



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, dieciséis (16) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2017-00063-00
MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
DEMANDANTE: MUNICIPIO DE SAN SEBASTIAN DE MARIQUITA
DEMANDADO: FUNCOLEX
Tema: Incumplimiento contractual

SENTENCIA

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del presente medio de control de CONTROVERSIAS CONTRACTUALES promovido por el municipio de San Sebastián de Mariquita en contra de la Fundación Colombiana Semillas al Éxito “FUNCOLEX”, radicado con el N°. 73-001-33-33-004-2017-00063-00.

1. Pretensiones

Al interior de la audiencia inicial¹ se consignaron como tales las siguientes:

“...Con relación a las pretensiones, estas consisten en que se declare el incumplimiento del contrato de comodato No. 218 de 26 de diciembre de 2015, suscrito entre el Municipio de San Sebastián de Mariquita y la Fundación Colombiana Semillas al Éxito – FUNCOLEX.

Que como consecuencia de la anterior declaración, se decrete la terminación y liquidación del contrato, para lo cual se debe tener en cuenta el valor de los servicios públicos causados e insolutos a la fecha de practicarse la liquidación judicial, además que se reintegre al municipio demandante el bien inmueble denominado “Granja Municipal”.

Por último que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA, y que se condene en costas a la parte demandada.”.

2. Fundamentos Fácticos.

Como hechos relevantes se tienen los siguientes plasmados al interior de la audiencia inicial²:

“ 1.- El 26 de diciembre de 2015 se celebró el contrato de comodato No. 218, entre el Municipio de San Sebastián de Mariquita y la Fundación Colombiana Semillas al Éxito – FUNCOLEX, en la cual tiene por objeto la entrega del bien inmueble denominado granja municipal ubicado en la vereda la Guardia, jurisdicción del municipio de Mariquita, inmueble distinguido con la ficha catastral No. 0001-0008-0101-000 y número de matrícula inmobiliaria 362-34181 de la Oficina

¹ Fls. 93 y ss del Cuad. PPal.

² Ibídem.

de Registro de Instrumentos Públicos de Honda, con una extensión de 12 hectáreas 9.691,66 m².

2.- En la cláusula segunda del contrato, las partes pactaron que el bien inmueble objeto de comodato sería destinado exclusivamente a sede de funcionamiento de programas y en la ejecución de actividades tendientes a prácticas deportivas, culturales y al apoyo de los pequeños o medianos productores brindándoles el fortalecimiento de actividades agropecuarias, capacitación y asistencia técnica y demás comunidad que lo requiera propio de la fundación.

3.- La cláusula octava del contrato prescribe que los servicios públicos estarán a cargo del comodatario.

4.- Que según el informe del interventor, a la fecha el comodatario no ha desarrollado ninguna actividad ni ha utilizado el bien para el fin estipulado en el contrato.

5.- En la actualidad el inmueble adeuda por servicio de energía eléctrica la suma de \$10.867.038, según factura No. 78195830, y por servicio de agua \$1.169.390, según factura No. 1684637...".

3. Contestación de la Demanda.

La parte demandada, durante el término de traslado de la demanda guardó silencio³

4. Actuación Procesal

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 21 de febrero de 2017⁴ correspondió por reparto a éste Despacho, el cual, con auto de fecha 27 del mismo mes y año lo admitió⁵.

Notificadas las partes y el Ministerio Público, dentro del término de traslado de la demanda, la parte accionada guardó silencio⁶.

Luego, mediante providencia del 23 de abril de 2018 se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A.⁷

El día 24 de mayo de 2018 se llevó a cabo la audiencia inicial, agotándose en ella la totalidad de sus instancias en legal forma.⁸

Como no se hizo necesaria la práctica de pruebas, se prescindió de la audiencia correspondiente, y así mismo, por considerarlo procedente, se dispuso que las partes

³ Fl. 75 del Cuad. Ppal.

⁴ Fl. 57 del Cuad. Ppal.

⁵ Fls. 58 y ss del Cuad. Ppal.

⁶ Fl. 75 del Cuad. Ppal.

⁷ Fl. 86 del Cuad. Ppal.

