



Cartagena de Indias D.T. y C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	<b>CONTROVERSIAS CONTRACTUALES</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-004-2017-00236-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>ADTECH S.A.</b>
<b>Demandado</b>	<b>MUNICIPIO DE EL CARMEN DE BOLÍVAR</b>
<b>Tema</b>	<i>Incumplimiento contractual- no resulta procedente solicitar la declaratoria de incumplimiento del contrato, sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega.</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante<sup>1</sup>, contra la sentencia proferida el doce (12) de julio de 2019<sup>2</sup>, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. La demanda<sup>3</sup>

#### 3.1.1. Pretensiones<sup>4</sup>.

En ejercicio de la presente acción, la demandante elevó las siguientes pretensiones:

*“PRIMERA: Que se declare el cumplimiento total del contrato N°061103 por parte de la sociedad ADTECH S.A*

*SEGUNDA: Que se declare el incumplimiento del contrato N°. 061103 por parte de el MUNICIPIO DE EL CARMEN DE BOLÍVAR por no haber reconocido, liquidado y pagado en tiempo y en debida forma el valor del contrato.*

*TERCERA: Que como consecuencia de la declaración del numeral primero y segundo de las pretensiones anteriores, se condene al MUNICIPIO DE EL CARMEN DE BOLÍVAR, representado legalmente por Rafael Gallo Paredes, o quien haga sus veces, a pagar a la sociedad de derecho privado ADTECH S.A. la suma de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$150.000.000.00) correspondientes al valor total del contrato y se efectúe la liquidación del mismo.*

<sup>1</sup> Fols. 161-165 cdno 1 (doc.193-197 exp. Digital)

<sup>2</sup> Fols. 148-158 cdno 1 (doc. 169-189 exp. Digital)

<sup>3</sup> Folio 1-8 y reforma fols. 59-69 cdno 1 (doc. 1-8 y 72- 82 exp. digital)

<sup>4</sup> Fol.3 Cdno 1 (doc. 3 exp. digital)



13-001-33-33-004-2017-00236-01

CUARTA: Que se condene al MUNICIPIO DE EL CARMEN DE BOLIVAR a pagar los perjuicios que le fueron causados y que resulten probados dentro del proceso, e intereses por mora hasta la fecha a favor de la sociedad ADTECH S.A.

OBLIGACION	\$150.000.000.00
VENCIMIENTO	30-JUNIO-2015
FECHA PAGO DE DEUDA	30-AGOSTO-2017
DIAS DE MORA	792
TOTAL DE INTERESES MORA LIQUIDADOS	\$92.267.000.00
TOTAL A PAGAR	\$242.267.000.00

QUINTO: Que se dé cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA-.

SEXTO: Que se ordene a la entidad demandada al pago de las costas, gastos y agencias en derecho, obligatorias de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A., en concordancia con el artículo 361, 365 y 366 de la Ley 1564 de 2012".

### 3.1.2. Hechos<sup>5</sup>.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

Indica que las partes en litigio suscribieron contrato de suministro No. 061103 el 11 de junio de 2015, en el que la demandante se obligó a dotar de materiales didácticos, equipos y otros medios pedagógicos una institución educativa a fin de construir un ambiente de aprendizaje en el Municipio del Carmen de Bolívar. La duración de este contrato era de ciento veinte (120) días calendario para entrega total.

El Municipio del Carmen de Bolívar debía pagar anticipadamente el 50% del valor del contrato y el otro 50% a la entrega del ambiente de aprendizaje y el lleno de todos los requisitos legales, incluida la presentación de factura por parte de ADTECH S.A., siendo cumplido a cabalidad el objeto del mismo, mientras que la obligación del pago del contrato por parte del Municipio del Carmen de Bolívar no se realizó aun cuando existía una Resolución del 30 de junio de 2015 que ordenaba la cancelación del contrato por parte de la Alcaldía del Municipio.

