular, el art. 28 CCA. protege, incluso, a las personas que pudieran afectarse con la decisión[61], de manera que ordena hacerlas parte del procedimiento administrativo. Y si esto acontece con los terceros, con mayor razón aplica para quien es parte[62].

Así mismo, el derecho de defensa no conoce más limitaciones en materia contractual, y por eso se admite cualquier manifestación suya. Es decir, que se ejerce mediante la presentación de pruebas, la controversia de las existentes[63], ser oído y que se

---

[60] En sentencia T-352 de 1996 la Corte Constitucional consideró lo siguiente sobre el tema: "Del debido proceso en las actuaciones administrativas **hace parte la sujeción de la administración a las reglas propias del trámite respectivo.** Cuando la ley señala unos determinados elementos integrantes de la actuación, en especial si son en beneficio del administrado o han sido instituídos en garantía de sus derechos, y la administración omite cumplirlos, viola el debido proceso y compromete la validez de los actos que sean resultado de la actuación viciada. Atañe a la jurisdicción Contencioso Administrativa, en principio, definir esa validez, si bien, de manera extraordinaria, cuando la decisión que adopten los jueces administrativos puede resultar apenas formal y teórica, es decir carente de idoneidad y aptitud para la efectiva protección de los derechos fundamentales, o en casos de perjuicio irremediable, cabe la acción de tutela en lo que respecta al imperio de los preceptos constitucionales para el caso concreto." (Negrillas fuerza de texto)

[61] Dispone el art. 28 CCA. "DEBER DE COMUNICAR. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

"En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35."

[62] Entre otras cosas, la aplicación del CCA al procedimiento contractual, y los demás que se deriven de él, se fundamenta en el art. 77 de la ley 80: "DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. **En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales**. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

"Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo." (Negrillas fuera de texto)

[63] Discurre la Corte al respecto, en la sentencia T-796 de 2006, del siguiente modo: "6.1. En esta oportunidad las sociedades… consideran que el Invías incurrió en una vulneración a sus derechos fundamentales, al resolver los recursos de reposición interpuestos contra los actos administrativos que liquidaron unilateralmente el contrato de concesión N° 388/97, pues no se les permitió objetar el dictamen pericial decretado por la administración, y en el cual se basó la liquidación del contrato. **Si bien solicitaron su aclaración o complementación, los peritos se negaron a ello, y además, tampoco se les corrió traslado de dicha respuesta dada por los peritos**.(…)

"A juicio de la Sala, como lo consideraron los jueces de instancia, **la anterior situación trasgrede el derecho fundamental al debido proceso en cabeza de las sociedades…, por cuanto no pudieron contradecir el dictamen pericial.** En primer lugar, los peritos se negaron a aclarar o complementar el dictamen pericial rendido sin que la administración hiciera nada al respecto,

practiquen pruebas y se controviertan, es decir, en síntesis, que se respete su derecho de audiencia y defensa, que permita fijar la posición de la parte, y en general, toda forma de participación en el procedimiento, que contribuya a defender una posición o postura jurídica.

5. Alcance del desequilibrio económico del contrato estatal

Por averiguado se tiene que mediante el contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general.

Esta particularidad de la contratación estatal determina que la ejecución del objeto contractual sea un asunto vertebral y es por esto que la ley ha previsto diversos mecanismos que permiten conjurar factores o contingencias que puedan conducir a su paralización o inejecución.

Uno de tales mecanismos es precisamente aquel que permite que puedan reajustarse los precios pactados de tal suerte que manteniéndose su valor real en el decurso del plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se lleve a feliz término la ejecución del contrato.

Por estas razones es que el fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben

---

pues ni exigió que los peritos cumplieron con su deber ni corrió traslado a las partes para que pudieran pronunciarse objetándolo por error grave, en los términos del numeral 4° del artículo 238 del C.P.C., norma que se aplicaba al caso concreto dadas las razones desarrolladas en la parte dogmática de esta providencia.
(…)
"Así las cosas, no existe razón válida para que el Invías no haya corrido traslado a la respuesta de solicitud de aclaración o complementación al dictamen pericial que elevaron las sociedades accionantes en escrito radicado ante la entidad el 9 de agosto de 2005 (folio 143 a 146 del cuaderno de primera instancia), sin importar en que sentido lo hayan hecho los peritos, y que en el caso concreto se traduce en la negativa de proferir la aclaración. Por lo que el Invías al resolver los recursos de reposición, pretermitiendo el mencionado trámite, desconoció el derecho al debido proceso de las sociedades actoras, máxime cuando se trataba de un caso en que los peritos se negaron a la aclaración o complementación solicitada sin que al respecto la administración tampoco tomara alguna decisión."

permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse.

Sin embargo, lo anterior no significa que en todas las hipótesis el contratista deba obtener con exactitud numérica la utilidad calculada y esperada por él pues no cualquier imprevisto que merme su ventaja tiene la virtualidad de conducir al restablecimiento económico.

En efecto, sólo aquellas eventualidades imprevistas que alteran gravemente la ecuación financiera son idóneas para pretender con fundamento en ellas el restablecimiento económico pues si esto no se garantiza se afectaría el interés público que está presente en la contratación estatal.

Así que el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.

El artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, ordena que los contratos deberán ejecutarse de buena fe y que por consiguiente obligan a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza.

Estos preceptos, a no dudarlo, consagran la buena fe objetiva que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte[64], y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que

[64] En este sentido cfr. M. L. NEME VILLARREAL. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. En Revista de derecho Privado. No. 17. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p.73.

el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia.

Por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual.

En consecuencia, si una parte, por ejemplo, pretende privilegiar su interés en detrimento de los intereses de la otra y alejándose de lo que en esencia se ha convenido, este comportamiento contradice ese deber de buena fe objetiva que debe imperar en las relaciones negociales.

El artículo 38 de la Ley 153 de 1887 preceptúa que en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración.

El contrato que ha dado origen a esta cuestión litigiosa fue celebrado en el año de 2003, esto en vigencia de la ley 80 de 1993. En consecuencia, al referido contrato le son aplicables las disposiciones contenidas en esta legislación, particularmente debe tener en cuenta la Sala lo establecido en el numeral 1° del artículo 5[65] y el 27[66] de la misma legislación.

De otra parte, la doctrina ha dicho sobre el desequilibrio del contrato estatal que:

> "Las definiciones del Código Civil de contratos sinalagmáticos, onerosos y

[65] Ley 80 de 1993. Artículo 5°. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3° de esta ley, los contratistas:
1°. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.
En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

[66] Ley 80 de 1993. Artículo 27. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptaran en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.
Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiera lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25.

conmutativos, articuladas por los contenidos, de clara naturaleza de intervención económica, de los artículos 4 num. 3, 5 num. 1, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, hacen surgir para el derecho de los contratos del Estado una especial y peculiar concepción de conmutatividad de sus negocios, caracterizada por su objetividad y determinando como de su naturaleza, su mantenimiento y continuidad, esto es, sujeto a un equilibrio económico permanente en los términos y condiciones surgidos al momento de proponer o contratar, lo cual marca una diferencia sustancial con la simple conmutatividad directamente derivada de la simple lectura de la normatividad civil, en donde, como lo advierte la doctrina nacional, no es característico, ni puede desprenderse de la lectura del artículo 1498 del Código Civil, que en los contratos entre particulares, la equivalencia de la relación sea exacta y objetiva o que deba mantenerse durante la vida del contrato, lo que se desprende de una lectura directa del Código Civil en la materia, es que de hecho, la equivalencia de la relación puede no ser proporcional y tampoco la norma garantiza que de existir esa exactitud la misma deba mantenerse , mientras que en el contrato estatal, el fenómeno de la conmutatividad se plantea sobre la base de equilibrio, del supuesto de igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas, aspecto este que genera obligaciones ordenadoras para la administración pública responsable del contrato estatal.

