

*Juzgado Noveno Administrativo
Oral de Medellín*



*República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público*

Medellín, Veintiséis (26) de Febrero de Dos Mil Trece (2013)

REFERENCIA :	
RADICADO:	05001 33 33 009 2013 00164 00
ACTUACIÓN:	CONCILIACIÓN PREJUDICIAL
CONVOCANTE:	DIATEL LTDA.
CONVOCADO:	MUNICIPIO DE ITAGUI
ASUNTO:	IMPRUEBA CONCILIACIÓN
AUTO INTERLOCUTORIO No.	0106 DE 2013

Tema: Conciliación prejudicial. Asuntos en que procede. Improcedencia de conciliar perjudicialmente obligaciones respaldadas en documentos que prestan mérito ejecutivo.

Descriptor: CONCILIACIÓN PREJUDICIAL. TÍTULO EJECUTIVO. REPRESENTACIÓN LEGAL.

La sociedad **DIATEL LTDA.**, obrando mediante apoderado, presentó solicitud de CONCILIACIÓN PREJUDICIAL ante la Procuraduría General de la Nación correspondiendo a la Procuraduría 114 Judicial II para Asuntos Administrativos, con el fin de obtener la solución de una controversia con el **MUNICIPIO DE ITAGUI**, para que se ordene pagar al ente territorial la suma de SETENTA MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$70.470.000) por concepto de canon de arrendamiento de una planta telefónica.

La solicitud de conciliación fue admitida por la Procuradora 114 Judicial II para Asuntos Administrativos, mediante auto No. 373 del cinco (5) de diciembre de dos mil doce (2012), folio 45, y la audiencia de conciliación extrajudicial tuvo lugar el dieciocho (18) de febrero de dos mil trece (2013), según se extrae del acta No. 48, luego de lo cual, las diligencias fueron remitidas a los Juzgados Administrativos de Medellín, correspondiéndole por reparto a éste Despacho.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo manifestado por el apoderado de la sociedad convocante, DIATEL LTDA. y el Municipio de Itagüi firmaron el 14 de noviembre de 2008 el contrato No. S.S.A.-C.M.C.-247-2008, cuyo objeto era ceder a título de arrendamiento "*una planta telefónica marca Panasonic modelo KX-TDA600 y demás elementos complementarios...incluye materiales y mano de obra para su funcionamiento*", por valor de \$10.440.000, plazo de 2 meses, con fecha de inicio el 14 de noviembre de 2008, se soporto mediante certificados de disponibilidad y registro presupuestal No. 2008002875 y 2008003621 y no se le exigió garantía única.

El contrato No. S.S.A.-C.M.C.-247-2008, se prolongo en cuatro oportunidades:

- Otrosi No. 1 del 14 de enero de 2009.
- Otrosi No. 2 del 1° de marzo de 2009.
- Otrosi No. 3 del 18 de agosto de 2009.
- Otrosi No. 4 del 29 de enero de 2010.

De conformidad con el Otrosi No. 4, del 29 de enero de 2010, las partes acordaron que la forma de pago era mes vencido, dentro de los 5 días hábiles siguientes de cada período contractual.

Mediante acta de liquidación del día 30 de junio de 2012 las partes liquidaron el contrato, allí quedo consignado que el valor pagado por la ejecución del contrato fue de \$81.084.000, así mismo se acordó que el Municipio de Itagüi le adeudaba a la sociedad DIATEL LTDA. La suma de \$70.470.000 por los siguientes conceptos:

- Arriendo de la planta telefónica desde el 28 de abril de 2008 y hasta el 14 de noviembre de 2008, la suma de \$33.930.000.
- Arriendo de la planta telefónica desde el 4 de mayo de 2010 y hasta el 29 de noviembre de 2010, la suma de \$36.540.000.

El convocante manifiesta que la liquidación se hizo con base en el acta No. 01 del 4 de mayo de 2010, en la cual se acordó dejar en funcionamiento la planta. Y la certificación expedida por la interventora del contrato el 12 de noviembre de 2010.

DIATEL LTDA. presento al Municipio la factura de venta No.0027374 del 5 de octubre de 2012, copia auténtica del acta de liquidación del contrato y el documento denominado anexo 1 donde se detalla con precisión los períodos y valores adeudados. A la fecha de presentación de la solicitud de conciliación el Municipio de Itagüi no ha cancelado la factura de venta.

De acuerdo con el apoderado de DIATEL LTDA., el contratista tiene constituido a su favor y en contra del municipio el título ejecutivo.

LA CONCILIACIÓN

El día dieciocho (18) de febrero de 2013, se celebró audiencia de conciliación extrajudicial en la cual las partes llegaron a un acuerdo de pago, en los siguientes términos:

“(...) el pago del valor contenido en el acta de liquidación del 30 de junio de 2012 que asciende a la suma de setenta millones cuatrocientos setenta mil pesos M/L (\$70.470.000), sin actualización ni intereses de ninguna clase, la cual se compromete a pagar el Municipio de Itagüi a Dintel Ltda., dentro del mes siguiente a la aprobación del presente acuerdo por parte del funcionario competente.” (folio 75).

La señora Procuradora 114 Judicial II para Asuntos Administrativos expone las siguientes consideraciones:

“Este Despacho considera que el anterior acuerdo contiene obligaciones claras, expresas y exigibles, en cuanto al tiempo modo y lugar de su cumplimiento, siendo claro en relación con el concepto conciliado, cuantía y fecha para el pago y que reúne los siguientes requisitos: (i) la eventual acción contenciosa que se ha podido llegar a presentar no ha caducado (art. 61, ley 23 de 1991, modificado por el art. 8, ley 446 de 1998); (ii) el acuerdo conciliatorio versa sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (art. 59, ley 23 de 1991, y 70, ley 446 de 1998), (i) la eventual acción contenciosa que se ha podido llegar a presentar no ha caducado (art. 61, ley 23 de 1991, modificado por el art. 8, ley 446 de 1998); advirtiendo igualmente que este Despacho es del criterio que el medio de control a ejercitar sería la pretensión de controversias contractuales en la que se discute el cabal cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato de arrendamiento bien inmueble No. S.S.A.-C.M.C.-247-2008 celebrado entre el Municipio de Itagüi y DIATEL LTDA., entre ellas el pago, que no obstante la parte interesada invoco el art. 47 de la Ley 1551 de 2011, (ejecutivo) por lo tanto, será su Despacho quien con fundamento en el principio de iura novit curia, determinará cuál de las dos normativas puede cobijar el presente acuerdo conciliatorio dejando en claro que en cualquier escenario se satisfacen los presupuestos para convalidar el mismo, (ii) el acuerdo conciliatorio versa sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (art. 59, ley 23 de 1991, y 70, ley 446 de 1998); (iii) las partes se encuentran debidamente representadas y sus representantes tiene capacidad para conciliar; (iv) obran en el expediente las pruebas necesarias que justifican el acuerdo a saber: Contrato de arrendamiento, certificado de disponibilidad y registro presupuestal, Otrosi N° 1,2,3 y 4, Acta de liquidación del contrato de arrendamiento, Acta N° 01 del 04 de mayo de 2010, factura de venta, Certificación expedida el 12 de noviembre de 2010 por la Interventora del Contrato de Arrendamiento, factura de venta numero 0027374. El acuerdo contenido en el acta no es violatorio de la ley y no resulta lesivo para el patrimonio público por las anteriores razones.”

El Despacho antes de impartir la respectiva aprobación o improbación a la citada conciliación, procede a hacer las siguientes,

CONSIDERACIONES

La conciliación prejudicial, conforme lo establece las leyes 23 de 1991, 640 de 2001 y el Decreto 1716 de 2009, es un mecanismo de solución de conflictos de carácter particular y de contenido patrimonial, el cual procede en asuntos que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de los medios de control previstos en los artículos 138, 140 y 141 de la ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Como lo señala el artículo 2º del Decreto 1716 de 2009, podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan, a su turno, el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, establece que las personas jurídicas de derecho público pueden conciliar total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial¹.

Si bien la conciliación es un instituto de solución directa de los conflictos, edificada sobre la capacidad dispositiva de las partes, también lo es, que cuando se trata de conciliar en materia contencioso administrativa, es presupuesto necesario la garantía del patrimonio público, razón por la cual la ley establece exigencias especiales que el juez debe tener en cuenta a la hora de decidir sobre su aprobación.

El último inciso del artículo 73 de la Ley 446 de 1998, prescribe que el acuerdo conciliatorio se improbará si no cuenta con las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley y no resultar lesivo del patrimonio público. El Consejo de Estado, de manera pacífica y reiterada ha señalado que la conciliación se someterá a los siguientes supuestos de aprobación²:

- a. La debida representación de las personas que concilian.
- b. La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.

¹ Ver Artículo 70. Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

"Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo".

² Ver, entre otras, las providencias radicadas bajo los números: 21.677, 22.557, 23.527, 23.534 y 24.420 de 2003, Sección Tercera.

- c. La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.
- d. Que no haya operado la caducidad de la acción.
- e. Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.
- f. Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público (artículos 73 y 81 de la Ley 446 de 1998).

También ha considerado la jurisprudencia, con fundamento en la ley, que la conciliación administrativa debe tener soporte probatorio suficiente:

"Entratándose de materias administrativas contenciosas para las cuales la ley autoriza el uso de este mecanismo, dado el compromiso del patrimonio público que les es inherente, la ley establece exigencias especiales que debe tomar en cuenta el juez a la hora de decidir sobre su aprobación.

Entre dichas exigencias, la Ley 446 de 1998, en el último inciso del artículo 73, prescribe que el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en "las pruebas necesarias" que permitan deducir una alta probabilidad de condena contra el Estado ---en el evento de que el interesado decidiese ejercitar las acciones pertinentes---, de modo tal que lo acordado no resulte lesivo del patrimonio público o violatorio de la ley (...)"³.

Así las cosas, resulta obligado analizar el acta de conciliación extrajudicial con el fin de establecer si se cumple con los presupuestos legales para su aprobación, pues como se deja consignado, se hace necesaria la verificación de los supuestos que fundamentan los extremos de la controversia y la habilitan en legal forma de procedencia del acuerdo, lo que implica la presentación de las pruebas necesarias que fundamenten las pretensiones que se aducen en la solicitud de conciliación, además de verificar que no sea violatorio de la ley.

En este orden de ideas y descendiendo al caso que nos ocupa, luego de analizada la actuación surtida y teniendo en cuenta la documentación que allí reposa, encuentra el Despacho lo siguiente:

Respecto de la materia sobre la cual versó el acuerdo.

Las partes afirmaron conciliar pretensiones derivadas del medio de control EJECUTIVO, cuyo fundamento tuvo como origen el contrato de arrendamiento de bien mueble No. S.S.A.-C.C.C-247-2008 y sus respectivos soportes; derivando de allí el pago de la suma de \$70.470.000859 como saldo final sin tener en cuenta los intereses. La Procuradora avaló el acuerdo resaltando que es válido cualquiera hubiera sido el medio de control escogido: Ejecutivo o contractual.

Respecto de la solicitud de conciliación y del material probatorio destinado a respaldar la actuación.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 29 de junio de 2.000. Expediente No. 17.909. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. -

Analizados los documentos y pruebas que sirvieron de fundamento a la conciliación prejudicial que es objeto de aprobación o improbación por parte de esta Agencia Judicial, se advierte las siguientes premisas:

1. Que el MUNICIPIO DE ITAGUI - ANTIOQUIA y la señora LIBIA AMPARO JARAMILLO JARAMILLO actuando en nombre y representación de DIATEL LTDA., suscribieron el 14 de noviembre de 2008, un contrato de arrendamiento de bien mueble No. S.S.A.- C.M.C.-247-2008, el cual tenía como objeto: *“el Arrendador concede a título de arrendamiento al Arrendatario, una planta telefónica marca Panasonic modelo KX-TDA600 y demás elementos complementarios...”* (folios 16 y 17).
2. Que se aportaron: Registro Presupuestal No. 2008003621 (folio 18); Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 2008002875 (folio 19); Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 2008000036 (folio 21); Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 269 (folio 23); Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 0000001051 (folio 25); Registro Presupuestal No. 0000001507 (folio 18); .
3. Que el MUNICIPIO DE ITAGUI - ANTIOQUIA y la señora LIBIA AMPARO JARAMILLO JARAMILLO actuando en nombre y representación de DIATEL LTDA., el día 14 de enero de 2009, suscribieron OTROS SI No. 1 al contrato de Prestación de Servicios No. S.S.A.-C.M.C.-247-2008, con el fin de prorrogar por igual termino el plazo del contrato. (folio 20).
4. Que el MUNICIPIO DE ITAGUI - ANTIOQUIA y la señora LIBIA AMPARO JARAMILLO JARAMILLO actuando en nombre y representación de DIATEL LTDA., el día 14 de enero de 2009, suscribieron OTROS SI No. 1 al contrato de Prestación de Servicios No. S.S.A.-C.M.C.-247-2008, con el fin de prorrogar por igual termino el plazo del contrato. (folio 20).
5. Que el MUNICIPIO DE ITAGUI - ANTIOQUIA y el señor JUAN JOSÉ ORTA LONDOÑO actuando en nombre y representación de la SOCIEDAD PCC LIMITADA (hoy Sociedad Anónima) el día 16 de octubre de 2009, suscribieron la ADICIÓN No. 1 al contrato de Prestación de Servicios No. Nro. S.H.-L.P.-001-2008, con el fin de modificar el plazo inicialmente pactado (folio 17).
6. Que se aportaron: Póliza de Seguro de Cumplimiento de Entidades Estatales No. 994000006888 (folio 18); Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 994000002254 (folios 19-20) y Auto de Aprobación de Garantía Única (folio 21).
7. Que el MUNICIPIO DE ITAGUI - ANTIOQUIA y el señor JUAN JOSÉ ORTA LONDOÑO actuando en nombre y representación de la SOCIEDAD PCC LIMITADA (hoy Sociedad Anónima), suscribieron EL 25 de mayo de 2012, Acta de Liquidación del Contrato de Prestación de Servicios No. Nro. S.H.-L.P.-001-2008, señalando:

VALOR CONTRATADO	\$3.036.594.904
VALOR PRIMER PAGO	\$2.429.275.923
VALOR POR PAGAR	\$607.318.981 (a valor se le debe restar el valor del anticipo que corresponde al Municipio de Itagüí \$303.659.490).
VALOR NETO A PAGAR AL CONTRATAISTA	\$303.658.396

Es así que de lo anterior, es posible inferir que el Contrato de Obra No. 019 de 2009 celebrado por el MUNICIPIO DE CALDAS y el seños CARLOS ALONSO RAMIREZ CUMPLIDO, fue liquidado bilateralmente el 1 de Agosto de 2012, donde consta un pago pendiente en la suma de \$12.076.592, cuyo valor fue el objeto del acuerdo conciliatorio *sub examine*.