Indicó que, la demandante presentó ante la demandada un escrito con la cuenta de cobro No. 150706-A1, así como los parafiscales y el pago de la planilla el 6 de junio de 2015, el cual nunca fue pagado por el municipio. Afirmó que, en fechas 20 de enero de 2016, y 17 de mayo de 2016 solicitaron el pago del saldo pendiente, recibiendo oficio de respuesta el 25 de mayo de 2016 por parte de la demandada, en el que le informaban que dentro de las

<sup>5</sup> Fols.62-64 Cdno 1 (doc.1-2 cdno 1 exp. digital)





cuentas por pagar se encontraba una por valor de \$149.874.320 y que en el momento no disponían de recursos para efectuar el pago.

### **3.1.3. Normas violadas y concepto de violación:**

El demandante considera que con la expedición del acto acusado se violan las siguientes normas: Artículos 1602 y 1603 del Código Comercial; Artículo 50 de la Ley 80 de 1993; Artículos 1608, 1613, 1614 y 1617 del Código Civil y Artículo 1 del Decreto 679 de 1994

En el presente caso resulta procedente el reconocimiento de la suma debida, actualizada con la fórmula usualmente utilizada para ello por la jurisprudencia y que tiene en cuenta la variación del IPC entre el momento en que se debió producir el pago y la fecha en que se produce la condena. En cuanto a los intereses moratorias, el estatuto de contratación estatal dispone en el numeral 8° del artículo 4° que en caso de no haberse pactado, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado y para el cálculo de éste, el artículo 1° del Decreto 679 de 1994.

Adicionalmente, la entidad contratante incumplió el contrato, toda vez que no realizó el pago del mismo al contratista en el momento en que este último cumplió a cabalidad con lo pactado y entregado a satisfacción, siendo, así las cosas, se generan los denominados intereses por mora desde el momento del incumplimiento.

### **3.2. CONTESTACIÓN.**

La parte demandada no contestó la demanda.

### **3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>6</sup>**

Por medio de providencia del 12 de julio de 2019, la Juez Cuarto Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda así:

*“PRIMERO: DECLÁRASE que el municipio de El Carmen de Bolívar (Bolívar) incumplió la obligación de realizar el anticipo del valor del contrato de suministro celebrado el 11 de junio de 2015, con sociedad ADTECH S.A., de conformidad con lo antes expuesto.*

*SEGUNDO: CONDÉNASE al MUNICIPIO DE EL CARMEN DE BOLÍVAR (Bolívar), al pago de la suma de Noventa Millones Ciento Cincuenta y Ocho Mil Ochenta y Cuatro Pesos M/CTE (\$90.158.084,00), por concepto del valor del anticipo adeudado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

<sup>6</sup> Fols. 148-158 cdno 1 (doc. 169-189 exp. Digital)



13-001-33-33-004-2017-00236-01

*TERCERO: CONDÉNASE al MUNICIPIO DE EL CARMEN DE BOLÍVAR (Bolívar), al pago de la suma de Cuarenta y Tres Millones Doscientos Setenta y Cinco Mil Ochocientos Ochenta Pesos (\$43'275.880,00), por concepto de intereses moratorias civiles, de conformidad con lo expuesto.*

*CUARTO: Sin condenas en costas en el presente asunto de conformidad con lo antes expuesto.*

*QUINTO: Denegar las demás pretensiones formuladas en la demanda.*

*(...)"*.

Como fundamento de su decisión manifestó que, se cumplieron los requisitos precontractuales como fueron el CDP y RP, además el contratista constituyó la póliza de garantía la cual fue aprobada por el municipio. Adicionalmente, se suscribió el acta de inicio el 6 de julio de 2015 y que la demandante en fechas 13 de agosto de 2015, 11 de septiembre de 2015 y 16 de octubre de 2015, realizó entregas de material didáctico, equipos y demás medios pedagógicos objeto del contrato, recibidos por parte de la Secretaria de Educación del municipio.

Puso de presente que, el municipio no acreditó el pago del 50% del valor del contrato de forma anticipada a favor de la sociedad contratista, es decir al momento del inició de la ejecución del contrato, por lo que, no cumplió con el pago del 50% del anticipo del contrato, ni ha pagado a la fecha el valor total del material didáctico, equipos y medios pedagógicos suministrados en la ejecución del contrato por parte de Adtech S.A.

No obstante, encontró que para el pago del otro 50% del valor del contrato, la sociedad contratista Adtech S.A., estaba obligada a presentar la factura, el recibo a satisfacción del material didáctico y la acreditación de los aportes parafiscales. Pero no se acreditó que haya cumplido con dicha carga. No obra constancia alguna en el expediente que la sociedad demandante haya radicado cuenta de cobro con la respectiva factura, recibo a satisfacción y acreditación de aportes parafiscales.

Concluyó que, en este caso se tiene que el municipio incumplió con su obligación contractual de pagar el 50% del anticipo, lo cual tenía derecho la sociedad Adtech S.A. a la suscripción del acta de inicio de la ejecución del contrato. Pero en lo que respecta al otro 50% del contrato, si bien el ente contratante incumplió con su pago, lo es también que la sociedad contratista no demuestra que haya presentado los soportes respectivos (factura, recibo a satisfacción y pago de parafiscales) para la liquidación y pago de dicho contrato.



Así las cosas, reconoció el incumplimiento del contrato por parte del Municipio de El Carmen de Bolívar, pero para su liquidación judicial, sólo se tendría en cuenta el valor del 50% que debió pagar el ente territorial como anticipo, ya que con respecto al otro 50%, si bien se demuestra que Adtech hizo entrega del material objeto del contrato, no aporta factura que dé cuenta de los costos y valores unitarios del material suministrado que permitan su liquidación.

Frente a los intereses, indicó que, en el presente caso, no encuentra no se estipuló la causación de intereses moratorias. No obstante, encontró procedente su reconocimiento de acuerdo con el Art. 4º ordinal aº de la Ley 80 de 1993. Para la liquidación de dichos intereses moratorias tomó el valor del anticipo adeudado que fue debidamente actualizado, es decir el monto de \$90'158.084,00, y se calculó sobre el doble de la tasa del interés moratoria civil legal, o sea del 12% anual, a partir de la fecha en que se debió efectuar el pago de dicho anticipo, que sería a la suscripción del acta de iniciación de fecha 06 de julio de 2015, sobre cada año cumplido hasta la fecha de la presente sentencia (4,0 años), y los tasó en \$43.275. 880.

### **3.4 RECURSO DE APELACIÓN<sup>7</sup>**

El demandante como fundamento de su apelación, indicó que solo estaba inconforme con los numerales primero, cuarto y quinto de la sentencia mediante los cuales se declaró el incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales, se negó la condena en costas a la parte demandada y se denegaron las demás pretensiones de la demanda formuladas contra el Municipio de Carmen de Bolívar.

Frente al primero de ellos, indicó que, hubo un quebramiento del principio de la buena fe por parte de la demandada, debido a que, suscrito el contrato, se cumplieron los requisitos necesarios para su ejecución consistentes en la expedición del registro presupuestal No. 061103 de junio 11 de 2015, y la aprobación de las garantías aportadas por el contratista. Quedó probado en el presente proceso, que la empresa contratista ejecutó en su integridad el objeto contractual entregó en forma oportuna y completa los materiales didácticos objeto del contrato, de lo cual dan fe las actas de entrega que se encuentran en el expediente, en las que se describen los bienes que hacen parte del ambiente de aprendizaje y se especifican las cantidades entregadas al municipio para su en la Institución Educativa Promoción Social. La razón fundamental por la cual impetra este recurso, es que el juez de primera instancia, a pesar de reconocer la ejecución del contrato y de manera más concreta la entrega de los materiales objeto del suministro, niega el pago de la totalidad del contrato por no haberse cumplido requisitos

<sup>7</sup> Folio 161-165 cdno 1 (doc.193-197 exp. Digital)



meramente formales que no constituían el principal objeto contractual, situación que pudo haberse superado en la liquidación judicial del contrato.

Así las cosas, concluyó que lo que es completamente claro, es que no existe ningún tipo de reproche con relación a el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, aún más, quedó procesalmente acreditado la entrega de todos los elementos que comprendían el alcance del contrato, de tal forma que no hay ninguna razón que justifique la falta de pago de parte de la entidad pública.

### **3.5 ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 24 de octubre de 2019<sup>8</sup>, por lo que el 27 de febrero de 2020 se procedió a admitirla<sup>9</sup>, y se corrió traslado para alegar el 12 de marzo de 2020<sup>10</sup>.

### **3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**3.6.1. Parte demandante<sup>11</sup>:** Presentó escrito reiterando los argumentos del recurso de alzada, y adicionalmente, solicitó se pronuncie sobre la liquidación judicial del contrato.

**3.6.2. Parte demandada:** No presentó escrito de alegatos.

**3.6.3. Ministerio Público:** No presentó el concepto de su competencia.

## **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

## **V.- CONSIDERACIONES**

### **5.1. Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

<sup>8</sup> Folio 3 cdno 2 (doc. exp. Digital)

<sup>9</sup> Folio 6- cdno 2 (doc.exp. Digital)

<sup>10</sup> Folio 15 cdno 2 (doc. exp. Digital)

<sup>11</sup> fols. 18-20 cdno 2 (doc. exp. Digital)



### **5.1. Problema jurídico**

De conformidad con los fundamentos de la apelación, considera la Sala que se debe determinar si:

*¿Cumplió el contratista sociedad ADTECH S.A., con las obligaciones a su cargo?*

A su vez sí:

*¿Se encuentra probado el incumplimiento del contrato 061103 celebrado entre el demandante y el Municipio de El Carmen de Bolívar, por parte de esta última, con motivo de la omisión del pago del 50% del contrato, como saldo del mismo?*

*¿Resulta procedente pronunciarse sobre la negativa de no condenar en costas, si no fue motivo de sustentación en el recurso de alzada?*

*¿Resulta procedente pronunciarse sobre la liquidación judicial del contrato, si ello depende de cómo se resuelva el primer problema jurídico, es decir, si el demandante cumplió con las obligaciones a cargo?*

### **5.2. Tesis de la Sala**

La Sala conforme a las pruebas allegadas, procederá a CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, toda vez que, no se demostró por parte de la demandante el cumplimiento de sus obligaciones, para que eventualmente, resultara procedente ordenar el cumplimiento del contrato por parte de la demandada en cuanto al pago del saldo del mismo.

En cuanto a la liquidación judicial no hay lugar a la misma, porque el contrato tenía que pagarse según lo pactado en 2 momentos por parte del municipio demandado, un 50% como anticipo lo cual no hizo y se fue reconocido en la sentencia apelada en el numeral 1 y 2, ordenándose pagar, esto no fue objeto de apelación, y el otro 50% era a la finalización y cumplimiento del contrato, pero para ello debían acreditar las obligaciones antes descritas que no demostró el demandante.

Finalmente, frente a las costas, la A-quo se abstuvo porque habían prosperado parcialmente las pretensiones de conformidad con el artículo 365 del C.G.P., sin embargo, en el escrito de apelación no se sustentan las razones del porque debe ser revocada esa decisión, simplemente se enuncia el numeral sin explicar el mismo, por lo que, al no existir sustentación, no hay lugar a pronunciamiento por parte de esta Sala.

### **5.3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL<sup>12</sup>**

#### **5.3.1. Jurisprudencia sobre incumplimiento contractual**

El Consejo de Estado<sup>13</sup>, ha señalado que en los contratos bilaterales o conmutativos, la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro, debe demostrar que, habiendo cumplido con su parte de las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas. Nuestro máximo Tribunal Contencioso ha expuesto, lo siguiente:

*"3. 1. Efectos del incumplimiento del contrato bilateral y la carga de la prueba de quien lo alega.*

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

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

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

<sup>12</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, Bogotá., D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015), Rad. No.: 76001-23-31-000-2004-05517-01 (37390), Actor: NIDIA PATRICIA NARVAEZ GOMEZ, Demandado: MUNICIPIO DE PALMIRA

<sup>13</sup> Sentencia 22 de julio de 2009, CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Radicación número: 23001-23-31-000-1997-08763-01 ( 17552)



13-001-33-33-004-2017-00236-01

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

O sea, lo normal es que el deudor cumpla a su acreedor el contrato ejecutando el objeto en el tiempo debido y lo anormal es que incumpla: si incumple en el momento previsto por el pago incurre en retardo y si es conminado o la ley lo establece sin que ello sea menester entra en mora (art. 160814 C.C.), y una vez constituido en ese estado debe responder de acuerdo con la naturaleza de la prestación (el dar15: hace16r o no. hacer17 primigenio), que adeude, bien con ejecución del contrato como fue pactado (débito primario), ora con ejecución de su equivalente (débito secundario) y, además, en uno y otro evento, con indemnización de perjuicios.