Nos encontramos de esa manera ante un concepto de conmutatividad especial y, por lo tanto, preferente respecto de cualquier interpretación o aproximación que deba efectuarse en los casos en que estén de por medio contratos estatales, emanada de las viejas disputas doctrinarias francesas en torno a la sustantividad del contrato estatal y que han sido retomadas de manera amplia por nuestro régimen de los contratos públicos específicamente en los artículo 5 num. 1 y 27 de la Ley 80 de 1993

En este sentido y sobre esta base normativa, el principio general que surge y se manifiesta ostensible en el concepto de negocio del Estado propuesta en este trabajo es la del mantenimiento de su estructura original, derivada de las actuaciones y procedimientos previos, que signados por el concepto de discrecionalidad y con sujeción a los principios de ponderación, proporcionalidad y previsibilidad, determinaron unas condiciones sobre las cuales se sustentó la propuesta y el contrato finalmente celebrado y que constituyen las condiciones estructurales sobre las cuales se debe ejecutar el contrato, las que están llamadas a permanecer durante la ejecución e incluso durante su liquidación, manteniéndose en estas instancias necesariamente las obligaciones y derechos originales y así también, las contingencias y riesgos previsibles que asumieron, aspectos estos que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse.

Desde la perspectiva estrictamente normativa, la institución ha sido recogida bajo la siguiente caracterización en la Ley 80 de 1993:

Destaca el artículo 27 inciso primero de la Ley 80 de 1993 que en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

En consecuencia, el equilibrio económico y financiero de los contratos estatales es una institución que comprende a las partes involucradas en la relación negocial y no exclusivamente a una de ellas. Por lo menos a esa conclusión se llega agotando el principio de igualdad constitucional (art. 13 Constitucional) y de la lectura de la relación

> normativa específica de la Ley 80 de 1993, específicamente artículos 4 nums. 3 y 8, al igual que el 27, de donde se deduce que en razón de la reciprocidad, el equilibrio en cuestión tiene una doble dirección indiscutible, correspondiéndoles el derecho, por lo tanto, a cada una de las partes, de obtener el restablecimiento cuando haya lugar al mismo.
> Sobre esta base normativa, le nacen derechos a la administración para reclamar en caso de ruptura frente al contratista. Se destaca en el artículo 4 num. 3 de la Ley 80 de 1993 que es un derecho y un deber ineludible de la administración, en cuanto parte contractual, solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato, lo cual denota que el equilibrio y su mantenimiento no es un fenómeno que ataña de manera exclusiva al contratista, sino que implica una visión de contexto de la relación negocial.
> En tratándose de los contratistas, el fenómeno es similar, el artículo 5 num. 1 de la Ley 80 de 1993 les reconoce similar derecho al de las entidades estatales en esta materia, es decir, lo tienen para reclamar el restablecimiento de las condiciones económicas derivadas de las propuestas aceptadas y de lo concretamente pactado en los contratos celebrados. Esta situación de la procedencia en ambos sentido del negocio del equilibrio del contrato estatal ha sido ampliamente reconocida por el Consejo de Estado"[67]

Precisado lo anterior, pasa la Sala a abordar lo pertinente a la prueba idónea para la acreditación del desequilibrio económico del contrato.

6.- La necesidad de prueba idónea del vinculo ente la situación fáctica alegada y el desajuste o ruptura grave del equilibrio económico del contrato.

En efecto, las circunstancias determinantes de la alteración del equilibrio económico del contrato, como suficientemente se sabe, pueden derivarse de hechos o actos imputables a la Administración o al contratista, como partes del contrato, que configuren un incumplimiento de sus obligaciones, de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes.

Sin embargo, debe recordarse que en todos estos eventos que pueden dar lugar a una alteración del equilibrio económico del contrato es indispensable, para que se abra paso el restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que éste es grave y que además no

---

[67] Jaime Orlando Santofimio Gamboa, El contrato de concesión de servicios públicos, coherencia con los postulados del Estado Social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis doctoral, sustentada en la Universidad Carlos III de Madrid, Febrero de 2010. Pag. 558 ss.

corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

Sobre este particular el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

> "…cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Bien ha sostenido esta Corporación que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar, existiendo, como atrás se señaló, siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él[68] o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos. "[69] [70].

En esta misma línea de pensamiento, debe tenerse presente que para tener por acreditado el desequilibrio económico debe aparecer la prueba fehaciente de que en virtud del incumplimiento contractual se presentó un resquebrajamiento grave de la ecuación contractual que compromete la ejecución del contrato. Esto es, que las situaciones fácticas configuradoras del incumplimiento tuvieran la virtud de afectar de manera tan profunda la estructura económica que no puede ser más que calificada de grave.

La prueba en materia de desequilibrio económico, así las cosas, no solo debe configurar el hecho mismo afectante y determinador del incumplimiento, sino también y de manera consecuencial y objetivo el impacto cierto, claro, evidente en la bases que soportan las condiciones económicas y financieras del negocio, permitiendo visualizar al juzgador el daño que sobre las mismas se hubiere causado.

---

[68] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119.... (La cita es del texto citado).
[69] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433... (La cita es del texto citado).
[70] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2011, Expediente 18080. (La cita es del texto citado).

Se reitera: la carga de la prueba en este tipo de casos no se agota en la mera acreditación de ciertas circunstancias fácticas en el devenir de la relación contractual, ello no es más que un punto de inicio que necesariamente debe ser complementado con la suficiente acreditación probatoria y, sobre todo, técnica de las consecuencias negativas de tales hechos en el equilibrio económico del contrato estatal.

La Sala estima oportuno precisar que la prueba de tal desequilibrio no puede ser meramente retórica. El desequilibrio financiero del contrato es un asunto técnico y por ende su prueba debe ser rigurosa, objetiva y debidamente soportada; no bastan simples planteamientos doctrinales o jurisprudenciales; se hace necesario prueba idónea, adecuada y pertinente que evidencie en concreto, la magnitud del desajuste económico del negocio y su impacto en la conmutatividad del mismo.

Prueba, por lo tanto, de ser el caso, altamente técnica, razonablemente fundada en especiales consideraciones contables, económicas, financieras, que permitan deducir de manera objetiva, cómo las situaciones fácticas alegadas como afectantes del equilibrio contractual, inciden de manera cierta, evidente, clara y material en las estructuras económicas y financieras del negocio en los términos propuestos y pactados.

A través de la actividad y debate probatorio el juez debe llegar a la certeza técnica del desbalance que afecta la relación negocial, de aquí como, la simple afirmación en la demanda de la existencia del desequilibrio o de la ruptura de la formula o modelo económico rector del negocio, no sea por si mismo suficiente para dar por probada la configuración de la misma, sus características, impacto en la conmutatividad del negocio, magnitud del desajuste, en fin, todo lo relativo a su identificación plena y que permita abrir paso, al reconocimiento judicial de esta situación y a la determinación y cuantificación de las indemnizaciones que sean pertinentes, en los términos de los artículo 5 No 1, 27 y 28 de la ley 80 de 1993.

Resulta en consecuencia menester, que la prueba aportada permita materializar no solo el hecho causante o generador del desequilibrio del negocio, sino también configurar, ente otras cosas, sus efectos graves y dañinos, por ejemplo, en relación con el valor intrínseco del contrato, la perdida económica sufrida[71], los efectos económicos y financieros de todo orden y magnitud que devengan de la ruptura de la igualdad o equivalencia surgidos al momento de proponer o contratar etc.

Con otras palabras, y a manera de síntesis, si mediante el contrato estatal se persigue satisfacer el interés general mediante la prestación de los servicios públicos, y si el equilibrio económico del negocio debe mantenerse para lograr la ejecución del objeto contractual y por ende prestar el correspondiente servicio público, resulta evidente que para cumplir con los imperativos legales que ordenan el restablecimiento, es indispensable, no sólo la demostración del acaecimiento de un hecho o acto que tuvo la virtualidad de destruir el balance económico y financiero negocial, sino también que el negocio efectivamente se descompensó por ese hecho o acto.

Por consiguiente, en torno al último aspecto, las probanzas deben demostrar aquel resultado, el que no puede surgir sino mediante la comparación del inicial diseño económico y financiero del contrato con la situación económica y financiera en que quedó el negocio luego de sobrevenir el hecho o acto desequilibrante.

Hechos los estudios dogmáticos sobre la caducidad del contrato y su desequilibrio económico, procede ahora la Sala a resolver los dos aspectos en los que el recurrente centró sus argumentaciones. Se trata de dilucidar en primer lugar si en el *sub judice* se cumplieron los requisitos de ley para que se declarara la caducidad del contrato; o si por el contrario se cumplen los presupuestos que hacen procedente la declaratoria del desequilibrio financiero del contrato y su consecuente restablecimiento.