Lo cierto es que, como quiera que existe un acta de liquidación bilateral entre las partes contratantes, lo allí pactado constituye por sí sola una obligación, clara, expresa y exequible, por consiguiente el acuerdo conciliatorio que ocupa la atención del Despacho, no gira en torno al medio de control controversia contractual como posible acción a precaver, si no a un proceso ejecutivo.

En relación a que el acta de liquidación bilateral o de mutuo acuerdo constituye título ejecutivo por sí mismo, es reiterada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado³, citando la siguiente:

*“De folios 22 a 24 del cuaderno principal obra copia auténtica de la Resolución 256 de 23 de octubre de 2001, proferida por el Alcalde de Soledad (Atlántico), en la que delega la facultad de celebrar contratos de obras públicas en cabeza del Secretario de Obras Públicas de esa entidad territorial. De igual forma, se allegó el acta de liquidación bilateral, signada por el Secretario de Obras Públicas de Soledad y el contratista, documento que obra en original de folios 77 a 79 del cuaderno principal. Ahora bien, al margen de la citada Resolución 256 de 2001, contentiva de la delegación de facultades de contratación por parte del Alcalde de Soledad, en cabeza del Secretario de Obras Públicas de ese mismo municipio, **ocurre que el acta de liquidación bilateral del contrato, suscrita tanto por el representante de la entidad contratante como por el respectivo contratista particular configura por sí sola, el título ejecutivo a partir del cual se solicita el mandamiento de pago.** En efecto, sobre el acta de liquidación bilateral como título de ejecución autónomo, la Sección Tercera ha discurrido, de la siguiente forma: **“Cuando se realiza la liquidación bilateral o por mutuo acuerdo del contrato, la respectiva acta suscrita entre las partes, contiene obligaciones claras, expresas y exigibles a cargo de las mismas, de tal suerte que dicho documento constituye título ejecutivo y ello es así, como quiera que dicho acto se constituye en un negocio jurídico extintivo en el que las partes en ejercicio de su autonomía privada definen las cuentas del mismo, precisan el estado en que quedaron las prestaciones – créditos y deudas recíprocas- y se obligan a lo estipulado en el documento que se suscribe y la contiene.** Igualmente, atendiendo a la naturaleza y a la finalidad de la liquidación del contrato, ha sido criterio inveterado de la Corporación que si se realiza la liquidación bilateral, esto es, por mutuo acuerdo entre la administración y su contratista, y no se deja salvedad en relación con reclamaciones que tenga cualquiera de las partes en el acta en la que se vierte el negocio jurídico que extingue el contrato, no es posible que luego prospere una demanda judicial de pago de prestaciones surgidas del contrato. Así, sobre los efectos que se desprenden del acta de liquidación de un contrato suscrita por acuerdo entre las partes, la Sala también se ha pronunciado en los siguientes términos: **El acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que***

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Sentencia treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008), Radicación número: 13001-23-31-000-2001-00447-02(28346). CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Sentencia del diez (10) de dos mil ocho (2008), radicación número: 68001-23-15-000-2005-02536-01(33633). CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Sentencia del once (11) de noviembre dos mil nueve (2009), Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01920-02(32666).

se dicen en él. **En suma, el acta de liquidación suscrita entre las partes constituye título ejecutivo.**...”⁴ (Negrilla del Despacho)

Continuando la exploración y bajo el entendido que el acuerdo conciliatorio suscrito entre el MUNICIPIO DE CALDAS-ANTIOQUIA y el señor CARLOS ALONSO RAMIREZ CUMPLIDO, fue por una suma dineraria que se encontraba pendiente por cancelar con ocasión de la ejecución de un contrato estatal, de conformidad con lo pactado por las partes mediante Acta de Liquidación del 1 de Agosto de 2012, el proceso a seguir es el ejecutivo y no el de una controversia contractual.

La Ley 1551 del 2012 (6 de Julio) “*por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*”, estableció el requisito de procedibilidad de los procesos ejecutivos que se promuevan contra los municipios y estableció que de existir acuerdo conciliatorio no requeriría de aprobación judicial, cuya norma el Despacho resalta:

“Artículo 47. La conciliación prejudicial será requisito de procedibilidad de los procesos ejecutivos que se promuevan contra los municipios. La conciliación se tramitará siguiendo el procedimiento y los requisitos establecidos para la de los asuntos contencioso administrativos.

El acreedor podrá actuar directamente sin hacerse representar por un abogado. Dicha conciliación no requerirá de aprobación judicial, y su incumplimiento solo genera la consecuencia de que el acreedor puede iniciar el proceso ejecutivo correspondiente.

El delegado del Ministerio Público encargado de la conciliación acumulará todas las solicitudes relacionadas con obligaciones de dar una suma de dinero a cargo del municipio y fijará una sola audiencia trimestral en la que el representante legal del municipio propondrá una programación de pagos de los créditos que acepte, la cual deberá respetar el orden de preferencia de las acreencias previsto en la Ley 550 de 1999.

En la audiencia de conciliación se excluirán de la programación de pagos aquellas obligaciones que el representante del municipio no acepte por ser procedente, a su juicio, alguna de las excepciones de mérito que obran en los procesos ejecutivos. Así mismo, se excluirán aquellas a las que no se haya vencido el plazo previsto en el artículo 297 de la Ley 1437 de 2011...” (Negrilla del Despacho)

Así mismo, la Ley 1551 de 2012 señala:

“Artículo 50. Vigencia de la ley. Esta ley rige a partir de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial el parágrafo 1° del artículo 10 de la Ley 1474 de 2011.”

Lo anterior conlleva indefectiblemente a concluir que, bajo el presupuesto que el proceso que debería ejercerse en el *sub examine* es el ejecutivo y se promovería contra un municipio, esto es el MUNICIPIO DE CALDAS-ANTIOQUIA, el acuerdo pactado no requiere aprobación judicial,

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Sentencia del siete (7) de diciembre de dos mil diez (2010), Radicación número: 08001-23-31-000-2009-00019-02(IJ). CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Sentencia del once (11) de noviembre dos mil nueve (2009), Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01920-02(32666).

por tanto esté Despacho Judicial pierde toda competencia legal para proceder a pronunciarse sobre el acuerdo conciliatorio celebrado entre el MUNICIPIO DE CALDAS-ANTIOQUIA y el señor CARLOS ALONSO RAMIREZ CUMPLIDO el 24 de Octubre del año en curso, puesto que se surtió en vigencia la Ley 1551 de 2012.

Puede concluirse de lo dicho, que no es procedente por parte de esta Agencia Judicial impartir aprobación o improbación al presente acuerdo conciliatorio celebrado por el MUNICIPIO DE CALDAS-ANTIOQUIA y el señor CARLOS ALONSO RAMIREZ CUMPLIDO, no quedando otra alternativa diferente que abstenerse de pronunciarse sobre ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 1551 de 2012.

1. Que el MUNICIPIO DE CALDAS-ANTIOQUIA, el 29 de Diciembre de 2011, recibió a satisfacción las actividades realizadas por el contratista. (folio 19 y 85)

2. Que el MUNICIPIO DE ITAGUÍ - ANTIOQUIA mediante Resolución No. 2591 del 1 de Agosto de 2012, ordenó la liquidación de un contrato de obra pública No 019, resolviendo:

“PRIMERO: Ordenar al Secretario de Hacienda Municipal y/o a quien haga sus veces realizar al acta de liquidación del contrato . 019 del 2009, teniendo en cuenta las adiciones y los pagos parciales ya realizados y que reposan en dicha secretaría.

SEGUNDO: Que una vez realizada la liquidación del contrato de obra pública # 019 de 2009, proceda a realizar los trámites tendientes a la cancelación de los dineros adeudados por esta causa al señor Carlos Alonso Ramirez Cumplido, por la suma de \$12.076.592,00 DOCE MILLOMES SETENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS M.L.

TERCERO: Contra la presente resolución no procede ningún recurso.” (Sic) (folios 27 y 28)

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN,**

RESUELVE

PRIMERO: INHIBIRSE el Despacho para emitir pronunciamiento en relación a la aprobación o improbación del acuerdo conciliatorio celebrado el 24 de Octubre de 2012, contenido en el Acta No. 233 entre el **MUNICIPIO DE CALDAS-ANTIOQUIA** y el señor **CARLOS ALONSO RAMIREZ CUMPLIDO**, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: DEVUÉLVANSE los anexos a la parte interesada sin necesidad de desglose.

TERCERO: En firme esta providencia, pásese el expediente para su correspondiente archivo.

NOTIFÍQUESE

DORIS ELENA RUÍZ MONTES
JUEZA

Jjes

NOTIFICACIÓN POR ESTADO
JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

CERTIFICO: En la fecha se notificó por ESTADO el auto anterior.

Medellín, _____. Fijado a las 8 a.m.

Secretaria

El convocante considera que la inundación se produjo por el taponamiento de las cajas de alcantarilla, como consecuencia de la falta de mantenimiento y limpieza regular que a tales alcantarillas debe hacerles su propietaria EPM.

El señor Alexander Rodríguez destinaba su vehículo, además de transportar a sus dos hijos para el colegio, al transporte de dos menores de edad a razón de \$150.000.00 mensuales por cada uno. Con el daño del automotor dejó de percibir los \$300.000.00 mensuales y se vio obligado a contratar el transporte escolar para sus dos menores hijos.

El taller Ayurá Motor realizó las reparaciones al vehículo por la suma de \$16.994.083, más el valor de \$10.000.00 diarios por concepto de bodegaje del automotor. En resumen, se tasó la reclamación así:

Reparación del vehículo por AYURÁ MOTOR:	\$16'994.083.
Lucro cesante:	\$ 3'300.000.
Daño emergente:	\$ 3'300.000.
Bodegaje del vehículo:	\$ 1'200.000.
TOTAL:	\$24'794.083.

La entidad oficial ofreció el 24 de agosto de 2012, como indemnización por cualquier perjuicio causado, la suma de \$5.494.664.00, folio 32.

LA CONCILIACIÓN

El día 22 de enero de 2013, se celebró audiencia de conciliación extrajudicial en la cual las partes llegaron a un acuerdo de pago, en los siguientes términos:

“(...) conciliar hasta en un monto de VEINTIUN MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL OCHENTA Y TRES PESOS (\$21.494.083), suma esta que representa lo correspondiente a la factura #91748 emitida por AYURA MOTOR, por \$11'498.419, la factura # 88609 emitida por AYURA MOTOR, por valor de \$5'495.664, la suma de \$3'300.000 correspondiente al daño emergente, y \$1'200.000 por el parqueo en las instalaciones de AYURA MOTOR, y no se reconocería la suma de \$3'300.000 por el lucro cesante por considerar que si bien se aporta en la solicitud de conciliación constancias de que el vehículo se utilizaba para transporte escolar de dos menores, no obra prueba en el expediente de que esta actividad se ha (sic) legalmente válida, no se certifica que el vehículo este afiliado a una empresa de transporte escolar como lo exige la Ley. El pago se efectuará dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la aprobación del Juzgado Administrativo.” (folio 16).

El señor Procurador 169 Judicial I Administrativo expone las siguientes consideraciones:

“El Despacho de la Procuraduría 169 Judicial I para Asuntos Administrativos, teniendo en cuenta que de conformidad con los hechos consignados en la solicitud, el objeto del acuerdo es conciliable, dado que se trata de: de la reparación de los daños sufridos por el vehículo ya descrito; el Despacho considera que el anterior acuerdo contiene obligaciones claras, expresas y precisas en su exigibilidad, en cuanto al tiempo, modo lugar de su cumplimiento (siendo claro en relación con el concepto conciliado, cuantía y fecha para el pago) y cumple con los siguientes requisitos: (i) la eventual acción contenciosa que se ha podido llegar a presentar no ha caducado (art. 61, ley 23 de 1991, modificado por el art. 8, ley 446 de 1998); (ii) el acuerdo conciliatorio versa sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (art. 59, ley 23 de 1991, y 70, ley 446 de 1998), (iii) las partes se encuentran debidamente representadas y sus representantes tiene capacidad para conciliar; (iv) obran en el expediente las pruebas necesarias que justifican el acuerdo y; (v) en criterio de esta Agencia del Ministerio Público, el acuerdo contenido en el acta no es violatorio de la ley y no resulta lesivo para el patrimonio público por las anteriores razones. (art. 65 A, ley 23 de 1.991 y art. 73, ley 446 de 1998).”

El Despacho antes de impartir la respectiva aprobación o improbación a la citada conciliación, procede a hacer las siguientes,

CONSIDERACIONES

La conciliación prejudicial, conforme lo establece las leyes 23 de 1991, 640 de 2001 y el Decreto 1716 de 2009, es un mecanismo de solución de conflictos de carácter particular y de contenido patrimonial, el cual procede en asuntos que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de los medios de control previstos en los artículos 138, 140 y 141 de la ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Como lo señala el artículo 2º del Decreto 1716 de 2009, podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan, a su turno, el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, establece que las personas jurídicas de derecho público pueden conciliar total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial⁵.

⁵ Ver Artículo 70. Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

"Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo".

Si bien la conciliación es un instituto de solución directa de los conflictos, edificada sobre la capacidad dispositiva de las partes, también lo es que cuando se trata de conciliar en materia contencioso administrativa, es presupuesto necesario la garantía del patrimonio público, razón por la cual la ley establece exigencias especiales que el juez debe tener en cuenta a la hora de decidir sobre su aprobación.

El último inciso del artículo 73, prescribe que el acuerdo conciliatorio debe contar con las pruebas necesarias para ello, no ser violatorio de la ley y no resultar lesivo del patrimonio público. El Consejo de Estado, de manera pacífica y reiterada ha señalado que la conciliación se someterá a los siguientes supuestos de aprobación⁶:

- g. La debida representación de las personas que concilian.
- h. La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.
- i. La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.
- j. Que no haya operado la caducidad de la acción.
- k. Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.
- l. Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público (artículos 73 y 81 de la Ley 446 de 1998).

También ha considerado la jurisprudencia, con fundamento en la ley, que la conciliación administrativa debe tener soporte probatorio suficiente:

"Entratándose de materias administrativas contenciosas para las cuales la ley autoriza el uso de este mecanismo, dado el compromiso del patrimonio público que les es inherente, la ley establece exigencias especiales que debe tomar en cuenta el juez a la hora de decidir sobre su aprobación.