⁸ Fls. 92 y ss del Cuad. Ppal.

presentaran sus alegatos de conclusión por escrito, conforme lo indica el numeral 1º del artículo 182 del CPACA, habiendo hecho uso de este derecho exclusivamente la parte demandante y el agente del Ministerio Público.⁹

5. Alegatos de conclusión de las Partes.

5.1. Parte demandante¹⁰

La apoderada de la parte actora solicita la emisión de un fallo favorable a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que con el caudal probatorio arrimado al interior del expediente, se encuentra plenamente acreditado el incumplimiento contractual de la parte demandada, facultando así a la parte demandante, a solicitar judicialmente la declaratoria de terminación y liquidación del contrato, así como la restitución del bien, máxime si se tiene en cuenta además, el no pago de los servicios públicos de energía y agua por parte del comodatario.

5.2. Concepto Ministerio Público¹¹

El delegado del Ministerio Público manifiesta que están dadas las condiciones necesarias para declarar el incumplimiento del contrato, por lo que solicita la emisión de un fallo favorable a las pretensiones de la demanda.

Lo anterior, a partir del informe de interventoría del que colige claramente el referido incumplimiento; de las facturas de servicios públicos aportadas y finalmente, porque refiere que la parte demandante afirmó que el demandado no cumplió con el objeto contractual, afirmación que a su juicio es una negación indefinida y por ende no requiere de prueba a la luz del artículo 167 del CGP.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

Éste Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por su naturaleza, por tratarse de una controversia contractual en donde uno de los extremos es una Entidad Pública y por el lugar de ejecución del contrato, de conformidad con lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 2º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 5º y 156 numeral 4º *ibídem*.

⁹ Fl. 105 del Cuad. Ppal.

¹⁰ Fls. 99 y ss del Cuad. PPal.

¹¹ Fls. 97 y ss del Cuad. PPal.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

En armonía con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, debe el Despacho determinar, *si la entidad demandada incumplió el contrato de comodato No. 218 del 26 de diciembre de 2015, al no desarrollar las actividades para las que fue otorgado el bien inmueble en comodato y en caso de comprobarse la anterior situación, si es procedente ordenar la terminación y liquidación judicial del contrato.*

3. FONDO DEL ASUNTO

El Fondo del presente asunto consiste en establecer la existencia del incumplimiento contractual por parte del ente demandado, respecto del contrato de comodato No. 218 del 26 de diciembre de 2015 y en caso afirmativo, la procedencia de la terminación y liquidación judicial del mismo.

3.1. De lo probado en el proceso

Al expediente fue allegado el siguiente material probatorio relevante:

- Contrato de comodato No. 218 del 26 de diciembre de 2015, celebrado entre el municipio de Mariquita en calidad de comodante y FUNCOLEX en calidad de comodatario, cuyo término de duración según la cláusula tercera del mismo, se pactó por cinco (5) años, contados a partir de la firma del acuerdo contractual.¹²
- Informe de supervisión No. 01 al contrato de comodato No. 218 del 26 de diciembre de 2015, suscrito el 13 de octubre de 2016, según el cual, las obligaciones estipuladas en la cláusula quinta del contrato, no fueron realizadas por el contratista durante el tiempo que llevaba en ejecución el contrato.¹³
- Copia del Oficio 10133 del 9 de diciembre de 2016, mediante el cual, el almacenista de la alcaldía de Mariquita le informa a FUNCOLEX, que solicitado a ENERTOLIMA un estado de cuenta de la Granja Municipal, la misma adeuda por concepto de este servicio público la suma de \$ 10.217.626 correspondiente a 12 facturas vencidas.¹⁴
- Copia de la respuesta dada al requerimiento efectuado por ENERTOLIMA al municipio de Mariquita, en relación con las facturas adeudadas por concepto del servicio público de energía, frente al código de referencia 510114.¹⁵
- Copia del oficio 00323 del 25 de enero de 2017, mediante el cual, el almacenista de la alcaldía de Mariquita le informa a FUNCOLEX por segunda ocasión, de lo adeudado por concepto del servicio público de energía y de su intención de sanear la cuenta.¹⁶

¹² Fls. 9 y ss del Cuad. PPal.

¹³ Fls. 19 y ss del Cuad. Ppal.

¹⁴ Fl. 15 del Cuad. Ppal.

¹⁵ Fls. 16 y ss del Cuad. PPal.

¹⁶ Fl. 19 del Cuad. PPal.

