**CONTRATO DE COMPREVENTA - Régimen jurídico**

El contrato de compraventa objeto de la presente controversia fue celebrado por el Ministerio de Defensa Nacional con la sociedad ISREX (94) LTD. el 31 de diciembre de 1996, razón por la cual, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1º y 2º de la Ley 80 de 1993, se hallaba sujeto a las disposiciones de dicho estatuto de contratación de la administración pública, que entró en vigencia el 1º de enero de 1994.

**MULTAS - Potestad sancionatoria**

En relación con la facultad unilateral de la administración de sancionar a sus contratistas con la imposición de las multas pactadas en los contratos regidos por las normas de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia de esta Corporación, de tiempo atrás, estableció la falta de competencia que, a la luz de esta normatividad, se presentó respecto de las entidades estatales para ejercer la mencionada actuación. (…) Una de las causales de nulidad de los actos administrativos consagradas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, es precisamente la falta de competencia del funcionario que lo expide, defecto que es considerado como el vicio más grave que puede afectar las decisiones de la administración. (…) De acuerdo con lo expuesto, debe la Sala reiterar en esta ocasión, que en materia de contratación estatal, para que la administración pública, en su papel de contratante, pueda ejercer una facultad unilateral excepcional al régimen común como es la sancionatoria, necesariamente debe contar con la respectiva autorización legal para ello, es decir con la competencia atribuida por el ordenamiento jurídico, puesto que ella no puede suponerse ni deducirse sino que debe estar consagrada expresamente en la ley.

**ACTO ADMINISTRATIVO – Nulidad - Falta de competencia - Imposición de multas**

En relación con la actuación unilateral que adelantó el Ministerio de Defensa Nacional mediante el acto administrativo contenido en las resoluciones 00667 y 01633 de 1998, consistente en la imposición de una multa a su contratista, encuentra la Sala que la misma se encuentra viciada de nulidad por falta de competencia de la administración (…) Siendo claro que en el presente caso el Ministerio de Defensa Nacional no tenía competencia legal para imponer una multa a su contratista, resulta procedente la declaratoria de nulidad impetrada en relación con ese acto administrativo, sin necesidad de entrar a analizar los demás cargos efectuados en contra de dicha decisión.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Alcance**

La figura del equilibrio económico del contrato se funda en la relación de equivalencia de las prestaciones que surge al momento de su celebración, en virtud de la cual se ven como simétricas y consonantes las obligaciones asumidas por cada una de las partes frente a las de la otra; el legislador protege ese equilibrio prestacional, que se debe mantener a lo largo de la ejecución contractual, tal y como lo dispone el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. (…) Ahora bien, esa ecuación económica inicial, se puede ver afectada por situaciones imprevistas e imprevisibles, sucedidas con posterioridad a la celebración del contrato y ajenas a la parte afectada, lo que le dará derecho a reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, siempre que a su vez, haya cumplido con las propias obligaciones, puesto que dichas circunstancias, si no han impedido de forma absoluta la ejecución del contrato –como sucede con la fuerza mayor- sino que la han hecho más onerosa, no pueden alegarse como causal justificativa del incumplimiento contractual y por lo tanto, el contratista estará impelido a ejecutar cabalmente las prestaciones a su cargo en la forma pactada.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Rompimiento - Causas**

La alteración de la ecuación contractual se deriva de diversas causas, que se pueden clasificar en dos grandes grupos: 1) Las provenientes de la administración contratante y 2) las exógenas a las partes del negocio. 23.1. Causas provenientes de la administración contratante: 23.1.1. Incumplimiento del contrato; 23.1.2. Ejercicio del ius variandi; 23.1.3. Hecho del Príncipe; 23.2. Factores exógenos o externos a las partes: 23.2.1. La teoría de la imprevisión.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Rompimiento - Requisitos - Configuración**

a) Que, con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho extraordinario, ajeno a las partes, es decir no atribuible a ninguna de ellas. b) Que ese hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato, es decir, que constituya un álea extraordinaria. Debe tratarse de una afectación que sobrepase el álea normal de todo negocio, para que surja el derecho de la parte afectada a obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en tal forma, que se restituya la equivalencia de prestaciones que existía originalmente. Por ello, no cualquier sobre costo ni la pérdida de utilidades, por sí solos, pueden calificarse como afectación de la ecuación contractual. c) Que esa nueva circunstancia, no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes. d) Que esa circunstancia imprevista, dificulte la ejecución del contrato, pero no la imposibilite, porque de lo contrario, estaríamos frente a un evento de fuerza mayor, causal de justificación del incumplimiento contractual que, por ende, releva a la parte incumplida de la obligación de ejecutar las prestaciones a su cargo, sin derecho a reclamación económica alguna; en cambio, en este caso de la imprevisión, el contratista no está relevado de su obligación de cumplir y debe ejecutar las obligaciones a su cargo, así ellas sean más gravosas de lo inicialmente pactado.

**IUS VARIANDI - Potestad - Modificación unilateral del contrato**

Para que resulte válido el ejercicio del ius variandi, las causas que lo justifiquen deben ser posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, puesto que no se trata de un medio tendiente a subsanar deficiencias en su planeación y elaboración. (…) esta facultad no es ilimitada ni omnímoda, ni implica que la administración pueda introducir unilateralmente variaciones al contrato que no estén orientadas a adecuarlo a las situaciones nuevas e imprevistas que lo hagan necesario, de cara al cumplimiento de su finalidad como herramienta de administración, mediante la obtención de un objeto contractual que resulte útil para la satisfacción del interés general. (…) En relación con los extremos del contrato que pueden ser objeto de esta facultad excepcional, tal y como lo sostiene la doctrina, “(…) en principio, las modificaciones que pueden introducirse son relativas al modo de cumplimiento de las prestaciones a cargo del cocontratante, como otras referentes al tiempo y forma en que han de satisfacerse, como igualmente al modo, tiempo y forma en que la Administración pública debe cumplir las obligaciones a su cargo (…). Pero lo que no puede es cambiar el objeto del contrato alterando su esencia, cualquiera que sea el contrato de que se trate, de concesión, de obra pública, de suministros, de función o empleo público, etc.”.

**MULTAS - Imposición - Declaratoria unilateral - Administración - Ley 80 de 1993**

Se observa que en la contratación estatal nacional, la Ley 80 de 1993 –art. 16- contempló como únicas modificaciones pasibles de ser realizadas en forma unilateral por parte de la entidad contratante, las allí nombradas expresamente: la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios, en el entendido de que es por este medio que se pueden adecuar correctamente los contratos celebrados, a las nuevas circunstancias imprevistas, imprevisibles y sobrevenidas, que hacen necesaria dicha modificación y que por ende la justifican.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Indemnización de perjuicios**

Se observa que en la demanda se pidió –pretensiones quinta y sexta- que se declare que la entidad contratante incumplió el contrato y que se la condene a indemnizar los perjuicios ocasionados a la demandante con dicho incumplimiento. No obstante, la parte actora no adujo los hechos atinentes al supuesto incumplimiento, que sirvieran de fundamento a esta pretensión, razón por la cual procede su denegatoria.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C, doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00079-02(37322)**

**Actor: ISREX (94) LTD. (ISREX COLOMBIA LTDA.).**

**Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - APELACIÓN SENTENCIA**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el 14 de mayo de 2009, que negó las pretensiones de la demanda, la cual será revocada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

En 1996, el Ministerio de Defensa celebró un contrato de compraventa con la sociedad ISREX (94) LTD., para la adquisición de 8 tanquetas para transporte de personal y 8 tanquetas antimotín para reacción con destino a la Policía Nacional, respecto del cual adicionó el término de duración unilateralmente y el 13 de febrero de 1998, impuso al contratista una multa por la demora en la entrega de dichos bienes.

**ANTECEDENTES**

**I. Lo que se demanda**

1. El 13 de diciembre de 1999, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, la Sociedad Isrex (94) Ltd.[[1]](#footnote-1), presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca demanda en contra de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, cuyas pretensiones fueron (f. 5 a 18, c. 1, f. 152 a 166, c. 2 y f. 7, c. 7):

*1. Que se declare que entre ISREX (94) LTD., de Israel y LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL* ***se celebró y perfeccionó*** *un contrato instrumentado por las partes como* ***CONTRATO 36 DE 1996 DE COMPRAVENTA Y FINANCIACIÓN DE MATERIAL RESERVADO DE TRANSPORTES PARA LA POLICÍA NACIONAL,*** *modificado a su vez por el llamado* ***CONTRATO MODIFICATORIO 01 AL CONTRATO 36/96,*** *documentos estos cuya copia se adjunta a la presente demanda.*

*2. Que se declare que el acuerdo celebrado el día primero de diciembre de 1997, que se consignó en un documento denominado* ***ACTA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS No. 001 DE 1997*** *cuya copia se adjunta,* ***es válido y vinculante*** *para las partes en el contrato.*

***En subsidio a esta pretensión:***

*2.1. Que se declare que LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL debe restablecer íntegramente* ***el equilibrio financiero*** *del contrato en mención, roto por efecto de las adecuaciones adicionales al objeto inicial del contrato que ISREX (94) LTD. hizo de acuerdo con las actas 001 del primero de diciembre de 1997; 002 del 04 de febrero de 1998; 003 del 16 de febrero de 1998 y acta 004 del 27 de febrero de 1998 y las demás que se lleguen a probar en el proceso, y que se le ordene el pago en favor de ISREX (94) LTD. del valor actualizado de los trabajos adicionales –incluyendo el valor del interés corriente desde la fecha de la respectiva entrega- y roto también el equilibrio por la demora en la cancelación de los pagarés.*

*3. Que se decrete la* ***nulidad*** *de las resoluciones* ***00667 de febrero 13 de 1998 y 01633 de abril 17 de 1998*** *mediante las cuales LA NACIÓN impuso y confirmó multa a ISREX (94) LTD., suscritas por el señor Ministro de la Defensa Nacional, con base en los hechos relatados en esta demanda.*

***En subsidio de la pretensión “3”:***

*3.1. Que se declare que las resoluciones mencionadas perdieron su fuerza ejecutoria.*

***En subsidio de la pretensión “3.1”:***

*3.2. Que se* ***reduzca la multa*** *impuesta a ISREX (94) LTD., con base en las estipulaciones contractuales y en la ley, de manera que su monto sea justo y proporcionado a la naturaleza y entidad del eventual incumplimiento.*

*4. Que se decrete la* ***nulidad*** *de la decisión que contiene la llamada* ***ACTA UNILATERAL No. 1 DEL 27 DE NOVIEMBRE DE 1997,*** *mediante la cual el Ministerio de Defensa Nacional modifica unilateralmente el plazo de entrega convenido en el contrato.*

*5. Que se declare que LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL* ***ha incumplido el contrato*** *en referencia, de acuerdo con las circunstancias que se mencionan en los hechos de esta demanda.*

 *6. Que se declare, consecuencialmente, que LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL es responsable por los* ***perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y extrapatrimoniales,*** *que se le causen o lleguen a causar a la sociedad ISREX (94) LTD. y se condene a la reparación integral del daño junto con la actualización y los intereses legales a que haya lugar.*

2.Como sustento fáctico de las pretensiones, la parte actora dio cuenta de la celebración entre las partes –previa solicitud de ofertas y adjudicación-, del contrato de compraventa y financiación de material reservado de transportes n.o 36 de 1996, cuyo objeto fue la adquisición de 16 tanquetas con destino a la Policía Nacional (8 para transporte de personal y 8 antimotín para reacción) y la financiación del precio del contrato cuyo monto fue de US $ 4 503 000; se pactó que la duración del contrato iría desde su perfeccionamiento, hasta 60 días después del plazo de entrega pactado en la cláusula quinta y mediante contrato modificatorio 01 del 4 de julio de 1997 se estipuló como nueva fecha de entrega del material el 30 de septiembre de 1997.

2.1. Por razones no imputables al contratista, los bienes objeto del contrato no se entregaron en la fecha prevista –retrasos debidos a inspección del barco en puerto seco en Grecia, mal tiempo en alta mar, etc.-, sobre la cual se había pedido una prórroga a la entidad, que ésta no respondió.

2.2. El 6 de octubre de 1997 la entidad nacionalizó el material, comunicó a ISREX los reparos sobre el mismo el 10 de noviembre siguiente y el director de la Policía Nacional informó al Ministerio de Defensa que el contratista había incumplido en cuanto al plazo y en cuanto a las calidades de lo entregado.

2.3. El Ministerio de Defensa fijó arbitrariamente un nuevo término para la entrega del material, pues mediante acta unilateral n.o 1 del 27 de noviembre de 1997, prorrogó la fecha de vencimiento del contrato –que iba hasta el 29 de noviembre- hasta el 15 de diciembre de 1997, cuando no se daban los motivos legales que permiten la modificación unilateral del contrato –evitar la paralización o la afectación grave del servicio público- y para tomar una decisión distinta a las contempladas en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 –la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios- y además, esta decisión no le fue notificada al contratista.

2.4. Luego de varias reuniones entre las partes, se suscribió un acta de solución de diferencias 001 del 1º de diciembre de 1997 en la que se acordaron unos ajustes al objeto del contrato, se convino una prórroga adicional al plazo y las partes declararon expresamente terminada la controversia.

2.5. Los ajustes acordados fueron cumplidos por el contratista con la supervisión de la entidad, de lo cual quedaron las respectivas actas de verificación suscritas por los representantes de las partes y en acta 004 del 27 de febrero de 1998, funcionarios de la contratante dieron por cumplidas satisfactoriamente las obligaciones del contratista.

2.6. No obstante lo anterior, el Ministerio de Defensa expidió la Resolución 00667 del 13 de febrero de 1998 –confirmada por la Resolución 01633 del 17 de abril de 1998- por medio de la cual le impuso una multa a ISREX LTD. por valor de US $ 337 725, por razones que ya habían sido superadas y además, por fuera del término de vigencia del contrato.

2.7. Por otra parte, adujo que la Contraloría General de la República efectuó una evaluación al contrato objeto de la controversia y concluyó que el contrato inicialmente suscrito por las partes no se cumplió ya que fue objeto de múltiples modificaciones y exigencias de la entidad contratante que iban más allá de lo pactado y que fueron cumplidas por el contratista a pesar de su propio desmedro por no haberse hecho efectivo ningún pagaré, por lo que surgiría la figura jurídica del desequilibrio económico del artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

**III. Actuación procesal**

3. La entidad demandada **contestó la demanda** y se opuso a las pretensiones, por considerar que carecían de sustento fáctico y jurídico, toda vez que si se acordaron ajustes al cumplimiento del objeto contractual, fue porque los bienes entregados por el contratista no cumplían con las exigencias y especificaciones técnicas contractuales, pero sin que ello implicara modificar los plazos del contrato que involucraba recursos de crédito externo –crédito del proveedor-, que por lo mismo sólo podía ser modificado por el ministro y no por representantes de la Policía Nacional, entidad que actuaba como unidad ejecutora y por lo tanto era la encargada de recibir y verificar el material dentro del plazo previsto en el contrato, a través del gerente del proyecto y los miembros del comité técnico (f. 43, c. 1).

3.1. Agregó que no se presentó un desequilibrio financiero del contrato ni la entidad incurrió en acciones u omisiones que hubieran roto la ecuación económica del mismo, pues a la contratista no se le impusieron cargas u obligaciones no contempladas o programadas al celebrar el contrato 036/96. El acta de solución de diferencias, como ya se dijo, apuntaba a obtener la correcta entrega de los bienes objeto contractual en los términos y condiciones del negocio jurídico y de la oferta.

3.2. En relación con la multa, dijo la entidad demandada que la misma estaba pactada en el contrato –cláusula novena- y fue legalmente impuesta por el ministro de defensa, frente al incumplimiento del contratista, quien en principio debía hacer entrega de los bienes objeto del contrato el 31 de julio de 1997 incluida la capacitación y documentación técnica y por solicitud del mismo contratista ese plazo fue prorrogado hasta el 30 de septiembre del mismo año, mismo día en el que nuevamente solicitó aplazar la fecha de entrega alegando condiciones climáticas que afectaron el transporte marítimo; el contratista, en consecuencia, entregó por fuera del plazo pactado y el material presentaba observaciones de orden técnico, por lo que teniendo en cuenta que para solucionarlas se iba a necesitar más tiempo, la entidad decidió fijar un nuevo plazo de entrega hasta el 15 de diciembre de 1997, prorrogándose, en consecuencia, el de duración del contrato, circunstancias que no impedían a la administración el ejercer su facultad sancionatoria por incumplimiento en el plazo de entrega y en las especificaciones técnicas, de conformidad con la cláusula cuarta contractual.

3.3. Señaló que la fuerza mayor alegada por la demandante no está demostrada, pues para ello se requiere acreditar la imprevisibilidad del hecho ocurrido, ya que el contratista asume los riesgos inherentes a su actividad comercial, así como los demás requisitos de la referida figura y además, no todo mal tiempo por sí mismo, constituye caso fortuito y para que sea tenido como hecho eximente de responsabilidad se debe probar que su ocurrencia fue de tal magnitud, que puso al deudor en imposibilidad absoluta de ejecutar la obligación.

3.4. Sostuvo que el acta unilateral n.o 1 del 27 de noviembre de 1997 por medio de la cual se extendió el plazo de duración del contrato fue legal, obedeció a la necesidad de recibir los bienes objeto del mismo para evitar la paralización del servicio público encomendado a la entidad, de control del orden interno y seguridad de la ciudadanía, con esta decisión no se modificó sustancialmente el objeto contractual ni las condiciones técnicas de su ejecución ni se produjeron nuevos costos para el contratista y se recurrió a ella, por cuanto no hubo acuerdo con éste, que finalmente se benefició de la medida, pues el día del vencimiento inicial, 29 de noviembre, aún no había cumplido con su obligación de entrega del material. Por otra parte, sostuvo que el contratista se notificó del acto administrativo por conducta concluyente el 28 de noviembre de 1997, tal y como lo admitió en el escrito del recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 00667.

3.5. Indicó que la entidad cumplió sus obligaciones contractuales en cuanto al valor y forma de pago en los términos acordados y que fue la contratista quien incumplió su obligación de entregar oportunamente los bienes objeto del negocio jurídico celebrado por las partes en el plazo establecido -30 de septiembre de 1997- en la cláusula 1ª del contrato modificatorio n.o 1 y con las especificaciones técnicas pactadas en la cláusula 4ª del contrato principal y que el acta del 4 de febrero de 1998 no puede tenerse como “acta de recibo” a satisfacción, pues ella refleja faltantes, desperfectos o limitaciones que el contratista se comprometía a corregir y aún no se había hecho la prueba del funcionamiento y comportamiento de los vehículos, que sería el día 2 de marzo siguiente.

3.6. Concluyó la demandada, que dado que no había incurrido en incumplimiento contractual alguno, no había lugar a reconocer las pretensiones de responsabilidad e indemnización de perjuicios aducidas en su contra.

4. El Tribunal Administrativo ordenó la vinculación al proceso de la sociedad Liberty Seguros S.A., como litis consorte necesario de la sociedad Isrex Ltda.[[2]](#footnote-2), quien presentó escrito el 24 de mayo de 2002 en el cual elevó como pretensiones, que se declare la nulidad del acto por medio del cual se impuso la multa al contratista Isrex Ltda. y que como consecuencia de tal declaratoria, se le ordene a la entidad demandada restituir actualizados los dineros que haya pagado o llegare a pagar Latinoamericana de Seguros S.A. –hoy Liberty Seguros S.A.- con ocasión de tales resoluciones y que se la condene a indemnizarle a la aseguradora los perjuicios que le hubiera causado, equivalentes a los valores que la compañía perdió por la constitución de las reservas para el pago del posible siniestro declarado por la administración, los gastos y valores pagados para atender la vía gubernativa, etc., debidamente actualizados y con los correspondientes intereses. En sustento de estas pretensiones, enunció los hechos en forma similar al demandante y alegó como vicios del acto administrativo de multa, la falta de competencia de la administración para imponerla y falsa motivación (f. 178, c. 1).

5. El **Tribunal Administrativo** de Cundinamarca profirió **sentencia** en la cual negó las pretensiones, ya que consideró que los actos demandados son legales, pues el acta unilateral n.o 1 por medio de la cual se adicionó el plazo del contrato estuvo debidamente motivada y corresponde a una facultad legal de la administración de modificar unilateralmente el contrato para garantizar la continuidad del servicio contratado y quien resultó beneficiado con la medida fue el contratista, a quien se le permitió cumplir con el objeto del contrato y su indebida notificación, no afecta la validez del acto (f. 513 a 533, c. ppl).

5.1. En cuanto al acto de multa, estimó el *a-quo* que mediante el acta de solución de diferencias n.o 1 del 1º de diciembre de 1997, las partes llegaron a un acuerdo para resolver las salvedades técnicas que se presentaban en los vehículos objeto del contrato y si bien el contratista se comprometió a solucionarlas en un plazo de 75 días, ello no significa que se hubiera variado el término del contrato ni que la entidad no pudiera, ante un incumplimiento preexistente, imponer las sanciones que de común acuerdo fueron pactadas.

5.2. Manifestó que la entidad sí tenía competencia para imponer la multa demandada, ya que la Ley 80 de 1993 les otorgó a las entidades la dirección y manejo de la actividad contractual y el deber de adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a las que hubiere lugar, de donde se desprende la facultad sancionatoria necesaria para el cumplimiento de estas funciones y por lo tanto, la competencia para imponer multas como la demandada, en especial en aquellos contratos en los que las partes así lo han pactado en virtud de la autonomía de la voluntad. Agregó que la decisión de multa no fue extemporánea, pues si bien la entidad fijó como nuevo término de entrega el 15 de diciembre de 1997, en el acta de solución de diferencias n.o 1 que había sido suscrita el 1º de diciembre, se le dieron 75 días al contratista para entregar los vehículos con las correcciones técnicas indicadas, es decir hasta 15 de febrero de 1998; que la Resolución 667, por medio de la cual se impuso la multa, es del 13 de febrero del mismo año y obedeció al hecho de que el contratista incumplió el contrato al no entregar los bienes dentro del plazo contractual -15 de diciembre- y con las especificaciones técnicas acordadas.

5.3. Sostuvo que no se presentó la fuerza mayor alegada por la demandante para la demora en la entrega de los vehículos objeto del contrato y lo que se evidenció fue su falta de previsión, planeación y coordinación, pues según las pruebas allegadas al plenario, en el buque los vehículos que debían ser desembarcados en Cartagena, venían debajo de la carga que se debía entregar en Maracaibo, por lo que esa fue la primera parada, situación que impidió que dicho material llegara al puerto colombiano en la fecha pactada por las partes -31 de julio de 1997- y que había sido prorrogada a solicitud del contratista hasta el 30 de septiembre de 1997, produciéndose su entrega el 6 de octubre de ese año, sin que se hubiera recibido a satisfacción, por presentar observaciones de índole técnica, con lo cual se configuró el incumplimiento del contratista que dio lugar a la imposición de la multa.

6. Inconforme con lo decidido por el Tribunal Administrativo *a-quo,* la parte actora interpuso **recurso de apelación,** en el cual solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia y en su lugar que se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda, para lo cual (f. 539, 540, 561 y 596, c. ppl).

6.1. La sociedad Isrex Ltda., insistió en que la modificación unilateral contenida en el acta n.o 1 del 27 de noviembre de 1997 fue ilegal, pues no obedeció a la finalidad consagrada para ello en la norma –evitar la paralización o afectación grave del servicio público- y no fue notificada al contratista; y en la nulidad del acto administrativo por medio del cual le impuso una multa, contenido en las Resoluciones 0667 del 13 de febrero y 01633 del 17 de abril de 1997, pues la administración no estaba facultada legalmente para imponer este tipo de sanción en forma unilateral y mucho menos por fuera del término de vigencia del contrato, pues su finalidad es la de conminar al contratista al cumplimiento. Finalmente, reiteró que el retardo presentado en la entrega de los equipos objeto del contrato, se debió a una fuerza mayor: motivos de mal tiempo en altamar, que fueron determinantes para el retraso de 5 días y no por la acomodación de la carga en el buque, como lo sostuvo el *a-quo,* por cuanto no estaba dentro de las labores del contratista la embarcación de la mercancía y la acomodación de las cargas dentro de la motonave (f. 596, c. ppl.).

6.2. Liberty Seguros S.A. –antes Latinoamericana de Seguros S.A.- sustentó el recurso de apelación reiterando los argumentos expuestos a lo largo del proceso, especialmente en cuanto a que no había norma legal que le otorgara competencia a la administración para imponer la multa en forma unilateral y mucho menos para hacerlo por fuera del plazo del contrato –que se produjo el 15 de diciembre de 1997-, desconociendo los hechos de fuerza mayor que produjeron el retraso imputado al contratista y el acta de conciliación –denominada de solución de diferencias- suscrita por las partes el 1º de diciembre de 1997 para solucionar las diferencias surgidas con ocasión de la entrega del material objeto del contrato, en la que se acordó dar un plazo adicional al contratista (f. 561, c. ppl.).

7. En la oportunidad para alegar de conclusión, las partes presentaron sendos escritos, en los cuales reiteraron los argumentos expuestos a lo largo del proceso (f. 604, 613 y 680, c. ppl.).

**CONSIDERACIONES**

**I. Competencia**

8. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora el 1º de junio de 2009, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación[[3]](#footnote-3).

**II. Hechos probados**

9. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario[[4]](#footnote-4), se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis:

9.1. El 31 de diciembre de 1996, El Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional celebró el contrato n.o 36 con ISREX (94) LTD. De Israel y la sociedad ISREX COLOMBIA LTDA., cuyo objeto fue la venta al ministerio de 8 tanquetas para transporte de personal y 8 tanquetas antimotín para reacción con destino a la Policía Nacional –cláusula primera- *“(…) con el debido alistamiento, en condiciones DDU Comando de Policía en Cartagena de Indias, D.T., de conformidad con el anexo “A” y especificaciones técnicas del anexo “B” del presente contrato, en adelante EL MATERIAL, así como presta* (sic) *la correspondiente capacitación, entrega de la documentación técnica relacionada en la cláusula décima séptima del presente contrato y concede al MINISTERIO la financiación del valor de este contrato y EL MINISTERIO por su parte, compra el MATERIAL para la Policía Nacional, en las cantidades, precios, modalidades y especificaciones técnicas contenidas en los Anexos “A” y “B”. La entrega del MATERIAL por parte del CONTRATISTA se efectuará en su totalidad dentro de los plazos previstos en la cláusula quinta y el anexo “C” del presente contrato. PARÁGRAFO: Debido a los cambios tecnológicos continuos del MATERIAL, el CONTRATISTA podrá de acuerdo con la Policía Nacional, hacer entrega de los modelos actualizados del MATERIAL contratado, siempre y cuando éstos permitan lograr iguales o mejores características de operación a las establecidas en la solicitud de oferta y que en ningún caso constituyan costo adicional para el MINISTERIO (…)”* (f. 3, c. 2, f. 3, c. 3 y f. 69, c. 4).

9.1.1. El valor del contrato fue la suma de US$ 4 503 000, que incluía el costo del material, su alistamiento, la documentación técnica, licencias, fletes, seguros, embalajes, derechos portuarios que debía pagar el contratista en el país de origen de la exportación y los de entrega del material al ministerio, y todos los gastos que se originaran en Colombia hasta el alistamiento, incluida la documentación técnica, con excepción de los correspondientes al arancel, bodegaje e IVA. Los precios eran fijos y no sujetos a ningún tipo de reajustes y el contratista se comprometió a dar la capacitación sin costo para el ministerio –cláusula segunda-.

9.1.2. Se pactó que el material objeto del contrato sería nuevo, sin uso y de la más reciente fabricación, tendría las especificaciones técnicas descritas en el anexo B y sería entregado libre de faltantes, averías, desperfectos o limitaciones y en caso de que el contratista no cumpliera con esto, el ministerio se reservaba la facultad de rechazar el material y de imponer las sanciones pertinentes, caso en el cual la entrega no tendría efecto legal o contractual alguno –cláusula cuarta-.

9.1.3. Para la entrega, se pactó que se haría de conformidad con el cronograma del anexo C[[5]](#footnote-5), incluida la capacitación y la documentación técnica y se suscribiría un acta de recibo firmada por los representantes del contratista y el ministerio –cláusula quinta- y en cuanto a la vigencia y duración del contrato, se pactó que la primera sería hasta el cumplimiento total de las obligaciones de pago a cargo del ministerio y la segunda, es decir la duración del contrato en relación con el contratista sería desde el perfeccionamiento hasta 60 días calendario más del plazo de entrega pactado en la cláusula quinta –cláusula sexta-.

9.1.4. Se pactaron sanciones por retardo –cláusula novena-, consistentes en multas que podría imponer el ministerio ante el retardo en la entrega, para apremiar al contratista, equivalentes a o,5% del valor del material no entregado oportunamente por cada día de retardo y hasta por un plazo de 15 días calendario, que se impondrían mediante acto administrativo motivado.

9.2. La compañía Latinoamericana de Seguros S.A.[[6]](#footnote-6), expidió la póliza única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales n.o 288535 C, para garantizar las obligaciones adquiridas por ISREX (94) LTD. frente al Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional mediante contrato 36/96, la cual amparó el cumplimiento del contrato -$US 1 125 780-, el buen manejo del anticipo –US$ 855 570- y el correcto funcionamiento de los equipos –US$ 2 251 500- (f. 79, c. 1).

9.3. El 4 de julio de 1997, las partes suscribieron el contrato modificatorio n.o 1 al contrato 36/96, mediante el cual, a solicitud del contratista, se prorrogó el plazo de entrega de los vehículos hasta el 30 de septiembre de 1997 y se estipuló que el plazo de duración del contrato con relación al contratista sería de 60 días calendario más del nuevo plazo de entrega; en la justificación de esta adición, se explicó que se presentaron circunstancias de fuerza mayor y caso fortuito, debido a que la fabricante Mercedes Benz comunicó que el tipo de vehículo 711 D fue descontinuado y por lo tanto la producción para el año 1997 sería del tipo 814 D, cambio con el que estuvo de acuerdo el comité técnico por ofrecer mejores condiciones de operación y además se adecuaba a lo pactado en el contrato (f. 30, c. 3).

9.4. El 8 de julio de 1997, Latinoamericana de Seguros S.A. expidió certificado de modificación de la póliza 248878C que amparaba al contrato 36/96, mediante el cual fueron prorrogadas las garantías de anticipo y cumplimiento hasta el 30 de enero de 1998, el cual fue debidamente aprobado por la entidad contratante; el 28 de noviembre de 1987, expidió el certificado de modificación 249382 C, con el cual se prorrogaron las garantías de anticipo y cumplimiento hasta el 15 de abril de 1998; el 19 de enero de 1998, se prorrogaron hasta el 15 de junio de ese año y la vigencia de la garantía de calidad se fijó hasta el 13 de diciembre siguiente (f. 43 y 44, c. 4; f. 150, 151, 153 y 154, c. 1).

9.5. En oficio del 23 de septiembre de 1997, el gerente para Colombia de ISREX (94) LTD. Envió a la Policía Nacional el conocimiento de embarque del 25 de agosto de 1997 en la ruta Ashdod Israel-Cartagena Colombia e informó que el buque Sea Gem, en el que venían los vehículos, estaría llegando al puerto de Cartagena entre el 29 y el 30 de septiembre (f. 35, c. 3).

9.6. El 26 de septiembre de 1997, la Policía Nacional recibió comunicación del contratista en el que le informaba que el buque llegaría a Cartagena el 30 de septiembre y presentaba un retraso adicional de un día, debido a las condiciones climáticas en altamar (f. 38, c. 3).

9.7. El 29 de septiembre de 1997, el contratista comunicó a la contratante que la llegada del buque se esperaba para el 2 o 3 de octubre, pues por información de los agentes del mismo, a pesar de que el interés era descargar en Cartagena y luego en Maracaibo, se presentaba el inconveniente de que la carga con este último destino obstaculizaba la extracción de los vehículos. Manifestó que al existir motivos de fuerza mayor, por el mal tiempo en el transporte marítimo, les solicitaba estudiar la posibilidad de prorrogar el plazo de entrega en 5 días adicionales[[7]](#footnote-7) (f. 41, c. 3).

9.8. El 2 de octubre de 1997 Aduanera Colombiana S.I.A. Ltda. informó a ISREX COLOMBIA LTDA. que el buque Sea Gem anunció su arribo a Cartagena aproximadamente para el 5 de octubre siguiente si el tiempo lo permitía (f. 48, c. 3).

9.9. El 6 de octubre de 1997, el gerente para Colombia de ISREX (94) LTD. informó a la Policía Nacional, a través del director del plan de desarrollo de la entidad, de acuerdo con lo anunciado por Aduanera Colombiana, agentes marítimos del buque Sea Gem, éste debía llegar entre los días 2 y 3 de octubre, pero por inconvenientes de mal tiempo en el Atlántico, el buque llegó a Maracaibo el 2 de octubre a las 2 p.m. y el 4 en la mañana salía para Cartagena, a donde debía llegar el 5 en horas de la mañana pero por problemas mecánicos y de mal tiempo llegó ese día pero en la noche y al no haber muelle desocupado para descargar, se inició esta labor el 6 de octubre en horas de la tarde (f. 46, c. 2).

9.10. El 10 de noviembre de 1997, el gerente del plan de desarrollo de la Policía Nacional envió comunicación al representante legal de la contratista en la cual relacionó las observaciones formuladas por el personal técnico de transportes de la entidad, encargado de verificar el cumplimiento de las especificaciones técnicas del material objeto del contrato, en las cuales se anotó y se explicó cada uno de los puntos objetados a los vehículos para transporte de personal y de reacción Mercedes Benz 814D-T.B: Frenos: no cumple; rin y llantas: no cumple; tanque combustible: no cumple; carrocería: no cumple; manuales: no cumple; accesorios: no cumple; y se hicieron unas observaciones generales sobre los equipos entregados, advirtiendo que con fundamento en el contrato y teniendo en cuenta dichas observaciones, se requería que el contratista diera estricto cumplimiento a los términos y condiciones contractuales respecto de las especificaciones técnicas conforme a la cláusula cuarta, que establece que el material tendrá las descritas en el anexo B y se entregará libre de faltantes, averías, desperfectos o limitaciones. Por lo anterior, se le pidió al contratista la presentación de un cronograma de trabajo a desarrollar para el ajuste y corrección de cada una de las tanquetas distribuidas a nivel nacional, teniendo en cuenta la fecha de vencimiento del contrato, el 28 de noviembre de 1997 y que para liberar los 7 pagarés restantes, era necesaria el acta de recibo del material a satisfacción de la entidad contratante (f. 99, c. 4).

9.11. El 14 de noviembre de 1997, el gerente de ISREX (94) LTD., dio respuesta a la anterior comunicación, manifestando que con la intención de colaborar con la entidad, haría todo lo posible por responder a cada una de las observaciones planteadas “*corrigiendo y agregando a los vehículos lo que en derecho sea necesario, a fin de que la Policía Nacional quede completamente satisfecha con el producto suministrado”.* Manifestó que gran parte de las observaciones ya habían sido corregidas y otras lo serían apenas llegaran a Colombia las partes y piezas que les habían enviado y que coordinarían con la Policía Nacional la ejecución de los trabajos, de acuerdo a la disponibilidad de los vehículos en cada ciudad en que se hallaran, los cuales pretendían adelantar en el menor tiempo posible; agregó 3 notas, del siguiente tenor (f. 104, c. 4):

*Nota 1: Las observaciones técnicas, no han considerado los acuerdos escritos posteriores a la legalización del contrato (ver oficio No. 110/ISCO-EJ del 31 de marzo de 1997).*

*Nota 2: Muchas de las observaciones se hicieron con un claro desconocimiento de los vehículos, pese a la instrucción dada.*

*Nota 3: Todos los gastos que se ocasionen por requerimientos que no han sido pactados, estaremos dispuestos a cubrirlos sin cargo a la Institución.*

9.12. El 27 de noviembre de 1997, el ministro de Defensa Nacional expidió el *“Acta n.o 1 al contrato modificatorio n.o 1 del contrato 36/96”*, por medio de la cual decidió fijar como nuevo término para la entrega del material el 15 de diciembre de 1997 *“sin perjuicio de las sanciones que puedan ser aplicadas al CONTRATISTA, por el incumplimiento en el plazo de entrega”* y prorrogó el plazo de duración, acorde con este nuevo término para la entrega. La justificación para esta decisión, fue que el contratista no había cumplido con el plazo del contrato modificatorio n.o 1 y posteriormente entregó el material pero el mismo presentaba observaciones que motivaron a la Policía Nacional a rechazarlo, informando que las fallas requerían de tiempo para ser subsanadas (f. 33, c. 3).

9.13. Obra en el plenario el *“acta de solución de diferencias No. 001 de 1997”,* la cual fue suscritael 1º de diciembre de 1997 por el representante legal del contratista y por parte de la entidad contratante, la firmaron el director administrativo y financiero de la Policía Nacional, el gerente del proyecto, el presidente del comité técnico, el gerente del plan de desarrollo, dos integrantes del comité técnico y el jefe de la división de transportes de la entidad. En dicha acta se plasmaron los problemas de índole técnica que presentaban los vehículos entregados y se consignó que *“Isrex (94) Ltd. se compromete a introducir adicional sin cargo a los vehículos las siguientes modificaciones a pedido de la Policía Nacional, en concordancia con lo estipulado inicialmente en la oferta y el contrato No. 036/96 (…)”. La firma ISREX (94) LTD. se compromete a hacer los ajustes al material objeto del contrato No. 036/96, en el marco de los términos y condiciones de la oferta, la propuesta, el contrato y los requerimientos técnicos planteados en este documento, en el término de setenta y cinco (75) días improrrogables contados a partir de la suscripción del presente acuerdo (...). De acuerdo las partes sobre las anteriores fórmulas de arreglo, la aprueban. De esta manera termina la controversia que la motivó* (f. 61, c. 3).

9.14. El 13 de diciembre de 1997, se suscribió el acta de recepción de vehículos de reacción y transporte de personal objeto del contrato 036/96, en la que consta que se recibieron 8 vehículos blindados para transporte de personal y 8 vehículos antimotines de reacción, que fueron identificados uno a uno por el número de motor y de chasis, por un valor total de US$4 503 000. Se registró que estos vehículos eran recibidos de acuerdo a lo estipulado en el contrato 036, anexos A y B y dentro del plazo previsto en la cláusula 1ª del acta unilateral n.o 1 al contrato modificatorio n.o 001 suscrito por las partes, que respondían al objeto del contrato y que se detectaron inconsistencias menores en sus especificaciones técnicas, las cuales no afectaban sustancialmente el normal uso y funcionamiento de los vehículos, por lo que serían subsanadas de acuerdo a lo convenido con el representante legal de la contratista (f. 124, c. 4).

9.15. El 15 de diciembre de 1997, el director general de la Policía Nacional le solicitó al secretario general del Ministerio de Defensa Nacional que procediera a tramitar ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la liberación de los 7 pagarés restantes por valor de US$ 3 647 430, para la cancelación del valor total del contrato de compraventa y financiación celebrado con ISREX (94) LTD., en consideración a que de acuerdo con la cláusula tercera del contrato, “forma y condiciones de pago”, los plazos para pago tanto de capital como de los intereses iniciaba a partir de la fecha de entrega de la totalidad del material, la cual se produjo el 13 de diciembre de 1997, para lo cual le envió los documentos pertinentes: fotocopias de i) conocimiento de embarque B/L n.o 001ASCA001 del 25 de agosto de 1997 con certificación del prepago de los fletes y liberación del documento de embarque, ii) factura comercial n.o 7177 del 25 de agosto de 1997, por valor total DDU Cartagena de US$ 4 503 000, iii) lista de empaque 001 del despachador de ISREX (94) LTD., iv) certificado de origen del material, v) póliza de seguro n.o 8-0990488-1/0119 con la que se ampara el material, vi) licencia de importación n.o 007112ª del 6 de abril de 1997, vii) declaración de importación n.o 06400003907 del 7 de octubre de 1997 y viii) acta de recibo del material, fechada el 13 de diciembre de 1997, por valor total DDU de US$ 4 503 000. Le advirtió a este funcionario, que el citado compromiso ya había sido objeto de afectación en el presupuesto de inversión de la entidad con cargo a la vigencia de 1996 y los recursos se encontraban en reserva de apropiación de 1996 a vencerse el 31 de diciembre de 1997, por lo que urgía adelantar el trámite en el menor tiempo posible para no perder esa apropiación[[8]](#footnote-8) (f. 13, c. 4).

9.16. El 4 de febrero de 1998, las mismas personas suscribieron el Acta de solución de diferencias cronograma recepción n.o 002, en la cual se establecieron los cronogramas del trabajo planteado de acuerdo al Acta de Solución de Diferencias 001que se desarrollarían en las diferentes ciudades en donde se encontraban ubicados los vehículos; ésta fue revisada el 16 y el 17 de febrero, según actas de esas fechas, en la última de las cuales se registró que, si bien quedaban unos pendientes, de acuerdo al consenso del personal firmante del acta, se había verificado el cumplimiento a las observaciones y acondicionamiento de los vehículos teniendo en cuenta el cronograma elaborado (f. 73, 83 y 96, c. 3).

9.17. Por Resolución n.o 00667 del 13 de febrero de 1998, el ministro de Defensa impuso una multa por valor de US $ 337 725 a la sociedad ISREX (94) LTD. de Israel, equivalentes a 0,5% diario del valor del material no entregado oportunamente, por el término de 15 días calendario. Se ordenó notificar el acto administrativo a la Compañía Latinoamericana de Seguros S.A., quien estaba garantizando el cumplimiento del contrato 36/96 según póliza n.o 288535 y sus certificados modificatorios. En las consideraciones de este acto administrativo, se hizo un recuento de lo acontecido en la ejecución del contrato, la prórroga del plazo de entrega y el incumplimiento del mismo por parte del contratista, así como las observaciones de carácter técnico que motivaron el rechazo del material, según inventario de entrega provisional del 9 y 10 de noviembre de 1997 y el nuevo plazo que se le otorgó al contratista hasta el 15 de diciembre para la corrección de las fallas, el cual éste aceptó tácitamente, al proceder a prorrogar los amparos de la garantía única y allanarse a cumplir dentro del nuevo plazo, según constaba en acta de recepción del 13 de diciembre de 1997 (f. 49, c. 3).

9.18. Mediante Resolución n.o 01633 del 17 de abril de 1998, se resolvieron los recursos interpuestos en contra de la anterior decisión por el contratista y la compañía de seguros Latinoamericana de Seguros S.A., confirmándola en todas sus partes (f. 51, c. 3).

9.19. El 20 de noviembre de 1998, la Contraloría General de la República presentó un informe sobre la celebración y ejecución del contrato 36 de 1996 celebrado entre el Ministerio de Defensa-Policía Nacional y la firma ISREX LTD de Israel, en el cual, entre otras cosas, concluyó que el contrato en su esencia no se incumplió y el contratista acató las demandas de la administración, llevando a cabo los arreglos y ajustes exigidos para poner en funcionamiento las tanquetas (f. 124 a 148, c. 3).

9.20. En el proceso se decretó una prueba pericial a petición de la parte actora[[9]](#footnote-9), para que se determinara i) cuáles de las adecuaciones y demás suministros realizados por la firma ISREX se encontraban por fuera del objeto contractual, ii) cuál era el valor de dichos trabajos y suministros debidamente actualizado, iii) cuál era el valor de los perjuicios por lucro cesante y daño emergente debidamente actualizados que había sufrido la demandante como consecuencia de la imposición de la multa, iv) naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato, v) cuantía y naturaleza del desequilibrio contractual, de acuerdo con lo pedido en las pretensiones y vi) los demás aspectos de auditoría del contrato que permitieran determinar los incumplimientos de la administración y los perjuicios pedidos en la demanda; el perito designado, contador público, presentó memorial en el cual explicó que no se pudo realizar la experticia, debido a que fue imposible ubicar al demandante, ya que no residía en las direcciones encontradas en el expediente ni se pudo localizar a la persona que según la oficina del apoderado de la parte actora, estaba encargada del archivo de la sociedad ISREX, y era indispensable, para efectos de practicar la auditoría solicitada, consultar y revisar los libros, documentos y papeles que debían estar en poder de la sociedad, puesto que revisado el expediente, no se encontraron las bases suficientes para llevar a cabo el trabajo. Mediante auto del 16 de marzo de 2006, se le suministró nueva dirección de la sociedad demandante al perito y se lo conminó a presentar el dictamen, pero éste nuevamente informó al Tribunal que en la dirección facilitada no se encontraba la sociedad ISREX, residía una familia hacía más de 3 años y le informaron que habían recibido correspondencia para la referida sociedad, que habían devuelto por no corresponder a ese domicilio, por lo que reiteró la imposibilidad de llevar a cabo el peritazgo. El tribunal ordenó correr traslado para alegar, decisión que no fue impugnada por la parte que pidió esta prueba, que procedió a presentar el alegato final (f. 320, 353, 359, 435 y 497, c. 1).

**III. El problema jurídico**

10. Con fundamento en los hechos probados y el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, le corresponde a la Sala establecer si la entidad demandada tenía competencia para imponer en forma unilateral, a través de un acto administrativo, la multa pactada en el contrato y si se probó el rompimiento del equilibrio económico del contrato alegado en la demanda.

**IV. Análisis de la Sala**

11. En las pretensiones primera y segunda, la demanda pidió que se declare la existencia del contrato 36 de 1996 celebrado entre las partes y que el acta de solución de diferencias 001 de 1997, es válido y vinculante para las partes. En relación con estas pretensiones, advierte la Sala que la existencia de estos acuerdos de voluntades no ha sido desconocida ni cuestionada por la entidad demandada, razón por la cual resulta inocua la declaración que en tal sentido efectúe el juez.

12. Se observa que, en realidad, lo que pretende la parte actora con esta petición es dar fuerza a sus otras pretensiones, tendientes a obtener la declaratoria de nulidad de la multa impuesta y a que se restablezca el equilibrio económico del contrato, tal y como lo pidió en la pretensión subsidiaria de la segunda, por lo que la Sala procederá a estudiar y decidir sobre estas últimas.

**El régimen del contrato**

13. El contrato de compraventa objeto de la presente controversia fue celebrado por el Ministerio de Defensa Nacional con la sociedad ISREX (94) LTD. el 31 de diciembre de 1996, razón por la cual, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1º y 2º de la Ley 80 de 1993, se hallaba sujeto a las disposiciones de dicho estatuto de contratación de la administración pública, que entró en vigencia el 1º de enero de 1994.

**La multa**

14. La sociedad ISREX (94) LTD. pidió que se declare la nulidad de la resolución n.o 00667 del 13 de febrero de 1998, por medio de la cual se le impuso una multa por valor de US $ 337 725, la cual fue confirmada por la Resolución n.o 01633 del 17 de abril de 1998 –párrafos 9.17 y 9.18-, también demandada en el *sub-lite.* La decisión sancionatoria que tomó la entidad demandada frente a su contratista ISREX (94) LTD., a través de los actos administrativos demandados, correspondió a la imposición de una multa equivalente al 0,5% diario del valor del material no entregado oportunamente, por el término de 15 días calendario, con fundamento en lo establecido en la cláusula novena del contrato –ver párrafo 9.1.4-.

15. En relación con la facultad unilateral de la administración de sancionar a sus contratistas con la imposición de las multas pactadas en los contratos regidos por las normas de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia de esta Corporación, de tiempo atrás, estableció la falta de competencia que a la luz de esta normatividad, se presentó respecto de las entidades estatales para ejercer la mencionada actuación. Tal y como lo ha explicado la Sala[[10]](#footnote-10):

*(…) la Ley 80 de 1993 -a diferencia de lo que ocurría con el anterior estatuto de contratación pública, Decreto-ley 222 de 1983, que lo hacía en forma expresa[[11]](#footnote-11)- no consagró la facultad de las entidades estatales para imponer, de manera directa y autónoma, las multas que se hubieren pactado en el contrato estatal, lo que significa que carecían de competencia para hacerlo.*

*16. En efecto, el estatuto de contratación de la administración pública, que como se dijo es aplicable al contrato objeto de la controversia, estableció en el numeral 2º del artículo 14 las cláusulas excepcionales al derecho común que las entidades estatales sometidas a dicho estatuto deben pactar en sus contratos, enunciando como tales las de i) terminación, modificación e interpretación unilateral, ii) sometimiento a las leyes nacionales y iii) caducidad del contrato. Se trata, como su nombre lo indica, de facultades que resultan extrañas en la contratación entre particulares, regida exclusivamente por las normas del derecho privado, en las que se impone la igualdad de las partes en sus relaciones negociales y por lo tanto se excluye la prevalencia de una de ellas sobre la otra.*

*17. La Ley 80 de 1993 establece que los contratos celebrados por las entidades estatales sujetas a este ordenamiento se regirán por las normas de derecho privado –disposiciones comerciales y civiles pertinentes-, salvo en aquellos aspectos expresamente regulados por ella (artículo 13), lo que significa que, en principio, surge una relación igualitaria entre las partes, sólo alterada por aquellas facultades que de manera expresa le otorga la ley a la administración pública. Por tal razón, para que se pueda predicar una posición preponderante de la entidad frente a su contratista se requiere que una norma constitucional o legal se lo autorice, máxime cuando se trate de tomar decisiones unilaterales que lo afecten más allá de lo que permite el derecho común, caso en el cual debe existir una disposición legal que de manera expresa le atribuya tal competencia a la administración.*

*18. En relación con las multas como mecanismo de presión, coerción o constreñimiento al exacto cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, observa la Sala que actualmente, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 –por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación sobre recursos públicos- estableció en forma expresa la facultad de la administración no sólo para pactar las multas en los contratos que se rigen por el estatuto de contratación de la administración pública, sino también para imponerlas y descontarlas directa y unilateralmente, como antes lo hacía el Decreto-ley 222 de 1983, e inclusive introdujo una disposición de retrospectividad, en la medida en que dispuso dicha permisividad a la administración, incluso frente a contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley, en los que se hubiera pactado tal facultad a su favor. Dice la norma:*

***Artículo 17.******Del derecho al debido proceso****. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contrac­tuales.*

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

***Parágrafo.*** *La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

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

*19. No obstante, dicha norma no se hallaba vigente para la época de celebración del contrato objeto de la presente controversia y tampoco lo estaba para cuando la administración profirió el acto administrativo aquí demandado, por medio del cual impuso una multa a la sociedad demandante. Por lo tanto, la actuación de la administración se sujetaba en un todo a lo que en ese momento establecía el ordenamiento jurídico rector de los contratos estatales, es decir que, para el momento en el que se ejerció la facultad contractual por la Aeronáutica Civil, a través de una resolución unilateral por medio de la cual impuso una multa a su contratista, ella carecía de la competencia legal para hacerlo.*

*20. La retrospectividad que dice contener el referido artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, no implica un saneamiento de las decisiones ya tomadas y producidas con anterioridad a la expedición de la nueva ley. La aplicación de la ley en este caso, opera en el sentido de que, existiendo en el momento de entrar en vigencia dicha disposición, un contrato con la estipulación que le permite a la administración imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria directamente, los actos que, con posterioridad, dicte la administración en ejecución de estas estipulaciones contractuales, sí estarán amparados por lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.*

*21. Como se dijo con anterioridad, de acuerdo con las normas entonces vigentes, si bien en ejercicio de la autonomía de la voluntad podían las partes de un contrato estatal acordar la inclusión en los respectivos contratos de la cláusula de multas para sancionar aquellos eventos de mora o de incumplimiento parcial de las obligaciones por una de las partes, no podía la entidad, en forma unilateral, imponer la multa y cobrarla directamente mediante su deducción de lo debido al contratista, sino que le correspondía, en tal caso, acudir al juez del contrato para que fuera éste quien resolviera sobre la existencia de la mora que ameritara el apremio acordado contractualmente y decidiera su imposición.*

*22. Al respecto, se observa que las autoridades estatales gozan de la facultad de autotutela declarativa –o privilegio de decisión previa- al ejercer la función administrativa, lo cual no es otra cosa que la posibilidad de decidir unilateralmente las cuestiones sobre las cuales tienen conocimiento a través de la expedición de actos administrativos, que son ejecutivos y ejecutorios, es decir que se hallan revestidos de obligatoriedad por sí mismos, pueden ser ejecutados por la administración en forma directa, con sus propios medios y puede ésta también hacerlos cumplir por sus destinatarios aún coercitivamente, sin necesidad de la participación de la autoridad judicial para convalidarlos o refrendarlos.*

*23. Sin embargo, como es bien sabido, el principio de legalidad que informa las actuaciones de las autoridades estatales, representa una garantía para los administrados en cuanto constituye una limitación del poder público frente a los derechos y libertades consagrados a su favor. En virtud de tal principio, ellas sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizadas por la Constitución o la ley, es decir que sus decisiones están enmarcadas por la competencia que les ha sido otorgada por dichos ordenamientos y es únicamente dentro de tales límites que ellas pueden actuar, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación de funciones[[12]](#footnote-12).*

16. Una de las causales de nulidad de los actos administrativos consagradas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, es precisamente la falta de competencia del funcionario que lo expide, defecto que es considerado como el vicio más grave que puede afectar las decisiones de la administración. Como lo ha dicho la Sala:

*La competencia de las autoridades estatales, constituye un ingrediente vital del Estado de Derecho que nos rige y del cual es una manifestación el principio de legalidad, que impone límites a las actuaciones de aquellas, consistentes en que los funcionarios estatales sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizados por la Constitución y la ley; tales limitaciones se presentan desde el punto de vista territorial, temporal o material, según que se refiera al ámbito físico o límites del territorio en el que actúa la respectiva autoridad, o al periodo dentro del cual se deben ejercer las funciones, o a la materia o asuntos sobre los que puede recaer su actuación; en palabras de la doctrina, la competencia “... es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente”[[13]](#footnote-13); es por ello que la misma Carta Política consagra esta limitación a la actuación estatal, al establecer en el artículo 6º que, si bien los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, los servidores públicos lo son por la misma causa, y además, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; y al disponer en los artículos 121 y 122, que ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley, por lo cual, no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento.*

*Por otra parte, la Corte Constitucional al referirse a este aspecto de la actuación de las autoridades estatales, ha manifestado que no se trata de una formalidad de la misma, sino de un elemento sustancial, ya que se trata de “un presupuesto esencial de validez de los actos que el funcionario cumple, como la capacidad es un requisito de validez de los actos jurídicos de derecho privado. // Asimilar ese requisito a la forma es incurrir en una confusión inadmisible, puesto que a ésa sólo puede acceder el sujeto calificado (competente o capaz, según el caso) para verter en ella el contenido que de ese modo cobra significación jurídica.”[[14]](#footnote-14)*

*De otro lado,* ***la competencia*** *de las autoridades estatales es un aspecto que se encuentra regulado por normas imperativas de “orden público”[[15]](#footnote-15), el cual constituye el “Conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras”[[16]](#footnote-16); así mismo, constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, siendo la incompetencia la regla general, mientras que la competencia es la excepción, ya que se restringe a la que de manera expresa les otorga el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo que se explica si se tiene en cuenta que “****la incompetencia*** *está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse”[[17]](#footnote-17).*

*Inclusive, dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina[[18]](#footnote-18), ha considerado que “...por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (arts. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador”[[19]](#footnote-19).*

*(…) Específicamente en materia de contratación estatal, campo de actuación de la Administración en el que las competencias también deben estar específicamente determinadas, ha sido una constante la exigencia del cumplimiento del principio de legalidad en el ámbito de las prerrogativas del Poder Público, a tal punto, que resulta inconcebible el ejercicio de una facultad exorbitante o excepcional que no esté expresamente atribuida por la ley; se trata pues, de facultades regladas que la Administración debe ejercer de conformidad con los procedimientos establecidos por el ordenamiento jurídico y respetando los límites impuestos por el mismo*[[20]](#footnote-20)*.*

17. De tal manera que, para que las autoridades puedan ejercer la función administrativa a través de la facultad de autotutela declarativa, esto es, para que puedan expedir actos administrativos como decisiones unilaterales de obligatorio cumplimiento para los administrados, ellas deben estar dotadas de competencia y contar con la autorización constitucional o legal expresa para tomar ese tipo de decisiones. Dicho de otro modo, primero debe contar la administración con la competencia, para poder ejercer luego la autotutela declarativa, siendo aquella, presupuesto obligado de ésta. Así lo aclaró la Sala en pasada ocasión, al manifestar:

*(...) una cosa es el poder de autotutela que el ordenamiento jurídico le otorga a la Administración Pública y otra cosa es* ***la competencia*** *en virtud de la cual puede ejercerlo; porque el hecho de que ella -o cualquier persona que por disposición legal ejerza función administrativa- pueda manifestarse a través de decisiones unilaterales obligatorias, es decir, mediante la expedición de actos administrativos en los que resuelve unilateralmente las cuestiones sometidas a su conocimiento y decisión, no significa que pueda hacerlo indiscriminada y arbitrariamente, por cuanto el ejercicio de la función administrativa está enmarcado dentro de unos límites expresamente impuestos por la ley, que es la que define en qué términos dicha función puede ser ejercida, y establece concretamente qué pueden hacer las autoridades administrativas, a tal punto que la misma Constitución Política consagra en su artículo 6º la responsabilidad general de los servidores públicos por violación de la Constitución y la ley, como opera para todos los habitantes del territorio nacional, pero también una responsabilidad especial, por el incumplimiento* ***o la extralimitación en el ejercicio de sus funciones****; y el artículo 121 de la misma codificación supralegal, establece que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”; de tal manera, que no habrá competencias implícitas ni supuestas, por cuanto se impone en todas las actuaciones administrativas -y de las autoridades estatales en general- el principio de legalidad, que, como es bien sabido, es configurativo del Estado de Derecho y constituye el pilar fundamental dentro de las garantías de los asociados frente al Poder Público.*

*Sobre el poder de autotutela que ostentan las autoridades administrativas, dijo el Consejo de Estado[[21]](#footnote-21):*

*“Al respecto, considera esta Sala imperioso precisar ahora que la ilegalidad, por falta de competencia, para proferir un determinado acto administrativo no se puede purgar a través del “privilegio de decisión previa”, porque si bien éste supone la toma de decisiones por parte del Estado sin necesidad de contar con el consentimiento de los afectados o con la anuencia previa del juez,* ***éstas sólo pueden ser adoptadas en ejercicio de una competencia establecida en la ley.******Así, el privilegio de lo previo no constituye el fundamento de la competencia; por el contrario ésta es un presupuesto necesario de aquél.*** *De otra manera, se desconocerían los artículos 122 de la Constitución Política -según el cual no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento- y 84 del C.C.A, en cuanto dispone que la acción de nulidad contra los actos administrativos puede fundarse en el hecho de que los mismos hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes” (La Sala resalta)[[22]](#footnote-22).*

18. En relación con la actuación unilateral que adelantó el Ministerio de Defensa Nacional mediante el acto administrativo contenido en las resoluciones 00667 y 01633 de 1998, consistente en la imposición de una multa a su contratista, encuentra la Sala que la misma se encuentra viciada de nulidad por falta de competencia de la administración, puesto que, como lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corporación:

*Según se observa, ni en ésta* [artículo 14 de la Ley 80]*, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.*

*No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998[[23]](#footnote-23) y del 20 de junio de 2002[[24]](#footnote-24), pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente[[25]](#footnote-25)*.

19. De acuerdo con lo expuesto, debe la Sala reiterar en esta ocasión, que en materia de contratación estatal, para que la administración pública, en su papel de contratante, pueda ejercer una facultad unilateral excepcional al régimen común como es la sancionatoria, necesariamente debe contar con la respectiva autorización legal para ello, es decir con la competencia atribuida por el ordenamiento jurídico, puesto que ella no puede suponerse ni deducirse sino que debe estar consagrada expresamente en la ley.

20. Siendo claro que en el presente caso el Ministerio de Defensa Nacional no tenía competencia legal para imponer una multa a su contratista, resulta procedente la declaratoria de nulidad impetrada en relación con ese acto administrativo, sin necesidad de entrar a analizar los demás cargos efectuados en contra de dicha decisión.

21. Como consecuencia de lo anterior, se ordenará a la entidad demandada que, en caso de que la multa impuesta haya sido descontada del saldo a favor del contratista o haya sido pagada por éste o por la aseguradora, aquella proceda a reembolsar su valor.

**El equilibrio económico del contrato**

22. La figura del equilibrio económico del contrato, se funda en la relación de equivalencia de las prestaciones que surge al momento de su celebración, en virtud de la cual se ven como simétricas y consonantes las obligaciones asumidas por cada una de las partes frente a las de la otra; el legislador protege ese equilibrio prestacional, que se debe mantener a lo largo de la ejecución contractual, tal y como lo dispone el artículo 27 de la Ley 80 de 1993[[26]](#footnote-26).

23. Ahora bien, esa ecuación económica inicial, se puede ver afectada por situaciones imprevistas e imprevisibles, sucedidas con posterioridad a la celebración del contrato y ajenas a la parte afectada, lo que le dará derecho a reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, siempre que a su vez, haya cumplido con las propias obligaciones, puesto que dichas circunstancias, si no han impedido de forma absoluta la ejecución del contrato –como sucede con la fuerza mayor- sino que la han hecho más onerosa, no pueden alegarse como causal justificativa del incumplimiento contractual y por lo tanto, el contratista estará impelido a ejecutar cabalmente las prestaciones a su cargo en la forma pactada[[27]](#footnote-27).

24. En relación con las causas que pueden dar lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato, ha dicho la jurisprudencia:

*23. La alteración de la ecuación contractual, se deriva de diversas causas, que se pueden clasificar en dos grandes grupos: 1) Las provenientes de la administración contratante y 2) las exógenas a las partes del negocio.*

*23.1. Causas provenientes de la administración contratante:*

*23.1.1. Incumplimiento del contrato: En primer lugar, la forma más común de afectación de los derechos de las partes en el contrato, está dada por el incumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes, por lo que podría pensarse que el incumplimiento contractual de la administración, da lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato, tal y como lo contempla el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, al consagrarlo como una de las causas de dicho rompimiento; sin embargo, el incumplimiento contractual debe manejarse con mayor propiedad, bajo la óptica de la responsabilidad contractual, por cuanto como es bien sabido, se trata de dos “...instituciones distintas en su configuración y en sus efectos”[[28]](#footnote-28), puesto que la responsabilidad contractual se origina en el daño antijurídico que es ocasionado por la parte incumplida del contrato, lo que hace surgir a su cargo el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados en forma plena, es decir que para el afectado surge el derecho a obtener una indemnización integral, lo que no sucede en todos los eventos de rompimiento del equilibrio económico del contrato.*

*23.1.2. Ejercicio del ius variandi: En segundo lugar, debe recordarse que la Administración, cuenta con la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, y que para el cumplimiento de los fines de la contratación, puede ejercer la facultad excepcional de interpretación, modificación y terminación unilateral del contrato o ius variandi, cuando se den las causales legalmente estipuladas para ello (arts. 15, 16 y 17, Ley 80/93)****[[29]](#footnote-29)****, y cuyo ejercicio puede significar mayores costos para el contratista o disminución de las prestaciones a ejecutar y por lo tanto, de la utilidad a obtener; razón por la cual la ley estipula, de un lado, que cuando se ejerza la facultad de modificación unilateral del contrato y se produzca una variación en su valor igual o superior al 20%, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución; y de otro lado, que en el acto en el que se ejerza esta potestad excepcional, la Administración deberá proceder al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tal medida, y que deberán aplicarse los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial (arts 14, num. 1º y 16 de la Ley 80/93). Cuando se ejerce el ius variandi por parte de la Administración, imponiéndole nuevas obligaciones al contratista, por ejemplo cuando se introducen obras adicionales a las contempladas en el contrato original, éste tiene derecho a que se le reconozcan los mayores costos en que haya incurrido, así como las utilidades correspondientes a esas mayores cantidades de obra que haya tenido que ejecutar, y esta es la forma como, en estos eventos, se restablece el equilibrio económico del contrato.*

*23.1.3. Hecho del Príncipe: En tercer lugar, se encuentra el denominado hecho del príncipe, que corresponde a una actuación legítima de la Administración, aunque no como parte de la relación obligatoria que termina afectando. En efecto, consiste esta teoría, en el rompimiento del equilibrio económico del contrato que se presenta con ocasión de la expedición, imprevista y posterior a la celebración del negocio jurídico estatal, de medidas de carácter general y abstracto por parte de la entidad estatal contratante (leyes, decretos, resoluciones), que de manera indirecta o refleja afectan la ecuación contractual y hacen más gravosa la situación del contratista; se trata de actos que profiere la administración, en su calidad de autoridad estatal, en ejercicio de sus propias funciones y no como parte contratante en el negocio jurídico, pero que, sin embargo, tienen incidencia indirecta en el contrato y afectan su ecuación, ocasionando una alteración extraordinaria o anormal de la misma, que se traduce en un detrimento de los intereses económicos del contratista. En este caso, hay lugar a una indemnización integral de perjuicios, es decir que se deben reconocer los mayores costos, la utilidad que dejó de percibir el contratante y todos aquellos perjuicios que éste sufra con ocasión de esa medida general que afectó la ecuación contractual, por cuanto ella resulta ser un hecho imputable a la Administración, ya que de todas maneras, así no haya sido culposamente ni actuando como parte en el contrato, fue la misma entidad contratante quien con su actuación –legítima- causó los perjuicios al contratista.*

*23.2. Factores exógenos o externos a las partes: Por otro lado, están los factores exógenos a las partes del negocio, dentro de los cuales se suelen calificar la teoría de la imprevisión y las sujeciones materiales imprevistas.*

*23.2.1. La teoría de la imprevisión: Esta figura tuvo sus orígenes en el ámbito del derecho privado, en donde se atenuó el principio del pacta sunt servanda, es decir, de la obligatoriedad de las estipulaciones originales del contrato, en consideración a la posibilidad de que con posterioridad a la celebración del mismo -que es ley para las partes y sólo puede ser modificado por el acuerdo de sus voluntades-, se presenten circunstancias extraordinarias e imprevisibles, ajenas a la voluntad de los contratantes, que alteren la ecuación económica del contrato en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución. Se trata de la ocurrencia de hechos sobrevinientes a la celebración del contrato y que se presentan durante su ejecución, que no eran razonablemente previsibles por las partes cuando se suscribió el acuerdo de voluntades y pueden afectar significativamente el cumplimiento de las obligaciones haciéndolo más gravoso para una de ellas.*

*23.2.1.1. Son pues, requisitos para que se configure este evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato que dé lugar a un reconocimiento económico a favor del contratista, los siguientes:*

*a) Que con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho extraordinario, ajeno a las partes, es decir no atribuible a ninguna de ellas.*

*b) Que ese hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato, es decir, que constituya un álea extraordinaria. Debe tratarse de una afectación que sobrepase el álea normal de todo negocio, para que surja el derecho de la parte afectada a obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en tal forma, que se restituya la equivalencia de prestaciones que existía originalmente. Por ello, no cualquier sobre costo ni la pérdida de utilidades, por sí solos, pueden calificarse como afectación de la ecuación contractual.*

*c) Que esa nueva circunstancia, no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes.*

*d) Que esa circunstancia imprevista, dificulte la ejecución del contrato, pero no la imposibilite, porque de lo contrario, estaríamos frente a un evento de fuerza mayor, causal de justificación del incumplimiento contractual que, por ende, releva a la parte incumplida de la obligación de ejecutar las prestaciones a su cargo, sin derecho a reclamación económica alguna; en cambio, en este caso de la imprevisión, el contratista no está relevado de su obligación de cumplir y debe ejecutar las obligaciones a su cargo, así ellas sean más gravosas de lo inicialmente pactado[[30]](#footnote-30).*

25. En la demanda que dio origen al presente proceso, se pidió que se declare que la entidad demandada debe restablecer el equilibrio económico del contrato –pretensión subsidiaria a la segunda-, que a juicio de la parte actora, se rompió por efecto de las adecuaciones adicionales al objeto inicial del contrato que ISREX (94) LTD., que esta firma llevó a cabo, de acuerdo con las actas 001 del primero de diciembre de 1997; 002 del 04 de febrero de 1998; 003 del 16 de febrero de 1998 y acta 004 del 27 de febrero de 1998, por lo que pidió que se ordene el pago a su favor, del valor actualizado de los trabajos adicionales. También alegó que el equilibrio económico del contrato fue roto por la demora en la cancelación de los pagarés.

**Los trabajos adicionales:**

26. Como se puede ver, esta circunstancia alegada como causa de la ruptura del equilibrio económico del contrato, no corresponde a un hecho externo a las partes, imprevisto e imprevisible, tampoco proviene de una medida de carácter general, expedida por la entidad contratante en ejercicio de sus funciones como administración pública; se trata, según el demandante, de la ejecución de prestaciones que no estaban contempladas en el contrato y cuyo valor reclama en el presente proceso.

27. Al respecto, se observa que el objeto del contrato de compraventa era la adquisición de 8 tanquetas para transporte de personal y 8 tanquetas antimotín para reacción con destino a la Policía Nacional, de acuerdo con las especificaciones técnicas que hacían parte del contrato, aunque también se pactó la posibilidad de que, en razón de los cambios tecnológicos continuos en esta clase de equipos, el contratista entregara, de acuerdo con la entidad, modelos actualizados de los contratados, siempre y cuando éstos permitieran lograr iguales o mejores características de operación a las establecidas en la solicitud de oferta y que en ningún caso, constituyeran costo adicional para la entidad –párrafo 9.1-.

28. Esta última circunstancia se presentó, ya que el fabricante dejó de producir el tipo de vehículo 711 D, que se pretendía adquirir por parte del Ministerio de Defensa y fue reemplazado por el vehículo del tipo 814 D, cambio que la entidad aceptó, por cuanto ofrecía mejores condiciones de operación y además se adecuaba a lo pactado en el contrato –párrafo 9.3-.

29. Tal y como quedó probado en el *sub-lite,* el contratista entregó los vehículos objeto del contrato de compraventa y la entidad los recibió, más no a satisfacción, por cuanto se presentaron múltiples observaciones de índole técnica respecto de dichos equipos –párrafo 9.10-, las cuales fueron contestadas por el contratista, quien aceptó expresamente corregir las deficiencias encontradas y hacer las modificaciones necesarias para que la entidad quedara satisfecha con el producto, manifestando expresamente, que ISREX estaba dispuesto a cubrir todos los gastos que se ocasionaran por los requerimientos que no habían sido pactados, sin cargo para la Institución –párrafo 9.11-.

30. La anterior situación de desacuerdo sobre la calidad y estado de los bienes entregados, por existir objeciones de la entidad compradora al respecto y la ulterior disponibilidad del contratista a corregirlas, dio lugar a la suscripción de un acta de solución de diferencias, en la que expresamente se consignaron los problemas técnicos que presentaban los vehículos, respecto de los cuales, la firma contratista se comprometió a hacer los ajustes al material objeto del contrato 036 de 1996 y a introducir las modificaciones allí descritas, sin cargo para la entidad y de conformidad con lo establecido en la oferta y en el referido contrato –párrafo 9.13-.

31. Posteriormente, el 13 de diciembre de 1997, se suscribió el acta de recibo a satisfacción de los vehículos objeto del contrato por parte de la administración, en la que se señaló la existencia de inconsistencias menores que serían subsanadas por el contratista –párrafo 9.14-.

32. Con fundamento en este recibo formal de los vehículos objeto del contrato celebrado por el Ministerio de Defensa Nacional con la sociedad ISREX (94) LTD., se tramitó la entrega de los pagarés que constituyeron el medio de pago acordado por las partes, los cuales finalmente, se expidieron el 23 de enero de 1998 –párrafo 9.15-.

33. De acuerdo con lo anterior, se advierte que, para la entidad, de lo que se trató fue de exigir al contratista la entrega de los bienes en la cantidad y calidad y con las especificaciones técnicas pactadas en el contrato, mientras que la demandante sostuvo que debió hacer modificaciones a los vehículos, que no hacían parte del negocio jurídico.

34. Al respecto, lo primero que cabe observar es que en el proceso se decretó a solicitud de la parte actora, una prueba pericial, que tenía como una de sus finalidades establecer cuáles de las adecuaciones y demás suministros realizados por la firma ISREX se encontraban por fuera del objeto contractual y cuál era el valor de dichos trabajos y suministros, pero dicha prueba no se pudo llevar a cabo, por cuanto según informó el auxiliar de la justicia, no contó con la colaboración de la parte que la había pedido, en la medida en que ni siquiera pudo ubicar a la empresa demandante para revisar sus libros y documentos, tarea indispensable para la realización del dictamen solicitado –párrafo 9.20-.

35. No obstante lo anterior e independientemente de la deficiencia probatoria advertida, en relación con las prestaciones ejecutadas por el contratista para entregar a satisfacción los bienes objeto del contrato de compraventa suscrito con el Ministerio de Defensa Nacional, observa la Sala que existe otra razón de mayor entidad que impide admitir reclamación alguna por este concepto.

36. En efecto, como ya se dijo, el contratista accedió a efectuar las reparaciones, correcciones o modificaciones indicadas por la entidad, manifestando expresamente, que lo haría sin costo alguno adicional para aquella. Esta manifestación quedó plasmada en documentos suscritos por el representante legal de ISREX y en el acuerdo que se llevó a cabo para solucionar las discrepancias de orden técnico que se suscitaron entre las partes, lo que sin duda conduce a desestimar sus actuales reclamaciones, por cuanto ello implica vulnerar el principio de *venire contra factum propium non valet,* de acuerdo con el cual no es de recibo observar una conducta que se contradice con otra anterior, como tampoco lo es desconocer las manifestaciones de voluntad que libremente se han efectuado y que producen efectos en derecho, toda vez que ello atenta contra el principio de la buena fe y el deber de lealtad que informan las actuaciones en el tráfico jurídico y específicamente en materia contractual. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho:

*No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato.*

*(…) Por eso, durante el desarrollo de un contrato como el de obra, en el que pueden sobrevenir una serie de situaciones, hechos y circunstancias que impliquen adecuarlo a las nuevas exigencias y necesidades en interés público que se presenten y que inciden en las condiciones iniciales o en su precio, originados en cambios en las especificaciones, incorporación de nuevos ítems de obra, obras adicionales o nuevas, mayores costos no atribuibles al contratista que deban ser reconocidos y revisión o reajuste de precios no previstos, entre otros, la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificatorio o adicional. Igualmente, cuando las partes determinen suspender el contrato deben definir las contraprestaciones económicas que para ellas represente esa situación, con el fin de precaver reclamaciones y la negativa al reconocimiento por parte de la entidad contratante, dado que en silencio de las partes ha de entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad.*

*Con mayor razón legal se genera este efecto jurídico, tratándose de posibles reclamos en materia de desequilibrios económicos del contrato al momento de convenir las condiciones del contrato modificatorio o adicional, en tanto el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que si la igualdad o equivalencia financiera se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, “…las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”, suscribiendo para tales efectos “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar…”*

*Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea “venire contra factum propium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas[[31]](#footnote-31).*

37. Las anteriores consideraciones de la Sala giraron en torno a los acuerdos de voluntades suscritos por las partes durante la ejecución de un contrato estatal, tales como contratos modificatorios, adicionales y suspensiones, pero resultan predicables de cualquier otro acuerdo que en virtud del negocio jurídico celebren los contratantes, en los que se refleje una manifestación de voluntad tendiente a producir efectos dentro de esa relación contractual, que como tal resulta vinculante para quien la profiere e impide su posterior desconocimiento.

38. En el presente caso, no se entiende cómo el contratista, aquí demandante, en plena ejecución del contrato estatal celebrado con el Ministerio de Defensa nacional, procedió a manifestar, primero unilateralmente y luego al suscribir un acta con representantes de la contratante, su clara intención de efectuar los arreglos y cambios sin contraprestación adicional alguna, y ahora viene a reclamar judicialmente el pago de dichos trabajos, desconociendo su previo pronunciamiento, vertido en un acta en la que claramente se estableció que, con su suscripción, quedaba terminada la controversia que la motivó –párrafo 9.13-; máxime cuando, como la misma demandante lo declara en su libelo introductorio, *“ISREX (94) LTD. aceptó los términos de ese acuerdo (así como también la Policía Nacional), aunque estos incluían a su cargo compromisos no contemplados como obligaciones contractuales, sobre la base de que con esto quedaría dirimida la controversia y las partes mutuamente a paz y salvo, una vez se ejecutara lo convenido”* (f. 9, c. 1) .

39. De acuerdo con lo anterior, se advierte que en primer lugar, no se probó fehacientemente la aseveración de que el contratista fue inducido a efectuar arreglos y cambios en los vehículos entregados, que no hacían parte del objeto contractual; y en segundo lugar, que así obraran tales pruebas, ello tampoco conduciría a acceder a sus pretensiones tendientes a declarar el rompimiento del equilibrio económico del contrato y a condenar a la entidad demandada a reconocer tales sobrecostos, dado que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, en forma libre y espontánea, el contratista accedió expresamente a ejecutar tales trabajos sin contraprestación adicional alguna a cargo de la administración. En consecuencia, la palabra dada en ese momento, lo obliga y hace imposible reconocimiento alguno por ese concepto.

**Acta unilateral n.o 1 del 27 de noviembre de 1997**

40. En la pretensión cuarta de la demanda, la parte actora pidió que se declare la nulidad del acta unilateral n.o 1 del 27 de noviembre de 1997, por medio de la cual la entidad contratante prorrogó el plazo de entrega del contrato hasta el 15 de diciembre de 1997. Sostuvo que este acto administrativo fue ilegal, porque de un lado, no obedeció a las causas que legalmente permiten esta clase de decisión, que no son otras que las de evitar la paralización o la afectación grave del servicio público y de otro lado, no hubo intento de acuerdo previo con el contratista ni se le notificó el acto en debida forma. Además, la norma dice que la modificación sólo puede contener la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios y en el presente caso, lo que se hizo fue prorrogar el plazo de entrega.

41. Al respecto, se observa que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, entre las facultades excepcionales que les fueron otorgadas a las entidades públicas en materia de contratación estatal, contempló el *ius variandi,* es decirla facultad de modificación unilateral del contrato, la cual fue desarrollada por el artículo 16 *ibídem,* que dispone:

*&$**ARTÍCULO 16. DE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.*

*Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.*

42. La modificación unilateral del contrato, constituye una potestad de orden público atribuida por la ley a las entidades estatales, que como tal es inalienable, irrenunciable, intransmisible e imprescriptible y obedece a la necesidad de preservar el interés público que se halla envuelto en los contratos de la administración, permitiendo la variación unilateral de las condiciones de ejecución del objeto contractual –que no puede ser sustituido por este medio-, cuando sea necesario para efectos de evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, mediante su adecuación a las cambiantes necesidades públicas y siempre que no se logre acuerdo con el contratista sobre los cambios a realizar.

43. Mediante esta facultad, se brindan herramientas a la administración para que pueda enfrentar aquellos eventos en los cuales durante la ejecución del contrato, se presentan variaciones en las situaciones de hecho que existían al momento de su celebración, bien sea de índole económica, o social o porque se presenten imprevistos de naturaleza técnica, que hagan inconveniente la ejecución del contrato en sus términos originales, caso en el cual, deberá la entidad introducir las modificaciones que resulten necesarias, de ser posible, de común acuerdo con el contratista y de lo contrario, de manera unilateral, a través de un acto administrativo, para ajustar el contrato a los nuevos hechos y circunstancias sobrevinientes.

44. Para que resulte válido el ejercicio del *ius variandi,* las causas que lo justifiquen deben ser posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, puesto que no se trata de un medio tendiente a subsanar deficiencias en su planeación y elaboración.

45. Es claro entonces, que esta facultad no es ilimitada ni omnímoda, ni implica que la administración pueda introducir unilateralmente variaciones al contrato que no estén orientadas a adecuarlo a las situaciones nuevas e imprevistas que lo hagan necesario, de cara al cumplimiento de su finalidad como herramienta de administración, mediante la obtención de un objeto contractual que resulte útil para la satisfacción del interés general. *“La doctrina es unánime al señalar que la mutabilidad del contrato es limitada y debe estar sujeta a los principios de razonabilidad que la constriñan a extremos que sean aceptables, dentro de las motivaciones que justifican su existencia”[[32]](#footnote-32).*

46. En relación con los extremos del contrato que pueden ser objeto de esta facultad excepcional, tal y como lo sostiene la doctrina, “*(…) en principio, las modificaciones que pueden introducirse son relativas al modo de cumplimiento de las prestaciones a cargo del cocontratante, como otras referentes al tiempo y forma en que han de satisfacerse, como igualmente al modo, tiempo y forma en que la Administración pública debe cumplir las obligaciones a su cargo (…). Pero lo que no puede es cambiar el objeto del contrato alterando su esencia, cualquiera que sea el contrato de que se trate, de concesión, de obra pública, de suministros, de función o empleo público, etc.”[[33]](#footnote-33).*

47. No obstante, se observa que en la contratación estatal nacional, la Ley 80 de 1993 –art. 16- contempló como únicas modificaciones pasibles de ser realizadas en forma unilateral por parte de la entidad contratante, las allí nombradas expresamente: la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios, en el entendido de que es por este medio que se pueden adecuar correctamente los contratos celebrados, a las nuevas circunstancias imprevistas, imprevisibles y sobrevenidas, que hacen necesaria dicha modificación y que por ende la justifican.

48. En consecuencia, no resulta procedente que la entidad, de manera unilateral, proceda a modificar otras estipulaciones del negocio jurídico y a introducir cambios distintos al de aumentar o disminuir las prestaciones a cargo del contratista, siempre y cuando respecto de ellos, se cumpla la exigencia más importante que da lugar al ejercicio de esta facultad, cual es la necesidad de adecuar el contrato a las circunstancias surgidas, de cara a la satisfacción del interés general, sin perder de vista en tal caso, que la justificación del ejercicio del *ius variandi* es la primera y más importante limitación al mismo, por lo que se requiere *“(…) que la “finalidad” alegada para introducir la modificación sea cierta, sincera, verdadera, y no encubra una traición al fin legal, determinante de una “desviación de poder” (…)”[[34]](#footnote-34)* y siempre que el ejercicio del *ius variandi* en tal caso, no afecte los derechos del contratista que la ley protege, como son los atinentes a su remuneración y al mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

49. En el presente caso, se observa que la entidad, en el acto de modificación unilateral objeto de la impugnación, lo que decidió fue prorrogar el plazo de entrega pactado por las partes, para darle tiempo al contratista de llevar a cabo la corrección de las fallas encontradas por la Policía Nacional en los vehículos entregados por el contratista y poder de esta manera, recibirle a satisfacción, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones contractuales por el incumplimiento en el que incurrió, al no efectuar la entrega en el plazo inicialmente acordado -párrafo 9.12-.

50. Como se advierte a primera vista, las razones esgrimidas por la entidad para modificar unilateralmente la duración del contrato –plazo de entrega y vigencia- no se fundan en hechos nuevos, sobrevenidos, imprevistos e imprevisibles, que amenazaran con paralizar o afectar gravemente el servicio público que se debía satisfacer con él, toda vez que los equipos objeto del negocio jurídico ya habían sido entregados y de lo que se trataba era de lograr su recibo a satisfacción para proceder al pago, situación que no obligaba a la prórroga contractual que de manera unilateral dispuso la entidad.

51. Lo que sí llama la atención de la Sala, es que el acto administrativo por medio del cual se impuso la multa, es del 13 de febrero de 1998, fecha para la cual, de no haberse adicionado unilateralmente el contrato, ya estaría vencido su plazo de duración, que terminaba, según el contrato modificatorio n.o 01/07 el 29 de noviembre de 1997, tal y como se lo advirtió el director general de la Policía Nacional al secretario general del Ministerio de Defensa Nacional el 11 de noviembre de 1997, al manifestarle que ese plazo era “(…) *corto y riesgoso para la administración en el eventual caso de requerirse la aplicación de cualquiera de las sanciones en él contempladas, teniendo en cuenta que la Ley establece que estas no podrán ser aplicadas una vez vencido este plazo”* (f. 18, c. 4).

52. En consecuencia, la Sala considera que la decisión unilateral de prórroga del plazo contractual fue ilegal y por lo tanto, procederá a declarar su nulidad.

**El incumplimiento contractual**

53. Finalmente, se observa que en la demanda se pidió –pretensiones quinta y sexta- que se declare que la entidad contratante incumplió el contrato y que se la condene a indemnizar los perjuicios ocasionados a la demandante con dicho incumplimiento. No obstante, la parte actora no adujo los hechos atinentes al supuesto incumplimiento, que sirvieran de fundamento a esta pretensión, razón por la cual procede su denegatoria.

54. Por último, la Sala no puede pasar por alto el grave desorden del expediente en el presente proceso, que dificultó en grado sumo su estudio y análisis, situación que no se compadece con la eficiencia y eficacia que se deben observar en la tramitación de las actuaciones judiciales, por lo que se hace un llamado para que en lo futuro se observe una cuidadosa formación de los expedientes contentivos tanto de las actuaciones de los sujetos procesales, como de las pruebas allegadas al proceso[[35]](#footnote-35).

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

#### F A L L A

**REVÓCASE** la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el 14 de mayo de de 2009, la cual quedará así:

**PRIMERO: Declárase** la nulidad del Acta Unilateral n.o 1 del 27 de noviembre de 1997,mediante la cual el Ministerio de Defensa Nacional modificó unilateralmente el plazo de entrega convenido en el contrato.

**SEGUNDO: Declárase** la nulidad de las Resoluciones n.o 00667 del 13 de febrero de 1998 y 01633 del 17 de abril de 1998, por medio de las cuales el Ministerio de Defensa Nacional impuso una multa a la sociedad ISREX (94) LTD.

**TERCERO: Declárase** que la sociedad ISREX LTD. y la firma Liberty Seguros S.A., no están obligadas a cancelar suma alguna al Ministerio de Defensa Nacional por concepto de la multa impuesta por esta entidad por valor de US $ 337 725.

**CUARTO: Ordénase** que, en caso de quela sociedad ISREX LTD. y la firma Liberty Seguros S.A., hayan efectuado algún pago por dicho concepto, la entidad demandada deberá reembolsarles dicha suma, es decir el equivalente a US $ 337 725.

**QUINTO:** Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO:** Sin costas, por no aparecer acreditadas.

**SÉPTIMO:** Expídanse para el cumplimiento de esta sentencia copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

 **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

**Magistrada**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Presidente de la Sala**

1. La demanda fue presentada por el apoderado designado por Isrex Colombia Ltda., actuando en calidad de apoderada general de Isrex (94) Ltd., sociedad constituida y con domicilio en Israel (f. 1, c. 4 y f. 2 a 4, c. 3). [↑](#footnote-ref-1)
2. La sociedad Liberty Seguros S.A., el 22 de mayo de 2001 presentó ante el Tribunal Administrativo solicitud para integrar el contradictorio en calidad de litis consorte necesario de la demandante, en consideración al hecho de que la sociedad Isrex Ltda. celebró con la Compañía Latinoamericana de Seguros S.A. –hoy Liberty Seguros S.A.- el contrato de seguros contenido en la póliza n.o 288535, contentiva de la garantía de cumplimiento del contrato celebrado por Isrex Ltda. con la entidad demandada y por lo tanto le asiste interés en la declaratoria de nulidad de los actos acusados que le impusieron multa al contratista, toda vez que su patrimonio se podría ver afectado por lo que se decida. Adhirió a la demanda presentada por Isrex Ltda. y propuso sus propios hechos y pretensiones (f. 93, c. 1). [↑](#footnote-ref-2)
3. El artículo 129 del C.C.A modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, establece que el Consejo de Estado conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Por su parte, el artículo 132 del mismo código, modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, establece que los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los asuntos referentes a contratos de las entidades estatales cuando la cuantía exceda de 500 S.M.L.M.; en el presente caso, en la estimación razonada de la cuantía se explicó que la misma asciende a $ 800 000 000, siendo una de las pretensiones equivalente a US $ 200 000 por concepto del valor de los trabajos adicionales que no le fueron cancelados a la sociedad contratista. [↑](#footnote-ref-3)
4. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. [↑](#footnote-ref-4)
5. El Anexo C establece como única fecha de entrega el 31 de julio de 1997 de las 16 tanquetas objeto del contrato de compraventa (f. 25, c. 2). [↑](#footnote-ref-5)
6. Mediante escritura pública 339 del 25 de enero de 1999, otorgada en la notaría 6ª de Bogotá, se protocolizó el acuerdo de fusión, mediante el cual Liberty Seguros S.A. absorbió a Latinoamericana de Seguros S.A., según consta en certificado de existencia y representación legal expedido por la Superintendencia Bancaria el 26 de marzo de 2001 y el certificado de la Cámara de Comercio del 9 de abril del mismo año (f. 80 y 81, c. 1). [↑](#footnote-ref-6)
7. Obra copia, aparentemente, de fax enviado por Aduanera Colombiana Ltda. a ISREX COLOMBIA LTDA., el 29 de septiembre de 1997, en el que le informa, en relación con el buque Sea Gem: *“Atentamente informamos que de acuerdo a los armadores de la nave en referencia, esta zarpó día de hoy de San Juan, Puerto Rico rumbo a Maracaibo, estimando arribar a Cartagena en octubre 02/PM o 03/AM. Ante la urgencia que al parecer significa el arribo de esta nave, solicitamos a los armadores, que la nave procediera directamente de San Juan a Cartagena, petición que no fue aceptada debido a que la carga para Cartagena se encuentra debajo de la de Maracaibo”* (f. 44, c. 3). [↑](#footnote-ref-7)
8. En el expediente obra oficio dirigido por la directora del Tesoro Nacional de la Tesorería General de la República a la División de Cuentas de la Contraloría General de la República el 14 de abril de 1998, en el cual le informa el detalle de los pagarés expedidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y emitidos por la Tesorería Nacional, a la orden de ISREX (94) LTD., de Israel, en cumplimiento del contrato 36/96, así: i) acta de emisión n.o 008-97 del 14 de marzo de 1997, se emitieron 10 pagarés por valor de US$4 503 000, de los cuales 6 fueron por valor de US $ 285 190 cada uno y los otros 4, por valor de US$ 697 965 cada uno; ii) acta de emisión n.o 022-97 del 28 de agosto de 1997, por medio de la cual se anuló y sustituyó la anterior, y se emitieron nuevamente los 10 pagarés por los mismos montos; iii) acta de emisión n.o 003-98 del 23 de enero de 1998, mediante la que se sustituyeron los pagarés emitidos en el acta anterior y se emitieron 7 nuevos pagarés, por valor de US$ 4 229 393,22, de los cuales US$ 3 647 430 correspondían a capital y US$ 581 963,22 a intereses (f. 174 a 201, c. 4). [↑](#footnote-ref-8)
9. En la demanda se pidió una inspección judicial con intervención de peritos en los libros, documentos y papeles de la sociedad demandante que se encontraban en la calle 98 # 21 04 de Bogotá, con el objeto de determinar el cumplimiento de ISREX, la extralimitación en relación con el objeto del contrato y los perjuicios sufridos, para que los peritos en ciencia contable, dictaminaran sobre los puntos aquí referidos; el Tribunal *a-quo* decretó el dictamen pericial y defirió la decisión sobre el decreto de la inspección judicial para cuando se hubiera aportado la prueba documental (f. 18 y 64, c. 1). [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de marzo de 2012, expediente 20397, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-10)
11. [5] *“El artículo 60 del Decreto-ley 222 de 1983 incluía entre las cláusulas de obligatoria inclusión en los contratos, la relativa a multas y el artículo 71 se refería expresamente a esta cláusula, estableciendo que “En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra. // Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto. // En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula”. Por su parte, el artículo 73 ibídem, sobre la aplicación de las multas y de la cláusula penal, establecía que su valor “(…) ingresará al tesoro de la entidad contratante y podrá ser tomado directamente del saldo a favor del contratista, si lo hubiere, o de la garantía constituída, y si esto no fuere posible, se cobrará por jurisdicción coactiva”.* [↑](#footnote-ref-11)
12. [6] *“El marco constitucional de las actuaciones de las autoridades estatales se halla conformado por los artículos 121 y 122, de acuerdo con los cuales ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley y no podrá haber empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, así como por el artículo 6º ibídem, en el cual se establece que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, pero los servidores públicos lo serán por la misma causa y además, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*. [↑](#footnote-ref-12)
13. [12] *DROMI, Roberto; Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina. 5ª ed., 1996. pg. 209.* [↑](#footnote-ref-13)
14. *[13] Sentencia C-545 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Reiterada en Sentencia C-061 del 1º de febrero de 2005. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.* [↑](#footnote-ref-14)
15. *[14] Orden público normativo: “el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios fundamentales de la sociedad, de una institución o de las garantías precisas para su subsistencia…” (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas)* [↑](#footnote-ref-15)
16. *[15] OSSORIO, Manuel; Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. 2002. 28ª ed. actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas* [↑](#footnote-ref-16)
17. *[16] GIRALDO CASTAÑO; Derecho Administrativo General. Editorial Marín Vieco Ltda.. Medellín, 5ª ed., 1995. Pg. 59* [↑](#footnote-ref-17)
18. *[17] BETANCUR JARAMILLO, Carlos; Derecho Procesal Administrativo Señal Editora, 5ª ed.; pg. 209. Afirma el profesor Betancur, que el carácter de orden público que tienen las normas que atribuyen las competencias funcionales, “...permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aunque el demandante no la haya invocado en apoyo de su petición”. Por su parte, en la doctrina argentina, la incompetencia en razón de la materia es considerada como un* ***“vicio muy grave”,*** *calificación que hace que el acto sea inexistente, lo cual puede ser declarado de oficio en sede judicial (DROMI, Roberto;op. cit., pgs. 244 y 245).*  [↑](#footnote-ref-18)
19. *[18] Sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196. Actor: Sociedad Brogra Ltda.* [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2006, expediente 13414, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-20)
21. [15] *“Sentencia del 14 de abril de 2005. Expediente 13.599. M.P.: Alier E. Hernández Enríquez”.* [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, expediente 26520, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-22)
23. [9] *“Exp. 13988”*. [↑](#footnote-ref-23)
24. [10] *“Exp. 19488”.* [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de octubre de 2005, expediente 14579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, reiterada en sentencia del 30 de julio de 2008, expediente 21574, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se hizo alusión a la exorbitancia de la decisión unilateral de imposición de multas, como concreción del ejercicio de una prerrogativa pública, que debe ser contemplada por el ordenamiento jurídico en virtud de la realización de los fines del Estado, que se ve comprometida directamente con su actividad, concluyendo que *“Es entonces la naturaleza pública de una de las partes del contrato, la que justifica que en virtud de la función de dirección control y vigilancia, resulten procedentes las multas”.* [↑](#footnote-ref-25)
26. Esta norma dispone que “*En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso”,* y que “*si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”,* suscribiendo los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar. Por otra parte, el artículo 5º de la Ley 80 de 1993, estipula el derecho que tienen los contratistas a que el valor intrínseco de la remuneración pactada no se altere o modifique durante la vigencia del contrato y a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas; a su vez, el artículo 14, establece que, cuando la administración ejerza alguna de sus potestades excepcionales de interpretación, modificación o terminación unilateral del contrato, debe proceder a reconocer y ordenar el pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los contratistas objeto de tales medidas y que se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello “…*con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”;* y además, dispone que las partes aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, para mantener la ecuación o equilibrio inicial. El artículo 28, por su parte, establece como un criterio de interpretación de las normas del estatuto contractual, el de “*…la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.* [↑](#footnote-ref-26)
27. No se pueden confundir la fuerza mayor y la teoría de la imprevisión, por cuanto la primera corresponde a “...*un hecho extraño a las partes contratantes, imprevisible e irresistible que determina la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato*”, por cuanto se tornan imposibles, y “*constituye causa eximente de responsabilidad porque rompe el nexo causal entre la no ejecución del contrato y el daño derivado del mismo*”, por lo cual el incumplimiento surgido de la fuerza mayor, es distinto de la situación que se presenta en la aplicación de la teoría de la imprevisión, “...*puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible”,* y por lo tanto, tiene derecho a la compensación correspondiente*.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2003, expediente 14781. [↑](#footnote-ref-27)
28. [7] *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2005, expediente 28.616, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar; Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente 29214, C.P. Mauricio Fajardo Gómez”.* Más recientemente, se puede consultar también la sentencia de la Subsección A, del 27 de enero de 2016, expediente 38449, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-28)
29. [8] *“El art. 15 estipula que la interpretación unilateral se puede efectuar por la Administración mediante acto administrativo debidamente motivado, si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes y no se logra acuerdo sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado; el art. 16, por su parte, establece la facultad de modificación unilateral cuando sea necesaria para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, pudiendo la Administración suprimir o adicionar obras, trabajos, suministros o servicios; si de esa modificación surge una variación del valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución, caso en el cual la entidad debe adoptar de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del contrato”.* [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2016, expediente 32437, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, expediente 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-31)
32. Escola, Héctor Jorge, *“Tratado Integral de los Contratos Administrativos”*, Volumen I, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 396. [↑](#footnote-ref-32)
33. Bercaitz, Miguel Ángel, *“Teoría General de los Contratos Administrativos”,* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2ª ed., 1980, p. 402. [↑](#footnote-ref-33)
34. Marienhoff, Miguel S., *“Tratado de Derecho Administrativo”,* Tomo III-A, Contratos Administrativos, Teoría General, 3ª ed. actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 402. [↑](#footnote-ref-34)
35. A título de ejemplo, se observa que en el cuaderno 1, en el que aparece como primera actuación la demanda que dio inicio al proceso, no obra el poder con el cual actuó el abogado que la presentó, como tampoco la última página del libelo introductorio, debidamente suscrita por el apoderado. Y a continuación de la demanda incompleta, obra la página 5, aparentemente, del auto admisorio, que no reposa en dicho cuaderno. En cuanto al primero, se encontró en el folio 1 del cuaderno 2 de pruebas. Y en cuanto a la segunda, la página 15 original de la demanda, con la referida firma, reposa en el folio 7 del cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-35)