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

De manera pues, que si uno de los contratantes se abstiene o es negligente en el cumplimiento de la obligación, su contraparte puede solicitar judicialmente la resolución del contrato o el cumplimiento de éste, con indemnización de perjuicios, alternativa que depende de la utilidad respecto de la causa que motivó a contratar, regla establecida en términos de condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales en el artículo 1546 del C.C., a cuyo tenor "[e]n los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o lo resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios." Su justificación, según la jurisprudencia, está fundada en lo equidad, que se explica en que "... si uno de los contratantes incumple con sus obligaciones que corren a su cargo, es apenas obvio y equitativo que el derecho autorice al contratante diligente o cumplido para desligarse del vínculo que lo une ... " con el otro<sup>14</sup>

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

En síntesis, es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna 13, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen Ja conducta no imputable al contratante fallido (fuerza

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



13-001-33-33-004-2017-00236-01

mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato).

Este marco jurídico, en el ámbito de la responsabilidad de la Administración Pública, regido desde la altura del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política, es en buena medida aplicable a la contratación pública (Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993), porque la responsabilidad contractual de una entidad pública contratante puede comprometerse con fundamento en la culpa (art. 50 ejusdem), es decir, una responsabilidad con falta, derivada de una conducta de incumplimiento de los obligaciones contractuales, la cual debe ser analizada, entre otras, de acuerdo con las reglas explicadas en precedencia del régimen del derecho común, pero sujetas o armonizadas con las reglas del derecho administrativo en caso de que exista norma expresa en éste y, por supuesto, con prevalencia del interés público.

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

"...tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde esta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales. de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante.

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

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

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

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

En conclusión, en los contratos bilaterales o conmutativos -cortio son comúnmente los celebrados por la Administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y



13-001-33-33-004-2017-00236-01

*preservarse, la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas."*

De lo anterior, se colige que (i) para la prosperidad de la pretensión de incumplimiento contractual y la condena de perjuicios, se (ii) exige de la parte demandante que acredite haber cumplido con sus obligaciones y (iii) demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

#### **5.4.2. CARGA DE LA PRUEBA**-Línea jurisprudencial del Consejo de Estado<sup>15</sup>

El concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que despliegan en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo.

En otros términos, «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota»; las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso. Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado hecho y, por consiguiente, a quién corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, pues dichas reglas, precisamente, permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía procesal y de eficacia de la función jurisdiccional.

En los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos

<sup>15</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá, D.C., febrero cuatro (04) de dos mil diez (2010), Radicación número: 70001-23-31-000-1995-05072-01 (17720)



de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa.

#### **5.4. Caso concreto**

##### **5.4.1. Hechos relevantes probados:**

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Contrato No. 061103 del 11 de junio de 2015, suscrito entre ADTECH S.A. y el Municipio de el Carmen de Bolívar, el cual tenía como objeto: *"dotación de material didáctico equipos y otros medios pedagógicos para una institución educativa del Carmen de Bolívar del departamento de Bolívar a fin de construir un ambiente de aprendizaje para el apoyo didáctico del área de tecnología e informática en la educación preescolar, básica primaria, secundaria y media"*.<sup>16</sup>
- Registro presupuestal No. 061103 del 11 de junio de 2015, respaldado por el CDP No. 060409 del 4 de junio de 2015, expedido por la Alcaldía de El Carmen de Bolívar<sup>17</sup>.
- Derecho de petición elevado por ADTECH S.A. al Municipio demandado el 17 de mayo de 2016, en el que solicitaba el pago de lo adeudado<sup>18</sup>.
- Resolución del 30 de junio de 2015, expedida por el alcalde del municipio demandado, en el que ordena reconocer y pagar la suma de \$150.000.000, con ocasión al contrato de suministro suscrito con ADTECH S.A.<sup>19</sup>.
- Acta de inicio de fecha 06 de julio de 2015<sup>20</sup>.
- Póliza de seguro de cumplimiento No. 21945, en la que figura como tomador ADTECH S.A. a favor del Municipio demandado, para las obligaciones del contrato No. 061103<sup>21</sup>.
- Acta de aprobación de garantía expedida por el Municipio demandado el 12 de junio de 2015<sup>22</sup>.
- Oficios de entrega de contrato No. 061103, recibidos por la entidad demandada<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> fols. 11-20 cdno 1 (doc. 12-21 exp. digital)

<sup>17</sup> fols. 21-22 cdno 1 (doc. 22- 23 exp. digital)

<sup>18</sup> fols. 25-27 cdno 1 (doc. 26-28 exp. digital)

<sup>19</sup> Fol. 28 cdno 1 (doc. 35 exp. digital)

<sup>20</sup> fol. 70 cdno 1 (doc. 83 exp. digital)

<sup>21</sup> fol. 71 cdno 1 cdno 1 (doc.84 exp. digital)

<sup>22</sup> fol. 72 cdno 1 (doc. 82 exp. digital).

<sup>23</sup> fols. 73-78 cdno 1 (doc. 86-91 exp. digital).



13-001-33-33-004-2017-00236-01

- Requerimiento de pago de contrato radicada por la demandante ante la demandada el 10 de febrero de 2016<sup>24</sup>.
- Respuesta de fecha 25 de mayo de 2016, en el que el municipio comunica el valor de la deuda, y manifiesta la imposibilidad de pagar por falta de recursos<sup>25</sup>.

#### **5.4.2. Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.**

En el sub-examine, la Sala se ceñirá solo al estudio de los argumentos de la alzada de la parte demandante, los cuales básicamente se circunscriben en el cumplimiento de sus obligaciones y el supuesto incumplimiento del contrato por parte de la demandada.

En primer lugar, se encuentra probado que, entre ADTECH S.A. y el Municipio de el Carmen de Bolívar se suscribió contrato No. 061103 del 11 de junio de 2015, el cual tenía como objeto: *"dotación de material didáctico equipos y otros medios pedagógicos para una institución educativa del Carmen de Bolívar del departamento de Bolívar a fin de construir un ambiente de aprendizaje para el apoyo didáctico del área de tecnología e informática en la educación preescolar, básica primaria, secundaria y media"* <sup>26</sup>. El valor del contrato pactado fue la suma de \$150.000.000.

A folio 18 del expediente, obra la cláusula correspondiente al valor del contrato y la forma de pago, en la misma se establece lo siguiente: *"Para efectos legales fiscales y presupuestales, el valor del contrato será hasta la suma de CIENTO CUARENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTE pesos m/cte (\$149.874.320,00) IVA incluido correspondiente a la cantidad de material didáctico a entregar por el precio unitario de la misma. (...)El Municipio del Carmen de Bolívar pagará el valor del presente contrato; 50% valor del contrato anticipado y 50% contra entrega del ambiente de aprendizaje, previo perfeccionamiento del mismo junto con la factura, con el llenos de los requisitos administrativos respectivos y la presentación del recibo a satisfacción del ambiente de aprendizaje, y acreditación del contratista de encontrarse al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar cuando corresponda.*

Ahora bien, tal y como lo indica la jurisprudencia en cita, la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro, debe demostrar que, habiendo cumplido con su parte de las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas, en ese orden de ideas, tal y como lo estableció el A-quo, le correspondía al demandante demostrar el cumplimiento de las obligaciones pactadas para reclamar el pago del 50% restante a la fecha de entrega del ambiente, así como lo estipula el artículo 1609 del C.C. Por lo

<sup>24</sup> fols. 79-80 cdno 1 (doc. 92-93 exp. digital).

<sup>25</sup> fols. 81 cdno 1 (doc. 94 exp. digital)

<sup>26</sup> fols. 11-20 cdno 1 (doc. 12-21 exp. digital)



anterior, no se avizora en el expediente el cumplimiento de las obligaciones antes descritas, como eran las constancias de pago de la seguridad social y parafiscales y la factura, muy a pesar de que, obren oficios donde la entidad reconoce el cumplimiento del objeto contractual, así como también donde reconoce lo adeudado, le correspondía a la parte actora allegar las pruebas de dichas exigencias.

Por lo anterior, no son de recibo las razones que fundamentan su apelación, debido a que, las exigencias de acreditación de pago de la seguridad social y la presentación de la factura, fueron requisitos pactados por las partes en litigio en el contrato en mención, tal y como lo ha establecido el artículo 1602 de CPC, el contrato es ley para las partes, por lo que mal podría esta jurisdicción ignorar lo suscrito por estas, en aplicación del principio de la buena fe alegado por el apelante, y de la naturaleza del contrato de suministro, puesto que no solo era entregar los bienes, sino también cumplir con las obligaciones pactadas antes mencionada.

En ese sentido, tal y como se estableció en el marco jurisprudencial aquí citado, no resulta procedente solicitar la declaratoria de incumplimiento del contrato, sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del cocontratante obedeció solamente a la mora en el pago de la obligación.

Así las cosas, al no encontrarse probado el primero de los requerimientos establecidos en la jurisprudencia y las normas en que se fundamenta, como es, la acreditación del cumplimiento de las obligaciones de quien alega tener el derecho a la indemnización correspondiente, en este caso, de la sociedad ADTECH S.A., por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia frente a este cargo.

Frente a la liquidación judicial del contrato, la juez de primera instancia no omitió su pronunciamiento como lo afirma el apelante en el escrito de alegatos de segunda instancia, al contrario, si lo hizo y de manera expresa<sup>27</sup>, allí estableció lo siguiente: *“En lo tocante al resto del valor del contrato como quiera que no se acredita que ADTECH SA haya cumplido con todas las condiciones para efectuarse su liquidación y pago<sup>28</sup> se abstendrá el despacho de efectuar su liquidación”*. En otras palabras, no hay lugar a liquidación porque el contrato tenía que pagarse según lo pactado en 2 momentos por parte del municipio demandado, un 50% como anticipo lo cual no hizo y se fue reconocido en la sentencia apelada en el numeral 1 y 2,

<sup>27</sup> Fol. 155 cdno 1

<sup>28</sup> Factura, recibo a satisfacción y parafiscales



ordenándose pagar, esto no fue objeto de apelación, y el otro 50% era a la finalización y cumplimiento del contrato, pero para ello debían acreditar las obligaciones antes descritas que no demostró el demandante.

En cuanto a las costas, la A-quo se abstuvo porque habían prosperado parcialmente las pretensiones de conformidad con el artículo 365 del C.G.P., sin embargo, en el escrito de apelación no se sustentan las razones del porque debe ser revocada esa decisión, simplemente se enuncia el numeral sin explicar el mismo, por lo que, al no existir sustentación, no hay lugar a pronunciamiento por parte de esta Sala.

En ese orden de ideas, se confirmará la sentencia de primera instancia.

### **5.5. De la condena en costa.**

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, se procederá a condenar en costas a la parte demandante, por cuanto fue resuelto de manera desfavorable el recurso interpuesto por ella. La condena anterior deberá ser liquidadas por el juez de primera instancia conforme lo establece el artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **VI.- FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en este proveído.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte demandante en segunda instancia, las cuales deberán ser liquidadas por el juez de primera instancia, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



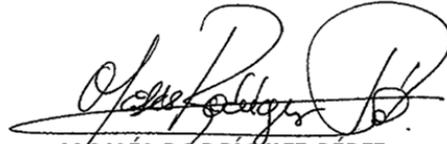
13-001-33-33-004-2017-00236-01

**TERCERO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los sistemas de radicación.

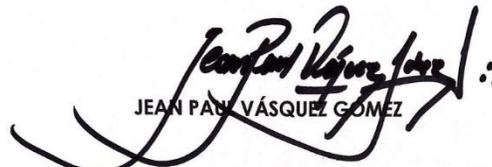
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 012 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