7. Análisis del caso concreto

[71] Ley 80 de 1993, Art. 5.

7.1. Lo probado dentro del proceso

Aparece en el plenario un proyecto, presentado por la Contratista el 23 de abril de 2001, para la implementación del sistema de estacionamiento de vehículos autorizados en vía pública denominado “zonas azules- Fl. 82 c.1-.

Obra dentro del expediente el contrato de concesión 086 celebrado por las partes el día 7 de mayo de 2003 -fls.359- 368 c.2-.

Comunicación del Comandante de la Policía, Distrito Uno Ibagué, dirigida al representante legal de “Christian Representaciones”, el día 9 de mayo de 2003, en la que le solicita hacer correcciones en algunos puntos de las zonas azules. –fl.656 c2-.

Comunicación del representante legal de la empresa contratista al Secretario de Tránsito municipal , el 12 de mayo del mismo año, en la cual le solicita que estudien los puntos de zonas azules que se deben reponer, como consecuencia de las consideraciones formuladas por el Comandante del Distrito Uno de Policía de Ibagué –fl. 657 del c.2-.

Respuesta del Director técnico operativo de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Ibagué a la anterior comunicación, recibida el 3 de junio de 2003, en la que se le informa que para la reposición de las zonas azules que de acuerdo con el informe de la policía no son viables, se encuentran estudiando el asunto y que le informarán una vez se tomen las decisiones correspondientes –fl. 658 del c.2-.

Oficio STT-GTO-1088-03, suscrito, el 6 de junio del 2003, por el Secretario de Tránsito y transporte de Ibagué, interventor del contrato.

Comunicación suscrita por el Secretario de Tránsito y Transporte, el 14 de julio de 2003, al gerente de “Christian Representaciones”, en la que se le informa que algunos comerciantes del barrio Cádiz solicitan el retiro de las zonas azules allí instaladas, argumentando que en el contrato tales zonas están recomendadas como opcionales,

no aparecen ni se permiten Zonas Azules sobre las carreras; y le solicitan que dichas zonas azules sean retiradas en el menor tiempo posible –fl.820-.

Comunicación dirigida por el Contratista al gerente de INFIBAGUE, el 17 de julio de 2003, en el que le manifiesta que por el cambio en las tarifas se desequilibra el contrato y le solicita la modificación del contrato- fl. 838-839 del C.1-..

Oficio STT-GTO-1600-03 enviado por la Secretaría de Tránsito y Transporte, el 12 de agosto de 2003 – fl. 848 del C.1. - .

Comunicación suscrita por el Gerente de Infibagué, del 9 de septiembre de 2003, en la que le solicita a la contratista el informe mensual sobre la ejecución del contrato y la requiere para el cumplimiento de lo previsto en la cláusula cuarta del contrato, en relación con la forma de pago, para que se reporte la participación que le corresponde a INFIBAGUE, por los meses de junio, julio y agosto- fls. 858 del c.1-.

Comunicación del 9 de septiembre de 2003 de la Secretaría de Tránsito y Transporte, al Gerente de las zonas azules donde se le comunica:–fl. 828 del C.1.

Comunicación en la que Infibagué pone en conocimiento de la contratista las observaciones de la Contraloría sobre los Estados financieros, del 10 de septiembre del 2003, en el sentido que los saldos presentados en los balances no están soportados por libros de contabilidad que permitan realizar el estudio sobre los soportes y asientos contables y le solicita que allegue fotocopia auténtica de los libros de contabilidad, diario, mayor y balance e inventarios y libros oficiales. –fl. 859 c.1

Comunicación en la que INFIBAGUE, da traslado y pone en conocimiento de la contratista las recomendaciones hechas por la contraloría municipal sobre el contrato 086 de 2003 - fl 862-863 c.1-.

Comunicación suscrita por el Gerente de INFIBAGUE, en la que se informa a CHRISTIAN REPRESENTACIONES, que se determinó realizar una auditoría financiera,

para evaluar la reclamación presentada por CHRISTIAN REPRESENTACIONES –fl. 938 del c.1-.

Informe de auditoria financiera al establecimiento de comercio CHRISTIAN REPRESENTACIONES- MARTHA LUCIA MARTINEZ ARENAS. Fl 955- 964 del c. 1

La resolución No. 378 del 13 de noviembre de 2003, mediante la cual se declara la caducidad del referido contrato-fls10-26 c.1-

Dictamen pericial rendido por la Perito Blanca Nubia. - Este dictamen está contenido en un cuaderno independiente-.

7.2 Incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la demandante

La Sala observa que dentro del expediente se encuentra acreditado un incumplimiento flagrante del contrato por parte de la contratista demandante, consistente en la ausencia del pago oportuno del porcentaje que se había comprometido a girar mensualmente a Infibague.

En efecto, en la cláusula cuarta de ese contrato se estipuló:

> "FORMA DE PAGO: El contratista cancelará al Instituto de Financiamiento Promoción y Desarrollo de Ibagué "INFIBAGUE", como participación mensual del contrato, la suma equivalente al 40% del recaudo bruto que genere la utilización de las "ZONAS AZULES", que deberá cancelar dentro de los cinco(5) primeros días siguientes de cada periodo mensual vencido" –fl. 363-364 c.2-.

A propósito del incumplimiento de esta obligación obra en el expediente el requerimiento hecho por el municipio contratante para que se cumpliera con la misma, hecho el 9 de septiembre de 2003, así:

> "De la manera mas(sic) atenta me permito solicitar nuevamente el informe mensual sobre la ejecución del contrato No. 086, según la cláusula Segunda. […] "Igualmente le recuerdo el cumplimiento de la Cláusula Cuarta: Forma de Pago[…] Los informes y la participación que se deben a infibague corresponde a junio, julio y agosto"-fl. 858 c.1-.

Solicitud que se reiteró en comunicación del 15 de septiembre del mismo año en el que se le manifestó:

> "Con el presente me permito remitirle fotocopia del oficio STT-GTO 1810-03 del 12 de septiembre del presente año […] emanado de la Secretaría de Tránsito y Transporte como entidad supervisora del contrato del asunto.
> Lo anterior con el fin de que en el término improrrogable de 3 días hábiles contados a partir del recibo de la presente, justifique el incumplimiento del contrato de conformidad con el informe rendido por la interventoría.
> Así mismo, deberá justificar el incumplimiento a la cláusula cuarta del referido contrato, situación esta que la entidad a través de oficios G.2020 del 8 de agosto y G. 2407 DEL 9 DE SEPTIEMBRE DE 2003, le ha solicitado cumplir" –fl.872 c.1-.

De manera concordante la Contraloría Municipal, en el informe rendido después de que este organismo de control realizó una investigación sobre la ejecución del contrato 086 de 2003, afirmó:

> "La investigación realizada por este ente de control dentro de su competencia al Contrato No. 086 de 2003 celebrado entre Infibague y CHRISTIAN REPRESENTACIONES, en ejercicio del control fiscal sobre la actividad contractual de la administración pública, una vez concluidos los trámite (sic) administrativos de legalización del citado contrato, es decir, perfeccionando por el acuerdo de voluntades, para vigilar la gestión fiscal de la administración y, en general, el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal y el control posterior sobre las cuentas y pagos derivados del contrato en ejecución, se ha podido determinar que CHRISTIAN REPRESENTACIONES, no le ha venido cumpliendo con los pagos que están obligados a realizar con los valores correspondientes a la participación de INFIBAGUE de conformidad con las cláusulas contractuales…"
>
> De igual manera se pudo constatar que el CONTRATISTA no llevó adecuadamente un control sobre los recibos y no hay orden en los consecutivos de éstos; irregularidad que conlleva a no tener muy claro el ingreso diario y mensual, e incluso contraría las normas sobre el control tributario; también se demuestra que los operarios no cuentan con un nivel académico necesario tanto para llenar los recibos, ni los informes, como tampoco parar dar una información adecuada al usuario sobre tales zonas de estacionamiento.
>
> En (sic) consecuencia de lo anterior, este Ente le recomienda tomar las medidas pertinentes, no sólo (sic) para que el concesionario cumpla con las obligaciones pecuniarias que tiene pendientes con INFIBAGUÉ, sino de igual manera para que CHRISTIAN REPRESENTACIONES garantice el pago laboral de sus trabajadores, por cuanto los hechos aquí expuestos demuestran un incumplimiento por parte del concesionario."–fl. 862-863 c.1-.

Infibagué corrió traslado de este informe a la contratista mediante comunicación del 10 de septiembre del 2003, advirtiéndole que los saldos presentados en los balances no están soportados por libros de contabilidad que permitan realizar el estudio sobre los soportes y asientos contables, y le solicita que allegue fotocopia auténtica de los libros de contabilidad, diario, mayor y balance e inventarios y libros oficiales. –fl. 859 c.3

De otra parte, la entidad contratante dispuso de una auditoria contable para el establecimiento de comercio CHRISTIAN REPRESENTACIONES, de propiedad de la contratista, cuyos resultados se consignaron en un informe del que se corrió traslado a la demandante. En dicho informe se lee:

> "4.8. ESTADO DE RESULTADOS
> Durante el periodo Enero (sic) – Septiembre (sic) de 2003 se contabilizaron ingresos operacionales ingresos operacionales (sic) por $82.452.259. De Enero (sic) 1 a (sic) a Mayo (sic) 31 de 2003 figuran ingresos por $9.600.00 como resultado de asesoria(sic) comercial y periodística.
>
> Durante el periodo Junio (sic) a Septiembre (sic) como resultado de la ejecución del contrato 086 celebrado con Infibagué se generaron ingresos por la prestación de servicio de parqueo en zonas azules por $72.852.259, soportados con los desprendibles de los tiquetes sellados por Infibagué.
>
> Los gastos operacionales de administración para el periodo fueron de $247.710.279, encontrándose incluidos $7.855.000 correspondientes a gastos por la prestación de servicios de asesoráis (sic) comerciales y periodísticas; los demás gastos fueron generados en el desarrollo del contrato 086, principalmente por concepto de gastos de personal $108.505303; honorarios $40.645.999, estos pagos de honorarios no están soportados mediante factura o documento equivalente a la factura, tampoco existen contratos escritos de prestación de servicios, se nos informó que el contrato es de tipo verbal; $1.825.000 están soportados con cuenta de cobro del abogado encargado de la reclamación; y gastos diversos por $28.525.567 generados por servicios de publicidad (cuentas de cobro) y papelería (facturas).
>
> A 30 de Septiembre (sic) de 2003, la Señora (sic) Martha Lucia Martínez Propietaria (sic) del establecimiento Christian Representaciones muestra perdida (sic) del ejercicio por $166.159.042, en relación con la utilidad por $1.745.00 reflejada en el balance con corte 28 de Febrero (sic) de 2003."

La prueba documental hasta aquí relacionada da cuenta del incumplimiento por parte de la contratista de sus obligaciones contractuales, pues, pese a que había recibido dineros derivados de la ejecución del contrato, no remitió el porcentaje que contractualmente se había convenido de dichos ingresos para la entidad demandada; por lo tanto la Sala constata que la declaratoria de caducidad del contrato estuvo conforme a las disposiciones legales.

7.3 La pretendida violación al debido proceso en la declaratoria de caducidad

Ahora bien, en cuanto se refiere a la alegada violación del debido proceso, que la contratista hace consistir en que no conoció los resultados de la auditoría contable; la Sala desestima este argumento, toda vez que el motivo por el que se declaró la caducidad del contrato no fue únicamente lo establecido por esa auditoría; las razones para declarar la caducidad los encontró la entidad demandada en el informe rendido por la Contraloría Municipal, así se desprende de la Resolución No. 378 de 13 de noviembre de 2013, mediante la cual se declaró la caducidad, documento en que se lee:

> "Analizados los descargos presentados por el concesionario, se observa que no desvirtuaron los graves incumplimientos contractuales relacionados con las transferencias acordadas para el Municipio- INFIBAQUE- ni la falta de pago al personal y de los aportes de la seguridad social y a las agencias recaudadoras de aportes parafiscales, lo mismo que el abandono sin autorización de las zonas concesionadas, constituyen un incumplimiento grave del contrato que además evidencia su paralización" –fl.-20 del c1-.

Obsérvese que los motivos sobre los que se fundamenta el acto administrativo que declaró la caducidad, son los expuestos por la Contraloría Municipal de Ibagué y los informes que rindió el interventor del contrato; y existe plena prueba en expediente de que de estos documentos se corrió traslado a la contratista. Así las cosas, no hay elementos probatorios que permitan a la Sala tener por probado la supuesta vulneración al debido proceso.

7.4 El pretendido desequilibrio económico del contrato. Dificultades probatorias para su configuración en el presente caso.

La Sala se ocupa de verificar si dentro del expediente está demostrado que existía una fórmula dentro del contrato y si ella resultó desequilibrada.

En la cláusula primera del contrato 086 de 2003, aparecen entre las obligaciones de Infibagué entregar a la contratista novecientos cuarenta y tres (943) espacios de estacionamiento distribuidos en los sectores mencionados dentro de la misma cláusula.

Obran en el expediente documentos en los que la contratista manifiesta que se ha desequilibrado económicamente el contrato y documentos que pretenden acreditar tal desequilibrio; pruebas que entra a valorar la Sala a continuación.

Comunicación enviada el 17 de julio de 2003 por el factor del establecimiento de comercio "CHRISTIAN REPRESENTACIONES", de propiedad de la contratista y quien gestionaba el contrato de concesión, al Gerente de Infibagué. En este documento el factor, a nombre de la contratista, solicita la modificación contractual por el cambio de tarifa pedida por Fenalco y por la suspensión de operativos en algunas zonas-fl.838 c.2-. Esta petición la reiteró mediante el escrito en el que se manifestó sobre lo conceptuado por la Contraloría Municipal de Ibagué –fls. 877-902 c.1

Sobre la pretendida suspensión de algunas zonas azules existen los siguientes documentos:

Oficio STT-GTO-1088-03, suscrito, el 6 de junio del 2003, por el Secretario de Tránsito y transporte de Ibagué, interventor del contrato. De lo consignado en dicho documento la Sala destaca:

> "[…] me permito hacer algunas precisiones: hasta hoy jueves 5 de junio solamente se han señalizado 21 zonas azules listada en la siguiente tabla" (la tabla da cuenta de 352 celdas) "[…] realizadas las correspondientes visitas a las zonas establecidas en el contrato de concesión encontramos que zonas como las listadas en la siguiente tabla no reflejan una alta demanda […] además, algunas de las zonas descritas anteriormente no

> son aptas para el estacionamiento vía pública debido a la presencia de garajes, sectores escolares, zonas de cargue y descargue […] por lo tanto no presentan alta demanda de estacionamiento y no cumplen con el objetivo fundamental de la creación del presente sistema como la racionalización del uso de espacio público y su contribución al mejoramiento de la circulación peatonal y vehicular en este municipio.
>
> Por lo anterior recomienda (sic) esta secretaria recomienda (sic) suprimir las zonas relacionadas anteriormente en pro de desarrollar efectivamente este programa de desarrollo urbano […] en este orden de ideas, y suprimiendo las relacionadas en el numeral 2 anterior, se hace necesaria la creación de nuevas zonas que cumplan con el objetivo de la administración municipal y que al mismo tiempo mantengan el equilibrio del contrato de concesión"

Comunicación del Comandante de la Policía, del Distrito Uno de Ibagué, dirigida al representante legal de Christian Representaciones, el día 9 de mayo de 2003, en la que le solicita hacer correcciones en algunos puntos de las zonas azules. –fl.656 c1-.

Comunicación del 9 de septiembre de 2003 de la Secretaría de Tránsito y Transporte, al Gerente de las zonas azules donde se le comunica:

> "Por petición de la veeduría del proyecto de renovación urbanística y paisajística de la carrera 3 solicitamos comedidamente suspender provisionalmente las zonas azules en los sectores de la calle 14 entre carrera 3 y 5, toda vez que con la reorganización de ruta entre la calle 15 y el giro a la izquierda en la carrera 4 hacia el oriente, los vehículos suben por la carrera 3ª, toman la 14, luego la 4 y bajan, produciendo una gran congestión en ese sector.
> Las celdas suspendidas, le serán restituidas en otro sitio de la ciudad, previamente acordado, con Infibagué y la Secretaría –fl. 828 del C.1.

Oficio suscrito por el Secretario de Tránsito y Transporte, el 14 de julio de 2003, y dirigido al gerente de "Christian Representaciones", en la que se le informa que algunos comerciantes del barrio Cádiz solicitan el retiro de las zonas azules allí instaladas, argumentando que en el contrato tales zonas están recomendadas como opcionales, no aparecen ni se permiten Zonas Azules sobre las carreras; y le solicitan que dichas zonas azules sean retiradas en el menor tiempo posible –fl.820 c.1-.

Conforme a las pruebas que se acaban de reseñar, y al valorar las mismas, son diversos los motivos que se encuentran para determinar que en el *sub judice* no

procede la declaratoria de desequilibrio económico del contrato, a saber:

7.4.1 Imposibilidad de declarar el desequilibrio por mora de la contratista en el cumplimiento de sus obligaciones.

En primer lugar, la Sala constata que cuando se le sugiere a la contratista la suspensión de algunas zonas azules, ésta ya se encontraba incumpliendo el contrato, puesto que dentro de los primeros días de julio de 2003 ha debido consignar el 40% de lo percibido por la ejecución del contrato que le correspondía a INFIBAGUÉ.

Esta circunstancia impide a la contratista exigir tal declaratoria porque, al estar ella incumpliendo las obligaciones del contrato, se encontraba en mora desde el inicio de la ejecución del mismo y esta circunstancia impide que la entidad demandada esté en mora en el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones contractuales. En efecto, el artículo 1609 del código civil establece:

> "En 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".[72]

Así las cosas, si la contratista demandante afirma que el desequilibrio se presentó porque Infibagué no ha repuesto las celdas o espacios de estacionamiento que supuestamente se suspendieron por orden de la entidad contratante, aún en el evento en que este hecho estuviese probado, tampoco procedería al declaratoria del desequilibrio, puesto que la demandante se encuentra en mora respecto de sus obligaciones contractuales desde el primer mes del contrato, lo que en términos del artículo transcrito, impedía que Infibagué estuviese en mora de cumplir cualquiera obligación contractual, hasta que la contratista no cumpliera o se allanara a cumplir con sus obligaciones. Como la petición de que se declare el desequilibrio económico y su consecuente restablecimiento comporta una pretensión indemnizatoria, y la

[72] La aplicación del artículo 1609 del código civil en materia de contrato estatales, ha sido hecha por esta Sala de Subsección en varias providencias a saber: Sentencia del 21 de febrero de 2011 exp. 16105; 8 de junio de 2011, exp.17858; 25 de julio de 2011 exp. 19150; 9 de mayo de 2012 exp.22395; y 7 de junio de 2012 exp.22277.

indemnización de los perjuicios supone la mora, lo que se desprende de los artículos 1615 y 1594 del Código Civil; si no hay mora por parte del contratante de quien se pretende la indemnización, no es posible pedir a éste resarcimiento alguno. Así las cosas, no es procedente atender la petición subsidiaria del restablecimiento del contrato, toda vez que Infibagué no estuvo en mora de cumplir obligación alguna, como consecuencia de que la contratista aquí demandante no cumplió con su obligación de transferir el porcentaje convenido.

7.4.2 Ausencia de prueba de los hechos constitutivos del desequilibrio contractual

En segundo lugar, con base en los medios probatorios que se acaban de reseñar, la Sala constata que la suspensión de las zonas azules en ningún momento se presentó; toda vez que los documentos que se acaban de relacionar son solicitudes del Interventor del contrato, que no tiene las atribuciones de reformar las cláusulas del acuerdo de voluntades al que habían llegado Infibagué y la contratista. Lo único que prueban esos documentos es que el interventor le solicita a la contratista la suspensión; pero no acredita que la administración haya variado las cláusulas del contrato.

En efecto, el contrato de concesión 086 de 2003, en su cláusula octava dispone:

> "INTERVENTORIA.- La Secretaría de Tránsito y Transporte Municpal ejercerá la interventoría, supervisión y control del sistema dado en concesión, de conformidad con el artículo 4º del Acuerdo No. 067 de Diciembre de 2001".

A propósito del contrato de Interventoría y del alcance de las facultades del interventor, esta Corporación ha dicho:

> "El interventor adelanta, básicamente, una función de verificación y control de la ejecución contractual, pero no le compete introducir modificación alguna en los términos del negocio jurídico sobre el cual recae su función, puesto que esa es materia del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista. Es por ello que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que "Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente", que "Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias" y además, que "ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato", es decir que el negocio jurídico sobre el cual ejercerá vigilancia, constituye el marco dentro del cual la misma

> debe llevarse a cabo. Al respecto, a pesar de ser posterior a la celebración del contrato objeto de la presente controversia, resulta ilustrativo observar cómo en razón de la naturaleza de las funciones que desarrollan, el artículo 53 del código único disciplinario –Ley 734 de 2002- estableció que se hallan sujetos al régimen disciplinario especial contenido en el Libro III de dicha ley, los particulares "que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales", disposición que la Corte Constitucional declaró exequible (…) la función del interventor es de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato y no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial"[73]

En este orden de ideas, la contratista aquí demandante no puede endilgar un desequilibrio económico del contrato por unas sugerencias que hizo el interventor, pues, en primer lugar, eran sugerencias; y en segundo lugar, el interventor no tenía la facultad de cambiar los términos del contrato; para que el desequilibrio se configurara el cese de las actividades en determinadas zonas ha debido obedecer a un acto administrativo de la entidad contratante; y de esto no hay rastro en el expediente.

De otra parte, en cuanto atañe a un supuesto cambio de tarifas, no existe prueba del mismo, pues la parte actora no aportó un acto administrativo que dé cuenta de tal variación; lo único que admite entidad demandada sobre el particular, y que se podría tener por confesión, es una equivocación temporal; que por su brevedad no tiene la virtud de afectar el equilibrio financiero del contrato. En efecto, en la Resolución No. 378 de 2003, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato se lee:

> "Con relación a la orden de timbrar 100.000 tiquetes por valor de $5.800.000.oo que no pudieron usarse por que la modificación del contrato solo tuvo vigencia de 10 días comprendidos entre el 1 y el 10 de septiembre de 2003, por orden de Infibague, fue la reiteración de una conducta informal del contratista aprovechando el error de la administración para su propio beneficio"-fl. 19 c.1-.

En cualquier caso, si tal cambio de tarifas hubiese desequilibrado el contrato, ello ha debido demostrarse y no existe ninguna prueba al respecto, pues sobre el punto el dictamen pericial que se rindió sobre el proceso no hace mención o raciocinio alguno

[73] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de febrero de 2013, exp.25.199

acerca de cómo pudo influir tal circunstancia en el equilibrio financiero del contrato de concesión celebrado, como se explica en el siguiente acápite.

La Sala toma como hechos probados la existencia de algunas comunicaciones de parte de la interventoría, la Policía Nacional y la comunidad con el contratista, más sin embargo, lo demostrado hasta ahora no da fe de la existencia de un desequilibrio económico, pues, conforme se expuso arriba, se duele la Sala de la ausencia de medios de prueba que acrediten, con precisión técnica, contable y económica, si tales circunstancias impactaron de manera desfavorable en el equilibrio del contrato estatal. Para ahondar en las razones de este dicho pasa la Sala a analizar detalladamente el dictamen pericial que obra en el expediente.

7.4.3 Ausencia de prueba del desequilibrio financiero propiamente dicho por defectos sustanciales en el peritaje aportado.

Por último, y para abundar en razones, aún en el evento en que la contratista hubiese cumplido con sus obligaciones y se hubiese acreditado que fue la entidad contratante la que varió las condiciones de acuerdo de voluntades, tampoco procedería la declaratoria del desequilibrio financiero del contrato porque el mismo no resultó demostrado.

A este respecto, en el *sub judice*, pese a que obra en el expediente un dictamen pericial rendido por la contadora pública Blanca Nubia González Bohórquez, en el que se afirma que con base en los libros de contabilidad y sus soportes, y los estados financieros correspondientes al Establecimiento de comercio “Christian Representaciones”, de propiedad de Martha Lucía Martínez Arenas, se pudo constatar que la demandante sufrió perjuicios materiales por $1.661.277.068; la Sala le niega valor a este medio probatorio, pues la experticia se limita a enunciar los gastos que encontró en los libros de comercio, pero no anexa los soportes de tales gastos. Además, porque en el informe de auditoria financiera contratado por el municipio, el perito Saúl Fernando Rodríguez, a propósito de tales libros de comercio, concluye:

> "Los libros de contabilidad de la señora Martha Lucía Arenas muestran operaciones realizadas desde enero de 2001. De acuerdo con el Código de Comercio solamente se pueden registrar libros en blanco, lo que nos indica que los libros de contabilidad fueron impresos después del 10 de septiembre de 2003, fecha en la que fueron registrados ante la Cámara de Comercio de Ibagué. Para que los libros de contabilidad puedan servir de prueba deben registrarse previamente a su diligenciamiento, ante las autoridades o entidades competentes en el lugar de su domicilio principal"

En cuanto al mérito probatorio que merecen los libros de comercio examinados por la auxiliar de la justicia, "caja general", "mayor y de balance" y de "inventario". Se advierte que éstos no pueden ser valorados por la Sala a efectos de la tasación de dicho perjuicio, pues no cumplen los requerimientos legales que exige la ley para su debida apreciación.

En relación con la obligación de llevar una contabilidad regular de los negocios que realice el comerciante, el artículo 19 numerales 2, 3 y 4 del mismo Código señalan lo concerniente con los libros de comercio, obligación que, siguiendo la doctrina, *"es impuesta en interés del comerciante, a fin de que pueda seguir diariamente la situación de sus negocios y tener una prueba de sus derechos; en interés del que contrata con él, para facilitarle medios de defensa; por último en interés público, para que en caso de quiebra se pueda reconstruir en su integridad el patrimonio del quebrado, descubrir las simulaciones y las sustracciones"*[74].

A su vez, el artículo 49 de la misma normatividad, determina que *"Para los efectos legales, cuando se haga referencia a los libros de comercio, se entenderán por tales los que determine la ley como obligatorios y los auxiliares necesarios para el completo entendimiento de aquellos"* de donde se tiene que los libros de comercio son aquellos que la ley defina como tales; razón por la cual se entiende con claridad que al igual que es obligatorio que el comerciante lleve su estado financiero, tal exigencia se extiende a la de establecer los libros de inventario, balances, diario y mayor –por solo citar algunos- tal como se deduce de los artículos 49 al 52 del Código de Comercio[75] y 125

---

[74] GABINO Pinzón, José. Introducción al Derecho Comercial. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1985, página 263.
[75] Código de Comercio. Artículo 49. Para los efectos legales, cuando se haga referencia a los libros de comercio, se entenderán por tales los que determine la ley como obligatorios y los auxiliares necesarios para el completo entendimiento de aquéllos.

Decreto 2649 de 1993[76] y como lo ha entendido la jurisprudencia de la Sección Cuarta de esta Corporación:

> "Tal y como lo reseñó la actuación administrativa con fundamento en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, **la ausencia de un catálogo concreto acerca de los libros de contabilidad que debe llevar el comerciante, no es base para considerar que no existe obligación legal de llevar los libros de contabilidad que se derivan de los requerimientos legales consagrados en el Código de Comercio, a los cuales en primer lugar se remiten las normas tributarias, así como a los (requerimientos) señalados en los diferentes reglamentos expedidos por el gobierno en materia de contabilidad y normas tributarias.**
> (…)
> Es así, como el gobierno ha proferido entre otros decretos, el 2649 de 1.993 (antes del 1798 de 1.990), por medio del cual se reglamenta la contabilidad en general, en cuyo artículo 129 consagra la obligación de oficializar los inventarios, ordenando que al terminar cada ejercicio, debe efectuarse el inventario de mercancías para la venta el cual debe contener una relación detallada de las existencias con indicación de su costo unitario y total, y agrega, que cuando la cantidad y diversidad de artículos dificulte su registro detallado, éste puede efectuarse por resúmenes o grupos de artículos, siempre y cuando aparezcan discriminados en registros auxiliares.
>
> De igual modo, como lo tiene precisado la doctrina y la jurisprudencia, del artículo 52 del Código de Comercio, que obliga al comerciante al iniciar sus actividades y por lo

---

Artículo 50. La contabilidad solamente podrá llevarse en idioma castellano, por el sistema de partida doble, en libros registrados, de manera que suministre una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante, con sujeción a las reglamentaciones que expida el gobierno.
Artículo 51. Harán parte integrante de la contabilidad todos los comprobantes que sirvan de respaldo a las partidas asentadas en los libros, así como la correspondencia directamente relacionada con los negocios.
Artículo 52. Al iniciar sus actividades comerciales y, por lo menos una vez al año, todo comerciante elaborará un inventario y un balance general que permitan conocer de manera clara y completa la situación de su patrimonio.

[76] Decreto 2649 de 1993. **Artículo 125.** Los estados financieros deben ser elaborados con fundamento en los libros en los cuales se hubieren asentado los comprobantes.
Los libros deben conformarse y diligenciarse en forma tal que se garantice su autenticidad e integridad. Cada libro, de acuerdo con el uso a que se destina, debe llevar una numeración sucesiva y continua. Las hojas y tarjetas deben ser codificadas por clase de libros.
Atendiendo las normas legales, la naturaleza del ente económico y a la de sus operaciones, se deben llevar los libros necesarios para:
1. Asentar en orden cronológico todas las operaciones, bien en forma individual o por resúmenes globales no superiores a un mes.
2. Establecer mensualmente el resumen de todas las operaciones por cada cuenta, sus movimientos debitó y crédito, combinando el movimiento de los diferentes establecimientos.
3. Determinar la propiedad del ente, el movimiento de los aportes de capital y las restricciones que pesen sobre ellos.
4. Permitir el completo entendimiento de los anteriores. Para tal fin se deben llevar, entre otros, los auxiliares necesarios para:
a) Conocer las transacciones individuales, cuando estas se registren en los libros de resumen en forma global;
b) Establecer los activos y las obligaciones derivadas de las actividades propias de cada establecimiento, cuando se hubiere decidido llevar por separado la contabilidad de sus operaciones;
c) Conocer los códigos o series cifradas que identifiquen las cuentas, así como los códigos o símbolos utilizados para describir las transacciones, con indicación de las adiciones, modificaciones, sustituciones o cancelaciones que se hagan de unas y otras;
d) Controlar el movimiento de las mercancías, sea por unidades o por grupos homogéneos;
e) Conciliar los estados financieros básicos con aquellos preparados sobre otras bases comprensivas de contabilidad.
5. Dejar constancia de las decisiones adoptadas por los órganos colegiados de dirección, administración y control del ente económico.
6. Cumplir las exigencias de otras normas legales.

> menos una vez al año a elaborar un inventario y un balance general que permita de manera clara y completa la situación de su patrimonio, surge la obligación legal de llevar el libro de "Inventarios" y "Balances".
>
> Del artículo 53 del Código de Comercio, que exige el asentamiento cronológico de las operaciones, y de la exigencia de aplicación de la partida doble, surge la necesidad de llevar los libros "Diario" y "Mayor"."[77] (Resaltado propio).

En este orden de ideas, la Sala advierte que, conforme al artículo 50 del Código de Comercio, la contabilidad de un ente económico debe ser llevada i) en idioma castellano, ii) por el sistema de doble partida, iii) en libros registrados "de manera que suministre una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante, con sujeción a las reglamentaciones que expida el gobierno"[78] [Subrayado fuera de texto].

Así las cosas, los libros que no estén llevados conforme a la ley no pueden ser valorados. Es claro que cuando la ley establece que los libros de comercio deben ser registrados, ello quiere decir que al momento de realizar dicho acto éstos deben encontrarse en blanco, libres de cualquier tipo de inscripción y/o anotación. Así, el Decreto 2649 de 1993 en su artículo 126 establece "Cuando la ley así lo exija, para servir de prueba los libros deben haberse registrado previamente a su diligenciamiento, ante las Autoridades o entidades competentes en el lugar de su domicilio principal".

En el presente caso se encuentra que los libros de contabilidad no fueron llevados conforme a las disposiciones que se acaban de reseñar, tal como lo demuestra el informe de auditoría financiera que ya se transcribió; como quiera que fueron inscritos el 10 de septiembre del 2003, y los mismos contenían anotaciones desde enero del 2001. Lo anterior pone de presente que tales libros no fueron registrados en blanco sino con anotaciones previas a la fecha de registro. En consecuencia, el dictamen pericial rendido por Blanca Nubia González Bohórquez, además de carecer de los soportes correspondientes, está fundamentado sobre documentos que no cumplen con los requisitos legales, lo cual impide a la Sala otorgarle credibilidad a tal experticia.

---

[77] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de 6 de febrero de 1998. C.P.: Delio Gómez Leyva. Radicado: 8664.

[78] Ello es concordante con lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 19 del Código de Comercio que dice: "2) Inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad;"

Uno de los libros más importantes que refleja el estado contable de un ente económico es el de balance y mayor, pues justamente allí es donde se encuentra el balance general, uno de los considerados como estados financieros básicos, conforme al artículo 22 del artículo Decreto 2649 de 1993 y que, conforme al numeral 2° del artículo 125 del citado Decreto tiene por fin "Establecer mensualmente el resumen de todas las operaciones por cada cuenta, sus movimientos debido y crédito, combinando el movimiento de los diferentes establecimientos"[79].

Súmese a lo anterior que la revisión de los libros de comercio, a efectos de determinar la realidad contable de un ente no puede llevarse a cabo de manera aislada, únicamente con dichos libros, pues los soportes contables (internos y externos) devienen en inescindible para tal efecto. Así lo prescribe, de manera clara, el artículo 51 del Código de Comercio: "Harán parte integrante de la contabilidad todos los comprobantes que sirvan de respaldo a las partidas asentadas en los libros, así como la correspondencia directamente relacionada con los negocios".

Y justamente en este caso no se encuentran en el expediente los soportes contables que respaldan las anotaciones efectuadas en los libros aportados por la parte demandante. Y pese a que la perito Blanca Nubia González Bohórquez dice haber

---

[79] "En caso de llevarse el Libro de Inventarios y Balances u otro similar que contenga los requerimientos legales y reglamentarios, el mismo deberá contener como mínimo lo siguiente:
a. Al iniciar sus actividades el comerciante (persona natural o jurídica) deberá registrar el total de sus activos, pasivos y en general la situación patrimonial, detallando los inventarios que se hayan aportado por los asociados;
b. Al menos una vez al año, debe elaborar igualmente un balance general que permita conocer de manera clara y completa la situación de su patrimonio, especificando los inventarios poseídos a la fecha del balance en el caso de contribuyentes que se dediquen a actividades industriales y/o de comercialización.
c. Pero también, las disposiciones tributarias (Decreto 187 de 1975 artículo 31) exigen que se lleve un libro de contabilidad donde se pueda determinar el costo de los activos movibles, para que la Administración Tributaria pueda realizar un control efectivo de las utilidades generadas en la enajenación de activos movibles, cuyo costo se determina de acuerdo con los sistemas consagrados en el mencionado artículo 62 del Estatuto Tributario.[3]
Del texto de las normas mercantiles, tributarias y contables antes transcritas, la Sala advierte, en cuanto a la obligatoriedad de llevar el libro de Inventarios y Balances que refleje la situación patrimonial a una fecha determinada (balance general), así como el detalle de los inventarios existentes a la misma fecha, que existe la obligación de reflejar dicha información patrimonial en tal libro o en otro que contenga por lo menos los mismos datos que exigen los artículos 52 del Código de Comercio, 733 del Estatuto Tributario y 31 del Decreto 187 de 1975.
Esos datos o informaciones contables, se refieren a los saldos detallados de todas las partidas que conforman el Estado Básico de propósito general denominado "**Balance General**"(Decreto 2649/93 artículos 21 y 22) con énfasis en el detalle de las diversas clases de **activos movibles**, el cual no excluye la elaboración del Estado de Propósito Especial denominado "**Estado de Inventario**" cuando las circunstancias lo exijan, como por ejemplo en el caso de la necesidad de presentarlo en los acuerdos de reestructuración empresarial." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de 29 de mayo de 2003, exp. 13149.

visto tales soportes, no dice qué documentos analizó y cuáles fueron sus raciocinios en relación con los mismos. Se limita a aportar como anexos unos listados elaborados por la misma auxiliar de la justicia.

En este orden de ideas, lo que se advierte es que en el expediente no obran dichos elementos probatorios que se consideran relevantes para la apreciación probatoria de la situación contable del establecimiento de comercio “Christian Representaciones”.

De hecho, era una exigencia probatoria ineludible haber allegado los soportes contables de los registros o asientos contables inscritos en los libros, pues como bien lo preceptúa el artículo 123 del Decreto 2649 de 1993 “(…) los hechos económicos deben documentarse mediante soportes, de origen interno o externo, debidamente fechados y autorizados por quienes intervengan en ellos o los elaboren”.

Ahora bien, como la experticia practicada en el expediente se fundamentó en los registros apuntados en los libros de comercio y estos no pueden ser valorados por lo ya anotado, resulta evidente que el dictamen no puede ser apreciado en el *sub judice*. La Sala en la parte resolutiva ordenará compulsar copias a la Junta Central de Contadores a fin de que se investigue a la perito que rindió este dictamen fundado sobre documentos irregulares.

De otra parte, la Sala considera importante destacar que en el *sub judice* aparece un informe de auditoría sobre los libros de comercio y los estados financieros, esto es, que estos documentos fueron dictaminados por un tercero, a manera de revisión fiscal, y fue este quien puso de presente las irregularidades de las que adolecían los mismos. Sobre la importancia que tiene la revisión fiscal de los libros de comercio la Sala en reciente decisión manifestó:

> “Ya en anterior oportunidad ésta Corporación había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la importancia de exigir la presentación de estados financieros debidamente certificados o dictaminados según el caso en el curso de los procesos de contratación estatal, señalando que teniendo en cuenta que en vigencia del Decreto No.2649 de 1993 los proponentes se encontraban sometidos a las reglas comunes de elaboración y

revelación de sus estados financieros, dicha exigencia se constituía en un instrumento que permitía el desarrollo y la efectividad de los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad en el acceso al proceso licitatorio[80].

En efecto, la presentación de estados financieros debidamente certificados o dictaminados en el curso de los procesos de contratación estatal no sólo le permite a la administración verificar el cumplimiento de los requisitos de capacidad financiera fijados en el pliego de condiciones, sino que también le permite realizar un ejercicio comparativo entre las diferentes propuestas teniendo como base fuentes de información contable totalmente fidedignas[81], lo que le permitirá seleccionar la propuesta que objetivamente es la más favorable a sus intereses.

Por su parte, el artículo 37 de la ley 222 de 1995 señala que los estados financieros certificados son aquellos que son elaborados por el representante legal de la entidad y el contador público, quienes declaran o certifican frente a los asociados o terceros que previamente han verificado la información contenida en ellos y que estos son producto de la información contenida en los respectivos libros de contabilidad.

Pues bien, con todo lo expuesto se tiene que la exigencia de llevar una contabilidad transparente y organizada, así como también la de aportar los estados financieros debidamente certificados o dictaminados en los casos que así lo exige la ley, no obedece a la intención caprichosa de imponer a los proponentes excesivos formalismos al interior de los procesos de selección, sino que es un desarrollo de los principios y normas generalmente aceptadas de contabilidad mediante los cuales se procura que las sociedades comerciales y en general todos los entes económicos mantengan una información clara, completa y fidedigna de su actividad económica".

Y es que el cumplimiento de las obligaciones en comento no es producto de una exigencia que accidentalmente quisiera imponer el legislador, sino que deviene de siglos enteros de decantación de las normas y principios que rigen la actividad contable, generadora de confianza pública, seguridad jurídica y sobre todo consolidadora de los principios de transparencia y buena fe en materia contable"[82].

Pues bien, en el caso que aquí se revisa la entidad demandada ordenó que se hiciera una revisión fiscal de los libros de comercio de la contratista por parte de un perito contador; producto de este trabajo de auditoría realizado por un tercero, se dictaminó que tales libros no eran llevados en legal forma.

---

[80] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 29 de enero de 2014, Exp. 30.250.
[81] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 29 de enero de 2014, Exp. 30.250.
[82] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Auto del 18 de diciembre de 2014, Exp. 47.929.

De otra parte, teniendo en cuenta que el artículo 69 del Código de Comercio establece que en asuntos mercantiles entre no comerciantes los libros de comercio son apenas un principio de prueba, la Sala se echa de menos en el dictamen pericial rendido dentro del expediente alguna referencia a que los rubros de administración o imprevistos, no resultaron suficientes para afrontar las supuestas nuevas circunstancias que afectaron la ecuación contractual. En esta experticia el perito llega a unas cifras respecto de las cuales en ninguna parte aparece que sean el resultado de comparaciones entre el valor de la administración o de los imprevistos calculados inicialmente y su nuevo valor; pues el dictamen todo está edificado sobre lo consignado por el demandante en los libros de comercio, que no habían sido llevados conforme a las normas legales, tal como se demostró precedentemente.

Debe reiterar la Sala que no se ha omitido la revisión del dictamen pericial que obra en el expediente; lo que ocurre es que una vez examinado el mismo con los criterios que se acaban de exponer, dicho medio probatorio no puede ser apreciado.

Con todo, luego de una revisión conjunta de los medios de prueba se advierte la ausencia de cualquier elemento que de convicción a la Sala sobre el desequilibrio del contrato propiamente dicho, y es que, como se dijo, no basta fincar la pretensión en meras alegaciones teóricas o jurisprudenciales sobre los supuestos de procedencia de dicha figura, ni en las afirmaciones expuestas por el actor en el escrito de demanda, pues se pierde de vista que casos como el *sub judice* enmarcan problemáticas de estricto orden probatorio, donde, dada la complejidad de lo perseguido, la labor principal del accionante debe contraerse a acreditar con suficiente ilustración técnica, contable y financiera que un conjunto de hechos repercutió negativamente en el equilibrio del contrato, ya que es a partir de esta situación probada de donde se deriva el perjuicio que se busca indemnizar.

Recapitulando, en el *sub judice* se acreditó dentro del expediente el incumplimiento de la contratista, en cuanto no transfirió a Infibagué el 40% de lo percibido por la concesión, dentro de los 5 días siguientes a cada periodo mensual vencido;

incumplimiento que se presentó desde el primer mes de ejecución del contrato. Esta inobservancia de los términos del contrato resulta suficiente para determinar que la declaratoria de caducidad fue legal. De otra parte, se acreditó el abandono de algunas zonas por parte de la contratista, como quiera que no hay ningún medio prueba que muestre que la entidad contratante, esto es, Infibagué, haya cambiado los términos del contrato, o le haya dado órdenes a la contratista en este sentido; lo único que al respecto se adujo fueron las recomendaciones del interventor que no tienen la fuerza suficiente para hacer variar el equilibrio financiero del contrato. Pero aún en el evento en que se hiciera caso omiso de las dos circunstancias anteriores, tampoco procedería la declaratoria de desequilibrio económico del contrato, que el demandante plantea de manera subsidiario porque la misma no se demostró.

En otras palabras, lo que se advierte es que el contratista al percibir que habían algunos sectores en los que se hacía difícil la implementación del sistema de zonas azules, aprovechó las quejas de la población, las comunicaciones de la Policía y las sugerencias del interventor, para dejar de administrar dichas zonas; pero sin que existiese un acuerdo de voluntades con la entidad contratante, o un acto administrativo de la misma dándole la orden de hacer tales variaciones, por lo cual es evidente para la Sala que lo que se demostró dentro del plenario fue un evidente incumplimiento del contrato por parte de la contratista demandante.

Ahora bien, este punto de controversia también es susceptible de ser analizado desde la perspectiva de lo que la doctrina ha denominado la “concurrencia de culpas en la estructuración de los aspectos técnicos, económicos y financieros del contrato estatal”, a propósito de la cual se ha dicho:

> “En tratándose de fallas, deficiencias, problemas, en fin anomalías relativas a una deficiente, precaria, superficial, o mediocre planeación del negocio en cualquiera de sus aspectos, o en todos ellos, y como consecuencia de los mismos se produce la ruptura del equilibrio económico del contrato, y bajo la consideración, de que dadas la especiales características del contratante, esto es sujeto conocedor de la temática del negocio, curtido proponente y ejecutor de múltiples proyectos, profesor, experto, consultor, etc., en fin tratándose de un Intuito personae en la materia, que no advierte

> oportunamente de las mismas, las calla, o las advierte y no obstante esto y su experiencia y conocimiento, contrata, debe asumir conjuntamente con la administración las consecuencias de su actuación omisiva de conformidad con la gradación que el juez haga de conformidad con lo probado"[83].

En esta línea de pensamiento, es evidente que en el caso que aquí se revisa no puede haber consecuencias adversas para la entidad demandada, es decir, no hubo concurrencia de culpas, comoquiera que está probado que la contratista Martha Lucía Martínez Arenas era conocedora de la temática del negocio que estaba celebrando con Infibagué; tanto es así, que con anterioridad a que Infibagué publicara los términos de referencia para dar en concesión el sistema de estacionamiento en vía pública, la señora Martínez Arenas ya había elaborado un proyecto ilustrativo al alcalde municipal de Ibagué en el que se mostraba como profunda conocedora de los sectores donde se podían implementar las zonas azules dentro el perímetro urbano de esta ciudad.

En efecto, obra en el plenario oficio del 23 de abril de 2001, radicado el 8 de mayo del mismo año ante el despacho de la alcaldía mayor de Ibagué, y suscrito por Martha Lucía Martínez Arenas en el que se lee:

> "Teniendo en cuenta el interés suyo por la organización y desarrollo del municipio, y en virtud del Acuerdo aprobado por el Honorable Concejo, sobre el sistema de estacionamiento de vehículos en las vías públicas de Ibagué denominado "Zonas Azules"; Christian Representaciones, empresa local con más de seis años de trayectoria, se complace en presentar el proyecto para la implementación de dicho programa, cuya operatividad se traduce en unas formulaciones técnicas y coherentes, fruto de los estudios e investigaciones adelantadas en diversas ciudades de Colombia, en donde funciona con éxito el proceso de Zonas Azules" –fl.81 c.1-.

Con estos antecedentes, mal puede ahora la contratista pretender que, por cuanto se presentaron dificultades en la operación del sistema en algunas zonas, se declare un desequilibrio financiero sobrevenido e imprevisto del contrato, o por falta de planeación de la entidad demandada, cuando fue la misma contratista quien se mostró ante la administración municipal como la experta en la materia; por ende, en este contexto, ni

---

[83] Jaime Orlando Santofimio Gamboa, El contrato de concesión de servicios públicos coherencia con los postulados del Estado Social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis doctoral, sustentada en la Universidad Carlos III de Madrid, Febrero de 2010. Pág. 566.

siquiera hay concurrencia de culpas; las consecuencias derivadas de las dificultades técnicas en la implementación de las zonas azules son toda responsabilidad de la contratista demandante.

Pese a que, en cuanto su contenido, el fallo de primera instancia será confirmado, es necesaria una modificación formal del mismo, toda vez que en la parte resolutiva se afirmó que se negaban las "*pretensiones de la demanda propuesta por el establecimiento comercial denominado "Christian Representaciones" contra el Instituto de Financiamiento y Promoción y Desarrollo "Infibague*"; lo cual resulta equivocado, pues la demanda no fue propuesta por "Christian Representaciones", quien por demás no podría hacerlo, toda vez que se trata de un establecimiento de comercio que no tiene capacidad para ser parte. Así las cosas, puesto que el libelo fue presentado por la contratista Martha Lucía Martínez Arenas, será a ella a quien debe negársele las pretensiones.

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

R E S U E L V E

MODIFICAR la sentencia del 17 de agosto de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, la que quedará así:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la apoderada del municipio de Ibagué.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda propuesta por MARTHA LUCIA MARTÍNEZ ARENAS contra el Instituto de Financiamiento Promoción y Desarrollo "Infibague".

LEGIS móvil
www.legismovil.com

TERCERO: COMPULSAR oficiosamente copias de esta providencia con destino a la Junta Central de Contadores a efectos de que se investigue a la perito Blanca Nubia González Bohórquez, de acuerdo con las consideraciones hechas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: SIN CONDENA EN COSTAS de ésta instancia a la apelante.

QUINTO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente Sala de Subsección

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente

JCGO