- Oficio 00580 del 7 de febrero de 2017 mediante el cual, la alcaldía municipal de Mariquita le informa a FUNCOLEX que la empresa ESPUMA S.A.E.S.P, les allegó factura de la matrícula No. 5016 correspondiente a la Granja de Mariquita - vía Armero, la cual presenta una deuda por valor de \$ 1.169.390 correspondiente a 12 meses vencidos y plazo de pago: *inmediato*.¹⁷
- Copia y original de facturas de servicios públicos de energía y acueducto respectivamente, correspondientes a la Granja de Mariquita.¹⁸
- Material fotográfico.¹⁹
- Informe del 26 de mayo de 2018 mediante el cual, se realiza el inventario del componente agrícola y forestal de la granja municipal, luego de que ese mismo día se adelantara la recuperación de la misma en virtud de una orden judicial²⁰, en el cual se deja constancia incluso de que la recuperación se efectuó respecto de los lotes de terreno que componen la granja pero no de las instalaciones destinadas para la vivienda del personal que maneja la granja.

3.2. Fundamentos de la decisión

EL CONTRATO DE COMODATO

La tipología contractual utilizada en el asunto que nos convoca, corresponde a la del contrato de comodato, el cual se encuentra definido en el Código Civil así:

“ART. 2200. El comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa”.

Es por tanto un negocio jurídico por medio del cual el titular del derecho de dominio de un bien, traslada a otro algunas de las facultades que se desprenden de ese principal derecho real, cuales son el uso y disfrute del mismo. Es de la esencia del comodato, según lo previsto en el artículo 2200 citado, que dichas facultades se otorguen sin contraprestación económica, esto es, en forma gratuita; de manera que si el comodatario adquiere una prestación correlativa de este tipo, se desnaturaliza el negocio jurídico.

El comodato se caracteriza por ser real, esto es, requiere de la entrega de la cosa para su perfeccionamiento, y por ser un contrato principal, porque existe con independencia de otro negocio jurídico.

La ley 9 de 1989²¹ también definió el contrato de comodato así:

¹⁷ Fl. 20 del Cuad. Ppal.

¹⁸ Fls. 23 y ss del Cuad. Ppal.

¹⁹ Fls. 27 y ss del Cuad. Ppal.

²⁰ Fls. 24 y ss del Cuad. Medidas Cautelares.

²¹ Por medio de la cual se dictaron normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes.

“Artículo 38. Las entidades públicas no podrán dar en comodato sus inmuebles sino únicamente a otras entidades públicas, sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, juntas de acción comunal, fondos de empleados y las demás que puedan asimilarse a las anteriores, y por un término máximo de cinco (5) años, renovables.

Los contratos de comodato existentes, y que hayan sido celebrados por las entidades públicas con personas distintas de las señaladas en el inciso anterior, serán renegociados por las primeras para limitar su término a tres (3) años renovables, contados a partir de la promulgación de la presente ley.”

A su vez, se debe tener en cuenta que el parágrafo 1 del artículo 10 de la Ley 397 de 1997 establece las condiciones en que puede haber comodato de bienes de interés cultural, para lo cual refiere a las condiciones del artículo 355 de la Constitución Políticas y los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998.

Mediante la lectura del citado artículo 38 se deduce la consagración de una prohibición respecto de la celebración de contratos de comodato con personas distintas a las allí señaladas; en este caso, se evidencia que dicha prohibición no fue transgredida, en la medida en que el municipio de Mariquita celebró el mentado contrato con la fundación Colombiana Semillas del Éxito.

Ahora bien, en el entendido de que el comodato tiene por objeto entregar un bien de una entidad pública a otro sujeto sin contraprestación alguna, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha considerado que el comodato debe tener por causa el *impulso de programas y actividades de interés público*.

Igualmente, ha precisado dicha Corporación que el precitado contrato debe someterse también a las normas que han reglamentado el artículo 355 de la Constitución Nacional, como lo es el decreto 777 de 1992²², que rigió la relación contractual surgida entre las partes²³, y dispuso como requisito de existencia de los contratos que se celebren en desarrollo de lo previsto en citado inciso 2 del artículo 355, lo siguiente:

“Art. 1º. Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la

²² Hoy derogado por la expedición del Decreto 92 de 2017.

²³ Al respecto el Consejo de Estado en su Sección Tercera, expediente 16653 de 2009, aclaró que “En definitiva, la regla general es que a los contratos en lo relativo a sus elementos de existencia, validez y sus efectos (derechos y obligaciones), se les aplica la ley existente y que rige al momento de su nacimiento o celebración, lo cual implica que, en principio, la ley nueva no puede entrar a suprimirlos o modificarlos, so pena de una ilegítima retroactividad. (...) En este orden de ideas, la regla de acuerdo con la cual se entienden incorporadas las normas existentes al tiempo de celebración del contrato, tiene por efecto que ellas se aplican durante toda la vida del contrato, es decir, hasta su terminación por agotamiento del plazo acordado y el de sus prórrogas celebradas”.

contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el decreto 222 de 1983".(Se subraya).

El artículo 2 del precitado decreto 777 dispuso también lo siguiente:

"Art. 2º. Están excluidos del ámbito de aplicación del presente decreto:

1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigente.

Se tiene entonces que el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución regula una categoría especial de contratos, que comprende el de comodato y que puede celebrarse con personas naturales o jurídicas de derecho privado, con y sin ánimo de lucro, con recursos de entidades públicas, siempre que tengan por objeto impulsar programas y actividades de interés público.²⁴

Ciertamente, el comodato ha sido utilizado como instrumento de cooperación entre las entidades públicas y entre estas y los sujetos de derecho privado, para impulsar programas de interés público desarrollados, generalmente, por sujetos sin ánimo de lucro.

Respecto de los elementos y características del comodato así como también, en particular del requisito esencial relativo a la tradición del derecho de uso del bien y de la importancia de su prueba, el H. Consejo de Estado ha dicho:

"Mediante el contrato de comodato se traslada el uso y disfrute de un bien, de manera gratuita, con el consiguiente derecho del comodatario que lo recibe de percibir los frutos naturales o civiles que se produzcan y el compromiso de restituirlo al comodante al finalizar su uso o en el plazo y forma convenida. Se trata de un negocio jurídico tipificado y disciplinado en la legislación civil en cuanto a sus elementos, efectos, derechos y obligaciones entre las partes, que tiene por características el ser real (art. 1500 C.C.), bilateral (art. 1496 C.C.), principal (art. 1499 C.C.), nominado, intuitu personae y esencialmente gratuito (art. 1497 C.C.) so pena de conversión en otro negocio jurídico. En virtud de este negocio jurídico, surgen las siguientes obligaciones a cargo del comodatario: i) usar la cosa únicamente para el uso convenido o, a falta de éste, para el uso ordinario propio de su clase, so pena de reparar todo perjuicio y restituir en forma inmediata el bien (art. 2002 del C.C.); ii) emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa y responder, si el comodato se hubiere acordado en pro del comodatario, hasta de culpa levísima, si lo fuere de ambas partes, de culpa grave y, si del comodante, de culpa lata, por todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa (arts. 2003 y 2004 del C.C.); iii) responder del caso fortuito, cuando empleó la cosa en un uso indebido o

²⁴ Al respecto se pronunció la Sala de consulta y servicio civil en conceptos 416 de 1991, 504 del 22 de abril de 1993; 726 de 1995; 994 de 1997; 962 de 1997, 1017 de 1997, 1077 de 1998 y 1129 de 1998.

demoró su restitución, a menos que se acredite que el deterioro o pérdida hubiera sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora, así como cuando éste ha sobrevenido por culpa suya, o cuando, en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la propia, prefirió deliberadamente la suya y cuando expresamente se ha hecho responsable del caso fortuito (art. 2003 del C.C.); y iv) restituir la cosa prestada en el tiempo convenido o, a falta de convención, después de su uso, restitución que podrá exigirse aún antes de tiempo si muere el comodatario, o le sobreviene al comodante una obligación imprevista y urgente de la cosa, o no tiene lugar el servicio para el cual se ha prestado la cosa (art. 2005 del C.C.)²⁵.

También ha indicado la Corporación:

“El artículo 2.200 del Código Civil define el comodato como el contrato ‘() en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso’ y cuya perfección se logra únicamente con la tradición de la cosa, debiendo entenderse éste último vocablo simplemente como su entrega, dado que el comodante no se desprende ni de la propiedad, ni de la posesión, permitiendo únicamente su uso.

(...)

Dentro de las obligaciones que adquiere el COMODATARIO, se encuentran, por definición legal, las de conservación de la cosa, de uso con sujeción a lo convenido y de restitución, en torno al bien dado en comodato²⁶.

(...)

De esas mismas disposiciones se observa que en caso de contravención por el comodante de su obligación de uso de la cosa para el fin convenido, surge el derecho del comodante para exigir la reparación de todo perjuicio y la restitución inmediata del bien (art. 2.202) y que el comodatario sólo responde por caso fortuito cuando le ha dado un uso indebido, ha demorado su restitución salvo que se probare que el deterioro o pérdida por caso fortuito hubiera sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora, cuando éste ha sobrevenido por culpa suya, cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la propia “() ha preferido deliberadamente la suya” y cuando expresamente se ha hecho responsable del caso fortuito (art. 2.203).

(...)

Es así que como el contrato de comodato es real sólo se perfecciona con la entrega física del bien objeto del mismo, entrega que necesariamente debe estar acompañada de medios probatorios eficientes para establecer el estado de conservación y funcionamiento, de suerte que sea factible confrontar y verificar en

²⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, nueve (09) de abril de dos mil catorce (2014), Radicación número: 85001-23-31-000-2000-00178-01(23040).

²⁶ *Ibidem.*

cualquier instante y durante la vigencia del contrato, si el bien requiere determinadas labores de reparación y mantenimiento acordes con las condiciones originales que presentó al momento de ser recibido por el comodatario, circunstancias que generan la exigibilidad frente a éste y que permiten establecer en sede jurisdiccional la fuente de la indemnización contractual.”²⁷ (Subrayas del texto)

Finalmente, es del caso indicar que según la interpretación otorgada por la ente rector en materia de contratación estatal, COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, en los contratos de comodato está prohibido pactar las cláusulas excepcionales de las que trata el Artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

La pretensión en la cual se solicita que se declare el incumplimiento del contrato, se deriva de la aplicación de la condición resolutoria tácita, regulada en el artículo 1546 del Código Civil que prescribe que *“en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. En tal caso, podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.”*

Significa lo anterior que quien cumplió la prestación a su cargo dentro de las condiciones estipuladas en el contrato, o se allanó a cumplir la misma, puede pedir a su libre escogencia, al juez administrativo a través del medio de control de controversias contractuales, la terminación del contrato o el cumplimiento del mismo, junto con la indemnización de perjuicios ocasionada con el incumplimiento.

No sobra advertir, tal y como lo sostuvo el tratadista Juan Ángel Palacio Hincapié, en su obra *“la Contratación de las entidades estatales²⁸”*, que *“El presupuesto esencial para la procedencia de la acción resolutoria, es que por lo menos una de las partes haya cumplido las prestaciones a su cargo o está dispuesta a cumplirlas, mostrando una conducta positiva en relación a su posición contractual. Habría incumplimiento del particular cuando no existe una ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, o su ejecución lo hace en forma defectuosa o retardada y en general, cuando realiza una conducta que desvirtúa la obligación que estaba llamado a cumplir y que hoy consagra el artículo 5° de la Ley 80 de 1993”*.

LIQUIDACION DEL CONTRATO

Según el artículo 141 del CPACA, a través del medio de control de controversias contractuales, puede solicitarse como pretensión, la liquidación del contrato, cuyo objetivo es establecer el cumplimiento de las obligaciones a cargo de ambas partes, con las eventualidades que se hayan generado durante la ejecución del mismo, los valores pagados y los pendientes, las compensaciones y reconocimientos hechos a

²⁷ Sentencia 15898 proferida el 1 de marzo de 2006:

²⁸ Sexta edición. Año 2010. Pág. 617

fin de declararse a paz y salvo por las obligaciones reciprocas, si es por mutuo acuerdo, o se dispone el valor final a pagar o a recobrar si es por acto unilateral.

3.3. Caso concreto

De conformidad con la documental obrante al interior del expediente y que se relacionara anteriormente, es dable colegir que a través del contrato de comodato No. 218 del 26 de diciembre de 2015, el municipio de Mariquita entregó de forma gratuita a la Fundación Colombiana Semillas del Éxito, el bien inmueble denominado “La Granja Municipal”, ubicado en la vereda la Guardia, jurisdicción del municipio de Mariquita, para que se destinara, según la segunda cláusula del mismo contrato, como *sede de funcionamiento de programas y actividades tendientes a prácticas deportivas, culturales y al apoyo a los pequeños o medianos productores, brindándoles el fortalecimiento de actividades agropecuarias, capacitación y asistencia técnica.*²⁹

Así mismo, que en la cláusula octava del precitado contrato se dispuso que, los servicios públicos estarían a cargo del comodatario.³⁰

Igualmente, del informe de supervisión No. 01 del 13 de octubre de 2016, suscrito por el Secretario de Planeación, Infraestructura y Medio Ambiente de Mariquita, quien según la cláusula décimo tercera del contrato aludido tenía a su cargo la impropriadamente denominada “interventoría” del mismo, puede establecerse de una parte, que el contratista FUNCOLEX, no le ha dado la destinación estipulada en el contrato al inmueble denominado “La Granja Municipal”, y muy por el contrario, las únicas actividades que allí se han realizado han sido de orden familiar y social organizadas por el señor ALVARO BOHORQUEZ OSMA – ex alcalde municipal de Mariquita y quien suscribió el contrato de marras-; y de otra parte, que también se incumplió la obligación atinente al pago de los servicios públicos de dicho inmueble³¹, lo cual es corroborado con el oficio del 28 de noviembre de 2016, procedente de ENERTOLIMA así como con y las facturas de la misma empresa y de Espumas S.A. E.S.P, visibles a folios 23 y ss del Cuad. Ppal.

Así las cosas, para el Despacho no cabe duda de que la Fundación Colombiana Semillas del Éxito, incumplió con las obligaciones contractuales contraídas al suscribir el contrato No. 218 del 26 de diciembre de 2015.

Lo anterior, no fue desvirtuado por la parte aquí demandada, quien a pesar de encontrarse debidamente notificada de la interposición del presente medio de control en su contra, no contestó demanda, no presentó pruebas y no alegó de conclusión, asumiendo en resumen, la misma actitud anodina que se reflejó en la ejecución del acuerdo contractual que nos ocupa.

²⁹ Fl. 10 del Cuad. Ppal.

³⁰ Ibidem.

³¹ Fls. 13 y ss del Cuad. Ppal.

Ahora bien, conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato se constituye en ley para las partes y, por virtud del artículo 1494 ibídem en fuente de obligaciones, las que tratándose del contrato que hoy ocupa la atención del Despacho, no se hacen exigibles para una parte hasta tanto la otra no cumpla o se allane a cumplir lo que le corresponde (art. 1609 C.C.).

Bajo ésta perspectiva, para esta instancia resulta claro que para invocar la declaratoria de incumplimiento parcial o total, cada parte debe acreditar que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, en la forma y tiempo debidos.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado ha señalado³²

8. En los contratos bilaterales y conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil), la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su co-contratante no cumplió con las suyas, así como los perjuicios que haya podido sufrir.

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

10. La Sala reitera que esa carga de la prueba que pesa sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos tiene una doble dimensión:

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

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

³² Sentencia del 15 de octubre de 2014. CP. Stella Conto Díaz del Castillo. No. Interno 27383

De conformidad con las pruebas que reposan en el plenario, como ya se dijo, para el Despacho no queda sino concluir que el contratista incumplió con sus obligaciones, y que la parte contraria, que es la que justamente solicita la declaratoria de incumplimiento, cumplió con la única obligación que estaba a su cargo, que era la entrega del mentado inmueble de forma gratuita.

Ahora bien, como se mencionó párrafos atrás, de conformidad con el artículo 1546 del Código Civil, ante el incumplimiento contractual, la parte cumplida podía pedir a su libre escogencia, a través del medio de control de controversias contractuales, la terminación del contrato o el cumplimiento del mismo, junto con la indemnización de perjuicios ocasionada con el incumplimiento en ambos casos, habiéndose inclinado en este caso el ente territorial accionante por la primera, esto es, por la terminación del contrato, razón por la cual, este Juzgado declarará el incumplimiento contractual de FUNCOLEX y la consecuente terminación del contrato No. 218 del 26 de diciembre de 2015.

- *Liquidación del contrato y su procedencia por vía judicial.*

Debemos recordar que la liquidación del contrato se ha definido como “... *un corte de cuentas, es decir, una etapa del negocio jurídico en que las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato, o mejor, la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta, y más adelante las partes valoran el resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y de las obligaciones surgidos del negocio, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a ellos, y que afectan la ejecución normal del mismo, con la finalidad de determinar el estado en que quedan las partes frente a éste.*”³³

En cuanto se refiere a la pretensión de LIQUIDACION JUDICIAL DEL CONTRATO celebrado con FUNCOLEX, advierte el despacho que la entidad demandante cimenta la pretensión en el incumplimiento de la demandada en realizar el pago al que se obligó conforme a la cláusula octava del acuerdo contractual, esto es, a la de **cancelar el valor de los servicios públicos causados e insolutos a la fecha.**

Al respecto el despacho encuentra que efectivamente según el mentado contrato, dicho pago era una obligación a cargo del comodatario, y además, que se aportó con la demanda, prueba de carácter documental que pone en evidencia que se adeudaban sumas dinerarias por concepto de los servicios públicos de energía y acueducto y alcantarillado de “La Granja de Mariquita”, a la fecha de presentación de la demanda.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, radicación No. 05001-23-26-000-1990-00842-01(17322) M.P Dr. Enrique Gil Botero.

La prueba documental da cuenta entonces de lo siguiente:

Servicio Público de Energía Eléctrica

Factura de Venta No. 78195830\$10.867.038

En lo que respecta a ésta factura, se ha de considerar que según comunicación adiada 09 de diciembre de 2016, suscrita por el Almacenista General de la entidad territorial Comodante, dirigida a la Fundación contratista, folio 15, la Administración municipal asumiría el pago de mano de obra, materiales, medidor, revisión e IVA, necesarios para la legalización del servicio, según obras ejecutadas el día 28 de agosto de 2015, bajo acta No. 0057437 (fl.17). Es así como del monto total del consumo adeudado, se debe descontar el valor correspondiente a dichos conceptos, los cuales ascendieron a la suma de \$4.904.525.

Servicio Público de Acueducto y Alcantarillado

Factura de Venta No. 1684637\$1.169.390

TOTAL ADEUDADO COMODATARIO con corte a la fecha de interposición de la demanda (21 de febrero de 2017).....\$ 7.131.903

Entendiendo el despacho, tal y como se decantó en líneas precedentes, que existió un incumplimiento contractual atribuible al comodatario FUNDACIÓN COLOMBIANA SEMILLAS AL ÉXITO "FUNCOLEX", se procede a efectuar la liquidación final del Contrato 218 del 26 de diciembre de 2015, así:

LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO DE COMODATO No 218 de fecha 26 de diciembre de 2015	
OBJETO:	COMODATO BIEN INMUEBLE distinguido con Ficha Catastral No. 00-01-0008-0101-000 y matrícula inmobiliaria No. 362-34181, denominado GRANJA MUNICIPAL, vereda La Guardia, ubicado en 12 has con 9691.66 metros cuadrados.
ENTIDAD CONTRATANTE:	MUNICIPIO DE SAN SEBASTIÁN DE MARIQUITA
CONTRATISTA:	FUNDACIÓN COLOMBIANA SEMILLAS AL ÉXITO "FUNCOLEX"
FECHA DEL CONTRATO:	26 de diciembre de 2015

PLAZO	5 años
FECHA DE INICIACIÓN:	26 de diciembre de 2015
FECHA DE FINALIZACIÓN:	26 de diciembre de 2020
Obligación Comodante	Cláusula Primera: Entrega del bien inmueble
Obligación Comodatario:	Cláusula Segunda: Destinación del bien a sede de funcionamiento de programas y en la ejecución de actividades tendientes a prácticas deportivas, culturales y al apoyo a los pequeños o medianos productores, brindándoles el fortalecimiento de actividades agropecuarias, capacitación y asistencia técnica y demás que la comunidad lo requiera, propios de la fundación. Cláusula Octava: Los servicios públicos estarán a cargo del COMODATARIO.
Supervisión	Según la cláusula décimo tercera, a cargo de la Secretaría de Planeación e Infraestructura del Municipio de San Sebastián de Mariquita
BALANCE FINAL DEL CONTRATO	
VALORES NO CANCELADOS POR EL COMODATARIO POR CONCEPTO DE SERVICIOS PÚBLICOS ADEUDADOS	
<p>Servicio Público de Energía Eléctrica</p> <p>Factura de Venta No. 78195830\$10.867.038</p> <p>Descuento por valores correspondientes a mano de obra, revisión, \$ 4.904.525</p> <p>Materiales y revisión, asumidos por el comodante, por cuanto se causaron con anterioridad a la celebración del acuerdo contractual.</p> <p>Valor adeudado por el comodatario factura.....\$5.962.513</p> <p>Servicio Público de Acueducto y Alcantarillado</p> <p>Factura de Venta No. 1684637\$1.169.390</p>	

TOTAL ADEUDADO COMODATARIO con corte a la fecha de interposición de la demanda (21 de febrero de 2017).....\$7.131.903
--

Síntesis

Como consecuencia de lo anterior, el despacho accederá a las pretensiones relacionadas con la declaratoria de incumplimiento contractual por parte del comodatario, FUNDACIÓN COLOMBIANA SEMILLAS AL ÉXITO "FUNCOLEX" y el consecuente pago del capital adeudado por concepto de servicios públicos, el cual asciende a la suma de \$7.131.903.00. El valor adeudado se pagará debidamente indexado.

La anterior conclusión guarda plena concordancia con lo que ha considerado el H. Consejo de Estado en casos similares, en los que se requerido el pronunciamiento consecuente en relación con los servicios públicos generados a lo largo de la vigencia contractual.

"En la demanda se solicitó el reconocimiento de los servicios públicos adeudados, juntos con sus intereses. En forma subsidiaria, se pidió que las arrendatarias pagaran a las empresas de servicios públicos respectivas las sumas adeudadas. El a quo estimó procedente esto último. Al respecto, la Sala considera razonable esta condena, toda vez que son esas empresas las que tienen el balance definitivo de lo adeudado y pueden dar el paz y salvo para que el inmueble quede al día, al menos en lo que respecta al período en que estuvo a cargo el inmueble de FONVISOCIAL, tal y como se ordenó en el fallo impugnado, es decir entre noviembre de 1995 y el 14 de mayo de 1996. En consecuencia, se confirmará esta parte de la sentencia"³⁴.

Finalmente, y en cuanto se refiere a la pretensión orientada al reintegro del bien inmueble denominado "La Granja Municipal", deberá indicarse que, aunque en virtud de la providencia judicial del 5 de marzo de 2018, proferida por este Despacho al resolver la solicitud de medida cautelar elevada por la parte demandante, se obtuvo tal entrega el 26 de mayo de 2018, según el informe visto a folios 24 y ss del Cuad. Medidas Cautelares, la misma fue de carácter provisional, por lo que se reiterará la orden dada para ese entonces, en ésta sentencia judicial.

COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

³⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO, veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015), Radicación número: 08001-23-31-000-1998-12450-01(31151)

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, señalando en su núm. 1º que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Por su parte, el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala los parámetros para su fijación.

Así las cosas, se condenará en costas de primera instancia a la PARTE DEMANDADA, siempre y cuando se hubieren causado y en la medida de su comprobación. Por Secretaría se tasarán incluyendo en la liquidación el equivalente a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente por concepto de agencias en derecho de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento contractual de la Fundación Colombiana Semillas al Éxito –FUNCOLEX- en relación con el contrato de comodato No. 218 del 26 de diciembre de 2015, suscrito con el municipio de Mariquita.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se ordena la terminación del contrato de comodato No. 218 del 26 de diciembre de 2015, conforme se anotó en procedencia.

TERCERO: ORDENAR a la Fundación Colombiana Semillas al Éxito – FUNCOLEX, proceder a la entrega inmediata y definitiva del predio denominado “la Granja Municipal”, ubicado en la vereda La Guardia, jurisdicción del municipio de Mariquita, que de conformidad con la escritura pública No. 2033 del 30 de diciembre de 2014 de la Notaría Única del Circulo de Mariquita, fue desprendido del globo general de los ejidos de dicho ente territorial, distinguido con la ficha catastral No. 00-01-0008-0101-000 y la matrícula inmobiliaria No. 362-34181 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Honda, con las características descritas en la cláusula primera del contrato de comodato No. 218 del 26 de diciembre de 2015.

CUARTO: LIQUIDAR JUDICIALMENTE el Contrato de comodato No. 218 del 26 de diciembre de 2015 suscrito entre el Municipio de San Sebastián de Mariquita en calidad de comodante y la Fundación Colombiana Semillas al Éxito “FUNCOLEX” en calidad de comodatario, ordenando a la fundación a cancelar a favor del comodante la suma de \$7.131.903.00., debidamente indexada al momento del pago, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2017-00063-00
MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
DEMANDANTE: MUNICIPIO DE MARIQUITA
DEMANDADO: FUNCOLEX
Sentencia de Primera Instancia

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, por las razones expuestas con antelación, reconociéndose como agencias en derecho en favor del demandante, la suma de **un (1) SMLMV**. Por Secretaría, liquídense.

SEXTO: En firme la presente sentencia, **ARCHÍVESE** el expediente. Por Secretaría efectúese la devolución de los dineros consignados por la actora por gastos de proceso, si los hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZA

