



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente (E): HERNAN ANDRADE RINCON**

Bogotá D.C., nueve (09) de septiembre de dos mil quince (2015)

**RADICACIÓN:** 250002326000200900526 01  
**EXPEDIENTE:** 45088  
**ACTOR:** INDUSTRIA TEXTIL COLOMBIANA INTEXCO S.A. Y  
OTRA  
**DEMANDADO:** AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES  
**REFERENCIA:** CONTRACTUAL – APELACIÓN SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, el veinte (20) de junio de dos mil doce (2012), mediante la cual se dispuso:

*“PRIMERO: Negar la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.*

*“SEGUNDO: Declarar no probadas las objeciones por error grave formuladas por la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.*

*“TERCERO: Negar las pretensiones de la demanda de acuerdo a las consideraciones de esta sentencia.*

*“CUARTO: Sin condena en costas.”*



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 6 de agosto de 2009 por las sociedades Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y Textiles Acrilán Ltda., integrantes de la unión temporal Z1, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción contractual, se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

*"1.- Que se declare la nulidad de las resoluciones No. 804 DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 2008 Y 883 DEL 22 DE DICIEMBRE DE 2008 proferidas por la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES a través de las cuales declaró el incumplimiento total del Contrato No. 106 de 2008 y ordenó a su vez la liquidación, haciendo efectiva la Garantía única y exigiendo la devolución del anticipo a la demandada.*

*2. Como consecuencia de la anterior declaración se condene a la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES al restablecimiento de los derechos de los demandantes, conminándola a pagar a mis mandantes o a quien sus derechos represente, el monto de los perjuicios de toda índole sufridos, como resultado de la nulidad descrita en la pretensión anterior, LOS CUALES SE ACTUALIZARAN EN SU VALOR AL MOMENTO DE LA SENTENCIA O DE SU LIQUIDACION INCIDENTAL, de acuerdo con las fórmulas matemáticas utilizadas por la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, LAS CUALES INDEXARAN LOS VALORES ADEUDADOS y que comprenderán la condena al pago por concepto de PERJUICIOS MATERIALES por la suma de DOS MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE (\$2.200'000.000.00) conforme al valor estimado en la presente demanda, y/o por lo que logre demostrarse por cualquier medio probatorio dentro del proceso.*

*"3.- Que se ordene a la entidad demandada cumplir íntegramente la sentencia que se dicte dentro del término señalado en el artículo 176 C.C.A., para lo cual*



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

*reconocerá y pagará intereses en el caso que se configuren los supuestos del inciso final del artículo 177 ibídem, en la forma y términos allí previstos.*

*“4. Si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 177 del C.C.A.*

*“5.- Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.”*

## **2. Los hechos.**

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

**2.1.-** El 6 de junio de 2008, la Agencia Logística de las Fuerzas Militares dio apertura al proceso de selección abreviada No. 007 de 2008, cuyo objeto lo constituyó la escogencia del contratista para la adquisición de material de alojamiento y ropa interior para los miembros del Ejército, Armada y Policía Nacional.

**2.2.** La unión temporal Z1, conformada por las sociedades Textiles Acrilán Ltda. e Industria Textil Colombiana Intexco S.A. presentó la respectiva propuesta con fundamento en los requerimientos contenidos en los estudios previos que sirvieron de soporte al procedimiento de selección, específicamente con base en el capítulo correspondiente al análisis del sector en el cual se destacaba la estabilidad de los precios de los productos a adquirir.

**2.3.** El 6 de junio de 2008 se llevó a cabo la audiencia de asignación, distribución y tipificación de riesgos en cuyo desarrollo se determinó



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

que el riesgo previsible por estabilidad cambiaria para la ejecución del contrato que debía soportar el contratista sería hasta del 5%. Igualmente se estableció que cualquier riesgo de mercado derivado de la variación inesperada de la tasa de cambio del dólar superior al 5% y que produjera un impacto en el contrato, no sería asumida por el contratista y daría lugar a la revisión del contrato.

**2.4.** El 29 de agosto de 2008 se adjudicó el contrato de compraventa del ítem 2 "Juegos de Cama" a la Unión temporal Z1.

**2.5.** EL 3 de septiembre de 2003 la Agencia Logística de las Fuerzas Militares y la Unión Temporal Z1 celebraron el contrato de compraventa No. 106 de 2008 para la adquisición de 212.000 juegos de cama, por un valor de \$5.385'648.000.00, incluido IVA y se fijó como plazo de ejecución el 20 de noviembre de 2008.

**2.6.** Según se refiere en la demanda, a partir del mes de septiembre de 2008, de manera intempestiva, el peso colombiano sufrió una devaluación frente a la divisa americana que implicó una pérdida de mas del 25% de su valor, circunstancia que dio lugar a que mediante escrito del 30 de septiembre de 2008, Textiles Konkord S.A, proveedor del contratista, le informara que no podía sostener los precios confirmados en cotización del 8 de julio de 2008, los cuales debían incrementarse en un 26%. Esta situación condujo a que se afectaran los precios ofrecidos en la propuesta base de la celebración del contrato No. 106 de 2008.

**2.7.** Como consecuencia de lo anterior, el 3 de octubre de 2008 la Unión temporal Z1 solicitó a la Agencia Logística el ajuste de precios



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

del contrato por notorio incremento del riesgo de mercado estipulado, a lo cual la entidad respondió mediante oficio No. 2481 del 10 de octubre de 2008 señalando que se mantendrían las condiciones y exigencias contempladas en el contrato No. 106-2008 y le reiteró al demandante su obligación de darle cumplimiento en el término estipulado.

**2.8.** El 21 de noviembre de 2008 la Agencia Logística de las Fuerzas Militares expidió la Resolución No. 804 por la cual declaró el incumplimiento del contrato No. 106 por parte de la UT Z1, ordenó su liquidación, hizo efectiva la garantía única y exigió la devolución del anticipo.

**2.9.** El contratista presentó recurso de reposición contra la declaratoria de incumplimiento, el cual fue resuelto a través de Resolución No. 883 del 22 de diciembre de 2008, confirmando el acto acusado.

**2.10.** El 24 de febrero de 2009 la Agencia Logística de las Fuerzas Militares y la Aseguradora Confianza S.A., garante del cumplimiento del contrato No. 106, suscribieron el convenio No. 001 del 2009 en virtud del cual la compañía de seguros se comprometió a asumir el 82.64% de la ejecución por valor de \$5.385'648.000 y fijando como fecha de culminación del plazo de ejecución el 20 de mayo de 2009.

**2.11.** A la fecha de la presentación de la demanda no se había liquidado el contrato No. 106 de 2008.

### **3. Normas violadas y concepto de la violación.**

El demandante manifestó que los actos administrativos demandados adolecían de nulidad por:



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

3.1. Falsa motivación a causa de la ausencia de valoración de las situaciones de hecho que generaron el desequilibrio económico del contrato en detrimento del patrimonio del demandante.

Como sustento de este cargo el contratista adujo que la Agencia había motivado erróneamente las resoluciones acusadas, en tanto no había tomado en consideración la ocurrencia de situaciones imprevisibles que impidieron la ejecución del contrato de compraventa por impactar gravemente su fórmula económica, consistentes en la devaluación acelerada del peso colombiano frente al dólar americano durante el mes de septiembre de 2008, con lo cual se desconocieron los preceptos consagrados en los artículos 4, 5, 14, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993.

Añadió que el desequilibrio económico fue el resultado de una consecuencia no prevista por las partes al momento de definir las contraprestaciones económicas del contrato, la devaluación exagerada del peso colombiano superior al 5% no fue avizorada en la fase precontractual y el riesgo asumido en el contrato excedió la incertidumbre normal de la actividad por la inadvertida volatilidad del cambio de la divisa colombiana frente al dólar.

3.2. Defecto sustancial producto de la inaplicación de las disposiciones civiles y comerciales que regulan la interpretación y aplicación del contrato de compraventa No. 106 de 2008.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

Advirtió que, de conformidad con el Código de Comercio, cuando se produzcan situaciones imprevistas o imprevisibles que hagan excesivamente oneroso la prestación del futuro cumplimiento de una de las partes, podrá ésta pedir su revisión, disposición que por vía de la remisión a la normas de derecho privado que efectúa el artículo 13 de Ley 80 de 1993, no es ajena a la contratación estatal.

También indicó que los actos impugnados inobservaron las normas contenidas en el Código Civil, atinentes a la fuerza mayor, al principio de pactan sunt servanda, a la responsabilidad del deudor en la causación de los perjuicios, entre otras.

### 3.3. Desviación de poder a causa de la falta de aplicación de la Ley 80, Ley 1150 y sus decretos reglamentarios, respecto de la facultad unilateral de terminar el contrato y declarar su incumplimiento.

Sostuvo el demandante que la terminación unilateral del contrato procedía en diversas hipótesis que no correspondían al incumplimiento atribuible al contratista, de tal suerte que si la intención de la entidad era la de disponer la terminación del contrato por incumplimiento, en los términos de la Ley 80 debió acudir a la declaratoria de caducidad.

Siguiendo ese entendimiento advirtió que el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 contemplaba los diversos supuestos en que procedía la terminación unilateral del negocio jurídico, ninguno de los cuales sirvió de sustento a la entidad para proferir las decisiones demandadas, cuestión que permitía configurar la alegada desviación de poder de la Agencia por terminar el contrato anticipadamente sin apoyarse en las causales previstas en la referida disposición legal.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

#### 3.4. Defecto sustancial producto de la errónea interpretación y aplicación de las estipulaciones contenidas en el contrato No. 106 de 2008.

Para el libelista, los actos materia de objeción se sustrajeron de interpretar adecuadamente la cláusula contractual de conformidad con la cual se estimó una carga en cabeza del contratista en porcentaje de 5% correspondiente al riesgo de mercado y, de manera arbitraria y desacertada, la entidad había considerado que lo ocurrido en relación con la devaluación del peso constituía un riesgo de operación cuya asunción competía íntegramente a la unión temporal Z1.

#### 3.5. Ocurrencia de circunstancias exógenas de naturaleza económica ignoradas por los actos acusados.

Consideró como un hecho notorio que desde el año 2007 hasta el 17 de julio de 2008 la tasa representativa de mercado o precio oficial del dólar en Colombia tuvo una tendencia sostenida a la baja, pero inesperadamente, contra todo pronóstico, desde septiembre de 2008 el precio del dólar americano sufrió un aumento desmesurado, configurándose así una circunstancia imprevisible que convirtió en excesivamente oneroso el cumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas del negocio No. 106-2008.

#### 3.6. Incidencia de la devaluación y la volatilidad del diferencial cambiario en la ejecución del contrato en cuestión.

Explicó que el riesgo del mercado se define como la pérdida que podía presentar un activo originada por cambios o movimientos



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

macroeconómicos adversos que afectan el valor final del contrato, como en este caso lo era la variación de la tasa de cambio del dólar.

#### **4. Actuación procesal.**

**4.1.** El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, admitió la demanda por auto del 5 de febrero de 2010.

**4.2.** Por auto del 17 de septiembre de 2010 se ordenó la apertura y práctica de pruebas.

#### **5. Contestación de la demanda – Agencia Logística de las Fuerzas Militares.**

La entidad demandada presentó escrito de oposición, a través de apoderado, dentro del término de ley.

De entrada el órgano accionado se opuso a las pretensiones de la demanda, por cuanto los actos administrativos objeto de impugnación no habían transgredido el ordenamiento jurídico.

Al respecto señaló que durante la ejecución del contrato de compraventa se había presentado un incumplimiento del contratista, Unión temporal Z1, con sustento en lo cual la Agencia había expedido la Resolución No. 804 del 21 de noviembre de 2008 que así lo declaraba e hizo efectiva la sanción contemplada en su cláusula vigésima. Añadió que el Director de la Agencia Logística se encontraba facultado para la expedición de tal acto y que su



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

motivación había atendido a la realidad fáctica que rodeó el caso, lo que tuvo como fundamento los informes de interventoría que relevaban que su objeto no se iba a cumplir y que se había respetado el debido proceso del contratista.

Anotó que la declaratoria de incumplimiento no impedía que la Administración tomara posesión de la obra o continuara prestando el servicio directamente o a través de su garante y que este proceder se justificaba en la necesidad de asegurar la inmediata y continua prestación del servicio que pretendía satisfacer con el objeto contratado.

Alegó que el contratista había burlado la normativa jurídica que gobernaba la relación contractual y a pesar de su incumplimiento pretendía el reconocimiento de unos perjuicios sobrestimados. Para la entidad resultaba inadmisibles premiar a un contratista que presentó una oferta artificialmente baja para resultar favorecido con la adjudicación.

Afirmó que el contratista no había utilizado el anticipo y, en consecuencia, no era posible verificar la causación de un verdadero perjuicio, cuya ocurrencia debía estar debidamente soportada en pruebas suficientes indicativas de su origen y su cuantía. Además sostuvo que su comportamiento permitía concluir que existió un abandono de la ejecución del objeto del contrato.

En cuanto a los hechos de la demanda manifestó que, durante la etapa precontractual, el oferente -ahora demandante- había afirmado que el sector textil en los últimos cuatro años presentaba un buen comportamiento y que, según el DANE, el cambio de precios solo varió en un 0.90%, lo que revelaba cierta estabilidad.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

Si bien aceptó que la ocurrencia del riesgo de mercado se había atribuido en un 5% al contratista, debía tenerse que en cuenta que en los pliegos se había contemplado que el productor debería ser nacional, el producto nacional y que la participación era para empresas nacionales, por tal motivo no resultaba comprensibles las razones por las cuales el precio del contrato fue alterado por la variación de la tasa representativa, si los insumos no habrían de importarse. Sumó a lo expuesto que el actor debía acreditar que había ejecutado el contrato y en qué nivel le habría afectado la variación de los precios de los productos que supuestamente compró.

Señaló también que el proveedor del contratista, Konkord S.A., era un productor nacional que se comprometía a fabricar los ítems ofrecidos.

Expresó la demandada que fue precisamente la entidad la que requirió al contratista para que presentara la estructura de costos que sirvió de base para la presentación de la propuesta, ya que se evidenciaba que el precio ofrecido sobre los juegos de cama era artificialmente bajo, frente a lo cual la UT Z1 había sostenido que su propuesta era seria, que contaban con suficiente experiencia en el sector textil, que en el análisis de los precios propuestos se habían tenido en cuenta los elementos derivados del costo del proceso de producción con base en las cotizaciones del fabricante KONKORD. A partir de lo antes reseñado, para la entidad resultaba inexplicable que un mes después de presentar su propuesta, el contratista enviara por escrito justificaciones que aducían la ocurrencia de fuerza mayor, consistente en el aumento del precio del dólar, que impedían la ejecución del contrato.

En adición, precisó:



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

*“Dentro del riesgo del mercado, se estipuló por ejemplo las fluctuaciones en las tasas de interés y a pesar que se introdujo también la tasa de cambio del dólar, ello no era tan relevante como lo pretende hacer ver la demandante, ya que dentro de los pliegos en el capítulo 2 en “Información general sobre operaciones de comercio exterior para material importado” se colocó en dichos acápite NO APLICA, por tal motivo no se entiende la insistencia dentro del libelo demandatorio que la devaluación del dólar la afectó.*

*Cabe anotar que dentro del pliego se colocó como nota la siguiente ‘este pliego de condiciones corresponde a un modelo estándar utilizado por la entidad para adquisiciones bajo la modalidad de selección abreviada. Las cláusulas que no apliquen a esta modalidad, se indicará en cada caso la frase no aplica.’*

*(...)*

*No le asiste razón al contratista, cuando cataloga como máximo riesgo de mercado la fluctuación de la tasa de cambio del dólar, ya que todo el proceso de contratación se efectuó bajo la característica de producto nacional, con valor en pesos colombianos.”*

Agregó que la UT Z1 en su propuesta no presupuestó rubros de importación de material, ni importación de insumos.

Sostuvo la entidad que el contratista incumplió el negocio jurídico, pues recibió el dinero del anticipo, equivalente al 30% del precio sin atender las prestaciones a su cargo. En ese sentido informó que, en desarrollo de las labores de supervisión del contrato, la Agencia realizó dos visitas a las instalaciones del fabricante KONKORD en las cuales constató que no tenía materia prima disponible, concluyendo que el contratista no contaba con elementos para iniciar su ejecución.

Advirtió que las soluciones ofrecidas por el contratista para continuar con la ejecución del contrato no resultaban vinculantes para la Administración, la cual no se encontraba en la obligación de solventar al contratista incumplido, pues, de manera irresponsable,



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

pretendió utilizar productos importados cuando según las reglas del procedimiento de selección la contratación giró en torno a la industria y al producto nacional.

Para la demandada los hechos alegados por el contratista como determinantes de la ruptura del equilibrio económico no constituían circunstancias imprevisibles e inevitables.

Consideró que el precio unitario por sábana ofrecido (\$21.900), se encontraba por debajo de los estándares del mercado nacional, al punto que los otros oferentes realizaron observaciones frente al particular.

Así mismo, la demandada formuló los medios exceptivos que denominó:

Cobro de lo no debido:

Estimó que la pretensión indemnizatoria debía ser desestimada en cuanto su valor no se había ajustado al precio de la oferta que contuvo la suma de \$700'000.000 como ganancias esperadas.

Señaló que el contratista no incurrió en gastos al ejecutar el contrato No. 106, pues se abstuvo de iniciar las actividades tendientes al cumplimiento de su objeto.

Añadió que el demandante había impetrado una demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo reclamando la misma suma aquí pretendida con fundamento en la ruptura del equilibrio económico, con sustento en los mismos hechos que aquí constituyen la causa petendi, de manera que no era admisible perseguir dos



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

veces la misma suma como indemnización, con base en los mismos fundamentos fácticos.

#### Inexistencia de la desviación de poder por fuerza mayor.

Reiteró que en el caso no se configuró una circunstancia de fuerza mayor que imposibilitara la ejecución del contrato, pues el aumento del valor del dólar no constituía un hecho imprevisible, irresistible y respecto del cual existiera ausencia de culpa de quien sufrió los efectos derivados del mismo.

#### Ineptitud sustantiva de la demanda.

Consideró que no existía justificación para reconocer el restablecimiento del derecho pretendido por el demandante, por cuanto no se reunían los supuestos esenciales para la declaratoria de nulidad de los actos administrativos atacados.

#### Indebida escogencia de la acción.

Según la entidad no resultaba acertado, desde la óptica procesal, interponer una acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir actos administrativos propiamente contractuales.

#### Incumplimiento del contrato.

Para la accionada, no resultaba aceptable que el contratista hubiera recibido el anticipo y no hubiera comprado la materia prima inmediatamente, y 14 días después, se excusara en la ocurrencia de una fuerza mayor.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

Adicionalmente, la entidad demandada en su escrito de contestación solicitó suspender el presente proceso por prejudicialidad, apoyando su petición en el hecho de que el demandante había impetrado una acción contractual ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo contra la Agencia Logística de las Fuerzas Militares en procura de obtener la declaratoria de ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 106 basado en los mismos hechos que aquí se ventilan. Igualmente solicitó que se ordenara la acumulación de este proceso a aquel al que se hizo inmediata referencia.

#### **6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.**

En auto del 26 de abril de 2012, el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión y rindiera concepto, respectivamente.

En el término concedido la entidad demandada presentó su respectivo escrito de alegaciones en el cual reiteró los argumentos de defensa expuestos en oportunidades procesales precedentes.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

#### **7. La sentencia impugnada.**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera-Subsección B profirió sentencia el día 20 de junio de 2012 a través de la cual resolvió el litigio en los términos que fueron transcritos al inicio de esta providencia.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

En primer lugar se pronunció frente a la procedencia de la acción concluyendo sobre el particular que, a través de la acción de controversias contractuales, se podían formular pretensiones encaminadas a obtener la nulidad de los actos expedidos con ocasión de la actividad contractual, razón suficiente para concluir que la ilegalidad del acto que declaró su incumplimiento bien podrían analizarse por esta vía. Con base en ello desestimó la excepción de ineptitud de la demanda.

En lo que atañe a la oportunidad de la acción afirmó que la demanda se había presentado dentro de los dos años de caducidad, pues la Resolución No. 833 confirmatoria de la declaratoria de incumplimiento se había dictado el 22 de diciembre de 2008, en tanto la acción se había ejercido el 6 de agosto de 2009.

Seguidamente se pronunció en relación con la solicitud de prejudicialidad del proceso, aspecto en torno al cual concluyó que, si bien la UT Z1 había instaurado otro proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el mismo se refería a otras pretensiones que no guardaban correspondencia con esta causa, pues en aquella se perseguía la declaratoria de la ruptura del equilibrio económico del contrato, mientras que en este se pretendía la nulidad de las decisiones a través de las cuales se había decretado el incumplimiento del contratista, de manera que aun cuando se fundamentaba en los mismos hechos, el petitum era distinto.

Al abordar el análisis de fondo halló acreditado el a quo que la Agencia Logística de las Fuerzas Militares había resuelto declarar el incumplimiento del contratista con sustento en los diferentes informes de verificación y seguimiento practicados por el interventor en los



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

cuales se plasmaba que la UT Z1 no había satisfecho su obligación de manufactura de los juegos de cama, dado que, faltando pocos días para culminar el plazo del contrato, el fabricante aun no contaba con materia prima necesaria para ejecutar su objeto, circunstancia que le había causado perjuicios a la entidad y la había conducido a adoptar soluciones para cumplir con las Fuerzas Militares tales como satisfacer el objeto del contrato a través de su garante.

Advirtió igualmente que las reglas del pliego de condiciones habían determinado que, tanto los productos como el fabricante de los tendidos de cama, debían ser nacionales y no obstante ello, un mes después de haber recibido el anticipo el contratista se había excusado manifestando que la ejecución del contrato no podría llevarse a cabo en las condiciones pactadas debido a la ocurrencia de una fuerza mayor consistente en el aumento del valor del dólar.

Señaló que, pese a que la entidad, en diversas ocasiones, había requerido a la UT Z1 para que encontraran soluciones acerca de la ejecución del contrato, la demandante no había atendido a las citaciones, lo cual llevó a que la Agencia declarara su incumplimiento.

Agregó que, atendiendo a las previsiones del pliego de condiciones, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1089 de 2006 por tratarse de bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional, los juegos de cama debían realizarse con productores nacionales, para lo cual se había exigido a los proponentes que anexaran certificación del Ministerio de Industria y Comercio acerca de su producción dentro de territorio nacional, sin que en algún momento se hubiera determinado que los productos debían ser importados.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

Además anotó que de conformidad con la cláusula No. 9.1.5 en la cual se había contemplado el riesgo de operación, las situaciones desfavorables que surgieran de la variación de los precios del mercado de los diferentes insumos y todo lo relacionado con la fabricación de los bienes serían asumidas en un 100% por el contratista.

Así las cosas estimó que la declaratoria de incumplimiento y su terminación, como medida para lograr los fines de la Administración, se halló debidamente justificada, dado que la inobservancia de las obligaciones a cargo del contratista se hizo evidente al vencerse el plazo de ejecución, fecha en la que no contaba con una solución para resolver las dificultades que le impedían el cumplimiento del contrato.

Por último, el Tribunal a quo indicó:

*“Adicionalmente, en el contrato quedó estipulado que los riesgos de operación debían ser asumidos por el contratista, riesgos referidos exclusivamente a la logística de operación de los bienes que eran objeto del contrato y a la variación de los precios del mercado de los diferentes insumos que debían emplearse para la fabricación de los juegos de cama solicitados: cláusula que no haber sido aceptada por el contratista (sic) pues no hubiera quedado incluida en el contrato, pero dicha situación no fue así, lo que hace entender que la relación contractual nació a la vida jurídica sin ningún vicio del consentimiento que pudiera hacerla inválida.”*

## **8. El recurso de apelación.**

La parte demandante solicitó que se revocara la decisión del Tribunal a quo, propósito en relación con el cual expuso los siguientes planteamientos:



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

Como sustento de su apelación, el censor esgrimió que el a quo no se había pronunciado sobre las motivaciones erradas que tuvo en cuenta la entidad para proferir los actos atacados. En su sentir, el a quo había omitido referirse a las circunstancias imprevisibles que impidieron la ejecución del contrato No. 106 alusivas al incremento acelerado del valor del dólar americano producido en septiembre de 2008, lo cual incidió negativamente en la estructura económica de la propuesta por él presentada en julio del mismo año.

Alegó que el a quo tampoco se había pronunciado en relación con la ecuación financiera contractual, la cual constituyó el verdadero soporte jurídico de las pretensiones. En consecuencia, procedió a realizar un recorrido de la regulación normativa de la figura del equilibrio económico del contrato y de las posturas jurisprudenciales que sobre la materia se han edificado, al término de lo cual señaló que:

- Se produjo un daño económico producto del desequilibrio financiero al variar el costo de elaboración y manufactura de los juegos de cama.
- La ruptura de la ecuación financiera del contrato se materializó por la ocurrencia de un hecho sobreviniente a su celebración.
- El desequilibrio económico se presentó como consecuencia de una circunstancia no prevista por las partes al momento de definir las contraprestaciones económicas, ya que la devaluación del peso colombiano frente al dólar superó el margen del 5% correspondiente al riesgo de mercado insertado en el contrato como carga asumido por el contratista.
- El riesgo de mercado asumido en el contrato excedió la expectativa normal de la actividad por la inadvertida volatilidad de la divisa.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

De otra parte argumentó que la primera instancia había dejado de lado el hecho de que las resoluciones acusadas inaplicaron las normas civiles y comerciales aplicables al caso, relativas a la institución del equilibrio económico del contrato, a la revisión del contrato por circunstancias extraordinarias, a la buena fe y a la fuerza mayor.

En su criterio, también se ignoró por el Tribunal el cargo de desviación de poder originado en la falta de aplicación del Estatuto de Contratación Estatal, así como de sus modificaciones y normas reglamentarias, pues no tuvo en cuenta que la declaratoria unilateral de terminación del contrato no procedía en caso de incumplimiento dado que cuando se configuraba esta situación, ello abría paso a la declaratoria de caducidad. Aunado a lo expuesto, acotó que la terminación del contrato prevista en el artículo 17 de la ley 80 procedía por unas causales taxativas que no se habían presentado en el subexamine.

Sumado a lo advertido, puntualizó que en el fallo impugnado no se había abordado el análisis dirigido a determinar la indebida interpretación de las cláusulas contractuales, específicamente de aquellas atinentes a la distribución de riesgos, en virtud de las cuales el riesgo de mercado que comprendía la variación del valor del dólar, sería asumido por el contratista únicamente en un 5%.

Cuestionó el apelante la ausencia de valoración del dictamen practicado a instancia del Tribunal en virtud del cual se demostró la ocurrencia de causas exógenas de índole económica que impactaron los precios del contrato y que no fueran tenidas en consideración por la entidad al proferir las decisiones censuradas.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

Finalmente sostuvo que el riesgo de mercado se concretó en el caso concreto, pues a partir del alza del precio del dólar, los productos locales se encarecieron proporcionalmente en el mismo porcentaje del aumento, aduciendo al respecto lo siguiente:

*“Por otra parte un alto índice de volatilidad de la tasa cambiaria ( de proporciones similares al presentado durante los últimos años (ver estudio de Bancolombia) impiden que un fabricante pueda mantener estables sus precios en moneda local, toda vez que el precio de sus productos está ligado con el valor del dólar americano y al no existir certeza de tipo cambiario al cual deban ser liquidar (sic) sus costos, el fabricante opta por dos alternativas:*

*1.- La primera, consiste en liquidar en moneda local (pesos colombianos) el precio de sus productos y para protegerse de cualquier eventualidad cambiaria liquida el precio de los mismos a una tasa de cambio superior a la vigente (especulativa).*

*2.- La segunda alternativa consiste en trasladarle al comprador el riesgo cambiario, de tal forma que este vende sus productos en dólares americanos liquidados en peso a la tasa de cambio vigente al momento del pago de la obligación. Por ejemplo lo que sucede con los tiquetes aéreos. (traslado del riesgo cambiario)”.*

## **9. Actuación en segunda instancia.**

**9.1.** Mediante auto del 28 de septiembre de 2012, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación impetrado por la parte actora.

**9.3.** En providencia del 25 de octubre de 2012, se dispuso el traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, respectivamente.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

La parte demandada, mediante escrito allegado oportunamente, reiteró los argumentos de defensa expuestos en su escrito de contestación.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia del Consejo de Estado.

Previo a analizar y decidir sobre el asunto que ha sido propuesto, resulta necesario establecer la competencia de la Sala para conocer del mismo, pues sólo de esta manera podrá pronunciarse sobre el recurso de apelación impetrado por la parte demandante.

Sea lo primero decir que la presente controversia versa sobre la nulidad del acto que declaró el incumplimiento contractual de la unión temporal Z1, expedido por la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, entidad que conforma el extremo pasivo del presente litigio.

Así pues, concierne señalar que, la Agencia Logística de las Fuerzas Militares es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa y, en esa medida, tiene el carácter de entidad estatal, según lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:  
"Para los solos efectos de esta ley:

"1o. Se denominan entidades estatales:

"a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, más precisamente de las normas que regulan competencias, se observa que su artículo 75 prescribe, expresamente que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así, entonces, habida cuenta que una de las partes del proceso tiene el carácter de entidad estatal, con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa, patrimonio propio, en su condición de establecimiento público, resulta del caso concluir que esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto.

## **2. Oportunidad de la acción.**

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en su numeral 10) dispuso acerca del término de caducidad de la acción contractual, lo siguiente:

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

---

*economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.*

*"b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.*

*"(...)."*



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

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

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

*d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;*

En el asunto que se somete a consideración de la Sala se demandó, por vía de la acción contractual, la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 804 del 21 de noviembre de 2008 por medio de la cual la Agencia Logística de las Fuerzas Militares declaró el incumplimiento del contratista UTZ1 por la inobservancia de sus obligaciones derivadas del contrato No. 106 de 2008, decisión que, luego de ser recurrida mediante la interposición de recurso de reposición, fue confirmada a través de la Resolución No. 883 del 22 de diciembre de 2008.

Así las cosas, comoquiera que la presente demanda se interpuso el 6 de agosto de 2009 se deduce con nitidez que la misma se impetró dentro de los dos años siguientes a la fecha en que cobró firmeza el acto administrativo objeto de censura.

### **3. Relación probatoria.**



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

Fueron válidamente aportados al plenario los siguientes elementos probatorios:

**3.1.** Pliego de condiciones correspondiente a la selección abreviada No. 007-2008, cuyo objeto lo constituyó la adquisición de material de alojamiento y ropa interior con destino al Ejército Nacional, Armada Nacional y Policía Nacional. En el capítulo 2 denominado *“información general sobre operaciones de comercio exterior para material importado”* lo siguió la frase (No aplica) (fl. 431 c7).

Adicionalmente en el numeral 3.1.2.12. de ese documento se incorporaron aspectos relativos al registro de productor nacional de conformidad con lo previsto en la Ley 1089 de 2006 y el Decreto reglamentario No. 660 de 2007, al siguiente tenor (fl. 475 c7):

*“En cumplimiento a lo previsto en el artículo primero de la Ley 1089 de 2006, en el cual se establece ‘la adquisición de bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional, que sean de producción nacional en la cantidad, calidad y oportunidad requerida se efectuará con productores nacional. El ministerio de Comercio, Industria y Turismo certificará la existencia de su producción, dentro del territorio nacional y la comprobación de que ésta se lleva a cabo en términos de competencia abierta’, el proponente anexará el registro de productor nacional con su propuesta o hasta un (1) días antes de la fecha fijada para la adjudicación.*

*En dicho registro se debe evidenciar la siguiente información: Descripción del producto, subpartida arancelaria y fecha de vencimiento del registro. La subpartida arancelaria y fecha de vencimiento del registro debe corresponder exactamente a lo establecido en el anexo 1 Datos del proceso.*

*Adicionalmente nos obligamos a tener vigente el registro de productor nacional para la suscripción del contrato de resultar favorecidos y luego en la ejecución del mismo por el tiempo que dure más cuatro (4) meses.*



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

*Igualmente, el proponente deberá diligenciar el Formulario No. 3 "COMPROMISO DEL FABRICANTE Y/O OFERENTE EN EL CUAL INFORMA SOBRE SU CAPACIDAD DE ATENDER LA ADQUISICION DE BIENES O SERVICIOS EN LA CANTIDAD, CALIDAD Y OPORTUNIDAD REQUERIDAS POR EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL EN CUMPLIMIENTO AL ARTICULO 5° DEL DECRETO 660 DE 2007 REGLAMENTARIO DE LA LEY 1089 DE 2006."*

En el numeral 3.3.1.2.2. del pliego se introdujo la regla relativa a la acreditación en la modalidad de comercializador y/o distribuidor, así:

*"El proponente que actúe en esta modalidad, deberá acreditar que como mínimo ha comercializado bienes iguales o similares a los ofrecidos, en las cantidades requeridas, dentro de máximo los cinco (5) años anteriores, contados a partir de la fecha de apertura del presente proceso. Adicionalmente deberá presentar certificación del fabricante de los bienes que ofrece el comercializador y/o distribuidor, en la cual se pueda comprobar que este cuenta con experiencia en la fabricación de los mismos, durante los últimos cinco (5) años, contados a partir de la fecha de apertura del presente proceso.*

*(...)*

*El comercializador y/o distribuidor de bienes de origen extranjero puede acreditar tal experiencia en su comercialización y/o distribución, pero se pone de presente que el producto a ofrecer debe ser rigurosa y exegéticamente de origen nacional."*

**3.2.** En la propuesta presentada por la Unión temporal Z1 se anexó el certificado de compromiso suscrito el 10 de julio de 2008 por dicha UT y la sociedad Textiles Konkord S.A., en la cual esta última manifestó (fl. 1969 c13):

*"Que los bienes y servicios que suministraremos a la Agencia Logística de las Fuerzas Militares para cumplir, en caso de ser favorecido con la adjudicación se harán en la cantidad, calidad y oportunidad requerida por la Agencia Logística de las Fuerzas Militares para el presente proceso de contratación. Razón por la cual nos obligamos con el diligenciamiento del*



Expediente: 45.088  
 Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
 Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
 Referencia: Apelación sentencia contractual

*presente documento a cumplir con la anterior declaración en la ejecución del contrato.”*

También agregaron a la oferta el certificado de compromiso de fabricante en el cual Textiles Konkord S.A., certificó (fl. 2023 c13).

*“Que nuestra empresa fabricará los ítems ofertados por el proponente Z1 UNION TEMPORAL, tales elementos se elaboraran o se fabricaran cumpliendo los requisitos establecidos en los términos de referencia de la selección abreviada No. 007/2008 celebrado por la Agencia Logística de las Fuerzas Militares.”*

La propuesta económica del ítem 2- juegos de cama- se graficó así:

ITEM	DESCRIPCION	UNIDAD EJECUTORA	CANTIDAD	VALOR UNITARIO SIN IVA	VALOR TOTAL SIN IVA
2	JUEGOS DE CAMA. <u>NTMD-0067-A4</u>	EJC	154.000	\$21.900,00	\$3.372'600.000.00
2		ARC	24.000	\$21.900,00	\$525'600.000.00
2		PONAL	34.000	\$21.900,00	\$744'600.000.00
					\$4.642'800.000.00
	VALOR TOTAL IVA	16%			\$742.848.000.00
				VR.	\$5.385'648.000,



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

				TOTAL	oo
--	--	--	--	-------	----

**3.3.** La Unión Temporal Z1, a través de oficio del 8 de agosto de 2008, contestó el requerimiento elevado por la entidad en torno a la estructura económica de su propuesta del ítem juego de cama, aduciendo:

*“Teniendo en cuenta la importancia del proceso de selección convocado por la entidad, las sociedades integrantes de Z1 UNION TEMPORAL, en conjunto con la empresa fabricante; TEXTILES KONKORD S.A., las cuales poseen amplia experiencia y trayectoria en la fabricación de productos textiles y cuyo objeto social se encuentra directamente relacionado con el objeto de la contratación, realizaron previamente a la presentación de la oferta un juicioso análisis de costos y rentabilidades de los ítems ofertados, en particular para el ítem 2 JUEGOS DE CAMA, donde se tuvieron en cuenta todos los elementos derivados del proceso de producción con base en las cotizaciones enviadas por nuestro fabricante y los elementos derivados de la ejecución del contrato en el evento que resultáramos adjudicatarios del mismo.*

*De esta forma se determinó el precio al que Z1 UNION TEMPORAL, ofrecería en su propuesta, guardando un margen de rentabilidad razonable y proporcional con la forma de pago establecido en los términos de referencia.*

Adicionalmente, el proponente UT Z1 precisó que el consumo de tela por juego de cama era de 3.30 mts lineales de ancho y que la cantidad de kilogramos de tintorería por juegos de cama equivalía a 1000 kg.

Así mismo, allegó la proforma No. Z1 UT 02 -V2 expedido por su fabricante Konkord Ltda., el 8 de julio de 2008 en la que plasma la siguiente información (FL.387 C6):



Expediente: 45.088  
 Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
 Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
 Referencia: Apelación sentencia contractual

Insumos /operación	Consumo por juego de cama	Unidad de medida	Costo unidad de medida	Total por juego de cama	Juegos color azul	Juegos color verde	Cantidad	Bultos	Total
Servicio de tejeduría y/o tintorería, tela género para elaboración de juegos de cama									
Servicio de tejeduría (con hilaza aportada por Konkord, en									



Expediente: 45.088  
 Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
 Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
 Referencia: Apelación sentencia contractual

<b>caso de que el cliente aporte hilaza se descuenta del valor por kg)</b>									
<b>Tela de 247 cm ref. GP247</b>	3.33	Mt.	\$2.500	\$8325.00	154.000	58.000	212.000	1.767	\$1.764.900.00
<b>Servicio de tintorería (de acuerdo con coordenadas CIELAB)</b>									
<b>TP 1089&amp; TP 1090</b>	1,02845	kg	\$1.994	\$2.050,73	154.000	58.000	212.000		\$434'754.612
<b>Total (antes</b>									\$2.199'6



Expediente: 45.088  
 Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
 Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
 Referencia: Apelación sentencia contractual

de IVA)									54.612
---------	--	--	--	--	--	--	--	--	--------

3.4. La factura proforma expedida el 30 de junio de 2008 por el fabricante KONKORD con base en la cual el proponente unión temporal Z1 estructuró su oferta económica para el ítem 2 –juegos de cama-, fue la siguiente (fl.383 c6):

Insumos/O peración	Unid ad de medi da	Cons umo	Cost o	Total	Jue gos col or azul	Jue gos col or ver de	Canti dad	Total
Servicio de confección de juegos de cama de tres piezas conforme a la NTMD 0-67-a3								
Servicio de confección (hilo incluido)								
Corte	Minu	2.22	\$170.	\$376.				



Expediente: 45.088  
 Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
 Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
 Referencia: Apelación sentencia contractual

	to		00	55				
<b>Confección</b>	Minuto	12.78	\$170.00	\$2.17 2.60				
<b>Empacar</b>	Minuto	2.75	\$170.00	\$467.50				
<b>Consumo hilo</b>	Metros	131.00	\$3.69	\$483.39				
<b>Subtotal costo de confección</b>				\$3.50 0.04	154.000	58.000	212.000	\$742'008 .480.00
<b>Material de empaque</b>								
<b>Marquilla estampada</b>	8 Unidades por juego	8.00	\$28.75	\$230.00				
<b>Bolsa polietileno 24*32</b>	Unidad por juego	1.00	\$97.00	\$97.00				
<b>Bolsa polietileno 53*72</b>	Unidad por 40	1.00	\$102.00	\$2.55				



Expediente: 45.088  
 Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
 Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
 Referencia: Apelación sentencia contractual

	jueg os							
<b>Sticker adhesivo</b>	2 por jueg o	2.00	\$25.0 0	\$50.0 0				
<b>Sticker adhesivo lona</b>	Unid ad por 120 jueg os	1.00	\$40.0 0	\$0.33				
<b>Lona ppp</b>	Unid ad por 120 jueg os	1.00	\$890. 00	\$7.42				
<b>Caja de cartón doble pared</b>	42 por caja	0.02	\$6.00 0.00	\$142. 86				
<b>Empaque y revisión</b>	Unid ad	1.00	\$70.0 0	\$70.0 0				
<b>Total Material de empaque</b>				\$600. 16	154. 000	58.0 00	212.0 00	\$127'233 .314.29
<b>Total (antes</b>								\$869.241



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

de IVA)								.794.29
---------	--	--	--	--	--	--	--	---------

**3.5.** El 10 de junio de 2008 se llevó a cabo la audiencia de distribución, tipificación y estimación de riesgos de la selección abreviada No. 007, en la cual se acordó que el futuro contratista asumiría los riesgos de mercado y operación, entre otros, frente a lo cual los oferentes manifestaron encontrarse de acuerdo (fl. 297-309 c6).

**3.6.** El 13 de agosto de 2008 la Unión temporal allegó a la Agencia las correcciones aritméticas realizadas al análisis de costos y rentabilidad de la propuesta, en la cual plasmó como porcentaje de utilidad antes de impuestos el 24.19% equivalente a \$1.123'115.222 y utilidad neta del 15.97% equivalente a \$741.256.046 (fl. 78 c4).

**3.7.** El 27 de agosto de 2008, mediante oficio No. 110, el Comité de Evaluación de la Agencia Logística dio respuesta a las observaciones formuladas a la propuesta de la UT Z1, señalando al efecto que (FL. 1676-1684 C3):

*“El pliego de condiciones de la selección abreviada No. 007 de 2008 para el ítem 2 Juego de Cama estableció que la adquisición de este, tendría un presupuesto total de \$6.329'860.728 con unas cantidades para las tres fuerzas de 205.896 determinando un precio unitario de \$30.743,00 incluido IVA para cada juego.*

*La oferta presentada por Z1 UNION TEMPORAL para este ítem nos presenta un valor unitario incluido IVA de \$25.404.00 siendo este el valor tomado para la evaluación, partiendo del valor total estimado por la Agencia Logística y el ofertado la variación porcentual es de un 17% por debajo del presupuesto oficial; Teniendo en cuenta que los costos disminuyen por factores como el volumen a adquirir, la no exigencia de muestras certificadas, pliego sin costos, al caída del dólar y cambios de la norma técnica, este comité considera que el*



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

*precio oferta no es artificialmente bajo, y por el contrario corresponde a condiciones de plena competencia.*

*No obstante y con el propósito de verificar el precio ofertado la Agencia Logística de las Fuerzas Militares mediante oficios radicados con números 701 y 717 del 5 y 13 de agosto de respectivamente solicito la sustentación del precio ofertado, con comunicaciones del 8 y 13 de agosto informa:*

	<b>CONCEPTO</b>	<b>PROCENTAJE</b>	<b>VALORES</b>
<b>1</b>	GASTOS DE PRELICITACION		9.949.471
<b>2</b>	GASTOS DE PERFECCIONAMIENTO		55.744.584
<b>3</b>	COSTO DE FABRICACION		3.560.129.035
<b>4</b>	COSTOS OPERATIVOS		57.743.386
<b>5</b>	GASTOS FINANCIEROS Y TASAS		208.800.000
<b>6</b>	TOTAL EGRESOS		4.4047.522.870
<b>7</b>	VALOR VENTA		5.385.648.000
<b>8</b>	UTILIDAD ANTES DE IMPUESTO		1.338.125.130
<b>9</b>	IMPUESTO DE RENTA		454.962.544
<b>10</b>	UTILIDAD NETA		883.162.586

**3.8.** Dentro de la audiencia de adjudicación llevada a cabo el 29 de agosto de 2008, el Comité Jurídico de la Agencia Logística se pronunció frente a las observaciones formuladas respecto a la propuesta de la unión temporal Z1 en los siguientes términos (fls. 1841-1860 c13):

*“Sobre este particular, de acuerdo con la ley 1089 de 2006 corresponde al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo certificar la existencia de producción dentro del territorio*



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

*nacional y la comprobación de que ésta se lleva a cabo en términos de competencia abierta.*

*De acuerdo con el artículo 10 del Decreto 679 de 1994, se consideran bienes de origen nacional a aquellos producidos en el país para los cuales el valor CIF de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados, utilizados para la elaboración, utilizados para la elaboración de los bienes objeto de la contratación cuando sean iguales o inferiores al 60% del valor en fábrica, cuando sean iguales o inferiores al 60% del valor en fábrica de los bienes terminados ofrecidos.”*

*“En este orden de ideas, lo que se certifica el Ministerio de Comercio y Turismo, tal como se puede constatar dentro de la propuesta de Z1 UNION TEMPORAL, es que el proponente cuenta con su productor nacional.”*

**3.9.** En acta del 29 de agosto de 2008 el Director de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares dejó plasmado lo que a continuación se transcribe (fl. 1863-1864 c13):

*“... el día de hoy, respecto de la U.T. Z1, realizó las averiguaciones necesarias a fin de despejar las dudas e inquietudes manifestadas.*

*Con el propósito de confirmar el costo de la materia prima – tela- se procedió a hacer contacto telefónico con el señor FREDDY GIL quien trabaja con la firma COLVERTEX LTDA. manifestando ‘que ellos venden tela para la fabricación de juegos de cama y que esta proviene de Venezuela.’*

*Por consiguiente la Agencia Logística solicitó al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo certificara si la empresa COLVERTEX LTDA. era fabricante de la tela para juegos de cama. Mediante oficio No. 2-2008-03-1872 del 29 de agosto de 2008, el Coordinador del Grupo de Calificación y Producción Nacional informó que una vez revisada la base de datos del Grupo de calificación de Origen y Producción Nacional informó que una vez revisad la base de datos del grupo de Calificación de Origen y Producción Nacional, la empresa en cita no tiene registro de productor nacional de tela para juegos de cama, adicional a ello comunicó que tiene registro pero como comercializador de juegos de sábanas.*



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

*Analizado lo dicho es claro que la firma COLVERTEX LTDA. es comercializador de tela, confirmando la información recibida por Mincomercio y quien el va a proveer dicho insumo a TEXTILES KONKONRD S.A., siendo este a su vez el fabricante del producto final, juegos de cama de la U.T. Z1.*

*Así las cosas el Comité Financiero y Económico Evaluador mediante oficio No. 115- ALGEV del 29 de agosto de 2008 informó que de acuerdo al estudio de costo alegado por el proponente UT. Z1, el costo de la tela para la fabricación de 212.000 juegos de cama incluida IVA es de \$2.551'599.522,00, lo cual le representa un 47.38% de participación respecto del valor total de la oferta."*

**3.10.** El 3 de septiembre de 2008 la Agencia Logística de las Fuerzas Militares y la Unión temporal Z1 celebraron el contrato de compraventa No. 106/2008 cuyo objeto consistió en la adquisición de material de alojamiento y ropa interior – ítem 2 juego de cama- con destino al Ejército Nacional, Armada Nacional y Policía Nacional, por valor de \$5.385.648.000.00 y como fecha límite para ejecutarlo el 20 de noviembre de 2008.

Dentro del clausulado contractual se destacan estas estipulaciones:

*"FORMA DE PAGO: La AGENCIA LOGISTICA pagará al CONTRATISTA el valor del presente contrato previo cumplimiento de los trámites administrativos a que hay lugar, de la siguiente manera:*

*4.1. Un anticipo sobre el total adjudicado equivalente al treinta por ciento (30%), dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la aprobación de la garantía única, previo los trámites administrativos a que haya lugar.*

*4.2. El saldo equivalente al setenta por ciento (70%) dentro de los sesenta (60) días siguientes a la entrega total, previa radicación completa en la Agencia Logística de las Fuerzas Militares de la siguiente documentación:*



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

4.2.1.- Acta final de recibo a entera satisfacción del objeto contractual, en las cuales dejara constancia del cumplimiento de la norma o especificación técnica que resulte aplicable, tomando como referencia el informe presentado por el Área de Evolución Técnica, debidamente firmada por los Supervisores del contrato, el delegado de la Dirección de Contratación (Grupo Ejecución) de la Agencia Logística, el Comité técnico evaluador y el CONTRATISTA, donde constará la conformidad con las condiciones en las que se hace la entrega, las cantidades, la fecha en la que se recibe y el valor de los bienes recibidos.

4.2.2. Factura comercial.

4.2.3. Certificado y planilla de pago a los sistemas de seguridad social Integral (salud, pensión y riesgos profesionales) y Aportes Parafiscales (Caja de Compensación Familiar, Sena e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) de conformidad con la normatividad vigente y certificación o constancia de cumplimiento de las obligaciones laborales con el personal utilizado en la ejecución del objeto contractual."

4.2.4. El contratista presentará certificación Bancaria, para efectos de giro electrónico."

(...)

CLAUSULA NOVENA – RIESGOS ASUMIDOS.

9.1. POR EL CONTRATISTA.

9.1.1. El incumplimiento en la entrega de los bienes originado por el daño en las partes o elementos que integran las máquinas que contribuyen a la elaboración o fabricación del bien objeto del presente contrato y que por su naturaleza en gran porcentaje son piezas que requieren de su importación.

9.1.2. RIESGOS DEL MERCADO: Surgen en la medida en que en el comportamiento del mercado se presenten variaciones inesperadas como por ejemplo fluctuaciones en las tasas de interés. Así mismo la fluctuación permanente en la tasa de cambio del dólar genera alteraciones en los diferentes sectores de la economía y por ende en las empresas que a ellos pertenecen. Como factor de riesgo se estima en el 5% a cargo del contratista.



(...)

9.1.3. RIESGOS DE OPERACIÓN: Los riesgos logísticos de operación de los bienes objeto del contrato deberán ser asumidos por el contratista, de igual forma, las situaciones desfavorables que surjan de la variación en los precios del mercado de los diferentes insumos y/o materiales, mano de obra y todo lo relacionado con la fabricación de los bienes. Estos estarán a cargo y riesgo del adjudicatario y asumirá el 100% de los riesgos de operación."

En el anexo 1 del contrato No. 106/2008 se discriminaron las cantidades del material y los precios unitarios, según el siguiente cuadro:

ITEM	NTMD/ESPECIFICACION O FICHA TECNICA	DESCRIPCION	FUERZA	CANT.	VR. UNIT.	VR. TOTAL
1	NTMD-0067-A4	JUEGOS DE CAMA	EJC	154.00	21.900,00	3.372'600.00
			ARC	24.00	21.900,00	525'600.000.
			PONAL	34.00	21.900,00	744'600.000.
					SUBTOTAL	4.642'800.00
					IVA 16%	742.848.000.
					VR.	\$5.385'648.0



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

					TOTAL	00,00
--	--	--	--	--	-------	-------

**3.11.** El 16 de septiembre de 2008 la Agencia Logística expidió el comprobante de pago No. 2289 por valor de \$1.615'694.400 por valor de anticipo del contrato No. 106 /2008 en favor del contratista UT Z1 (fl. 2116 c14).

**3.12.** El 30 de septiembre de 2008 el Director General de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares informó a la Unión temporal Z1 que próximamente la Agencia adelantaría una visita a sus instalaciones con el propósito de verificar el avance de la producción del objeto contratado (fl. 2126 c14).

**3.13.** Mediante oficio del 30 de septiembre de 2008 la firma KONKORD S.A. le manifestó a la unión temporal Z1 lo siguiente (fl. 15 c2):

*“Como es de conocimiento general la crisis financiera a nivel mundial ha traído como consecuencia la devaluación del peso colombiano frente al dólar estadounidense en un porcentaje superior al 25% en los últimos 3 meses porcentaje muy por encima de cualquier variación previsible, cifra a su vez considerable en magnitud e impredecible en lo que resta del año.*

*Este hecho ha incrementado de manera muy significativa nuestros costos de producción toda vez que nuestra estructura de costos como el de la industria textil en general, está íntimamente ligada con la tasa de cambio. Esta situación nos obliga a ajustar nuestros precios en concordancia con las alteraciones actuales del mercado cambiario.*

*Haciendo referencia a la proforma No. Z1UT2 V.2 presentada a usted el pasado 8 de julio de 2008 para la producción de juegos de cama con destino a las Fuerzas Armadas de Colombia conforme con la NTMD 067-A4, les notificamos oficialmente que los precios ofertados para los ítems Tela y servicio de tintorería serán incrementados en 26% y para tal efecto adjuntamos la*



Expediente: 45.088  
 Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
 Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
 Referencia: Apelación sentencia contractual

*factura proforma No. Z1UT2 V.3. con los precios definitivos, con vigencia hasta Diciembre de 2008.*

*Entendemos que tal decisión afectará negativamente su estructura de costos, y por lo tanto les manifestamos nuevamente que por los motivos expuestos, que se escapan de nuestro control, se nos hace imposible tomar una determinación más favorable."*

El aludido aumento de costos se reflejó en la proforma Z1 UT 02 V.2 del 30 de septiembre de 2008 (fl. 91 c4):

Insumos /operación	Consumo por juego de cama	Unidad de medida	Costo por unidad de medida	Total por juego de cama	Juegos color azul	Juegos color verde	Cantidad	Bultos	Total
Servicio de tejeduría y/o tintorería, tela género para elaboración de juegos de cama									



Expediente: 45.088  
 Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
 Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
 Referencia: Apelación sentencia contractual

<b>Servicio de tejeduría (con hilaza aportada por Konkord, en caso de que el cliente aporte hilaza se descuenta del valor por kg)</b>									
<b>Tela de 247 cm ref. GP247</b>	3.33	Mt.	\$3.150	\$10.489,50	154.000	58.000	212.000	1.767	\$2.23'774.000
<b>Servicio de tintorería (de acuerdo con</b>									



Expediente: 45.088  
 Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
 Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
 Referencia: Apelación sentencia contractual

<b>coor nadas CIELAB)</b>									
<b>TP 1089&amp; TP 1090</b>	1,3	kg	\$2.5 12	\$2.58 3,47	154. 000	58.0 00	212.0 00		\$547.69 4.877
<b>Total (antes de IVA)</b>									\$2.771.4 68.877

**3.14.** A través de oficio del 6 de octubre de 2008 la UT Z1 le informó a la entidad contratante la ocurrencia de una circunstancia constitutiva de fuerza mayor, de conformidad con la cláusula decima octava del contrato No. 106/2008, consistente en la concreción del riesgo de mercado originado en inestabilidad cambiaria por aumento intempestivo del precio del dólar. Al respecto señaló que el precio del dólar a la fecha de la presentación de la propuesta (17 de julio de 2008), fue de \$1760, mientras que el 8 de septiembre de 2008 el peso colombiano sufrió una devaluación de 25% de su valor frente a la divisa americana. Con base en lo anterior, el contratista solicitó a la Agencia, suspender la ejecución del contrato mientras persistiera la fuerza mayor o restablecer el equilibrio económico del contrato ya fuera incremento su valor en proporción a la devaluación del peso colombiano o reduciendo las cantidades de material que se había obligado a suministrar para lograr el mantenimiento de la ecuación financiera.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

Así mismo informó a la entidad que el anticipo del valor del contrato por valor de \$1.615'648.000 recibido el 29 de septiembre, había sido depositado en encargo fiduciario en Bancolombia (fl. 17-27 c2). Obra constancia del encargo fiduciario constituido el 30 de septiembre de 2008 en Fiduciaria Bancolombia (fl. 103c4).

**3.15.** Mediante oficio No. DGAL – ALDCT – ALGE 2481 del 10 de octubre de 2008 la Agencia Logística dio respuesta a la anterior solicitud manifestando que el 10 de julio de 2008 se había celebrado la audiencia de distribución de riesgos en la que el oferente había manifestado encontrarse de acuerdo con la asignación de riesgos planteada por la entidad en el pliego de condiciones, cuestión que daba lugar a concluir que no existía fundamento jurídico para que aludiera la configuración de una fuerza mayor. Añadió que la presentación del registro de fabricante de nacional del proveedor de la unión temporal fue una exigencia del pliego de condiciones. Atendiendo a lo expuesto, concluyó que se habrían de mantener las condiciones y exigencias plasmadas en el contrato (fl. 28-29 c2).

**3.16.** Frente a lo anterior el contratista, a través de oficio del 17 de octubre de 2001, nuevamente advirtió a la entidad que el riesgo del mercado concretado en el presente caso por el alza del dólar fue estimado a su cargo en 5% y no en 26% como lo pretendía la Agencia, la cual debía mantener las condiciones económicas previstas al momento de celebrar el contrato y, por tanto, debía restablecer el equilibrio alterado. Indicó que el hecho de que el precio del contrato se hubiera pactado en pesos colombianos no impedía que el negocio se viera afectado por el inesperado aumento del precio del dólar americano, circunstancia que además había sido acordada por la partes en la audiencia de distribución de riesgos en la cual se había reconocido como riesgo la fluctuación del dólar



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

como alteración de los diferentes sectores de la economía (fl. 2153 c14).

**3.17.** Por escrito del 23 de octubre de 2008 el contratista presentó a la Agencia alternativas tendientes a satisfacer el bien público inmerso en el objeto del contrato No. 106, tales como adjudicar el contrato a quién ocupó el segundo orden de elegibilidad, autorizar la terminación anticipada por mutuo acuerdo, o reconocer en su favor la suma de \$1.938.833.000 al título de ajuste por el notorio del riesgo contractual de mercado y autorizar la ampliación del plazo hasta el 30 de marzo de 2009 (fl. 2170 c14).

**3.18.** En oficio del 31 de octubre de 2008 la Agencia respondió nuevamente al contratista señalando que en este caso no se había presentado un riesgo de mercado por cuanto el fabricante era nacional, y no había constancia de que se hubiera planteado la necesidad de importar materias primas en alto porcentaje, de tal suerte que el riesgo de mercado aplicaba exclusivamente para casos de productos importados que no correspondía a la realidad del contrato No. 106/2008. Consideró además que en el contrato se había estipulado el riesgo de operación a cargo del contratista en un 100% el cual consistía en el surgimiento de situaciones desfavorables por la variación de los precios del mercado de los diferentes insumos y materiales.

Estimó también que en el caso no concurría una circunstancia constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito.

**3.19.** El 12 de noviembre de 2008 la Agencia citó a la UT Z1 para tratar el tema del incumplimiento contractual que se había constatado no



solo a partir de sus comunicaciones, sino de las diferentes visitas practicadas por la entidad al lugar de su sede, y para escuchar sus descargos (fl. 2191 c14).

**3.20.** En comunicación del 13 de noviembre de 2008 la contratista reiteró a la Agencia las razones que impedía la ejecución del contrato, afirmó que la UT Z1 no se encontraba en mora de cumplir el objeto el contrato en virtud de las estipulaciones contenidas en los artículos 1602, 1603 y 1609 del Código Civil e indicó que resultaba improcedente la realización de alguna reunión entre las partes sin la previa existencia de alguna solución por parte de la entidad (fl. 2200 c14).

**3.21.** El 14 de noviembre de 2008 la agencia llevó a cabo una audiencia con el propósito de surtir la diligencia administrativa relacionada con el estado de ejecución y cumplimiento del contrato No. 106 de 2008, oír en descargos al contratista y practicar pruebas, la cual no asistió la UT contratista (fl.2208- 2209 c14).

**3.22.** El 20 de noviembre de 2008 el Supervisor del contrato rindió informe en el cual manifestó a la Agencia Logística que ese mismo día vencía el plazo de ejecución del contrato y que el porcentaje de ejecución ascendía a 0% (fl. 2259-2261 c15).

**3.23.** El 21 de noviembre de 2008, la Agencia Logística de las Fuerzas Militares profirió la Resolución No. 804 por la cual declaró el incumplimiento total del contrato No. 106/2008, ordenó su liquidación, hizo efectiva la garantía única en el amparo de cumplimiento y ordenó al contratista devolver el anticipo (fl. 52-59 c16).



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

**3.24.** El 22 de diciembre de 2008 la Agencia Logística de las Fuerzas Militares profirió la Resolución No. 883 de 2008 por la cual resolvió los recursos de reposición impetrados por la contratista y la aseguradora, confirmando en todas su partes la anterior decisión (fls. 38-52 c16).

#### **4. Análisis del recurso.**

Persigue el libelista la declaratoria de nulidad del acto administrativo vertido en la Resolución No. 804 de 21 de noviembre de 2008 por medio del cual la Agencia Logística de las Fuerzas Militares declaró el incumplimiento del contrato No. 106/2008, ordenó su liquidación, hizo efectiva la garantía No. 01GUA032287 en el amparo de cumplimiento y ordenó al contratista que devolviera el anticipo y la nulidad de la Resolución No. 883 del 22 de diciembre de 2008 a través de la cual la Agencia, al resolver la impugnación impetrada contra la anterior, decidió confirmarla en todas su partes.

Para el apelante, el Tribunal de primera instancia no analizó con detenimiento los cargos de ilegalidad formulados en contra de las referidas decisiones, por lo que en esta oportunidad reiteró uno a uno los supuestos constitutivos de la deprecada nulidad.

También afirmó que el *a quo* no tuvo en consideración que en el caso se había presentado la fractura del equilibrio económico del contrato No. 106/2008 en detrimento de sus intereses, por el aumento inesperado del precio del dólar, cuestión que había situado al contratista en imposibilidad de ejecutar su objeto y no obstante haberla advertido, la entidad ignoró tal circunstancia y procedió a la declaratoria de incumplimiento contractual.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

En orden a resolver los argumentos de la alzada, en efecto, se observa que la primera instancia dejó de lado el estudio de varios de los argumentos de inconformidad expuestos en el escrito introductorio, falencia que impone a la Sala considerarlos y efectuar un pronunciamiento frente a los mismos.

Así pues, la Sala abordará en primer lugar el análisis relativo a la facultad de la Administración Pública, a la luz de la normativa vigente al tiempo de celebración del negocio jurídico identificado con el No. 106/2008, para declarar unilateralmente su incumplimiento, pues solo a partir de la verificación de su competencia, procederá el estudio de fondo de los demás aspectos de censura.

#### 4.1. De la competencia de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares para declarar el incumplimiento del contrato No. 106/2008.

Sostuvo el apelante que la entidad demandada, al proferir el acto acusado, había aplicado indebidamente el Estatuto General de Contratación Pública recogido en la Ley 80 de 1993, su modificación introducida en la Ley 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios, respecto a la facultad de declarar el incumplimiento y la terminación del vínculo jurídico, pues, a su entender, la terminación anticipada del contrato procedía en los eventos taxativos contemplados en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, ninguno de los cuales obedecía al supuesto de incumplimiento.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

De entrada, la Sala recuerda que el contrato No. 106 fue celebrado el 3 de septiembre de 2008 entre la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, establecimiento público del orden nacional y la unión temporal Z1 con el objeto de adquirir material de alojamiento y ropa interior – ítem 2 juego de cama- con destino al Ejército Nacional, Armada Nacional y Policía Nacional, por valor de \$5.385.648.000.00 y como fecha límite para ejecutarlo el 20 de noviembre de 2008.

Así pues, en consideración a que la entidad contratante es un órgano de naturaleza estatal y sin que se evidencie la configuración de alguna regla exceptiva o especial en cuanto al marco normativo que regula su actividad contractual, propio resulta concluir que el régimen normativo que informó el mencionado vínculo comercial lo constituyó el Estatuto de Contratación Estatal, contenido en la Ley 80 de 1993, compendio normativo que para la fecha en que se suscribió el contrato en examen, ya había sido modificado parcialmente por la Ley 1150 de 2007.

Siguiendo ese lineamiento cabe puntualizarse que el artículo 17<sup>2</sup> de la Ley 1150 de 2007 facultó a las Entidades Estatales para imponer multas y declarar unilateralmente el incumplimiento de los contratos estatales con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Tal cual lo revela su tenor literal al disponer:

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

---

<sup>2</sup> De conformidad con el párrafo 2º del artículo 33 de la Ley 1150 “Los artículos 9º y 17 entrarán a regir una vez se promulgue la presente ley.

La promulgación de la Ley 1150 de 2007 se produjo a través de la publicación del Diario Oficial No. 46.691 el 16 de julio de 2007.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

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

*Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

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

Esa disposición constituyó una variación sustancial en cuanto dotó a la Administración de una facultad que la Ley 80 de 1993 no consagraba en su favor –aunque si lo hacía su antecesor normativo Decreto-ley 222 de 1983<sup>3</sup> en desarrollo de la potestad de autotutela y

---

<sup>3</sup>ARTICULO 71. DE LA CLAUSULA SOBRE MULTAS. En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.

Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto.

En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula.

ARTICULO 72. DE LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA -. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.

La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.

El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

con algunos matices diferenciadores- y que se justificó en la necesidad de procurar al ente público las herramientas para garantizar de manera óptima y eficiente la consecución del fin perseguido a través de la celebración del respectivo contrato, facultad que claro está, debe ejercer dentro de los parámetros constitucionales y legales establecidos y con plena y estricta observancia del debido proceso a que tiene derecho su colaborador, lo cual comporta por supuesto el ejercicio de su defensa, la posibilidad de solicitar la practicar de pruebas para desvirtuar los cargos que se le enrostran y controvertir las que se aducen en su contra,

A propósito de la interpretación de la aludida previsión legal, la Sección Tercera de esta Corporación, en pasada oportunidad, razonó acerca de la atribución conferida a las entidades públicas contratantes para declarar el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal, bajo el entendimiento de que la afectación y cobro unilateral de la garantía constituía un mecanismo para la consecución de esa finalidad:

*“a).-El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, está regulando el derecho al debido proceso que debe garantizarse al contratista cuando la Administración le imponga multas (sanción de carácter pecuniario) y cuando como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento del contrato, la Administración haga efectiva la cláusula penal pactada en el contrato.*

*El Parágrafo de la misma norma, limita la materia a la cláusula penal y a las multas, las cuales pueden hacerse efectivas directamente por las entidades estatales, sin necesidad de acudir el juez del contrato, a través de los mecanismos*

---

ARTICULO 73. DE LA APLICACION DE LAS MULTAS Y DE LA CLAUSULA PENAL -. El valor de las multas y de la cláusula penal Pecuniaria a que se refieren los artículos anteriores ingresará al tesoro de la entidad contratante y podrá ser tomado directamente del saldo a favor del contratista, si lo hubiere, o de la garantía constituida, y si esto no fuere posible, se cobrará por jurisdicción coactiva.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

*establecidos por la misma norma, entre ellos, el cobro de la garantía.*

*(...).*

*“Al examinar el artículo 7º de la Ley 1150, se advierte que dicha norma regula las “garantías en la contratación”, tema que difiere del de las multas y la cláusula penal pecuniaria, establecidas en el artículo 17 de la citada ley, aunque tienen relación, porque uno de los mecanismos para hacerlas efectivas, como ya se dijo, es a través del cobro de la garantía.*

*d).- Resulta claro que las garantías constituidas por el contratista tienen como finalidad precaver o cubrir los perjuicios que pueda sufrir la Administración como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales por parte del contratista, es decir, que las garantías tienen carácter indemnizatorio.”<sup>4</sup>*

Del caudal probatorio se desprende que en la cláusula vigésima del contrato No. 106/2008, los extremos cocontratantes pactaron la inclusión de la cláusula penal pecuniaria ligando su procedencia al evento de declaratoria de incumplimiento total de las obligaciones derivadas del negocio jurídico a cargo del contratista, en cuantía equivalente a 20% del valor total del contrato. Igualmente convinieron que el pago de la cláusula penal pecuniaria habría de estar amparado mediante póliza de seguros en las condiciones establecidas en ese contrato.

En consonancia con lo anterior, la Sala advierte que dentro de la motivación de la Resolución No. 804 de 2008, contentiva de la declaratoria de incumplimiento contractual, la Agencia Logística se apoyó en la existencia del pacto expreso sobre el cobro de la

---

<sup>4</sup> Sección Tercera del Consejo de Estado, auto del 27 de mayo de 2009 proferido dentro del expediente 36.600, C.P. Miriam Guerrero de Escobar.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

cláusula penal en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, indicando al efecto:

*“Que como consecuencia de los hechos de incumplimiento total, es procedente la aplicación de la CLÁUSULA VIGÉSIMA del contrato No. 106 de 2008, declaratoria de incumplimiento, medida que se considera válida ante los hechos plasmados en los considerandos que anteceden, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la administración puede exigir y evaluar su cumplimiento y de manera especial definir si éste es satisfactorio y le permite apreciar la magnitud del incumplimiento en que incurrió el contratista como se evidencia en el presente caso y que equivale según la fórmula contractual constituida a la suma de MIL SETENTA Y SIETE MILLONES CIENTO VEINTINUEVE MIL SETECIENTOS PESOS (\$1.077'129.600,00) M/cte. El valor de la sanción, se encuentra consumado desde el 20 de noviembre de 2008, fecha en la cual el CONTRATISTA debía dar cumplimiento cabal a sus obligaciones contractuales.”*

Así pues, de las consideraciones expuestas en el texto del acto administrativo acusado, para la Sala se desprende la sujeción por parte de la entidad a los lineamientos previstos en el artículo 17 de la ley 1150 para proceder a la declaratoria de incumplimiento contractual, en cuanto a partir de su decreto se perseguía el cobro de la cláusula penal, a través de la efectividad de la póliza, en el respectivo amparo de cumplimiento, por el monto tasado en la estipulación atinente a la pena pecuniaria, esto es el 20% del valor del contrato.

Despejado como está el panorama normativo en torno a la competencia legal que le asistía al ente público para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal a través de la afectación de la póliza en su amparo de cumplimiento, la Sala conviene en este punto destacar que fue precisamente con apoyo en la analizada disposición que la Agencia



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

expidió la Resolución objeto de censura y no como erradamente lo estimó el apelante al sostener que la decisión se habría de sustentar en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, por considerar que comportó una terminación unilateral y anticipada de la relación negocial.

Al respecto, debe ponerse de presente que la terminación unilateral del vínculo negocial incorporada en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, constituye una potestad excepcional conferida expresamente por el legislador a la entidad estatal contratante como un mecanismo concebido exclusivamente para lograr el cabal cumplimiento de los cometidos estatales e impedir que se frustre la realización del objeto contractual y no como un acto represivo o contentivo de reproche contra el contratista, a diferencia de lo ocurre en el supuesto previsto por el artículo 17 de la Ley 1150 anteriormente analizado, cuya operancia se restringe a la antijuridicidad de la conducta de su colaborador que se concreta en la inobservancia de las obligaciones adquiridas por virtud de la celebración del contrato, lo que abre paso al cobro unilateral de los perjuicios que de allí se derivan para el ente contratante.

Adicionalmente, el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 en el caso concreto no comportó una declaración de terminación anticipada del contrato, como lo sugiere el censor, pues no puede perderse de vista que el plazo de ejecución del contrato de compraventa No. 106 expiró el 20 de noviembre de 2008, mientras que el acto atacado se produjo el 21 de noviembre del 2008, es decir, que el plazo de ejecución del contrato de compraventa venció sin que su objeto se hubiese satisfecho, por lo que, habiéndose evidenciado a partir de ese entonces el incumplimiento de la contratista, la entidad procedió a declararlo.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

Así las cosas, el cargo de indebida aplicación de las normas contenidas en el Estatuto de Contratación Estatal, sus normas modificatorias y decretos reglamentarios, frente al ejercicio de la facultad de declaratoria de incumplimiento contractual, no tienen vocación de prosperidad.

#### 4.2. De la indebida interpretación de las estipulaciones contenidas en el contrato No. 106/2008 relativas a la distribución de riesgos.

Sostuvo el libelista que el acto por medio del cual la entidad había declarado su incumplimiento contractual adolecía de nulidad por cuanto la agencia había interpretado las estipulaciones contractuales, en punto a la distribución de riesgos, de manera desacertada, pues había considerado equivocadamente que el aumento del precio del dólar norteamericano era una circunstancia propia del riesgo de operación cuya asunción correspondía al contratista en un 100%, cuando en realidad lo ocurrido se encuadraba en un riesgo de mercado asumido por el contratista en un 5%, pesando sobre la entidad el porcentaje que superara la aludida estimación.

Para resolver este cargo de inconformidad, la Sala, una vez más, precisa la importancia de enfatizar que el marco normativo al cual se sujetó el contrato No. 106/2008, correspondió al Estatuto de Contratación Estatal contenido en la Ley 80 de 1993, el cual, para la época de su celebración, ya había sufrido la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007, disposición legal en cuyo artículo 4 impuso a la Administración el imperativo de identificar, asignar y cuantificar los riesgos del contrato desde la etapa precontractual.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

*“ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.*

*En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.”*

Cabe agregar a lo anterior que, a la luz de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>5</sup>, el deber legal de elaborar, identificar, tipificar y asignar los riesgos con precisión, como todos los demás que se encuentran en cabeza de la Administración Pública, debe ejercerse con estricta sujeción y apego a los principios y reglas que orientan la actividad contractual del Estado. De ahí que en modo alguno resultará ajustado al orden jurídico que por cuenta del deber de su distribución, se traslade al contratista la carga de asumir cualquier tipo de riesgo, sin importar su magnitud, ni limitar sus alcances, pues una exigencia de tal índole resultaría a todas luces inequitativo y abandonaría por completo el criterio de justicia que debe permear el pliego de condiciones.

Atemperándose al escenario de la normativa que viene de comentarse, el 10 de junio de 2008 la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, con la participación de los oferentes, llevó a cabo la audiencia de tipificación, estimación y distribución de riesgos de la selección abreviada No. 007 en cuyo desarrollo se convino acerca de la existencia de los riesgos de mercado y operación en los siguientes términos:

---

<sup>5</sup> Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 27 de marzo de 2014, expediente: 24.845, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



*“9.1.2. RIESGOS DEL MERCADO: Surgen en la medida en que en el comportamiento del mercado se presenten variaciones inesperadas como por ejemplo fluctuaciones en las tasas de interés. Así mismo la fluctuación permanente en la tasa de cambio del dólar genera alteraciones en los diferentes sectores de la economía y por ende en las empresas que a ellos pertenecen. Como factor de riesgo se estima en el 5% a cargo del contratista.*

*(...)*

*9.1.3. RIESGOS DE OPERACIÓN: Los riesgos logísticos de operación de los bienes objeto del contrato deberán ser asumidos por el contratista, de igual forma, las situaciones desfavorables que surjan de la variación en los precios del mercado de los diferentes insumos y/o materiales, mano de obra y todo lo relacionado con la fabricación de los bienes. Estos estarán a cargo y riesgo del adjudicatario y asumirá el 100% de los riesgos de operación.”*

Una vez adjudicado a la Unión temporal Z1 el negocio jurídico producto de la selección abreviada No. 007, las anteriores estipulaciones se incorporaron dentro del texto contractual, en idénticos términos.

Luego de un mes de haberse celebrado el contrato No. 106/2008, la contratista, unión temporal Z1, manifestó a la Agencia que en el caso se había concretado el riesgo de mercado originado en la inestabilidad cambiaria en un porcentaje superior al asumido en la audiencia de distribución de riesgos (5%) por cuanto el aumento inesperado del precio del dólar norteamericano había conducido a que la firma Konkord S.A., fabricante del producto objeto de compraventa (ítem 2 - juegos de cama) aumentara los precios inicialmente ofrecidos en un 26% respecto de los ítems tela y tintorería, cuestión que impedía ejecutarlo en las condiciones económicas



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

inicialmente pactadas, siendo necesario restablecer el equilibrio económico del contrato.

Frente a lo anterior, la entidad reiteradamente señaló que lo ocurrido en relación con el alza del dólar no tenía por qué afectar la ecuación económica del contrato por cuanto una de las condiciones para adquirir el producto consistía en que debía ser de fabricación nacional, por lo que no se trataba de elementos importados y tampoco se había estipulado su precio en dólares, de manera que lo acontecido no se encuadraba dentro de un riesgo de mercado sino en el marco del riesgo de operación atinente a la variación de los precios de los productos o insumos, cuya asunción correspondía al contratista en un 100%.

Así pues se observa cómo desde la ejecución del contrato se presentó entre los extremos co-contrantes un dilema en torno a la interpretación de las cláusulas del contrato relativas a la distribución de riesgos, pues lo que para el contratista constituía un riesgo de mercado, para la entidad configuraba un riesgo de operación que debía ser asumido íntegramente por la unión temporal Z1.

En estas condiciones, para desentrañar el verdadero alcance y sentido de las cláusulas en comento, la Sala conviene la necesidad de acudir a los dictados sobre las reglas de interpretación de los contratos<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> A propósito del tema relativo a la interpretación de los contratos estatales a la luz de las normas del derecho común, esta Sala en pronunciamiento dictado por la Sección Tercera, Subsección A, Consejo de Estado, el 9 de mayo de 2012, Exp.22.714, Actor: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, C.P: Mauricio Fajardo Gómez, consideró:

*"Las reglas de interpretación de los contratos, obligatorias para el juez en la medida en que el ordenamiento jurídico pretende que la voluntad de las partes —y no la del intérprete— sea escrupulosamente respetada al momento de aplicar o de establecer los alcances del acto o negocio del*



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

Siguiendo la dirección trazada, para establecer si la fluctuación del precio del dólar constituyó la concreción de uno u otro riesgo, la Sala debe remitirse en primer lugar a la literalidad de las cláusulas que dicen contenerlos.

---

*cual se trate<sup>6</sup>, especialmente cuando el tenor literal de éste no resulta suficientemente esclarecedor respecto de dicha intención de los sujetos, se encuentran consagradas, como se ha expresado, en el Código Civil y resultan aplicables a la contratación estatal en casos como el sub iudice, pese a que la contratista del Estado tiene la condición de comerciante —lo cual determina la aplicación preferente de las disposiciones del Estatuto Mercantil—, por virtud de lo normado tanto en el artículo 822 del Código de Comercio<sup>6</sup> como en el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993<sup>6</sup>.*

*"Estima la Sala pertinente precisar que las precitadas reglas legales de interpretación de los contratos resultan válidamente aplicables en el ámbito de la contratación estatal puesto que, como se explicará a continuación, los principios orientadores que recoge y consagra el artículo 28 de la Ley 80 para la correcta aplicación de las reglas de hermenéutica en materia contractual, cuando de un vínculo de naturaleza estatal se trata, en realidad no se ocupan de desarrollar con detalle y de manera específica la forma en la cual han de ser interpretados los aludidos contratos estatales y, por ello mismo, no habría lugar, en los términos del artículo 13 de la citada Ley 80, a excluir por completo la aplicación de las normas legales correspondientes que sobre esas precisas materias contienen los estatutos mercantil y civil sobre la base, que obviamente resultaría equivocada, de considerar que el tema en cuestión estaría debida y completamente regulado a través de la norma propia del Estatuto de Contratación Pública (Artículo 28).*

*Ciertamente, el texto del aludido artículo 28 de la Ley 80 es el siguiente:*

*"[E]n la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a los procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá[n] en consideración los fines y los principios de los que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos".*

*De todos modos, en aquellos casos —como el sub lite— en los cuales el Juez deba valerse de distintas herramientas interpretativas con el fin de dar claridad a pasajes oscuros en el contenido de las estipulaciones del contrato estatal o cuando se pretende desentrañar la voluntad o la intención real de los sujetos de dicho vínculo negocial, lo cierto es que los parámetros hermenéuticos provistos por el aludido artículo 28 del Estatuto de Contratación Estatal resultan insuficientes para acometer la anotada labor, pues si bien es verdad que dicho precepto consagra unos principios de interpretación que orientan, inspiran o informan la referida actividad, no es menos cierto que tales previsiones no constituyen reglas interpretativas precisas como las que sí se encuentran plasmadas en el Código Civil; esta materia, por tanto, no es desarrollada detalladamente y menos agotada, por el multicitado artículo 28 de la Ley 80 de 1993, el cual debe ser aplicado, consiguientemente, de manera complementaria con las disposiciones del Código Civil que se ocupan del tema, sin que con ello se desconozca lo normado por el artículo 13 de la Ley 80 en comento, por cuya virtud los contratos estatales se regirán exclusivamente por lo preceptuado en este último cuerpo normativo en las materias particularmente reguladas en él.*

*En ese orden de ideas, las referidas reglas de interpretación, cuya aplicación a los contratos estatales debe llevarse a cabo atendiendo a los principios enunciados en el varias veces aludido artículo 28 de la Ley 80 de 1993, son aquellas que se hallan previstas entre los artículos 1618 y 1624 del Código Civil..."<sup>6</sup>*



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

De la lectura de la cláusula 9.1.2. que consagra el riesgo de mercado se tiene que debe entenderse por aquél la variación en el comportamiento de mercado en general y, específicamente, se refiere a la fluctuación de la tasa de cambio del dólar que puede alterar algunos sectores de la economía.

En contraposición, la cláusula 9.1.3. alude a la configuración del riesgo de operación que se presenta cuando surgen alteraciones del mercado por la variación de los precios de los insumos, mano de obra y todo lo relacionado con la fabricación de los bienes.

De entrada la Sala evidencia que, aun cuando las dos cláusulas parten de un supuesto semejante consistente en la variación en el comportamiento del mercado, la primera contempla una situación específica relativa a su alteración por causa de la fluctuación de la tasa de cambio del dólar mientras que la segunda se refiere a una premisa general atinente al cambio del precio por cualquier otro factor que pudiera afectar los precios.

Habiendo precisado el contenido literal de las cláusulas bajo examen, debe darse aplicación a la regla de interpretación lógica plasmada en el artículo 1620 del Código Civil, de conformidad con la cual *“El sentido en que una de las cláusulas pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”*.

En atención a lo anterior, ha de decirse entonces que de entender que la cláusula contentiva del riesgo de operación agotaba completa y exhaustivamente la materialización de todos los riesgos derivados del comportamiento del mercado, entendido este como la



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

variación de precios por distintos factores, sin que fuera necesario remitirse a alguna otra estipulación, como lo sugirió la entidad demandada en su defensa al señalar que en este contrato no podría tenerse en consideración la fluctuación del precio del dólar por no tratarse de productos importados y haberse pactado el precio en pesos colombianos, equivaldría a sostener igualmente que la cláusula relativa al riesgo de mercado no estaría llamada a producir ningún efecto y, por lo tanto, su inclusión en el contrato no habría consultado un propósito útil, lo que no puede ser admitido por esta Sala.

En esas circunstancias, atendiendo a la regla de interpretación lógica de los contratos se impone señalar que el riesgo de mercado consistía en la variación de su comportamiento por fluctuación del precio el dólar, mientras que el riesgo de operación se materializaba por la variación de precios de insumos, mano de obra o fabricación por cualquier otra causa.

Ahora bien, la misma conclusión ha de extraerse si se acude a la regla de interpretación que informa la prevalencia de la voluntad o intención de las partes consagrada en el artículo 1618 de la Codificación Civil cuyo tenor enseña que *"Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras."*

En ese sentido cabe enfatizar que, no empero la entidad haber sostenido durante la ejecución del contrato que el precio pactado no podría alterarse por la variación de la tasa cambiaria representativa por cuanto su precio se pactó en pesos colombianos y el objeto del contrato recaía sobre bienes de fabricación nacional, ciertamente para la Sala no puede dejarse de lado la intención que sobre el particular reveló la Agencia en la etapa precontractual, la cual puso



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

en evidencia la posibilidad de que los precios del contrato sufrieran alteraciones por causa del aumento del dólar, en tanto parte de los insumos habrían de provenir del extranjero.

Tal cual se desprende del contenido del acta de adjudicación en la cual el Comité Jurídico de la Agencia Logística se pronunció frente a las observaciones formuladas a la oferta presentada por la Unión temporal Z1, señalando que, de acuerdo con el artículo 10 del Decreto 679 de 1994, se consideraban bienes de origen nacional aquellos producidos en el país para los cuales el valor CIF de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados, utilizados para la elaboración de los bienes objeto de la contratación que fueran iguales o inferiores al 60% del valor en fábrica, cuando sean iguales o inferiores al 60% del valor en fábrica de los bienes terminados ofrecidos, a lo cual agregó que la unión temporal Z1, según lo certificado por el Ministerio de Comercio y Turismo, contaba con su productor nacional y, por lo tanto, cumplía con los requerimientos del pliego de condiciones de ofrecer un producto de fabricación nacional.

En consonancia con lo expuesto, se observa que el Director de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares en la misma fecha en que se celebró la audiencia de adjudicación informó que se habían realizado averiguaciones para resolver las dudas que giraban alrededor de la propuesta económica de la U.T. Z1, hallando que la tela para la fabricación de los juegos de cama la suministraría la firma COLVERTEX LTDA., la cual traería el insumo desde Venezuela y se la proveería al fabricante colombiano, reiterando que en todo caso Konkord S.A. tenía registro de productor nacional.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

Así mismo se observa que el 27 de agosto de 2008 el Comité de Evaluación dio respuesta a las observaciones formuladas a la propuesta de la UT Z1, oportunidad en la cual consideró que los precios ofrecidos no eran artificialmente bajos, sino que podían haberse visto disminuidos por factores tales como el volumen a adquirir, la no exigencia de muestras certificadas, el pliego sin costos, la caída del dólar y cambios de la norma técnica, y por ende, obedecían a condiciones de plena competencia.

En esa medida se concluye que no obstante el pliego de condiciones haber exigido el ofrecimiento de productos de fabricación nacional y haberse pactado el precio en pesos colombianos, lo cierto es que, desde la óptica de la entidad contratante, dicha exigencia se cumplía siempre que el fabricante tuviera registro de productor nacional, con independencia de que parte de los insumos fueran importados, tal como ocurría en el caso de la unión temporal Z1 la cual ofreció telas procedentes de Venezuela para que con ellas fabricaran los juegos de cama en Colombia, circunstancia que fue plenamente conocida y consentida por la Agencia, al punto que al resolver las observaciones formuladas contra la propuesta de la adjudicataria consideró que el precio, aunque era bajo, ello obedecía posiblemente a varias circunstancias, entre ellas, a la variación del precio del dólar y no a artimañas del proponente.

En estas condiciones no resulta admisible para la Sala que en la etapa precontractual la entidad admitiera como factor determinante en los precios del contrato la variación del precio del dólar, pero que luego en la etapa de ejecución adujera que esa circunstancia no había sido contemplada como un riesgo con la virtualidad de alterar su estructura económica.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

De manera que, de conformidad con lo expuesto, la variación del precio del dólar ocurrida durante la etapa de ejecución, según la metodología de distribución de riesgos insertada en el contrato de compraventa No. 106/2008 y que representó un aumento en el costo de los insumos equivalente al 26%, en efecto constituyó la configuración del riesgo del mercado cuya asunción correspondía al contratista en un 5% y en el porcentaje restante a la entidad pública.

Sin embargo, la anterior premisa por sí sola no lleva a concluir que el acto que declaró el incumplimiento contractual de la unión temporal Z1 adolezca de nulidad, lo cual encuentra sustento en las razones que a continuación se expondrán de manera simultánea al abordar el análisis de los demás argumentos de la alzada relativos a la indebida aplicación de las normas tanto del Estatuto de Contratación Estatal, como de las disposiciones civiles y comerciales que regulan el instituto jurídico del equilibrio económico del contrato y de la fuerza mayor.

4.3. De la indebida aplicación de las normas tanto del Estatuto de Contratación Estatal, como de las disposiciones civiles y comerciales que regulan el instituto jurídico del equilibrio económico del contrato y de la fuerza mayor.

Para el demandante, la entidad contratante al declarar el incumplimiento del negocio jurídico no tuvo en cuenta que en el caso el aumento desmesurado en el precio del dólar habría una constituido una circunstancia generadora de ruptura del equilibrio económico del contrato que hacía más onerosa su ejecución y por lo tanto debía restablecerse la ecuación inicial, también la consideró como un hecho configurativo de fuerza mayor que impedía su cumplimiento.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

Así lo sostuvo igualmente la unión temporal contratista en la etapa de ejecución del contrato, cuando mediante oficio del 6 de octubre de 2008 la UT Z1, le informó a la entidad contratante acerca de la ocurrencia de una circunstancia, que en su parecer, constituía fuerza mayor consistente en la concreción del riesgo de mercado originado en inestabilidad cambiaria por aumento intempestivo del precio del dólar. Señaló que el precio del dólar a la fecha de la presentación de la propuesta (17 de julio de 2008), fue de \$1760, mientras que el 8 de septiembre de 2008 el peso colombiano sufrió una devaluación de 25% de su valor frente a la divisa americana. Con base en lo anterior, el contratista solicitó a la Agencia, suspender la ejecución del contrato mientras persistiera la fuerza mayor o restablecer el equilibrio económico del contrato, ya fuera incremento su valor en proporción a la devaluación del peso colombiano o reduciendo las cantidades de material que se había obligado a suministrar para lograr el mantenimiento de la ecuación financiera.

Al respecto, parte la Sala por advertir que el accionante brinda un tratamiento similar a la figura de la ruptura del equilibrio económico del contrato y a la de fuerza mayor, conceptos que lejos de asemejarse se encuentran separados por diferencias sustanciales en cuanto a su configuración y efectos, lo cual impone detenerse en este punto con el propósito de realizar algunas precisiones sobre el particular:

Sobre el tema del equilibrio económico-financiero del contrato se ha pronunciado esta Sección en los siguientes términos:

*“Se recuerda que un principio tutelar del contrato como acuerdo de voluntades generador de obligaciones es el pacta sunt servanda, según el cual las estipulaciones acordadas por las partes al celebrar un contrato, deben prevalecer durante todo el término de ejecución del mismo*



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

*y sólo pueden variarse por un nuevo acuerdo de voluntades; en consecuencia, una de las partes no puede, en principio, unilateralmente, desconocer las condiciones en las que se obligó inicialmente y debe cumplir las prestaciones a su cargo exactamente en los términos en que se comprometió a hacerlo. Manifestación positiva de este principio, es el artículo 1602 del Código Civil, de acuerdo con el cual 'Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales'.*

*"240. No obstante lo anterior, en consideración de las variaciones que pueden surgir en las condiciones que dieron lugar a la celebración del respectivo contrato y que pueden afectar gravemente su cumplimiento, el pacta sunt servanda ha sido morigerado mediante la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, que corresponde a la regla jurídica contractus qui habent tractum succesivum vel dependiant de futuro rebus sic stantibus intelliguntur: todo acuerdo de voluntad, de tracto sucesivo, cuyos efectos se extienden al futuro, obliga a las partes contratantes sólo si las condiciones originalmente previstas se mantienen inalteradas. Con lo cual, surge la figura de la ecuación contractual, como aquella equivalencia entre derechos y obligaciones que existía al momento de contratar, creada a partir de las precisas circunstancias de índole económica, técnica, fiscal, etc., vigentes a la celebración del negocio jurídico y que fueron tenidas en cuenta por los contratantes al obligarse en la forma en que lo hicieron. Al hablar del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, se hace alusión, precisamente, a la preservación de esa ecuación contractual que surgió al momento de celebrarse aquel. Es claro entonces que, por regla general, esta figura se manifiesta en los contratos de tracto sucesivo, en los que las prestaciones se van realizando en un lapso más o menos largo; por ejemplo, los contratos de suministro, de prestación de servicios o de obra pública, en los cuales, hechos sobrevinientes a la celebración del contrato y que se presentan durante su ejecución, que no eran razonablemente previsibles por las partes cuando se suscribió el acuerdo de voluntades, pueden afectar de*



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

*manera grave el cumplimiento de las obligaciones haciéndolo más gravoso para una de ellas.”<sup>7</sup>*

La doctrina extranjera ha concebido el equilibrio financiero del contrato como la “... *relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del contratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes.*”<sup>8</sup>

Por su parte, algunos tratadistas nacionales estiman que la equivalencia económica del contrato debe entenderse como “la garantía que el derecho le otorga a la órbita patrimonial del contratista, como un justo límite a la supremacía que ostenta la Administración Pública en sus relaciones jurídicas, como titular del poder de imperium del Estado y gestora del interés público.”<sup>9</sup>

En sus inicios, la institución del equilibrio financiero del negocio jurídico se concibió como un privilegio en cabeza del contratista particular que buscaba salvaguardar sus intereses económicos del poder dominante que investía a la entidad estatal contratante, poder que se traducía en el ejercicio de las potestades excepcionales otorgadas a esta última por el ordenamiento jurídico.

No obstante ese entendimiento sufrió una variación al aceptar que el restablecimiento de las cargas económicas del contrato podía reconocerse en cabeza de cualquiera de los extremos que

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de agosto 25 de 2011, Expediente 14461, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>8</sup> MARIENHOFF, Miguel. “Contratos Administrativos Teoría General.” En tratado de Derecho Administrativo. Tomo III –A.4. Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Pag. 469.

<sup>9</sup> ESCOBAR GIL, Rodrigo, Teoría General de los Contratos de la Administración Pública; editorial Legis Editores, Bogotá. 20000, Pág. 401.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

concurrieran a la relación jurídico comercial, tal cual lo consagró el artículo 20 del Decreto-ley 222 de 1983, al disponer que cuando procediera la modificación unilateral del contrato "c) *Debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes*".

Posteriormente, la Ley 80 de 1993, en el numeral 8) del artículo 4, contempló como deber de la entidad pública la adopción de las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado, o de contratar en los casos de contratación directa, efecto para el cual señaló que utilizarían los mecanismos de ajuste y revisión de precios o acudirían a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución.

Correlativamente, el numeral 1) del artículo 5º del mismo cuerpo normativo, previó que el contratista, en su calidad de colaborador de la Administración en la consecución de su cometido, tendría derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se alterara o modificara durante la vigencia del contrato, añadiendo que tendría 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.

Siguiendo esa misma dirección, el artículo 27 consagró que en los contratos estatales se habría de mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de tal suerte que si dicha equivalencia se llegare a fracturar por causas no imputables a quien hubiera resultado



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

afectado, las partes adoptarían, en el menor tiempo posible, las medidas necesarias para su restablecimiento.

Así también el artículo 28 de la Ley 80 enseña que en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrían en consideración, entre otros principios, el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Este panorama normativo revela cómo el principio del equilibrio económico del contrato constituye un pilar medular de la relación que surge entre la Administración y su colaborador para la consecución de sus fines, armonía que está llamada a mantenerse durante toda la vida del negocio jurídico y que, por tanto, ante la ocurrencia de circunstancias imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes que amenace con alterarla, debe protegerse a través de la adopción de los mecanismos previstos por los extremos contratantes o la misma ley para ese propósito, tales como las fórmulas de reajuste o la revisión de precios.

Por su parte, la fuerza mayor tiene su asiento normativo en el artículo 64 del Código Civil, disposición que la define como *"el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."* De este enunciado se destacan los elementos que deben obrar para que pueda predicarse de un evento su carácter de fuerza mayor: la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho.

Este último elemento comporta la imposibilidad del cumplimiento de la obligación, cuestión que de suyo descarta aquellos casos en los



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

que dicho cumplimiento simplemente se dificulta o se hace más oneroso pero se puede ejecutar la prestación a cargo del deudor, como ocurre en los casos en que se predica la fractura de la ecuación económica del contrato, evento en el cual la obligación debe cumplirse, lo que no obsta para que proceda la aplicación de los mecanismos de restablecimiento.

La irresistibilidad del acontecimiento sobreviniente a la celebración del contrato lleva a la ruptura del vínculo contractual, quedando las partes liberadas del cumplimiento de las prestaciones contraídas en virtud de su celebración, por cuanto a partir de allí estas se entiende extinguidas para ambos extremos.

En materia contractual, el Consejo de Estado se ha pronunciado en relación con la figura de la fuerza mayor y sus rasgos diferenciadores con la teoría de la imprevisión como causa generadora de ruptura del equilibrio económico. Sobre el particular ha razonado:

*“La fuerza mayor determina la inejecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable al contratista. El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible. En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato. En cambio, la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor. Se tiene así que la ocurrencia de la*



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

*fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado.”<sup>10</sup>*

En igual sentido, la doctrina foránea especializada en el tópico ha reflexionado sobre el tema, indicando:

*“...mientras en la fuerza mayor hay una imposibilidad absoluta de cumplimiento por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, la imprevisión supone que la ejecución del contrato resulta extremadamente difícil, exageradamente onerosa, es decir el acontecimiento superviniente no obsta la consecución material de prestación, sino que simplemente hace el cumplimiento más gravoso para el deudor.*

*Como se verá posteriormente, la imposibilidad económica no constituye una auténtica imposibilidad, ya que no hay impedimento físico alguno que obstaculice la observancia de lo prometido; al contrario el obligado tiene al alcance de su mano la posibilidad de cumplimiento dispensando mayores emolumentos. Sea como fuere, la principal característica de la fuerza mayor es la inevitabilidad del evento, mientras que en la imprevisión se exige el lucro excesivo como consecuencia de la superveniencia.”<sup>11</sup>*

Precisado el escenario normativo, jurisprudencial y doctrinario que informa las figuras del equilibrio económico del contrato y la fuerza mayor, procede la Sala a retomar el examen del sublite.

---

<sup>10</sup> Sección Tercera del Consejo de Estado, 10 de noviembre de 2005, expediente: 14.392, C.P. Alier Hernández Enríquez.

<sup>11</sup> BENITEZ CAORCI, Juan J. “La Revisión del Contrato”. Segunda Edición 2010. Editorial Temis Bogotá Pág. 380-381.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

Con esa finalidad debe anotarse que, revisadas las probanzas que militan en el plenario, se advierte en primer lugar que en el caso no concurrió un evento de fuerza mayor en virtud del cual el contratista hubiera quedado liberado del cumplimiento de la prestación, pues si bien el aumento del dólar entre el momento en que estructuró su propuesta y la época en que debía producirse la ejecución del contrato, según lo certificado por el fabricante nacional que a su turno le suministraría el producto materia de compraventa, implicaba un aumento del 26% de los costos de tela y tintorería, dicha circunstancia, eventualmente, habría podido ocasionar una mayor onerosidad en su ejecución, pero desde ninguna perspectiva hacía imposible su cumplimiento, de manera que mal podía la unión temporal excusarse en la ocurrencia de una supuesta fuerza mayor para sustraerse de la observancia de sus obligaciones contractuales.

Menos aun cuando, de conformidad con las manifestaciones consignadas en los distintos escritos elevados por el contratista ante la Agencia Logística, la inejecución del contrato por parte de la unión temporal se fundamentó en la necesidad de que la entidad le garantizara previamente a la ejecución del objeto, la obtención de la totalidad de la utilidad proyectada en la propuesta y no en la imposibilidad económica de sortear el alza de precios derivado de la fluctuación de la tasa cambiaria.

En segundo lugar, adentrándose la Sala al análisis de la simultáneamente alegada ruptura del equilibrio económico del contrato, por factores exógenos relacionados con el aumento del precio del dólar, lo que conllevó al incremento de costos de los insumos, deben realizarse varias precisiones:



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

Ciertamente como viene de exponerse, en el Estatuto de Contratación Estatal se encuentra ensamblado el principio del equilibrio económico del contrato, en virtud del cual se impone el deber de mantener la igualdad entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, a tal punto que en el evento en que ocurra una fractura del sinalagma prestacional por causas no imputables a quien hubiera resultado afectado, las partes deberán adoptar en el menor tiempo posible, las medidas necesarias para su restablecimiento, el cual, en términos de numeral 1) del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, se traducirá en llevar al afectado al punto de no pérdida cuando el equilibrio se rompa por causas no imputables a los contratistas, como habría de ocurrir en este evento en el que la fluctuación de precio del dólar obedeció a variables constantes de la economía ajenas a la voluntad de los extremos que intervinieron en la relación negocial.

Ahora bien, adujo el libelista que en el caso resultaba aplicable la previsión legal contenida en el artículo 868 del Código de Comercio que se ocupaba de regular la revisión del contrato por circunstancias extraordinarias.

Frente al particular, para la Sala cabe precisar que el artículo 868 del Código de Comercio, al igual que los dictados relativos a la ecuación económica del contrato introducidos en la Ley 80 de 1993 a los que se ha hecho referencia y que en gran parte lo reproducen, no hace cosa distinta que desarrollar las reglas y principios que gobiernan todos los contratos conmutativos<sup>12</sup> y que orientan la observancia de los postulados de equidad y justicia.

---

<sup>12</sup> **Artículo 28° de la Ley 80 de 1993.** - *De la Interpretación de las Reglas Contractuales.* En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

Con todo, la Sala considera de capital relevancia destacar que la interpretación del artículo 868 del Código de Comercio, que le ha dispensado el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria naturalmente resulta de plena aplicación para las relaciones negociales sostenidas entre particulares, en tanto que en el ámbito de lo público y de los vínculos contractuales en donde uno de los extremos lo conforma una entidad estatal, dicha preceptiva debe acompasarse a la finalidad implícita que motiva la celebración de los negocios jurídicos de naturaleza estatal y que no es otra diferente que la satisfacción del interés general.

Para mayor ilustración, vale la pena hacer referencia al pronunciamiento del 21 de febrero del 2012, en el que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia<sup>13</sup>, reflexionó acerca de la revisión del contrato mercantil, en los términos previstos en el artículo 868 del Código de Comercio y consideró:

*“En torno a sus exigencias, delantadamente requiérese la existencia y validez del contrato. La inexistencia y la invalidez excluyen la teoría de la imprevisión y la revisión contractual por desequilibrio prestacional en tal virtud, sin perjuicio de los ajustes pertinentes en las prestaciones consecuenciales por nulidad.*

*(...).*

*El artículo 868 del Código de Comercio, dispone la regla para contratos de ejecución sucesiva, escalonada, periódica o diferida, cuyas prestaciones se proyectan en espacio temporal distante a su celebración, y pueden afectarse por circunstancias sobrevenidas, previas a su cumplimiento futuro y terminación. Exceptúa los contratos aleatorios y los de ejecución instantánea. De suyo, los eventos alteradores de la simetría prestacional, han de acontecer después de celebrado*

---

contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

<sup>13</sup> Proferido dentro del expediente 2006-00537, con ponencia del Magistrado William Namén Vargas,



Expediente: 45.088

Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

el contrato, durante su ejecución y previamente a su extinción. Por esto, el precepto excluye el de ejecución instantánea, al agotarse en un solo acto coetáneo, simultáneo, sincrónico e inmediato con su existencia, coincidiendo celebración y cumplimiento. Empero, el contrato puede crear prestaciones instantáneas, otras sucesivas, y los contratantes podrán diferir el cumplimiento mientras no contradigan el tipo contractual, ni la ley lo prohíba, ad exemplum, en el mutuo la obligación a cargo del mutuario de restituir el préstamo y pagar intereses, puede ejecutarse al celebrarse o en lapso posterior. La revisión del contrato, en rigor se justifica por una prestación de cumplimiento futuro, cuya ejecución se hace después, en lapso ulterior a su existencia, así la determinación del desequilibrio prestacional o la excesiva onerosidad derive no de esa prestación unitaria sino de todo el contrato. Compréndase, entonces, la imposibilidad práctica de una alteración sobrevenida cuando la prestación se cumple o ejecuta al instante de su existencia, extinguiéndose en el mismo acto, también revisar o terminar lo que no existe. En torno a los contratos aleatorios, la realidad muestra la probable alteración sobrevenida de la equivalencia prestacional, o su excesiva onerosidad en el cumplimiento. Contraría la lógica descartar su presencia ulterior, en especial, tratándose de aleas anormales, ajenas o extrañas al tipo concreto de contrato aleatorio o a su estructura, disciplina legal o a la negociación, previsión, dosificación, distribución y asunción de los riesgos. En estos eventos, procede corregir toda alteración ulterior, imprevista e imprevisible, por fuera o más allá del riesgo propio o alea normal de estos negocios, naturalmente no bajo la regla comentada sino a través de los otros mecanismos singulares (v. gr., la revisión ex art. 1060 del C. de Co, en el seguro), ya los inherentes a la definición o regulación del tipo contractual específico, ora los generales de la buena fe, la equidad y justicia contractual, por cuanto en ningún contrato puede imponerse a una parte soportar al infinito todos los riesgos, menos los anormales so pretexto de la incertidumbre prestacional, el azar, albur o contingencia.

Dentro de los requisitos, está la sobreviniencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional. Han de acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato. La sobreviniencia de las circunstancias es inmanente al cambio o mutación del equilibrio prestacional en la imprevisión. Las causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada, no obstante otra percepción (p.ej., art. 6.2.2,



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

*“(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;” Principios Unidroit, 2010), envuelven desequilibrio congénito, y escapan a la revisión ex artículo 868 del Código de Comercio, a cuyo tenor se autoriza cuando son “posteriores a la celebración de un contrato”.*

Derívese de lo anterior que para que proceda la revisión del contrato por el advenimiento de una circunstancia extraordinaria e imprevisible en la órbita del derecho privado, se requiere que la prestación afectada por dicha situación sea de cumplimiento futuro, es decir que la prestación no se haya ejecutado, ya que, de lo contrario, esto es, de haberse satisfecho, se parte del supuesto que el afectado asumió los efectos nocivos de su ocurrencia y, por tanto, ya no habría nada que revisar y sobre lo cual regresar o volver.

En este panorama, para que prospere la revisión del contrato, el extremo afectado por la circunstancia extraordinaria debe abstenerse del cumplimiento de la prestación económicamente alterada hasta tanto se revise.

Algo parecido, aunque ya no en el terreno del instituto del equilibrio económico del contrato, sino del de la responsabilidad contractual, se extrae de los efectos que emanan del artículo 1609 del Estatuto Civil, de conformidad con el cual, *“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.”* Obsérvese cómo la abstención de un extremo contractual en el cumplimiento de sus obligaciones, faculta a su cocontratante a observar la misma conducta sin que se constituya en mora.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

**Pues bien,** una situación muy distinta a las reglas que acaban de enunciarse se presenta en la esfera de la contratación estatal en donde el interés lucrativo privado o particular que motiva al colaborador de la Administración a sostener con ella una relación obligacional, debe ceder ante la satisfacción del interés general que justifica la celebración del respectivo contrato.

Con esto la Sala no pretende significar que el contratista no pueda albergar la sana expectativa de obtener un justo provecho económico por la actividad realizada, por el servicio prestado o por el bien suministrado, pues en todo caso puede aspirar a su reconocimiento directamente ante la entidad contratante o ante las instancias jurisdiccionales en procura de la protección de sus intereses, en caso de que no se resuelvan favorablemente sus solicitudes a instancia administrativa.

Sin embargo, el contratista en modo alguno se encuentra facultado para anteponer su pretensión económica frente a la satisfacción del interés público que condujo a la suscripción del contrato estatal, ni para abstenerse de ejecutar el objeto del contrato hasta tanto la entidad acceda a su solicitud, en cuanto admitir ese proceder iría en contravía de los principios que gobiernan la actividad contractual del Estado.

Aplicado el anterior análisis al caso concreto, la Sala evidencia que la contratista UT Z1, frente al alza del dólar ocurrida en el mes de septiembre del 2008 que se tradujo en un aumento de costos para la fabricación de los juegos de cama para las fuerzas militares, prefirió proteger su expectativa de obtener la totalidad de la utilidad



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

proyectada en la propuesta, y dejó de lado por completo la satisfacción del interés colectivo ínsita en el objeto del contrato.

En efecto, se encuentra acreditado que la propuesta económica formulada por la Unión Temporal Z1 se edificó sobre la factura proforma que le expidió el 8 de julio de 2008 su fabricante nacional Konkord S.A. por valor de \$2.199'654.612, que cobijaba el costo de la tela y tintorería. Sobre esa base, la utilidad neta proyectada por la unión temporal fue del 15.97% del valor del contrato, lo que equivalía a \$741'256.046.

El contrato No. 106 se suscribió el 3 de septiembre de 2008 por valor de \$5.385'648.000, previendo como plazo final de ejecución el 20 de noviembre de 2008. El 16 de septiembre de 2008 la Agencia giró al contratista la suma de \$1.615'694.400 por concepto de anticipo.

No obstante, el 30 de septiembre de 2008 la firma KONKORD S.A. productor nacional del bien materia de compraventa, le informó a la unión temporal Z1 que por razón del incremento del precio del dólar, los precios ofrecidos inicialmente (\$2.199'654.612), para los ítems de tela y tintorería, sufrirían un aumento del 26%, es decir que valdrían \$2.771'468.877.

De allí se deduce que los costos de fabricación de los juegos de cama ofrecidos por el contratista se incrementaron en \$571.814.265, lo cual permite inferir que aun en el evento de que el contratista hubiera pagado el costo de adquisición a su fabricante y hubiera cumplido el contrato, de todas maneras a pesar del aumento de costo de los insumos habría obtenido una utilidad equivalente a \$169'441.781<sup>14</sup>, es

---

<sup>14</sup> La utilidad proyectada en la propuesta ascendió \$741'256.046 menos el aumento de los sobrecostos \$571.814.265, habría en todo caso reportado una ganancia de 169'441.781.



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

decir, que el advenimiento de la circunstancia anotada, ni siquiera habría comportado pérdida alguna que conllevara alguna dificultad para sacar adelante el cumplimiento de sus obligaciones, sino una disminución de la ganancia proyectada.

Pese a ello el contratista, en distintas oportunidades, manifestó a la entidad pública que no ejecutaría el contrato hasta tanto se adoptaran los mecanismos para conservar la ecuación económica del contrato en virtud de los cuales se garantizara la obtención el provecho económico esperado, manteniéndose en esa posición hasta el momento en que finalizó el plazo de ejecución y, tras verificar que la ejecución fue del 0%, la entidad se vio avocada a declarar su incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal.

Los hechos relatados, sin duda, revelan que la conducta cómoda y caprichosa del contratista desdibujó por completo su rol como colaborador de la Administración y no correspondió en lo absoluto a la seriedad y compromiso que se demanda al suscribir un contrato que tiene inmersa una finalidad pública, pues en todo momento defendió a toda costa la utilidad esperada dejando de lado el cumplimiento de sus obligaciones.

Así pues, articulando todo lo anterior con las consideraciones que se dejaron expuestas en el análisis correspondiente a la interpretación de reglas sobre distribución de riesgos del contrato No. 106/2008, respecto de las cuales se concluyó que el aumento del precio dólar era un hecho constitutivo de riesgo de mercado cuya ocurrencia se asumió en un 5% por el contratista y el porcentaje restante por la entidad pública, ha de decirse que no obstante haberse constatado

---



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

que el incremento de la divisa americana generó un aumento de costos de insumos equivalente a un 26%, es decir, superó en un 21% la cuantía del riesgo asumido por la contratista, correspondiendo el resto a la Agencia, aun por cuenta de la concreción de ese riesgo, el contratista no se encontraba habilitado para incumplir con sus obligaciones negociales, pues desde ninguna perspectiva podía alentar su aspiración económica por encima de la consecución del fin público sumido en el contrato y sacrificando así el cumplimiento de su objeto.

Lo anterior se agrava si se tiene en cuenta que aun en el evento en que la UT Z1, hubiera optado por la ejecución del contrato no habría sufrido pérdidas económicas y, por el contrario, habría percibido un porcentaje considerable de ganancia, pudiendo en todo caso reclamar ante las instancias judiciales el reconocimiento del valor que por la materialización del riesgo habría correspondido asumir de más a la Agencia, sin que con esto último se esté prejuzgando una situación que no fue puesta en consideración de esta instancia.

Todo cuanto acontece basta para concluir que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de que goza el acto administrativo contentivo de la declaratoria de incumplimiento contractual de la Unión temporal Z1, pues no existió justificación válida alguna que amparara la conducta del contratista, quien en su afán de lucrarse, prefirió no ejecutar el contrato hasta tanto la entidad reconociera en su favor el 100% de la utilidad esperada, ignorando absolutamente el cometido colectivo que inspiró su celebración.

Finalmente en cuanto hace al argumento de inconformidad de la apelación relacionado con la ausencia de valoración del dictamen pericial por parte de la primera instancia, la Sala advierte que el



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

contenido de la experticia no tiene la virtualidad de modificar la decisión confirmatoria del fallo apelado que en esta oportunidad se ha de impartir, pues se centra en demostrar la variación del precio del dólar en las últimas décadas, aspecto que no se encuentra en discusión.

Adicionalmente, si bien la experticia arroja unos valores como supuestos perjuicios sufridos por el contratista por causa de la expedición del acto acusado, lo cierto es que su tasación obedeció a criterios subjetivos que en

modo alguno pueden tomarse en consideración si se tiene en cuenta que el acto acusado continuará manteniendo su presunción de legalidad.

En consecuencia, por las razones anotadas, se confirmará la decisión apelada en el sentido de negar las súplicas de la demanda.

##### **5. No hay lugar a condena en costas.**

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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



Expediente: 45.088  
Actor: Industria Textil Colombiana Intexto S.A. y otra  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares  
Referencia: Apelación sentencia contractual

## **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el veinte (20) de junio de dos mil doce (2012) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, por las razones que anteceden.

**SEGUNDO.-** *Sin condena en costas.*

**TERCERO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

## **COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**HERNAN ANDRADE RINCON**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**