Entre dichas exigencias, la Ley 446 de 1998, en el último inciso del artículo 73, prescribe que el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en "las pruebas necesarias" que permitan deducir una alta probabilidad de condena contra el Estado ---en el evento de que el interesado decidiese ejercitar las acciones pertinentes---, de modo tal que lo acordado no resulte lesivo del patrimonio público o violatorio de la ley (...)"³.

Así las cosas resulta obligado analizar el acta de conciliación prejudicial con el fin de establecer si se cumple con los presupuestos legales para su aprobación, pues como se deja consignado, se hace necesaria la verificación de los supuestos que fundamentan los extremos de la controversia y la habilitan en legal forma de procedencia del acuerdo, lo que

⁶ Ver, entre otras, las providencias radicadas bajo los números: 21.677, 22.557, 23.527, 23.534 y 24.420 de 2003, Sección Tercera.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 29 de junio de 2.000. Expediente No. 17.909. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. -

implica la presentación de las pruebas necesarias que fundamenten las pretensiones que se aducen en la solicitud de conciliación, además de verificar que no sea violatorio de la ley.

En este orden de ideas y descendiendo al caso que nos ocupa, luego de analizada la actuación surtida y teniendo en cuenta la documentación que allí reposa, encuentra el Despacho lo siguiente:

La obligación a cargo del Estado de responder patrimonialmente por todos los daños antijurídicos que cause, con la acción u omisión de las autoridades públicas se encuentra consagrada en el artículo 90 de la Carta Política el que se establece:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

En materia de responsabilidad del Estado, se ha aceptado que para su configuración se requieren los mismos requisitos de la responsabilidad civil extracontractual, o sea:

- Un hecho o conducta u omisión de autoridad pública.
- Un daño, que según el artículo antes mencionado debe ser antijurídico.
- Una relación de causalidad entre el hecho o conducta y el daño, que hoy en día ha dado lugar a un juicio o relación de imputación jurídica.

En casos como el que es objeto de conciliación, para deducir la responsabilidad del ente público, el demandante tiene la carga de la prueba, debe demostrar los elementos que configuran la misma, ello es: la conducta, actividad u omisión del ente público, el daño antijurídico y la relación de causalidad entre la conducta o actividad del ente público y el daño.

En este contexto y en el caso que nos ocupa, no existe certeza de que, primero la inundación del parqueadero haya sido consecuencia del taponamiento de las rejas del alcantarillado, segundo que el taponamiento de las cajas de alcantarillado se produjo por *“descuido, falta de mantenimiento y limpieza regular que a tales alcantarillas debe hacerles su propietaria Empresas Públicas de Medellín”* y tercero que esta entidad sea la responsable de la limpieza de las alcantarillas.

De acuerdo con la Superintendencia de Servicios Públicos, en el CONCEPTO SSPD-OJ-2008-376, una cosa es la red de alcantarillado pluvial y otra la infraestructura vial de los municipios:

“Se basa la consulta objeto de estudio en resolver las siguientes inquietudes respecto del servicio de alcantarillado pluvial:

(i) Quién es la institución o autoridad competente encargada de la limpieza de las cunetas señaladas en los hechos de la consulta?

(...)

De esa manera, la responsabilidad del manejo de las aguas de escorrentía recae en la persona prestadora del servicio de alcantarillado, independiente de quien sea el prestador del mismo, esto es el municipio directamente o una empresa prestadora, siempre y cuando haya incorporado los costos asociados al manejo de aguas lluvias en la aplicación de la metodología tarifaria del servicio de alcantarillado dado que esta metodología, contenida en la Resolución CRA 287 de 2007, incluyó los costos relacionados con el mantenimiento y funcionamiento de estos sistemas y un componente de inversión dentro del cual las empresas podrán incluir las obras previstas y relacionadas con el manejo y conducción de las aguas lluvias o escorrentía.

(...)

Ahora bien, respecto de la limpieza de las cunetas, debemos indicar que en principio estas se encuentran relacionadas a la infraestructura vial de los municipios y no a la red de alcantarillado pluvial, definida como el conjunto de tuberías y canales que conforman el sistema de evacuación de aguas lluvias de una comunidad. (Negrillas del Despacho)

En gracia de discusión, si aceptamos que la inundación se produjo por el taponamiento de la caja de desagüe, habría que entrar a evaluar que fue lo que motivo ese taponamiento: Si fue por mal diseño del parqueadero o de las cajas de desagüe, si fue porque la cantidad de agua lluvia rebaso su capacidad, si fue que se tapono por residuos como materiales de construcción, escombros o basuras, solo así se puede determinar la responsabilidad por la inundación.

Echa de menos este Despacho judicial, la carencia esfuerzo probatorio con respecto a los hechos que sustentan las pretensiones de la parte convocante; pues a pesar de que en el expediente reposa un video ello no es prueba idónea para concluir que a la entidad convocada es la responsable y deba pagar por lo sucedido.

Así las cosas, es notoria la ausencia de pruebas en relación con la responsabilidad de las Empresa Públicas de Medellín por los daños sufridos por el vehículo CHEVY C2 de placas BRF 995, de propiedad del convocante. Aspecto que es presupuesto esencial para la aprobación de la conciliación, pues no se probaron los tres elementos necesarios e indisolubles para determinar la responsabilidad del Estado.

Siendo así, no cabe entonces vacilación alguna para que esta Agencia Judicial impruebe la conciliación realizada entre las **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN** y el señor **ALEXANDER RODRIGUEZ**, pues como se ha esbozado, no es viable para este Despacho,

ratificar un acuerdo sin la acreditación de los supuestos fácticos que lleven a la convicción de que el daño se presentó por el irregular comportamiento de la entidad estatal.

En virtud de lo anterior, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN**,

RESUELVE

PRIMERO: IMPROBAR el acuerdo al que llegaron las partes en el asunto de la referencia, por las razones expuestas en la motivación precedente.

SEGUNDO: Se dispone la devolución de los anexos a la parte interesada, sin necesidad de desglose, y el archivo de la actuación.

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Competencia / CONTRATOS ESTATALES - Jurisdicción

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, que prescribe que la jurisdicción que conoce de las controversias originadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la de lo contencioso administrativo. Adicionalmente, el art. 82 CCA. -modificado por el artículo 1 de la Ley 1.107 de 2006-, prescribe que esta misma jurisdicción está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 75 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 82 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 30 / LEY 1107 DE 2006

CLAUSULA COMPROMISORIA - Renuncia tácita

En un evento similar al sub iudice dispuso la Sección, en la sentencia de 22 de abril de 2009, exp. 29.699 -la cual se reiterará en esta ocasión-, con ponencia de quien actúa en la misma calidad en esta providencia, que: “En virtud de este acuerdo podría decirse, en principio, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios donde sea parte una entidad estatal, siempre que -en materia contractual, en particular- no se haya pactado la cláusula compromisoria, como ocurre en el presente caso, en virtud de la cual las partes acuerdan no acudir a dicha jurisdicción para dirimir sus eventuales conflictos, para concurrir, en su lugar, a la justicia arbitral. “En efecto, es claro –tanto en la doctrina como en la jurisprudencia-, que la cláusula arbitral -así como el compromiso-, producen falta de jurisdicción de la justicia ordinaria para decidir un conflicto, pues el efecto natural de dicho pacto es excluir a las partes de la justicia que la ley asignó anticipadamente para resolver las diferencias que surjan entre los contratantes. “No obstante, una increíble cualidad del derecho, donde la autonomía de la voluntad juega un papel decisivo, y que se expresa en una materia signada y caracterizada por

las normas de orden público, tiene que ver con la posibilidad de las partes de un contrato de renunciar a la justicia común, para entregarse a una justicia especial. Cuando esto ocurre el juez competente pasa a ser el arbitral y deja de serlo, en condiciones normales, la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (...) “Sin embargo, la Sala recuerda que en situaciones como estas la jurisprudencia ha establecido que aun cuando se haya pactado una cláusula compromisoria en un contrato estatal, si las partes acuden -pese al pacto- a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se entiende que renuncian a la cláusula arbitral o al compromiso, y por ende la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede asumir competencia. “A esta actitud silenciosa, pasiva o tácita que asumen las partes en el proceso, es decir, al hecho de que una de ellas presente la demanda y la otra asista al proceso sin excepcionar la falta de jurisdicción, la jurisprudencia le ha asignado el efecto de derogar la cláusula arbitral. En otras palabras, se trata de la asignación de un efecto al silencio de las partes, atribuyéndose a su conducta y a su comportamiento el efecto de derogar la cláusula arbitral, para retornar al juez natural. (...)

NOTA DE RELATORIA: En este sentido ver sentencia de abril 22 de 2009, expediente No. 29699. Consejero Ponente doctor Enrique Botero, Actor Empresa de Licores de Cundinamarca

CONTRATO DE OBRA - Incumplimiento / ACTA DE LIQUIDACION BILATERAL - Presta mérito ejecutivo. Proceso ejecutivo / ACCION CONTRACTUAL - Cumplimiento de requisitos. Pretensiones se ajustan a la acción que corresponde / PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL PROCEDIMENTAL - Principio Constitucional

La Sala ha sostenido que los documentos contractuales -como el acta de liquidación bilateral- que reconocen créditos a favor de una u otra parte del contrato, y que cumplen con las exigencias que el Código de Procedimiento Civil establece para los títulos ejecutivos, prestan mérito ejecutivo a través del proceso ejecutivo que regula el mismo código. Y es claro que las pretensiones de la demanda se dirigen a cobrar esta suma de dinero, lo que perfectamente pudo hacerse a través de un proceso ejecutivo, porque el documento reúne las condiciones de aquellos que prestan ese mérito; no obstante, la Sala considera que esto no es óbice para que la parte del contrato ejerza la acción contractual –que se tramita como un proceso ordinario de conocimiento-, siempre que las pretensiones se formulen en la forma que corresponde a esta clase de proceso. Nada se opone a ello. Esta conclusión también tiene apoyo en el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, cuando quiera que el actor confunda la acción judicial con la cual accede al juez, pero siempre que las pretensiones –entre otros requisitos de la demanda- se ajusten a la acción que corresponde, de manera que se cumpla con lo que exige la ley. Así, por ejemplo, si se ejerce la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se debió ejercer la contractual, siempre que las pretensiones se ajusten a la que correspondía, se ha hecho prevalecer el derecho sustantivo, porque al fin y al cabo ambas acciones se tramitan a través del proceso ordinario. Lo propio acontece en el caso concreto.

PRUEBAS - Valor probatorio / PROCESOS JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Régimen probatorio. Código de Procedimiento Civil / DOCUMENTOS - Original o copia auténtica. Valor probatorio documentos aportados en copia / DOCUMENTO PUBLICO - Se presume auténtico / TACHA DE FALSEDAD - Autenticidad desvirtuada / DOCUMENTO PRIVADO -

Autenticidad. Requisitos

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo señala que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también parte de la filosofía que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad. Bajo esta perspectiva, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 CPC., los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 CPC. regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original, en los siguientes eventos: i) cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada, ii) cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y iii) cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica. A lo anterior se agrega que el documento público, es decir, el expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención –art. 251 CPC.-, se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 CPC. De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada -al tenor de lo dispuesto en el aludido art. 252 CPC.- se reputará auténtico en los siguientes casos: i) cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; ii) cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; iii) cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; iv) cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y v) cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTECIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 168 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 253 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 251 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252

NOTA DE RELATORIA: Sobre las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio ver sentencia de la Corte Constitucional C-023 de 1998.

ACTA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO - Prueba del crédito / SOLUCION DEL CREDITO - Debe demostrarse

La prueba del crédito a favor del actor es irrefutable: consta en el acta de liquidación del contrato, donde las partes expresaron -luego de hacer el balance sobre la “obra ejecutada”, los “valores recibidos por el contratista”, los valores “cancelados al contratista”, la “deuda total al contratista por actas de obra”, y la deuda por actas de “reajuste”- que aún no se ha cancelado: “TOTAL DEUDA ACTAS MÁS REAJUSTES” la suma \$88’764.870. Por eso no tiene razón el apelante, al decir en los alegatos de conclusión de primera instancia que las partes se declararon a “paz y salvo” en esta

acta de liquidación, pues claramente se declaró que existe un crédito a favor del contratista y a cargo de la entidad. En estos términos, carece de sentido la apreciación de la entidad, porque es evidente el reconocimiento del crédito -por parte del Municipio-, de manera que la jurisprudencia que en su defensa invoca el actor, y que dispone que cuando las partes se declaran a paz y salvo -o cuando no se dejan constancias- no procede reclamación judicial, carece de justificación en esta ocasión por lo clara y expresa que es el acta donde se declaró la deuda. Definido que sí procedía la demanda para reclamar el pago, la Sala encuentra, a continuación, que la entidad no demostró la solución del crédito, por varias razones: i) porque a ella le correspondía acreditar ese hecho, mediante la prueba del pago, lo cual no hizo; y ii) porque en los alegatos de conclusión de primera instancia la propia entidad sostuvo que no adeudaba nada, porque en el acta de liquidación constaba eso. Este argumento es inaceptable para la Sala, según se analizó antes. En otras palabras, el municipio no afirmó que hubiera pagado el saldo; por el contrario, sostuvo que no debía nada, porque en el acta no constaba eso.

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido ver sentencia de 5 de marzo de 2008, expediente 16850, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero, Actor Luis Enrique Romero Grisales.

SENTENCIA EXTRAPETITA - Interpretación correcta de la demanda. Condena al pago de la suma pedida / FINALIDAD MATERIAL - El derecho procesal se entiende vinculado al sustancial / INTERES MORATORIO - Perjuicio no exige prueba especial / RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INTERES MORATORIO - Vigencia Ley 80 de 1993 / INTERES MORATORIO - Si no se pacta porcentaje distinto en el contrato se acude a la ley / INTERES CONVENCIONAL - Si no se pacta se aplica el interés legal / INTERES LEGAL - Exclusión de las normas del derecho privado

El tribunal administrativo interpretó correctamente la demanda, y condenó al pago de una suma pedida: los intereses de mora. En efecto, al revisar las pretensiones de la demanda, la Sala encuentra que en la primera se solicitó la declaración de incumplimiento del contrato, y en la segunda y tercera requirió: “SEGUNDA: Que, como consecuencia de la pretensión anterior, se condene al MUNICIPIO DE SINCE (SUCRE), a pagar a mi mandante o a quien sus derechos represente, el monto de los perjuicios de toda índole sufridos por el actor. (...)” “TERCERA: Que la entidad demandada debe dar cumplimiento a la sentencia que se dicte dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A., y reconocerá y pagará intereses en el caso que se den los supuestos del inciso final del artículo 177, ibídem en la forma y términos allí previstos.” (Resaltos fuera de texto). La Sala entiende que la pretensión transcrita contiene la solicitud de pago de los intereses moratorios. De hecho, con fundamento en la capacidad que tiene el juez de interpretar la demanda, para dilucidar su sentido real y preciso, y también para ajustarse al principio constitucional que establece que el derecho procesal se entiende vinculado al sustancial, para que este cumpla su finalidad material; a partir de los hechos y de las pretensiones no queda duda que la demanda no sólo buscaba que el Municipio pagara el capital, sino también los intereses de mora por el retardo en cancelarlo. Por eso el actor solicitó, en la pretensión transcrita, que “... se condene al MUNICIPIO DE SINCE (SUCRE), a pagar a mi mandante o a quien sus derechos represente, el monto de los perjuicios de toda índole sufridos por el actor...”, petición que, en sana lógica, perseguía igualmente el pago de los intereses. Además, no se olvide que esta clase de perjuicio no exige prueba especial para su exigibilidad, porque la ley simplemente establece que se presumen, sin que se requiera acreditar un daño en particular. Basta

demostrar que se tiene un crédito, y que se presentó la mora en el pago, con lo que surge, inmediatamente, el derecho al mismo.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1617 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 13 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 4 NUMERAL 8 / DECRETO 679 DE 1994 - ARTICULO 1

CAPITAL ACTUALIZADO - Interés moratorio / INTERESES CIVILES GENERAN 6 POR CIENTO ANUAL - Es compatible actualizarlos / INTERESES COMERCIALES UNA Y MEDIA VECES EL BANCARIO CORRIENTE - Es incompatible actualizarlos / INTERESES DE LA LEY 80 de 1993 - Es compatible ordenar el pago de los intereses y condenar por el capital actualizado. Compatibilidad con la mora del Código Civil

Otra cosa acontece con la discusión acerca de la compatibilidad o no de condenar al pago del capital actualizado más los intereses moratorios. Al respecto, es bueno recordar la jurisprudencia que existe sobre el particular, la cual varía dependiendo de la tasa de interés que se aplique en cada situación: i) Cuando el capital genera intereses civiles -6% anual- la jurisprudencia de esta Sección ha establecido que es compatible actualizarlo, porque esta tasa no contiene el componente inflacionario. ii) Por el contrario, cuando el capital genera intereses comerciales –una y media veces el bancario corriente- la jurisprudencia ha dispuesto que es incompatible actualizarlo, porque esta tasa contiene el componente inflacionario, de modo que cuando el acreedor recibe estos intereses su capital queda puesto a valor presente. iii) Finalmente, cuando el capital genera intereses de ley 80, la jurisprudencia dispuso, recientemente, que es compatible ordenar el pago de estos y también condenar por el capital actualizado, porque la ley lo ordena de esa manera. En estos términos, el tratamiento se parece al de la mora del Código Civil.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 4 NUMERAL 8

NOTA DE RELATORIA: En relación con la compatibilidad de condenar al pago del interés de la Ley 80 de 1993 y del capital actualizado, ver sentencia de 14 de abril de 2010, expediente 17214, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio, Actor Federico Saúl Sánchez Malagón.

CONDENA - Puede superar el valor inicial del contrato. Depende del monto del perjuicio causado y de la mora en el pago

Consideró el apelante que la condena era desproporcionada, pues no sólo supera el valor del contrato, sino que también desconoce que el Municipio pagó anticipadamente el 50% del valor del contrato, lo que generó para el contratista un enriquecimiento sin causa, y para la entidad un correlativo empobrecimiento de sus finanzas. Este argumento carece por completo de sentido, y por eso también se negará, porque una condena bien puede superar el valor inicial de un contrato, pues eso depende del monto del perjuicio causado, de la mora en el pago –si lo que se reclama es esto- o de otros factores que perfectamente pueden ser mayores al valor del negocio. De hecho, en el ordenamiento no tiene soporte la idea de que una condena tenga como referente máximo el valor del contrato, porque además sería injusta e inequitativa -cuando el perjuicio realmente supera dicho valor-.

NOTA DE RELATORIA: Con Salvamento de Voto del doctor Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., junio veintitrés (23) de dos mil diez (2010)

Radicación número: 70001-23-31-000-1996-05714-01(18395)

Actor: HORACIO FRANCISCO MENDOZA MARTINEZ

Demandado: MUNICIPIO DE SINCE -SUCRE-

Referencia: CONTRACTUAL - APELACION SENTENCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Sincé, contra la sentencia de dieciséis de febrero de 2000, dictada por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual dispuso:

“PRIMERO: Se declara que el Municipio de Sincé - Sucre, incumplió el Contrato de Obra No. 07 celebrado con el ingeniero HORACIO MENDOZA MARTÍNEZ.

“SEGUNDO: En consecuencia a la anterior declaración, se condena en concreto al Municipio de Sincé - Sucre a pagar al ingeniero HORACIO MENDOZA MARTINEZ, la suma de **Doscientos veinticinco millones quinientos veintinueve mil quinientos cuarenta pesos (\$225'529.540) M.L.**

“TERCERO: Se dará cumplimiento a esta providencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

“CUARTO: Si no fuere apelada, se enviará al Consejo de Estado para que se surta el grado de Consulta.” -folios 130 a 138 cdno. Ppal.-

ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 19 de julio de 1996, el señor Horacio Mendoza Martínez, en ejercicio de la acción contractual, formuló demanda con el fin de obtener las siguientes

declaraciones y condenas -folios 1 al 13 del cuaderno principal-:

“PRIMERA: Que el MUNICIPIO DE SINCE (SUCRE) incumplió el CONTRATO DE OBRA PÚBLICA No. 07 de 28 de febrero de 1994, suscrito con mi mandante, cuyo objeto era la CONSTRUCCIÓN DE POSOS (sic) SEPTICOS, REDES Y UNIDADES SANITARIAS DEL ALCANTARILLADO SIN ARRASTRE DE SÓLIDOS (ASAS) DEL CORREGIMIENTO DE GRANADA, MUNICIPIO DE SINCE, de acuerdo a las cantidades, precios, especificaciones técnicas y demás condiciones especificadas en los pliegos de condiciones.

“SEGUNDA: Que, como consecuencia de la pretensión anterior, se condene al MUNICIPIO DE SINCE (SUCRE), a pagar a mi mandante o a quien sus derechos represente, el monto de los perjuicios de toda índole sufridos por el actor, como resultado del incumplimiento del contrato descrito en la cláusula anterior, LOS CUALES SE ACTUALIZARAN EN SU VALOR AL MOMENTO DE LA SENTENCIA O DE SU LIQUIDACIÓN INCIDENTAL, de acuerdo con las fórmulas matemáticas utilizadas por la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, LAS CUALES BUSCAN LA INDEXACIÓN DE LOS VALORES ADEUDADOS, y que comprenderán la condena al pago por concepto de PERJUICIOS MATERIALES una suma NUNCA INFERIOR A OCHENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA PESOS (\$ 88.764.870.00), conforme a lo señalado en el Acta Final de Obra de 21 de abril de 1995, y/o por lo que logre demostrarse por cualquier medio probatorio dentro del proceso.

“TERCERA: Que la entidad demandada debe dar cumplimiento a la sentencia que se dicte dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A., y reconocerá y pagará intereses en el caso que se den los supuestos del inciso final del artículo 177, ibídem en la forma y términos allí previstos.”

Como fundamento de las pretensiones narró los siguientes hechos. Que celebró con el Municipio de Sincé –Sucre- el contrato de obra pública No. 07 de febrero 28 de 1994, cuyo objeto era la “construcción de pozos sépticos, redes y unidades sanitarias del alcantarillado sin arrastre de sólidos (asas) del Corregimiento de Granada, Municipio de Sincé (Sucre)”.

Se estipuló en el contrato un valor fiscal de ciento ochenta y ocho millones setecientos treinta y seis mil cuatrocientos once pesos -\$188'736.411-. Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, el actor suscribió con la Compañía de Seguros Skandia las respectivas pólizas de cumplimiento, buen manejo del anticipo, pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones, y de estabilidad de la obra.

Durante la ejecución del contrato las partes suscribieron las siguientes actas de obra y de reajuste de las mismas: i) acta de obra No. 1, por valor de \$ 37'306.739.00; ii)

acta de obra No. 2, por valor de \$ 22'793.296.00; iii) acta de obra No. 3, por valor de \$ 19'501.814.00; iv) acta de obra No. 4, por valor de \$ 17'565.578.00; v) acta de reajuste No. 1, por valor de \$ 9'803.231.00; vi) acta de reajuste No. 2, por valor de \$ 5'989.479.00; vii) acta de reajuste No. 3, por valor de \$ 5'124.584,00; y viii) acta de reajuste No. 4, por valor de \$ 5'627.697.00.

Del acta de obra número 1, el Municipio adeuda \$2'359.214, y las demás actas no han sido pagadas. Además, de conformidad con el numeral siete de la sección IV del pliego de condiciones, el Municipio se obligó a pagar los reajustes que se causaran durante el tiempo de ejecución del contrato.

No obstante, el Municipio incumplió su obligación de pago, de forma reiterada, razón por la que el contrato se suspendió por un término de dos meses. No obstante, el actor culminó satisfactoriamente la obra contratada, lo que se acredita con el acta final de liquidación del contrato. Pese a esto, el incumplimiento del Municipio ocasionó graves perjuicios al actor.

2. Contestación de la demanda

La entidad pública no respondió la demanda.

3. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

La parte actora presentó alegatos de conclusión, y básicamente reiteró los argumentos de la demanda –fls. 124 a 126, cdno. 1-.

Por su parte, la entidad pública sostuvo que no adeudaba suma alguna al demandante, porque las partes, cuando liquidaron el contrato manifestaron que se encontraban a paz y salvo por todo concepto, y que el contratista -en la misma acta- no manifestó inconformidades.

El Ministerio Público no rindió concepto en esta instancia.

4. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Sucre profirió sentencia el 16 de febrero de 2000 –fls.

130 a 138, cdno. ppal.-. Concluyó que el Municipio de Sincé incumplió el contrato No. 07 de 1994, y por eso estaba obligado a indemnizar los perjuicios causados. Afirmó en la Sentencia:

“[R]esulta claro, que el contratista HORACIO MENDOZA MARTÍNEZ, cumplió con el objeto del Contrato de Obras Públicas No. 07, cual fue la construcción de pozos sépticos, redes y unidades sanitarias del alcantarillado sin arrastre de sólidos (asas) del Corregimiento de Granada, municipio de Sincé - Sucre, entregando la obra y recibéndola por parte del Municipio como consta en el Acta de recibo, visible a folios 72 y 73 del expediente; mientras que el Municipio de Sincé (Contratante), no cumplió su obligación, cual era la contenida en la cláusula cuarta.

“Que los valores descritos en las Actas de Obra, que a continuación se reseñan, son ciertos (...).

“Por lo tanto considera la Sala, que se deben reconocer esos valores adeudados, debidamente actualizados. Los intereses, según lo ordenado en el inciso 2º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, por cuanto no se pactaron en el contrato, suma a la que se le aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico.”

5. El recurso de apelación

La entidad pública interpuso el recurso de apelación –fls. 139 a 140, cdno. ppal.-. Solicitó revocar la sentencia, porque la decisión fue *extrapetita*, ya que condenó a pagar intereses moratorios, pese a que no fueron pedidos en la demanda, además de que constituían un doble pago, toda vez que las sumas a cancelar se habían actualizado en la misma providencia.

También consideró que el Tribunal actualizó incorrectamente las actas, porque no tuvo en cuenta que las fechas de cada una son diferentes. Agregó que el Municipio no tenía deudas con el contratista, por concepto de actualización, porque fue éste quien incumplió el contrato.

Finalmente, consideró que la condena era desproporcionada, pues no sólo supera el valor del contrato, sino que también desconoce que el Municipio pagó anticipadamente el 50% del valor del contrato, lo que generó para el contratista un enriquecimiento sin causa, y para la entidad un correlativo empobrecimiento de sus finanzas.

6. Actuación en segunda instancia

Las partes no participaron en esta instancia, pero el Ministerio Público sí emitió concepto. Solicitó modificar parcialmente la sentencia, con fundamento en las siguientes razones –fls. 154 a 163, cdno. ppal.-:

Porque había lugar a declarar el incumplimiento del contrato, a cargo del Municipio de Sincé, y a condenarlo a pagar las sumas adeudadas al contratista. Además, considera que los intereses moratorios se liquidaron mal, porque debían calcularse de acuerdo con la mora de cada una de las actas de obra o de reajuste.

Finalmente, consideró que no le asistía razón al recurrente en relación con que el fallo había sido *extrapetita*, porque el actor había solicitado la indemnización de perjuicios de toda índole.

CONSIDERACIONES

Para adelantar el estudio de los distintos temas que constituyen materia de la litis, se avanzará en el siguiente orden: i) la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo; ii) consideración sobre la acción ejercida para cobrar el capital a que se refiere el acta de liquidación; iii) las pruebas aportada al proceso y su valor probatorio; iv) el caso concreto y v) la actualización de la condena, y las costas del proceso.

1. Competencia del Consejo de Estado: Consideración preliminar sobre la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer del presente asunto, atendido el hecho de que en el contrato se pactó la *cláusula compromisoria*.

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993⁷, que prescribe que la jurisdicción que conoce de las controversias originadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la de lo contencioso administrativo.

⁷ Artículo 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

Adicionalmente, el art. 82 CCA. -modificado por el artículo 1 de la Ley 1.107 de 2006-, prescribe que esta misma jurisdicción está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. En efecto, la norma dispone:

“Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”. (Negrillas fuera de texto)

“Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.” (Negrillas fuera de texto)

Pero el primer aspecto que observa la Sala, es que en el contrato No. 07 de 1994 las partes pactaron la denominada cláusula compromisoria, en virtud de la cual se comprometieron a:

“CLAUSULA DECIMA QUINTA: CONCILIACION DE CONTROVERSIAS.- Las diferencias o controversias que surjan entre el MUNICIPIO DE SINCE y el CONTRATISTA, por concepto de la celebración, interpretación, ejecución o terminación del presente Contrato, y que no puedan ser resueltas de común acuerdo, serán dirimidas conforme al siguiente procedimiento: 15.1. Si la diferencia fuere de naturaleza técnica, contable o jurídica, podrá solicitar la intervención de árbitros a fin de que éstos diriman los conflictos contractuales presentados. 15.2.1. El respectivo laudo será proferido en derecho y el lugar

de funcionamiento del Tribunal será la ciudad de Sincelejo. El laudo arbitral será obligatorio para las partes. 15.2.2. El Tribunal estará compuesto por tres 3 árbitros, los cuales serán designados de común acuerdo por las partes. 15.2.3. Si las partes no se pusieron de acuerdo en la designación de uno o más árbitros, éstos serán designados por la Cámara de Comercio de Sincelejo y deberán ser abogados titulados. 15.3. En caso de duda sobre la naturaleza de la discrepancia entre las partes, se entenderá que ésta es de naturaleza jurídica y por consiguiente será dirimida por arbitramento. PARAGRAFO: Queda claro que las cláusulas de Terminación Unilateral y Caducidad, así como sus efectos no son susceptibles de decisión arbitral.”

En un evento similar al *sub iudice* dispuso la Sección, en la sentencia de 22 de abril de 2009, exp. 29.699 -la cual se reiterará en esta ocasión-, con ponencia de quien actúa en la misma calidad en esta providencia, que:

“En virtud de este acuerdo podría decirse, en principio, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios donde sea parte una entidad estatal, siempre que -en materia contractual, en particular- no se haya pactado la cláusula compromisoria, como ocurre en el presente caso, en virtud de la cual las partes acuerdan no acudir a dicha jurisdicción para dirimir sus eventuales conflictos, para concurrir, en su lugar, a la justicia arbitral.

“En efecto, es claro -tanto en la doctrina como en la jurisprudencia-, que la cláusula arbitral -así como el compromiso-, producen falta de jurisdicción de la justicia ordinaria para decidir un conflicto, pues el efecto natural de dicho pacto es excluir a las partes de la justicia que la ley asignó anticipadamente para resolver las diferencias que surjan entre los contratantes.

“No obstante, una increíble cualidad del derecho, donde la autonomía de la voluntad juega un papel decisivo, y que se expresa en una materia signada y caracterizada por las normas de orden público, tiene que ver con la posibilidad de las partes de un contrato de renunciar a la justicia común, para entregarse a una justicia especial. Cuando esto ocurre el juez competente pasa a ser el arbitral y deja de serlo, en condiciones normales, la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

“A juzgar por estas ideas, se tendría que declarar la nulidad de todo lo actuado en esta instancia, por falta de jurisdicción, toda vez que la cláusula... del contrato dispuso que cualquier diferencia que surgiera entre las partes sería dirimida por un

tribunal de arbitramento, y resulta que en este caso la demanda se presentó y tramitó hasta esta instancia en la justicia administrativa.

“Sin embargo, la Sala recuerda que en situaciones como estas la jurisprudencia ha establecido que aun cuando se haya pactado una cláusula compromisoria en un contrato estatal, si las partes acuden -pese al pacto- a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se entiende que renuncian a la cláusula arbitral o al compromiso, y por ende la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede asumir competencia.

“A esta actitud silenciosa, pasiva o tácita que asumen las partes en el proceso, es decir, al hecho de que una de ellas presente la demanda y la otra asista al proceso sin excepcionar la falta de jurisdicción, la jurisprudencia le ha asignado el efecto de derogar la cláusula arbitral. En otras palabras, se trata de la asignación de un efecto al silencio de las partes, atribuyéndose a su conducta y a su comportamiento el efecto de derogar la cláusula arbitral, para retornar al juez natural.

“Esta tesis fue expuesta, la primera vez, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de abril de 1992 –MP. Eduardo García Sarmiento. Actor: Transportes Guasca Ltda.- allí se señaló que:

‘De acuerdo con el citado artículo 2 del Decreto 2279 de 1989, la cláusula compromisoria, como un acuerdo privado entre las partes, puede ser modificada por éstas en la misma forma que para su establecimiento, esto es por escrito. Por lo tanto el demandante expresó su voluntad en el escrito de demanda al formular las pretensiones relacionadas con el contrato de sociedad y las demandadas la suya con el escrito de contestación y no proponer oportunamente la excepción previa configurada por dicha cláusula compromisoria.

‘De esta manera el fundamento de la nulidad que alegan las recurrentes carece de sustento legal, por cuanto se basa en la existencia de la cláusula compromisoria y se dijo arriba que esa cláusula le da derecho al demandado para proponer la correspondiente excepción previa que, al no proponerla, no puede, según el mencionado artículo 10º0 (sic), alegarla como causal de nulidad.

‘De modo que, en este caso no se trata en verdad de falta de jurisdicción sino de que habiendo acordado las partes que las diferencias con ocasión del mencionado contrato de sociedad las someterán a árbitros, de sus efectos podían separarse, como así lo hicieron, la sociedad al presentar el escrito de demanda y las demandadas al contestar por escrito y no proponer la excepción previa que podían alegar oportunamente.

‘Así como la voluntad unánime de las partes puede apartarse del cauce personal de solución de los conflictos jurídicos, la misma aun tácitamente expresada pero ciertamente concorde, puede separarse de lo que antes conviene. Inclusive estando constituido el Tribunal de arbitramento las partes pueden de común acuerdo terminarlo como expresa el artículo 43 del citado Decreto 2279, cuando prevé la cesación de sus funciones “por voluntad de las partes.”⁸

“Obsérvese que en esa ocasión la parte demandada contestó la demanda, pero no alegó la falta de jurisdicción, de manera que entendió la Corte Suprema que su silencio ‘equivale’ a aceptar la jurisdicción ordinaria, o lo que es lo mismo, que renunció a la justicia arbitral.

“Esta postura es producto de la inferencia judicial, pues es claro que la cláusula arbitral existía en el contrato, pero la Corte Suprema dispuso que la conducta procesal asumida tuvo el efecto de derogar dicho pacto. Es más, señaló que fueron las partes quienes por escrito modificaron la cláusula arbitral, pues la demanda es el escrito de una de las partes del contrato y la contestación el de la otra, con lo cual quedó modificado el pacto, ‘de la misma forma en que lo habían hecho’.

“El problema que queda latente, entre muchos otros que supone asumir esta postura, es ¿qué pasa en caso de que una de las partes del contrato demande –existiendo cláusula arbitral-, pero la otra no conteste la demanda ni actúe en el proceso?

“La argumentación que se viene de reseñar ciertamente carece de justificación para esta hipótesis, no obstante, la misma Corporación resolvió un caso como el planteado y dispuso que la falta de respuesta a la demanda, o en forma extemporánea, también equivale a la renuncia tácita de la cláusula arbitral:

‘... aunque cierto es que en una época se concluyó que para derogar el pacto compromisorio las partes debían suscribir otro documento “de la misma naturaleza en que se consignó dicho pacto”, sin que por ello el silencio pudiese surtir igual efecto (Sent. 17 abril de 1969), posteriormente esta misma corporación, en fallo proferido el 22 de abril de 1992, consideró que la conducta procesal de los contratantes también puede ser, en un momento dado, signo evidente, si no de una derogatoria general que extienda sus efectos a todos los procesos futuros que puedan llegar a presentarse, sí por lo menos de una ineficacia sobreviniente y aceptada

⁸ Tesis reiterada en otra sentencia de la Sala de Casación Civil, del 17 de junio de 1997 –MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss-.

de común acuerdo, circunscrita en sus efectos al respectivo proceso en curso.

‘Se entendió, entonces, que el acto contentivo de ese abandono de la cláusula compromisoria frente a una controversia dada, lo expresan en su conjunto la demanda y su contestación, **para admitir, por ende, el silencio sobre el particular como categórica muestra de una virtual renuncia a hacer uso del pacto arbitral**, apreciación que debe repetirse en el presente caso en el que se cuenta con la demanda respectiva, específicamente encaminada a provocar un pronunciamiento de la jurisdicción ordinaria, y en el que, aunque la excepción previa fundada en la cláusula compromisoria, se presentó por fuera del término previsto por la ley, **es lo cierto que la sociedad demandada fue notificada en legal forma y del silencio que guardó durante el traslado de ley, no queda alternativa distinta a inferir su consentimiento en orden a que el conflicto suscitado se ventile en ese orden jurisdiccional y, por lo tanto, fuera del marco procesal propio del arbitramento.**

‘Salta a la vista, en consecuencia, el desacierto de la censura cuando pretende que se declare la nulidad del proceso o, en su defecto, se tenga por probada de oficio la excepción previa de cláusula compromisoria, toda vez que, respecto a la primera hipótesis, no puede ser nulo un proceso en el que las partes, tácitamente, consintieron la actuación ante la jurisdicción ordinaria, lo que deja por fuera también la posibilidad de que opere entonces la pretendida excepción o que se configure la ocurrencia de un error probatorio de hecho derivado de no haber visto el sentenciador la estipulación contractual en que ella se funda y dotado de la necesaria trascendencia decisoria, toda vez que aun cuando llegare a admitirse que en realidad de verdad el Tribunal incurrió en la falta de observación que le imputa el recurso en el tercero de los cargos formulados -cosa que apenas cabe plantear como simple conjetura-, ninguna incidencia había podido tener desacierto semejante en el resultado final del pleito pues por voluntad de los contratantes, partes en el litigio, **la susodicha cláusula arbitral quedó sin efectos en el presente caso.**⁹ (Negritillas fuera de texto)

“Esta posición, decididamente, se dirige a mantener la jurisdicción del supuesto específico en la justicia ordinaria, pese a que en el caso concreto se contestó la demanda –pero de manera extemporánea- aduciendo la falta de jurisdicción. Se señaló que por no haberse alegado en tiempo oportuno al haberse notificado la demanda, se admitió en consecuencia la jurisdicción civil y se desistió de la arbitral.

“Esta postura es aún más rígida y dura que la asumida en la primera sentencia citada, pues en esta ocasión, a la falta de contestación de la demanda, se le dio el mismo efecto admisorio de la jurisdicción, como cuando se contesta pero no se alega la falta de jurisdicción.

⁹ Sentencia proferida el 17 de junio de 1997, expediente 4781, Corte Suprema de Justicia.

“Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, también se ha referido a este aspecto. Así, por ejemplo, en la sentencia de 16 de junio de 1997 –exp. 10.882- señaló que:

‘Al haber acudido la sociedad contratista ante la jurisdicción contencioso administrativa en demanda de nulidad de las decisiones unilaterales de la entidad contratante de que trata este proceso, y pedir que como consecuencia de ello se declare el incumplimiento del contrato por parte de la demandada y se ordene la indemnización de los perjuicios ocasionados, no es posible escindir el conocimiento de las causas asignadas por la ley, en atención al principio de plenitud e integridad de la jurisdicción y de la competencia.

‘De tal manera, sería inadmisibles declarar la nulidad de los actos acusados y abstenerse de resolver sobre las peticiones consecuenciales, las cuales se encuentran en evidente relación lógica, bajo el argumento de que su conocimiento es de competencia de una institución contractual de naturaleza y carácter excepcional, y además meramente facultativa de las partes.’

“Luego, la misma Sección, en auto de marzo 19 de 1998 –exp. 14.097- señaló que cuando las partes de un contrato con cláusula arbitral acuden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se entiende que tácitamente renuncian a la jurisdicción extraordinaria, pues el demandante expresa dicha intención al presentar la demanda y el demandado al no proponer oportunamente la excepción de falta de jurisdicción. En este sentido, indicó que:

‘Aplicados los razonamientos anteriores al caso sub-judice, **se tiene que la parte actora al instaurar la presente demanda renunció tácitamente a acudir ante un tribunal de arbitramento con el fin de dirimir cualquier conflicto que se suscitara en la ejecución del contrato No. 430 de 28 de diciembre de 1994, lo mismo sucedió con la parte demandada ya que en la oportunidad pertinente no propuso la excepción de cláusula compromisoria.**

‘Si las partes renunciaron en forma tácita a hacer uso de la cláusula compromisoria, no puede la parte demandada proponerla como incidente de nulidad fuera del término que la ley le otorga para contestar la demanda y proponer las excepciones a que haya lugar.’ (Negrillas fuera de texto)

“Obsérvese un dato interesante en esta decisión. La Sala señaló que sólo existe un momento oportuno para alegar la falta de jurisdicción –al contestar la demanda-. De manera que con posterioridad no es posible proponerla, como de hecho trató de hacerlo el demandado en el caso concreto.

“Esta línea de pensamiento se itera el 4 de octubre de 2003, por parte de la Sección – exp. 10.883-. Se dijo allí que:

“En la cláusula décima novena del contrato 048 de 1987, celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano y el Consorcio Rómulo Tobo Uscátegui - Luis Antonio Mancilla González, se dispuso que las divergencias que se suscitaran en relación con el mismo y que paralizaran o perturbaran la ejecución de las obras se someterían a la decisión de árbitros.

“Con fundamento en la existencia de la citada cláusula compromisoria el Tribunal se inhibió para pronunciarse respecto de las pretensiones formuladas en el tercer proceso acumulado, con el objeto de que se declarara que el IDU había incumplido el contrato y que se habían presentado circunstancias que determinaron el rompimiento del equilibrio financiero.

“La Sala considera que es competente para decidir las citadas pretensiones toda vez que con la presentación de la demanda y la contestación de la misma las partes renunciaron a someter el litigio a un tribunal de arbitramento; esto es, prescindieron de la utilización de la cláusula compromisoria.

(...)¹⁰

“De acuerdo con el citado artículo 2 del Decreto 2279 de 1989, la cláusula compromisoria, como un acuerdo privado entre las partes, puede ser modificada por éstas en la misma forma que para su establecimiento, esto es por escrito. Por lo tanto el demandante expresó su voluntad en el escrito de demanda al formular las pretensiones relacionadas con el contrato de sociedad, y las demandadas la suya con el escrito de contestación y no proponer oportunamente la excepción previa configurada por dicha cláusula compromisoria.

(...)

“Aplicados los razonamientos anteriores al presente caso, se tiene que la parte actora, al instaurar la demanda, renunció tácitamente a acudir ante un tribunal de arbitramento. Lo mismo sucedió con la parte demandada, dado que, en la oportunidad pertinente, no propuso la excepción de cláusula compromisoria. Debe concluirse, por lo tanto, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer del proceso y resolver, en consecuencia, todas las pretensiones objeto de las demandas formuladas.” (Negrillas fuera de texto)

“Esta tesis se reiteró íntegramente en la sentencia de 26 de febrero de 2004 –exp. 25.094- donde la Sección señaló que, efectivamente, se entiende que se renuncia a la cláusula arbitral cuando una de las partes del contrato demanda y la otra contesta sin alegar la excepción de falta de jurisdicción:

¹⁰ Ver, entre otras, sentencias del 16 de junio de 1997, expediente No. 10882, y del 29 de enero de 1998, expediente No. 13070. Ver también auto del 19 de marzo de 1998, expediente 14.097.

‘Alega el recurrente que la cláusula compromisoria es inexistente porque fue rescindida por las partes cuando la señora Ortiz Uribe presentó demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa y la sociedad demandada no la contestó oportunamente.

(...)

‘1.1. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 97 del CPC ¹¹ la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia explicó que cuando se pacta una cláusula compromisoria y a pesar de ella una de las partes presenta demanda ante el juez estatal, le queda al demandado la posibilidad de excepcionar la existencia de la cláusula compromisoria, para impedir el trámite del proceso ante un juez distinto al tribunal de arbitramento.

‘Precisó además ¹² que si el demandado no alega la cláusula compromisoria, mediante la utilización de esa herramienta legal debe interpretarse su comportamiento en el sentido de que, al igual que el demandante, renunció a someter el concreto litigio al tribunal de arbitramento, perdiendo así la posibilidad de invocar, con posterioridad, la nulidad del proceso por falta de jurisdicción.

(...)

‘La Sala acogió la doctrina de la Corte Suprema de Justicia y en no pocas providencias ¹³ ha considerado la ineficacia de la cláusula compromisoria para el caso particular, cuando la parte demandada no alega oportunamente la existencia de la cláusula compromisoria.

‘La doctrina ha resaltado la condición de que el demandado invoque la existencia de la cláusula compromisoria para sustraer del conocimiento del juez estatal el asunto, en desarrollo del principio dispositivo que rige el arbitraje.’

“En esta ocasión, la Sala calificó la actitud de la parte demandada -quien no alegó la existencia de la cláusula compromisoria-, como una ‘renuncia’ a ella, de manera que se trata de una variante conceptual del tema, pues en las providencias anteriores se ha hablado de que dicha actitud equivale a una ‘derogación’ o ‘modificación’ de la cláusula arbitral, en virtud de un nuevo acuerdo de voluntades, proveniente de la demanda y la contestación.

¹¹ Cabe precisar que el Código Contencioso Administrativo, al regular los recursos que proceden contra el auto de rechazo de la demanda, en única o en dos instancias, señaló en el último inciso del artículo 143 que *“Los recursos podrán fundarse también en las causales de que trata el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil”*.

¹² Así lo manifestó en sentencia proferida el 22 de abril de 1992, expediente S 128, recurrente: Mercedes Cortes de Rodríguez y otra.

¹³ Ver, entre otras, sentencias del 16 de junio de 1997, expediente No. 10882, y del 29 de enero de 1998, expediente No. 13070 y auto del 19 de marzo de 1998, expediente 14.097.

“En una situación similar a la del caso concreto –es decir, a la que interesa en esta oportunidad-, se encontró que la parte demandada no contestó la demanda, ante lo cual la Sección señaló -sentencia de marzo 18 de 2004, exp. 15.936-:

‘Que el demandante hubiera iniciado el trámite arbitral con el fin de que le fueran reconocidos los perjuicios causados por el municipio con la declaratoria de caducidad del contrato, no implica la incompetencia de esta jurisdicción para conocer de esa controversia, como lo sugiere el Ministerio Público, por cuanto la sala ha señalado que cuando las partes acuden a esta jurisdicción y desconocen la existencia de la cláusula compromisoria o del compromiso se presenta la renuncia tácita a ese acuerdo. La renuncia tácita se presenta para la parte demandante cuando presenta la demanda ante el juez del contrato y para la parte demandada, cuando guarda silencio y no propone la excepción de compromiso¹⁴.

‘Además de existir una decisión sobre los mismos, ya fuera el resultado de un acuerdo conciliatorio o de un laudo arbitral, no fue alegado en el proceso por la entidad demandada, razón por la cual la sala no puede afirmar que existe un pronunciamiento sobre dichos perjuicios, no obstante, la intención que se conoció de las partes de quererlos valorar económicamente ante un tribunal de arbitramento.’

“Uno de los aspectos especialmente valiosos de esta providencia fue que aplicó los mismos efectos de la falta de contestación de la demanda –es decir, la renuncia a la cláusula arbitral- a los considerados ante la contestación pero sin alegación de la excepción de falta de jurisdicción. Es decir, que estimó que también en esos casos se entiende que renuncia a la jurisdicción excepcional.

“Finalmente, en la sentencia de 16 de marzo de 2005 –exp. 27.934- la Sala reiteró que si era notificado el demandado y no alegaba la falta de jurisdicción, se entendía que renunciaba a la cláusula arbitral. No obstante, en esta ocasión se analizó un evento poco usual: Resulta que el demandante, en la demanda advirtió que con dicha acto procesal no renunciaba a la cláusula arbitral, pues sólo actuaba de este modo para evitar que caducara la acción. Frente a esta situación señaló la Sala que:

‘Sin embargo aunque en principio, como se ha explicado, esa cláusula es indicadora de que al momento en que las pactaron las partes desplazaron el conocimiento de las controversias transigibles al conocimiento de árbitros, lo cierto es que la presentación de la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa por una de esas partes contratantes, es expresión de su renuncia tácita a dicha cláusula arbitral -salvo que se dijese no se renuncia en forma expresa- y que si notificado el demandado no reprocha la

¹⁴ Sentencia del 19 de marzo de 1998, Exp. 14.097.

jurisdicción, tal circunstancia sería conclusiva de que ambos sujetos consintieron, mutuamente, en desistir de su propio pacto, de “cláusula arbitral”; “el contrato es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’ (art. 1.602 C. C.)

‘En consecuencia como el demandante dijo expresamente no renunciar a la cláusula compromisoria y, en consecuencia, al estar vigente la derogatoria del juez natural para conocer del litigio, habrá de confirmarse el rechazo que de la demanda hizo el Tribunal; se comparten todas sus apreciaciones.’

“Una valoración de las distintas posturas, coincidentes por demás, permite llegar a las siguientes conclusiones:

“De un lado, se tiene que en aquellos supuestos en que un contrato estatal contemple una cláusula arbitral, esto no impide a las partes acudir a la justicia administrativa, para que dirima el conflicto que antes deseaban resolver ante la justicia arbitral. Para estos efectos es posible: i) suscribir un nuevo acuerdo derogando la cláusula arbitral o, simplemente, ii) demandar ante la justicia administrativa y también dejar de contestar la demanda o contestarla sin proponer la excepción de falta de jurisdicción.

“De otro lado, y en el sentido del segundo supuesto analizado, se entiende que cuando no se alega la falta de jurisdicción las partes renuncian a la justicia arbitral, reasumiendo la jurisdicción de lo contencioso administrativo la facultad para conocer del conflicto. En este evento, el silencio de la parte demandada puede provenir de una de estas dos conductas posibles: i) contestar la demanda sin proponer la excepción correspondiente o ii) abstenerse, incluso, de contestar la demanda, y de intervenir en el proceso, comportamiento que hace entender que también renuncia a la justicia arbitral.

“Aplicadas estas ideas al caso concreto, encuentra la Sala que la parte demandante, con conocimiento, desde luego, de que había pactado una cláusula arbitral en el contrato, presentó la demanda ante esta jurisdicción, actitud que, se reitera en esta ocasión, equivale a renunciar, de su parte, a la justicia especial, para regresar a la administrativa.

“De otro lado, la entidad demandada no contestó la demanda, de manera que dejó pasar la oportunidad para proponer -si a bien lo quería-, la excepción de falta de jurisdicción, comportamiento que para la Sala equivale a renunciar a la cláusula arbitral, pues teniendo la oportunidad para excepcionar no lo hizo.”

En estos términos, existe jurisdicción para resolver el litigio propuesto por la parte actora, el cual se analizará a continuación.

2. Consideración sobre la acción ejercida para cobrar el capital a que se refiere el Acta de liquidación.

La *causa petendi* de la demanda radica en el incumplimiento del contrato de obra que el actor le imputa a la entidad, pese a que él cumplió sus obligaciones, pero aquella no le pagó el valor total del contrato –según las actas de obra y de reajuste a las mismas–.

En efecto, en el acta de liquidación -suscrita por el contratista y el alcalde del municipio de Sincé-, se declara que la *"total deuda actas más reajustes provisionales"* en favor del contratista equivale a \$88'764.870, valor que precisamente éste reclama. Ahora, de tiempo atrás la Sala ha sostenido que los documentos contractuales -como el acta de liquidación bilateral- que reconocen créditos a favor de una u otra parte del contrato, y que cumplen con las exigencias que el Código de Procedimiento Civil establece para los títulos ejecutivos, prestan mérito ejecutivo a través del proceso ejecutivo que regula el mismo código.

Y es claro que las pretensiones de la demanda se dirigen a cobrar esta suma de dinero, lo que perfectamente pudo hacerse a través de un proceso ejecutivo, porque el documento reúne las condiciones de aquellos que prestan ese mérito; no obstante, la Sala considera que esto no es óbice para que la parte del contrato ejerza la acción contractual –que se tramita como un proceso ordinario de conocimiento-, siempre que las pretensiones se formulen en la forma que corresponde a esta clase de proceso. Nada se opone a ello.

Esta conclusión también tiene apoyo en el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, cuando quiera que el actor confunda la acción judicial con la cual accede al juez, pero siempre que las pretensiones –entre otros requisitos de la demanda- se ajusten a la acción que corresponde, de manera que se cumpla con lo que exige la ley. Así, por ejemplo, si se ejerce la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se debió ejercer la contractual, siempre que las pretensiones se ajusten a la que correspondía, se ha hecho

prevalecer el derecho sustantivo, porque al fin y al cabo ambas acciones se tramitan a través del proceso ordinario. Lo propio acontece en el caso concreto.

3. Las pruebas aportadas al proceso y su valor probatorio.

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo señala que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil¹⁵. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también parte de la filosofía que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad.

Bajo esta perspectiva, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 CPC.¹⁶, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 CPC. regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original, en los siguientes eventos: i) cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada, ii) cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y iii) cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir, el expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención –art. 251 CPC.–, se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 CPC.

¹⁵ Art. 168 CCA.: “PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”

¹⁶ Art. 253 CPC.: “Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada -al tenor de lo dispuesto en el aludido art. 252 CPC.- se reputará auténtico en los siguientes casos: i) cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; ii) cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; iii) cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; iv) cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y v) cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso. En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, puntualizó:

“El artículo 25 citado se refiere a los “**documentos**” y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio, las normas acusadas versan sobre las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.

“Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.

“De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

“En tratándose de **documentos originales** puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.”

Con fundamento en lo anterior, y antes de considerar el recurso de apelación propuesto, se requiere examinar las pruebas aportadas al proceso, para establecer su autenticidad y, por ende, realizar el respectivo juicio de legalidad; de esta forma se relacionan a continuación los documentos aportados y su respectiva calificación probatoria:

3.1. *Originales y copias auténticas.* Los siguientes documentos fueron aportados en original o en copia auténtica, razón por la que serán valorados:

- El contrato de obra pública número 07 de 1994, suscrito por el Alcalde Municipal de Sincé y por el señor Horacio Mendoza Martínez, el día 28 de febrero de 1994, del cual se destacan las siguientes cláusulas:

“CLAUSULA SEGUNDA: OBJETO.- 2.1. El objeto del presente contrato es la CONSTRUCCIÓN DE POZOS SEPTICOS, REDES Y UNIDADES SANITARIAS DEL ALCANTARILLADO SIN ARRASTRE DE SOLIDOS (ASAS) DEL CORREGIMIENTO DE GRANADA, MUNICIPIO DE SINCE, Departamento de Sucre; en las cantidades, precios, especificaciones técnicas y demás condiciones especificadas en los pliegos de condiciones (...).

“CLAUSULA TERCERA: VALOR.- 3.1. El valor definitivo del presente contrato será el resultado de multiplicar las cantidades de suministros entregados por sus precios unitarios y/o globales y las cantidades de obra efectivamente ejecutadas, por los precios unitarios y/o globales, así como por las tarifas establecidas para cada ítem. 3.2. Para efectos fiscales el valor del presente contrato es la suma de CIENTO OCHENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS ONCE PESOS M. CTE. (\$ 188'736.411.00).

“CLAUSULA CUARTA: DURACION.- La duración total del presente contrato es de cinco (5) meses, contados a partir de la fecha en que el MUNICIPIO DE SINCE imparte al CONTRATISTA la orden de iniciación de la obra contratada, que se dará una vez perfeccionado este contrato.
“(...)”

- El acta de suspensión de la obra, suscrita por el Alcalde de Sincé y por el contratista, el 28 de noviembre de 1994, en la que se expresó como motivo de la misma la falta de dinero del Municipio para concluir la obra. Además, el Municipio se comprometió a asumir los gastos que ocasionara la suspensión –fl. 64, cdno. 1-.

- Oficio remitido por el señor Horacio Mendoza Martínez a la “*Gerencia de Proyectos ASAS - Granada*”, el 7 de diciembre de 1994, en el que informa que se encuentra en disposición de terminar la obra, una vez el Municipio le cancele el acta de obra No. 1, y le sitúe en la localidad de Granada los materiales que el Municipio se obligó a suministrar –fl. 65, cdno. 1-.

- Oficio remitido por el contratista a la Ingeniera Mayra Marrugo, con el cual envía la programación de actividades pendientes de ejecutar, e informa que se encuentra pendiente de recibir los materiales por parte del Municipio –fls. 69 a 70, cdno. 1-.
- Acta de obra No. 4, por valor de \$ 17'565.578.00, la cual se encuentra fechada el día 20 de abril de 1995, y suscrita por el contratista y por la señora Mayra Marrugo R. –por parte de la Gerencia de Proyecto-. Esta acta no tiene el sello de recibido del Municipio –fl. 45, cdno. 1-.
- Acta de liquidación final del contrato No. 07 de 1994, firmada por el contratista, el Alcalde y la señora Mayra Marrugo –Gerencia de Proyecto-, el día 21 de abril de 1995. Se dejó consignado que el valor de la obra ejecutada ascendió a \$191'535.630,36, también se relacionaron las actas de obra y de reajuste, se anotaron los pagos efectuados por el Municipio y se dejó constancia de que la liquidación arrojaba un saldo a favor del contratista de \$88'764.870.00 –fls. 72 a 73, cdno. 1-.

3.2. *Copias simples.* Se aportaron varios documentos en copia simple, y de conformidad con lo anotado anteriormente carecen de valor probatorio¹⁷.

¹⁷ Los siguientes documentos fueron aportados en copia simple por el apoderado de la parte demandante:

- Documento que dice o pretendía ser una “póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades nacionales, Departamentales, Distritales, Municipales, Intendenciales y comisariales” por medio de la cual supuestamente se habrían amparado las obligaciones surgidas del contrato número 07 de 1994 (folios 30 al 35 del primer cuaderno).
- Aparente cuenta de cobro del valor del anticipo del 50% del contrato de obra pública No. 07 de 1994, por valor de \$ 94'368.206.00 (folio 36 del primer cuaderno).
- Supuesto comprobante de pago del anticipo, el cual en apariencia habría expedido el Municipio de Sincé el día 27 de abril de 1994 (folio 37 del primer cuaderno).
- Documento que en apariencia contiene la factura número 001, la cual habría sido expedida por el contratista por concepto del acta de obra número 1, por valor de \$ 37'306.739.00 y que se habría fechado el 15 de agosto de 1994 (folios 38 y 39 del primer cuaderno).
- Aparente factura número 002, la cual en apariencia habría sido suscrita por el señor Horacio Mendoza Martínez, por concepto del acta de obra número 2, por valor de \$ 22'793.296.00 y que se encontraría calendarada el 30 de septiembre de 1994 (folios 40 y 41 del primer cuaderno).
- Supuesta factura número 003, en apariencia expedida por el señor Horacio Mendoza Martínez, por concepto del acta de obra número 3, por un valor de \$ 19'501.814.00 y que se habría expedido en octubre 31 de 1994 (folios 42 y 43 del primer cuaderno).

4. El caso concreto

La entidad pública fue quien interpuso el recurso de apelación, con el propósito de que se revoque la sentencia, porque la decisión del *a quo* es *extrapetita*, ya que la condenó a pagar intereses moratorios, pese a que no fueron pedidos por el actor.

También consideró que el Tribunal efectuó una incorrecta actualización de las actas, porque no tuvieron en cuenta que las fechas de cada una eran diferentes. Agregó que el Municipio no adeudaba al contratista suma alguna por concepto de actualización,

- Documento que aparenta contener la factura número 004, que habría expedido el señor Horacio Mendoza Martínez, por concepto del acta de obra número 4, por valor de \$ 17'565.578.00 y que se habría fechado el 13 de junio de 1995 (folio 44 del primer cuaderno).

- Oficio que en apariencia habría sido suscrito por la señora Martha Dávila Pérez, supuesta consultora del "*programa Holanda-Pas*", en el cual le habría manifestado al Alcalde Municipal de Sincé, que el programa sólo efectuaría desembolsos cuando el Municipio solucionara los problemas que tenía el contrato (folios 46 y 47 del primer cuaderno).

- Supuesto oficio que el contratista habría enviado al Alcalde Municipal de Sincé, en el cual en apariencia le hizo una relación de las facturas correspondientes a los contratos números 06 de 1993 y 07 de 1994 (folio 48 del primer cuaderno).

- Aparente oficio que habría enviado la señora Martha Dávila Pérez –supuesta consultora del *programa Holanda-Pas*, en el cual le dijo al Municipio que cumpliera con los compromisos asumidos respecto de la construcción del acueducto de la localidad de Granada, de conformidad con una aparente reunión celebrada entre el contratista, el Alcalde y la consultora, cuya acta se habría adjuntado al oficio (folios 52 a 54 del primer cuaderno).

- Supuesto oficio que el señor Horacio Mendoza Martínez habría remitido al Alcalde Municipal de Sincé y en el cual en apariencia le reclama el pago de las facturas pendientes de cancelar por parte del Municipio (folio 55 del primer cuaderno).

- Aparente cuenta de cobro que el contratista habría enviado el Municipio de Sincé el 20 de febrero de 1995, por unos supuestos reajustes por valor de \$ 9'803.231.00 (folios 56 y 57 del primer cuaderno).

- Documento que en apariencia contiene el acta de reajuste número 2 – provisional, por valor de \$ 5'989.479, la cual se encontraría calendada el 20 de febrero de 1995 (folio 59 del primer cuaderno).

- Supuesta cuenta de cobro correspondiente al acta de reajuste número 3, por valor de \$ 5'124.564.00, que en apariencia se habría elaborado por el contratista el 20 de febrero de 1995 (folios 61 y 62 del primer cuaderno).

- Aparente oficio remitido al contratista por el señor José Enrique Rizo Pombo, el día 10 de marzo de 1995, en el cual supuestamente le habría informado que el Municipio había situado los materiales en la localidad de Granada y que, por esa razón, debía reiniciar la obra (folio 51 del primer cuaderno).

- Aparente acta de reajuste provisional número 4, por valor de \$ 5'627.696,65, que en apariencia se habría firmado el 26 de abril de 1995 por el contratista y la señora Mayra Marrugo, a nombre de "*Gerencia de Proyecto*" (folio 63 del primer cuaderno).

porque fue éste quien incumplió el contrato.

Finalmente, consideró que la condena era desproporcionada, porque no sólo superaba el valor del contrato, sino porque desconoció que el Municipio pagó el 50% del valor del contrato de manera anticipada, razón por la que generaba para el contratista un enriquecimiento sin causa, y para la entidad un correlativo empobrecimiento de sus finanzas.

4.1. Análisis sobre la declaración de incumplimiento del contrato, por la falta de pago del capital adeudado.

La Sala confirmará la providencia apelada, por este aspecto por lo pronto, porque no hay duda de que la entidad estatal debe el capital reclamado por el actor -es decir, la suma de \$88'764.870-, y porque está demostrado que la entidad no lo pagó.

La prueba del crédito a favor del actor es irrefutable: consta en el acta de liquidación del contrato, donde las partes expresaron -luego de hacer el balance sobre la “obra ejecutada”, los “valores recibidos por el contratista”, los valores “cancelados al contratista”, la “deuda total al contratista por actas de obra”, y la deuda por actas de “reajuste”- que aún no se ha cancelado: “TOTAL DEUDA ACTAS MÁS REAJUSTES” la suma \$88'764.870.

Por eso no tiene razón el apelante, al decir en los alegatos de conclusión de primera instancia que las partes se declararon a “paz y salvo” en esta acta de liquidación, pues claramente se declaró que existe un crédito a favor del contratista y a cargo de la entidad. En estos términos, carece de sentido la apreciación de la entidad, porque es evidente el reconocimiento del crédito -por parte del Municipio-, de manera que la jurisprudencia que en su defensa invoca el actor, y que dispone que cuando las partes se declaran a paz y salvo -o cuando no se dejan constancias- no procede reclamación judicial, carece de justificación en esta ocasión¹⁸, por lo clara y expresa que es el acta donde se declaró la deuda.

¹⁸ En la sentencia de marzo 5 de 2008 -exp. 16.850- explicó al Sala sobre este tema: “En este orden de ideas, es correcto afirmar, como lo ha hecho esta Sala, que:

“i) Para demandar es necesario que las partes hayan dejado constancias en el acta de liquidación, si ésta se hizo de manera bilateral. Esta exigencia de procedibilidad de la acción contractual es exigible también del Estado, no sólo del contratista.

Definido que sí procedía la demanda para reclamar el pago, la Sala encuentra, a continuación, que la entidad no demostró la solución del crédito, por varias razones: i) porque a ella le correspondía acreditar ese hecho, mediante la prueba del pago, lo cual no hizo; y ii) porque en los alegatos de conclusión de primera instancia la propia

“Sin embargo, este supuesto tiene un matiz que lo hace razonable. Para exigir que las partes no se puedan demandar mutuamente, los hechos que sirven de fundamento a la reclamación debieron existir a más tardar para el momento de la suscripción del acta de liquidación, o proyectarse desde allí hacia el futuro, de manera que se pueda suponer que ellas realmente están disponiendo de sus derechos y obligaciones de manera clara y libre.

“Pero si la causa de la reclamación o demanda obedece a circunstancias posteriores y desconocidas para las partes, al momento de firmar el acta, es lógico que puedan reclamarse jurisdiccionalmente los derechos en su favor, pues en tal caso desaparece el fundamento que ha dado la Sala para prohibir lo contrario, es decir, que allí no se afectaría el principio de la buena fe contractual, con la cual deben actuar las mismas al momento de acordar los términos de la culminación del negocio, pues no existiendo tema o materia sobre la cual disponer –renuncia o reclamo–, mal podría exigirse una conducta distinta.

“Así, por ejemplo, es claro que un problema de estabilidad en la obra lo podrá exigir la entidad estatal del contratista después de suscrita el acta de liquidación, pues si al momento de firmarla los bienes se comportaban técnicamente bien no habría razón para dejar constando que estaban mal. Pero si un año después falla la obra, es perfectamente posible que se haga el reclamo judicial, sin que el acuerdo de entrega a satisfacción exonere al contratista de la ocurrencia de hechos posteriores que lo hagan responsable de sus actos.

“Del mismo modo aplica la solución si la situación es la inversa. Es decir, sirviéndose del caso concreto, si el contratista recibe un daño del Estado, por un hecho posterior al acta de liquidación bilateral, debe permitírsele reclamarlo. De lo contrario se negaría silenciosamente el derecho de acceso a la administración de justicia. Es el caso de la demora del Departamento en la recepción de las máquinas. En tal situación, si la entrega no se hizo al momento de la liquidación, sino después, ¿por qué razón se debía reclamar por un daño que no existía ni era previsible que ocurriera?

“Otra cosa sería si en este proceso el contratista reclamara el pago de arrendamiento de un predio y de los salarios del celador que cuidaba la máquina, por un período anterior al acta de liquidación, evento en el cual el contratista debió dejar constando este hecho en el acta. Sin embargo, en el caso concreto se reclama por el período subsiguiente a dicha fecha, porque el Departamento no recibió la maquinaria, y esto no se lo esperaba el contratista, según su versión de los hechos.

“ii) De otro lado, si la liquidación del contrato fue unilateral, el contratista queda en libertad de reclamar por cualquier inconformidad que tenga con ocasión de la ejecución del negocio.

“No obstante, la entidad pública no puede actuar del mismo modo, pues ella, al haber tenido el privilegio de liquidar, queda atada a sus planteamientos, de manera que no puede, posteriormente, agregar reclamos al contratista que no consten en el acto administrativo expedido, debiendo ceñirse a lo dicho en éste.

“iii) Si el negocio no se liquidó, ni bilateral ni unilateralmente, las partes pueden demandarse mutuamente, con absoluta libertad en la materia, pues ninguna restricción opera en este supuesto.

“En conclusión, aplicadas las anteriores ideas al caso concreto, le asiste la razón al recurrente por cuanto este no podía ser el motivo por el cual *a quo* negara las súplicas de la demanda. Por el contrario, sí era posible demandar como se hizo, de manera que la Sala revocará la decisión, por las razones expuestas.”

entidad sostuvo que no adeudaba nada, porque en el acta de liquidación constaba eso. Este argumento es inaceptable para la Sala, según se analizó antes. En otras palabras, el municipio no afirmó que hubiera pagado el saldo; por el contrario, sostuvo que no debía nada, porque en el acta no constaba eso.

4.2. Análisis sobre la condena al pago de intereses moratorios.

Se analizará ahora la otra inconformidad que presentó el Municipio contra la sentencia, que no sólo condenó al pago del capital –lo cual confirmará la Sala-, sino que también lo actualizó y ordenó el pago de intereses de mora. Sostiene el apelante que el actor no solicitó esta última condena, y por eso la sentencia es *extrapetita*.

La Sala tampoco accederá a este reclamo, porque considera que el tribunal administrativo interpretó correctamente la demanda, y condenó al pago de una suma pedida: los intereses de mora. En efecto, al revisar las pretensiones de la demanda, la Sala encuentra que en la primera se solicitó la declaración de incumplimiento del contrato, y en la segunda y tercera requirió:

“SEGUNDA: Que, como consecuencia de la pretensión anterior, **se condene al MUNICIPIO DE SINCE (SUCRE), a pagar** a mi mandante o a quien sus derechos represente, **el monto de los perjuicios de toda índole sufridos por el actor**, como resultado del incumplimiento del contrato descrito en la cláusula anterior, LOS CUALES SE ACTUALIZARAN EN SU VALOR AL MOMENTO DE LA SENTENCIA O DE SU LIQUIDACIÓN INCIDENTAL, de acuerdo con las fórmulas matemáticas utilizadas por la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, LAS CUALES BUSCAN LA INDEXACIÓN DE LOS VALORES ADEUDADOS, y que comprenderán la condena al pago por concepto de PERJUICIOS MATERIALES una suma NUNCA INFERIOR A OCHENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA PESOS (\$ 88.764.870.00), conforme a lo señalado en el Acta Final de Obra de 21 de abril de 1995, y/o por lo que logre demostrarse por cualquier medio probatorio dentro del proceso.

“TERCERA: Que la entidad demandada debe dar cumplimiento a la sentencia que se dicte dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A., y reconocerá y pagará intereses en el caso que se den los supuestos del inciso final del artículo 177, ibídem en la forma y términos allí previstos.” (Resaltos fuera de texto)

La Sala entiende que la pretensión transcrita contiene la solicitud de pago de los intereses moratorios. De hecho, con fundamento en la capacidad que tiene el juez de interpretar la demanda, para dilucidar su sentido real y preciso, y también para

ajustarse al principio constitucional que establece que el derecho procesal se entiende vinculado al sustancial, para que este cumpla su finalidad material; a partir de los hechos y de las pretensiones no queda duda que la demanda no sólo buscaba que el Municipio pagara el capital, sino también los intereses de mora por el retardo en cancelarlo. Por eso el actor solicitó, en la pretensión trascrita, que "... se condene al MUNICIPIO DE SINCE (SUCRE), a pagar a mi mandante o a quien sus derechos represente, el monto de los perjuicios de toda índole sufridos por el actor...", petición que, en sana lógica, perseguía igualmente el pago de los intereses.

Además, no se olvide que esta clase de perjuicio no exige prueba especial para su exigibilidad, porque la ley simplemente establece que se presumen, sin que se requiera acreditar un daño en particular. Basta demostrar que se tiene un crédito, y que se presentó la mora en el pago, con lo que surge, inmediatamente, el derecho al mismo. En este sentido, establece el art. 1.617 del Código Civil:

"Art. 1617. INDEMNIZACION POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

"1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

"El interés legal se fija en seis por ciento anual.

"2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

"3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

"4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas." (Negrillas fuera de texto)

En estos términos, si el artículo citado presume el daño por el retardo en el pago de sumas de dinero, y que ese perjuicio adopta la figura del *interés moratorio*, bastaba al actor pedir la condena al pago "... de los perjuicios de toda índole sufridos por el actor..." para que el juez entendiera que alude a los intereses moratorios, que la ley supone causados por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación dineraria.

Definido el anterior aspecto, y de otro lado, los intereses que debe reconocer el Municipio son los de la ley 80 tal como los liquidó el *a quo*:- porque el contrato se

firmó en vigencia de este estatuto de contratación, y también porque no habiéndose pactado un porcentaje distinto en el contrato, entonces se debía acudir a la ley. En estos términos, la norma aplicable es el art. 4, num. 8, de la ley 80, que dispone:

“Art. 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

(...)

“8o. Adoptarán 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 licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

“Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.”

Esta norma fue reglamentada por el artículo 1 del Decreto 679 de 1994, que estableció la metodología para aplicarla, en los siguientes términos:

“Artículo. 1º- De la determinación de los intereses moratorios. Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos.”

En virtud de estas disposiciones quedó claro que las partes pudieron pactar un interés ajustado al permitido por la ley, que se denomina *interés convencional*, pero dado que no lo hicieron –según se infiere del contrato aportado- entonces aplica el *interés legal*, que en este caso no corresponde al de la ley civil, ni al de la ley comercial, sino al de la ley 80, que es la disposición especial que rige este contrato, y que por aplicación del artículo 13 de la ley 80 excluye las normas del derecho privado, cuando en ella se regula un tema de manera especial, como en este caso¹⁹.

¹⁹ Dispone el inciso primero del art. 13 “DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.”

Por las razones expuestas, el *a quo* decidió acertadamente el proceso, al condenar no sólo al pago de intereses, sino también al aplicar la tasa de la ley 80 de 1993. Por estas razones, se confirmará la sentencia; no obstante la liquidación se hará a continuación.

4.3. La actualización del capital y el pago de los intereses

También consideró el apelante que el Tribunal actualizó incorrectamente las actas, porque no tuvo en cuenta que las fechas de cada una son diferentes. Además de que “... entre otras cosas constituye un doble pago porque se están actualizando las sumas adeudadas que alegó el actor.” –fl. 140, cdno. ppal.- Agregó que el Municipio no tenía deudas con el contratista, por concepto de actualización, porque fue éste quien incumplió el contrato.

La Sala no entiende parte del alcance del recurso, en este aspecto, porque tal como está formulado -si acaso se accediera a él- haría más gravosa la situación del mismo apelante, lo que riñe con el art. 350 CPC, inciso segundo²⁰, que sólo autoriza interponerlo en la parte en que perjudica a quien lo hace, de manera que no procede para hacer más gravosa la condición propia.

En efecto, si se tiene como punto de partida la fecha de cada “Acta de obra” y de “reajuste” que conforman el valor total de los \$88’764.870, la actualización se haría desde una fecha anterior a la que tuvo en cuenta el *a quo* –abril de 1995-, pues esas actas son, obviamente, anteriores a la liquidación, que fue donde las partes acordaron que la suma adeudada era la indicada allí.

De otro lado -aunque el anterior argumento es suficiente para negar esta parte del recurso-, si se aplica la tesis sobre las “constancias u observaciones en las actas de liquidación”, también se tendría que conservar la idea de que la suma a pagar es la que aparece en dicho documento, y que el contratista o la entidad habrían tenido que dejar constando una inconformidad al respecto, si se consideraba que las actas

²⁰ “Art. 350. FINES DE LA APELACION E INTERES PARA INTERPONERLA. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme.

“Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia; respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 52.”

debieron actualizar la fecha de la liquidación, si aspiraban a reclamar otras sumas de dinero, lo cual no se hizo.

Por esta razón, la suma a actualizar correspondía a la del acta de liquidación, como lo hizo el *a quo*; pero en esta instancia se tomará el valor actualizado para traerlo hasta la fecha de esta sentencia.

No obstante, otra cosa acontece con la discusión acerca de la compatibilidad o no de condenar al pago del *capital actualizado* más los *intereses moratorios*. Al respecto, es bueno recordar la jurisprudencia que existe sobre el particular, la cual varía dependiendo de la tasa de interés que se aplique en cada situación:

i) Cuando el capital genera intereses civiles -6% anual- la jurisprudencia de esta Sección ha establecido que es compatible actualizarlo, porque esta tasa no contiene el componente inflacionario.

ii) Por el contrario, cuando el capital genera intereses comerciales –una y media veces el bancario corriente- la jurisprudencia ha dispuesto que es incompatible actualizarlo, porque esta tasa contiene el componente inflacionario, de modo que cuando el acreedor recibe estos intereses su capital queda puesto a valor presente.

iii) Finalmente, cuando el capital genera intereses de ley 80, la jurisprudencia dispuso, recientemente, que es compatible ordenar el pago de estos y también condenar por el *capital actualizado*, porque la ley lo ordena de esa manera. En estos términos, el tratamiento se parece al de la mora del Código Civil. En tal sentido se expresó:

“Sin embargo, la Sala aclara en esta oportunidad que si bien al determinarse el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993, se aplica a la suma debida por cada año o fracción de mora el incremento del índice de precios al consumidor del año anterior, para luego sobre ese valor calcular la tasa de interés del 12%, es decir, que esta metodología de suyo comprende la corrección por desvalorización de la moneda para efectos de hallar el monto de los intereses, ello no resulta incompatible con los mecanismos de ajuste o actualización de precios, dado que por expresa disposición legal conservan plena aplicación²¹, lo cual

²¹ Bien comienza la norma señalando que los intereses en ella establecidos serán aplicables “sin perjuicio de la actualización o revisión de precios”. De otra parte, en la Exposición de motivos Proyecto de Ley No. 149 de 1992, se dijo: “...En relación con el reconocimiento de los intereses de mora que indudablemente constituye un factor importante en la preservación de la ecuación económica del contrato se prevé la posibilidad de que las partes estipulen, obviamente dentro de

comporta que jurídicamente resulte viable reconocer igualmente el ajuste monetario del capital debido o indexación de la suma adeudada dentro de la indemnización integral que ordene el juez para resarcir el daño ocasionado al acreedor por el no pago oportuno de la obligación.
(...)

“A este respecto, ya explicó la Sala que ante el incumplimiento de la obligación dineraria principal de la Administración, se deben reparar integralmente los perjuicios materiales causados mediante el pago del capital actualizado de la deuda, así como de los intereses moratorios, que en este evento, se rigen por el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, los cuales no necesitan prueba porque se presumen.
(...)

“En el anterior orden de ideas, la Sala modificará la liquidación de la condena, con el fin de adaptarla a las consideraciones expuestas en precedencia. Así, dado que en el contrato las partes no estipularon intereses moratorios, se debe dar aplicación a lo contemplado por el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y por el artículo 1 del Decreto 679 de 1994, de suerte que es procedente en este caso la acumulación de los intereses moratorios y la actualización, en los siguientes términos:...” (Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2010, exp. 17.214)

En esto términos, tampoco tiene razón el apelante al cuestionar la sentencia del tribunal, que acumuló los intereses de ley 80 con el capital indexado, pues está claro que son compatibles.

los límites legales, la tasa correspondiente que se aplicará en el evento en que las entidades no cancelen dentro de los plazos acordados las cuentas presentadas por los contratistas. Ahora bien, ante la ausencia de dicha estipulación, se dispone que la tasa de interés moratoria será la del doble del interés legal civil (12%), aplicada sobre el valor histórico actualizado, fórmula que se considera equitativa en la medida en que, de una parte, se preserva el poder adquisitivo de las sumas adeudadas al contratista a través de los mecanismos de indexación o de ajuste a valor presente y, de otra, impone a la entidad el pago de un porcentaje adicional al que corresponde al costo de oportunidad propiamente tal, con lo cual se reconoce el carácter sancionatorio de los intereses de mora, pero sin que ello implique una carga excesivamente onerosa para la entidad y correlativamente un factor de enriquecimiento para el contratista. / Cabe anotar que esta fórmula se encuentra dentro de los lineamientos de la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha reconocido en varios casos la actualización del valor histórico de las respectivas sumas y el pago de un interés equivalente al 6% (rendimiento puro) sobre dicho valor histórico, pero se aparta de dicha posición jurisprudencial en cuanto que, de una parte, se establece que los intereses deben liquidarse sobre el valor monetariamente actualizado en cuanto que resulta más equitativo frente a la realidad económica y, de otra, se fija como tasa moratoria supletiva el doble del interés legal o "rendimiento puro" (12%) para imprimirle así el carácter sancionatorio propio de los intereses de mora pero sin llegar, como se anotó, al extremo de imponer una carga excesivamente onerosa para las entidades que se traduciría en un enriquecimiento para los contratistas. / Conviene agregar sobre este aspecto que el reconocimiento de intereses moratorios en la forma indicada no resulta en modo alguno incompatible con los mecanismos de ajuste o actualización de precios, ya que por el contrario su aplicación se ha concebido sobre la base de que dichos mecanismos tienen plena operancia, lo cual confirma el sentido equitativo de la fórmula adoptada...” Cfr. Gaceta del Congreso No. 75 de 23 de septiembre de 1992.

4.4. La desproporción de la condena

Finalmente, consideró el apelante que la condena era desproporcionada, pues no sólo supera el valor del contrato, sino que también desconoce que el Municipio pagó anticipadamente el 50% del valor del contrato, lo que generó para el contratista un enriquecimiento sin causa, y para la entidad un correlativo empobrecimiento de sus finanzas.

Este argumento carece por completo de sentido, y por eso también se negará, porque una condena bien puede superar el valor inicial de un contrato, pues eso depende del monto del perjuicio causado, de la mora en el pago –si lo que se reclama es esto- o de otros factores que perfectamente pueden ser mayores al valor del negocio. De hecho, en el ordenamiento no tiene soporte la idea de que una condena tenga como referente máximo el valor del contrato, porque además sería injusta e inequitativa - cuando el perjuicio realmente supera dicho valor-.

5. La actualización de la condena, y las costas del proceso

Como se conservará la condena por concepto del capital actualizado y de los intereses de mora, impuesta en la sentencia de primera instancia, la Sala sólo la actualizará desde su fecha hasta la de esta decisión, de la siguiente manera:

5.1. Para el capital, la actualización se hará desde la fecha de la sentencia – porque el *a quo* lo actualizó hasta allí- de la siguiente manera:

$$Va = Vh \times \frac{(\text{IPC final}) \text{ mayo de 2010}}{(\text{IPC inicial}) \text{ febrero de 2000}}$$

$$Va = \$174'933.564 \times \frac{(104,40)}{(59,07)} = \mathbf{\$309'176.639,26}$$

5.2. Para los intereses moratorios, que se deben liquidar hasta esta providencia, la Sala aplicará la metodología que establece el art. 1 del decreto 679 de 1994, así:

El acta de liquidación del contrato, que contiene la deuda a cargo del municipio –por la suma de \$88'764.870- se suscribió el 21 de abril de 1995. En el contrato se dispuso que los pagos se debían efectuar dentro de los 30 días calendario siguientes a cada acta –cláusula sexta, fl. 15 a 16, cdno. 1-, esto es, a más tardar este valor se debió cancelar el 21 de mayo de 1995, de allí que la mora empezó a contarse a partir de 22 de mayo de 1995.

Ahora, también se aclara que la actualización del capital que ordena hacer el reglamento se hará año por año, pero a la cifra resultante no se le sumará el monto del interés correspondiente a ese mismo período. Es decir, que la actualización se hará de manera pura, y sólo a ella se le sacará el interés de cada período. Al final, se sumarán los intereses de cada lapso, para hallar el total de la mora a la fecha de esta sentencia.

Fecha ini	Fecha fin	Valor	IPC INICIA	IPC FINA	FACTO AJUSTI	Capital Actualizado	Intereses
22/05/19	31/12/19	\$88'764.8	29,40	31,24	1,0625	\$94'320.219,	\$6'885.3
1/1/19	31/12/19	\$94'320.219,	32,02	38,00	1,1867	\$111'935.274,	\$13'432.2
1/1/19	31/12/19	\$111'935.274,	38,63	44,72	1,1576	\$129'581.759,	\$15'549.8
1/1/19	31/12/19	\$129'581.759,	45,52	52,18	1,1463	\$148'540.736,	\$17'824.8
1/1/19	31/12/19	\$148'540.736,	53,34	57,00	1,0686	\$158'733.007,	\$19'047.9
1/1/20	31/12/20	\$158'733.007,	57,74	61,99	1,0736	\$170'416.550,	\$20'449.9
1/1/20	31/12/20	\$170'416.550,	62,64	66,73	1,0652	\$181'543.558,	\$21'785.2
1/1/20	31/12/20	\$181'543.558,	67,26	71,40	1,0615	\$192'717.927,	\$23'126.1
1/1/20	31/12/20	\$192'717.927,	72,23	76,03	1,0526	\$202'856.625,	\$24'342.7
1/1/20	31/12/20	\$202'856.625,	76,70	80,21	1,0457	\$212'139.750,	\$25'456.7
1/1/20	31/12/20	\$212'139.750,	80,87	84,10	1,0399	\$220'612.611,	\$26'473.5
1/1/20	31/12/20	\$220'612.611,	84,56	87,87	1,0391	\$229'248.051,	\$27'509.7
1/1/20	31/12/20	\$229'248.051,	88,54	92,87	1,0489	\$240'459.198,	\$28'855.1
1/1/20	31/12/20	\$240'459.198,	93,85	100,0	1,0655	\$256'216.489,	\$30'745.9
1/1/20	31/12/20	\$256'216.489,	100,59	102,0	1,0140	\$259'807.875,	\$31'176.9
1/1/20	23/06/20	\$259'807.875,	102,70	104,4	1,0165	\$264'108.475,	\$15'846.5
Total Intereses							\$348'509.0

Saldo de capital actualizado \$309'176.639,26

Intereses moratorios \$348'509.013

Total: \$657'685.652,26

Finalmente, la Sala no condenará en costas al apelante, porque no se aprecia una conducta temeraria, ni dilatoria en su posición, ni injustificada en la defensa de los

derechos que creía tener. Por el contrario, se percibe un esfuerzo razonable por tratar de sacar adelante una parte de su defensa, y que con la lógica de dicha providencia le hacía pensar que en la segunda instancia tendría oportunidad de lograrlo.

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

FALLA

PRIMERO. Confírmase la sentencia de dieciséis (16) de febrero de 2000, dictada por el Tribunal Administrativo de Sucre, la cual quedará así:

Primero: Se declara que el Municipio de Sincé –Sucre, incumplió el contrato de obra No. 07 celebrado con el ingeniero HORACIO MENDOZA MARTÍNEZ.

Segundo: En consecuencia a la anterior declaración se condena en concreto al Municipio de Sincé-Sucre a pagar al ingeniero HORACIO MENDOZA MARTÍNEZ la suma de seiscientos cincuenta y siete millones seiscientos ochenta y cinco mil seiscientos cincuenta y dos pesos con veintiséis centavos (\$657'685.652,26)

Tercero. Se dará cumplimiento a esta providencia en los términos de los arts. 176 y 177 del CCA.

SEGUNDO. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO

GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Con salvamento de voto

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. MAURICIO FAJARDO GOMEZ

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., junio veintitrés (23) de dos mil diez (2010)

Radicación número: 70001-23-31-000-1996-05714-01(18395)

Actor: HORACIO FRANCISCO MENDOZA MARTINEZ

Demandado: MUNICIPIO DE SINCE -SUCRE-

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO