**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN - Controversias contractuales - Contratos estatales - Tracto sucesivo**

Al ser un contrato de tracto sucesivo que requería ser liquidado, el término de caducidad debería contarse con base en lo previsto en los literales c) o d) del artículo 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, esto es, según el caso, desde la suscripción del acta de liquidación bilateral (literal c), desde cuando queda ejecutoriado el acto de liquidación unilateral o desde el vencimiento del plazo para liquidar el contrato de manera bilateral o unilateral (literal d).

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN - Controversias contractuales - Contratos estatales - Tracto sucesivo - Excepción**

En el sub judice se debe tener en cuenta que, conforme a lo manifestado por las partes y a lo probado en el proceso, el contrato nunca se ejecutó, […] [lo que] impide que el término perentorio dispuesto por la ley para presentar la demanda dependa de aquélla, es decir, de la liquidación.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Equilibrio económico del contrato - Diferencias**

Así, entonces, dado que la parte actora se refiere a estos aspectos para sustentar la pretensión de incumplimiento del contrato, pero, a la vez, señala que estos supuestos dieron lugar al rompimiento de su equilibrio económico, la Sala considera necesario detenerse en las diferencias que existen entre estas dos figuras del derecho. Sobre este aspecto se ha pronunciado esta Subsección de la manera que sigue: […] «La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes. […] El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida».

**PRETENSIONES - Indebida formulación - Principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal**

La Sala no puede desconocer que, aunque en sus pretensiones la parte demandante únicamente se refirió al incumplimiento del contrato, la causa petendi en la que sustentó esta pretensión no sólo se refirió al presunto desconocimiento de obligaciones contractuales, sino que se extendió a aspectos relacionados propiamente con el rompimiento del equilibrio económico del contrato, fenómeno al que aludió de manera expresa, pues, pese a la falta de técnica jurídica de la que adolece la demanda, ésta fue enfática en señalar que la ecuación financiera del contrato se alteró en razón de las decisiones adoptadas unilateralmente por el INPEC en ejercicio de su posición dominante. […] Igualmente, cabe destacar que el razonamiento que se deja expuesto no altera la competencia del juez ni vulnera el debido proceso, pues desde el principio el marco del litigio se fijó, entre otros aspectos, en que las restricciones impuestas por la entidad demandada respecto del horario de funcionamiento del lugar donde debía prestarse el servicio, del acceso de sus destinatarios, del impedimento de que se ingresara dinero en efectivo a la penitenciaría y de la autorización para que otros operadores prestaran el servicio habrían alterado las condiciones económicas del contrato y habrían generado perjuicios a la demandante, de tal manera que, con el entendimiento que la Sala estima debe dársele a la pretensión de incumplimiento del contrato, en lo que a esas causas concierne, se hace gala del imperativo previsto en el artículo 228 constitucional, que impone dar prevalencia a lo sustancial sobre lo formal.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Parte incumplida - Demanda - Improcedencia**

[…] De acuerdo con la reiterada jurisprudencia que esta corporación ha sentado con base en lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil, para que esta pretensión prospere es requisito ineludible que la parte que la formula no haya incumplido sus propias obligaciones y, en este caso, según consta en oficio del 18 de diciembre de 2003 , el INPEC dio por terminado el contrato con fundamento en el incumplimiento en el que habría incurrido la demandante respecto del pago del valor correspondiente al uso de los espacios que le fueron entregados para la prestación del servicio telefónico a los internos de la penitenciaria, por la falta de pago de la compensación al interno y por la omisión de actualizar la póliza de cumplimiento.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2005-02706-01(41927)**

**Actor: COMPUSYS SUMINISTROS LTDA**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 25 de mayo de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se declaró la caducidad de la acción en relación con unas pretensiones y se negaron las demás.

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

El 29 de noviembre de 2005[[1]](#footnote-1), Compusys Suministros Ltda., por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción contractual, solicitó que, previa citación de la parte demandada y del Ministerio Público, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe como obra en la demanda):

“1.- Se declare el incumplimiento del contrato de arrendamiento suscrito entre Compusys Suministros Ltda., y la Cárcel del Distrito Judicial La Modelo entidad que depende del INSTITUTO CARCELARIO Y PENITENCIARIO INPEC.

“2.- Que como consecuencia de la anterior declaratoria se condene al INSTITUTO CARCELARIO Y PENITENCIARIO INPEC, a pagar los daños materiales causados a la sociedad COMPUSYS LIMITADA, los cuales ascienden aproximadamente a la suma de $1.502.931.900.oo, o los que resulten probados dentro de la demanda, monto que se deberá actualizar de conformidad a lo establecidos en el artículo 178 del C.C.A.

“3.- Se declare el incumplimiento del contrato de arrendamiento suscrito entre Compusys Suministros Ltda., y la Cárcel de la Penitenciaría Central de Colombia La Picota, entidad que depende del INSTITUTO CARECELARIO Y PENITENCIARIO INPEC.

“4.- Que como consecuencia de la anterior declaratoria se condene al INSTITUTO CARCELARIO Y PENITENCIARIO INPEC, a pagar los daños materiales causados a la sociedad COMPUSYS LIMITADA, los cuales ascienden aproximadamente a la suma de $635.968.412.oo, o los que resultaren probados dentro de la demanda, monto que se deberá actualizar de conformidad a lo establecido en el artículo 178 del C.A.A.

“5.- Se condene al INSTITUTO CARCELARIO Y PENITENCIARIO INPEC al pago de las costas de este proceso.

“6.- A la sentencia que ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los arts. 176 y 177 del C.A.A”[[2]](#footnote-2).

Como sustento fáctico de sus pretensiones, la parte actora narró que, el 30 de noviembre de 2001, suscribió un contrato de arrendamiento con la “Cárcel del Distrito Judicial la Modelo”[[3]](#footnote-3), por medio del cual se le entregó un espacio de 30 mts2, “con el fin de que operara en el mismo un establecimiento de comercio, destinado a la ubicación de 30 cabinas telefónicas”[[4]](#footnote-4), que el canon de arrendamiento se pactó en $2’500.000, pagaderos dentro de los cinco primero días de cada mes y que el plazo se convino en cinco años contados a partir de la entrega del espacio físico.

Indicó que el contrato se firmó, que se presentó la póliza de cumplimiento y que se publicó en el diario oficial, pero que, a pesar de ello, la entidad arrendadora no ha cumplido sus obligaciones, pues, a la fecha de la presentación de la demanda, no ha hecho entrega física de los espacios objeto de arrendamiento, no ha autorizado el ingreso de los funcionarios de Compusys Suministros Ltda., ni de los equipos y materiales necesarios para la instalación de la red telefónica.

Aseveró que, antes de celebrarse el contrato, la demandante invirtió considerables sumas de dinero “en la compra de tecnología y tenían visualizado con la Empresa de Teléfonos de Bogotá los estudios para la acometida de la fibra óptica, para la adecuación de las plantas telefónicas con tarjetas auxiliares, software de tarificación, teléfonos y demás equipos necesarios para el funcionamiento del establecimiento de comercio”[[5]](#footnote-5) y, además, realizó un estudio y análisis financiero sobre el comportamiento del mercado del servicio telefónico que, al momento de suscribir el contrato, otro arrendatario estaba prestando en la misma cárcel. Según ese las ganancias anuales de dicho arrendatario ascendían a más de $300’000.000 anuales.

Afirmó que los incumplimientos de la entidad contratante le generaron perjuicios en la modalidad de daño emergente por valor de $426.900 y lucro cesante por $1.500’000.000.

De otra parte, relató la demandante que, el 30 de noviembre de 2001, celebró otro contrato de arrendamiento con la “Penitenciaría Central de Colombia la Picota”, por medio del cual se le entregó un espacio de 30 mts2, “con el fin de que operara en el mismo un establecimiento de comercio de cabinas telefónicas” y que el canon de arrendamiento se pactó en $2’250.000, pagaderos dentro de los cinco primero días de cada mes.

Mencionó que el 21 de enero de 2002 se hizo entrega de los espacios físicos correspondientes a este otro contrato y que éstos se tuvieron que adecuar para el funcionamiento del establecimiento de comercio.

Señaló que en el contrato de arrendamiento no se indicó el horario de funcionamiento de dicho establecimiento, pero que éste fue determinado inicialmente por la entidad arrendadora de domingo a domingo, de 8:00 a.m. a 8:00 pm., sin ningún tipo de restricción de ingreso a las personas que se encontraban recluidas; sin embargo, esas condiciones fueron cambiadas de manera unilateral por el Director del centro penitenciario, pues modificó los horarios y restringió el acceso a los internos, por lo cual la sociedad demandante remitió una comunicación en la que informó acerca de los perjuicios causados por esa circunstancia, la cual no fue respondida.

Al respecto, dijo que el decreto 222 de 1983 permite la modificación unilateral del contrato, siempre y cuando esa facultad conste de manera expresa en él, pero que en el contrato de arrendamiento del 30 de noviembre de 2002 no se pactó.

Contó que, para restablecer el desequilibrio económico que generaron los cambios adoptados por el Director de la cárcel, el 5 de abril de 2002 las partes suscribieron el “acta modificatoria 1”, por medio de la cual pactaron un nuevo canon de arrendamiento por valor de $1’125.000 y ampliaron el objeto del contrato en 4 mts2 más, para operar las cabinas telefónicas en el pabellón de alta seguridad, pero que este espacio nunca fue entregado al arrendatario y, por tanto, no se le permitió el montaje y funcionamiento de las cabinas, con lo cual se vulneraron sus intereses económicos.

Narró que, posteriormente, el Director del centro carcelario introdujo cambios drásticos que afectaron de manera trascendental la ejecución del contrato, puesto que prohibió la entrada de dinero al penal, redujo los horarios de prestación del servicio de las cabinas telefónicas e, incluso, autorizó la entrada de otras compañías para que prestaran el mismo servicio, propuso la implementación de teléfonos con sistema de tarjeta en cada patio y, además, tomó la determinación de cerrar la puerta de entrada a las cabinas telefónicas, impidiendo así a los internos salir a realizar sus llamadas. Estas decisiones unilaterales llevaron nuevamente al rompimiento del equilibrio económico del contrato y a que se ocasionaran perjuicios al contratista.

Relató que, para adecuar el contrato de arrendamiento a las nuevas políticas de la entidad, el Director de la cárcel propuso verbalmente la implementación del sistema de bonos para la venta del servicio telefónico, por lo cual, con el fin de que quedara debidamente estipulado ese acuerdo, el 2 de abril de 2003 Compusys Suministros Ltda. le entregó al Director una comunicación, por medio de la cual manifestó su aceptación a la propuesta.

Contó que, una vez aceptada la propuesta por el Director del centro penitenciario, con el fin de que los bonos fueran distribuidos a los internos por funcionarios de la cárcel y para que el dinero percibido por su venta fuera entregado a COMPUSYS LTDA., se realizaron unas entregas de bonos cuyo valor ascendió a $12’259.800, suma que, a la fecha de presentación de la demanda, no le fue reembolsada a la sociedad, a pesar de que presentó cuentas de cobro para obtener su pago.

Refirió que, el 18 de diciembre de 2003, el Director de la cárcel terminó unilateralmente el contrato de arrendamiento, con fundamento en que las partes acordaron esa forma de terminación y que otorgó un plazo de cinco días hábiles para cancelar lo debido y para retirar los equipos de las instalaciones del penal, pero no pagó las facturas presentadas ni reembolsó el valor de los bonos entregados.

Agregó que, a la fecha de presentación de la demanda, los equipos de Compusys Suministros Ltda. no han sido entregados ni se han reconocido los perjuicios que le causaron y por los cuales reclama indemnización equivalente a $35’968.581, por concepto de daño emergente y $600’000.000, por concepto de lucro cesante.

Advirtió que celebró un contrato verbal con Inversiones Fernández Cediel y que, por ello, algunas facturas aparecen a nombre de esa sociedad.

Finalmente, señaló que, con sus actuaciones el INPEC violó los artículos 2, 6, 53, 83, 90 y 124 constitucionales, 23, 28 y 50 de la ley 80 de 1993, 1602, 1603, 1613 y 1982 del Código Civil y 20 y 21 del decreto 222 de 1983[[6]](#footnote-6).

**2. Actuación procesal**

La demanda fue admitida por auto del 20 de enero de 2006[[7]](#footnote-7) y notificada a la parte demandada el 21 de marzo de 2006[[8]](#footnote-8) y al Ministerio Público el 23 de enero de 2006[[9]](#footnote-9).

**3. La contestación de la demanda**

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó unos, negó otros y, respecto de otros, dijo que no le constaban.

Como razones de defensa expuso, en suma, que en el proceso estaba acreditado que el contrato inicial que se celebró para ser ejecutado en la cárcel “La Modelo” sí se cumplió, sólo que, por acuerdo de las partes, se ejecutó en la cárcel “La Picota”, por lo cual consideró que no hay lugar a reclamar perjuicios por el presunto incumplimiento de ese negocio jurídico.

Al respecto, señaló que en el contrato inicial se estipuló que los espacios a ocupar por Compusys Suministros Ltda. eran los ubicados en la cárcel “La Modelo”, pero que, debido a que el Instituto tuvo que iniciar sobre aquéllos un proceso de restitución de inmueble arrendado, no los pudo entregar, por lo cual, con el ánimo de cumplir lo acordado, ofreció a la demandante que el contrato se ejecutara en la cárcel “La Picota”, que fue lo que finalmente ocurrió. Con base en ello, aseveró que el primer contrato se cumplió, pero que se ejecutó en un lugar diferente, con aceptación y aprobación expresa de las partes.

Dijo que los equipos y la tecnología de punta en los que invirtió la demandante para prestar el servicio en la cárcel “La Modelo” fueron utilizados en “La Picota”, pues el segundo de los contratos se empezó a ejecutar en febrero de 2002, lo que, según dijo, demuestra que, si bien es cierto Compusys Suministros Ltda. realizó dicha inversión, su patrimonio no sufrió detrimento alguno.

Agregó que en la cláusula séptima del contrato las partes acordaron que estaba a cargo del arrendatario el valor de las acometidas de las líneas telefónicas, su mantenimiento, los costos de servicio y demás adecuaciones y obligaciones que se derivaran de la prestación del servicio, que el arrendador no asumiría costo alguno y que, además, en el acta de legalización y perfeccionamiento del contrato se indicó que el arrendatario correría con todos los gastos que se requirieran para el normal funcionamiento de las cabinas telefónicas, por lo cual concluyó que, según lo previsto en el artículo 1993 de Código Civil, como las reparaciones locativas se realizaron para el funcionamiento del establecimiento de comercio, el INPEC no tenía que reembolsar al arrendatario su valor.

De otra parte, arguyó que es cierto que las partes suscribieron un acta de modificación al contrato, a través de la cual se disminuyó el valor del canon de arrendamiento y se entregaron al contratista 4 espacios más para el funcionamiento de las cabinas telefónicas, pero aclaró que esto no obedeció a un rompimiento del equilibrio económico, sino a que el valor del canon inicialmente pactado en el primer contrato se había tomado con base en el potencial de clientes de la cárcel “La Modelo”, el cual, en razón de número de internos, era mucho mayor al número de la cárcel “La Picota”.

Indicó que está demostrado que el INPEC siempre estuvo atento y con el ánimo de buscar el cumplimiento del contrato, para lo cual disminuyó el canon de arrendamiento, acogió las sugerencias que planteó el demandante e implementó el sistema de bonos, según lo acordado por las partes.

Por último, propuso la excepción de “INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR”, con fundamento en que no hubo incumplimiento contractual del INPEC, ni menoscabo patrimonial del demandante, pues éste aceptó el cambio de lugar de ejecución del contrato[[10]](#footnote-10).

**4. La sentencia impugnada**

Mediante sentencia del 25 de mayo de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probada la objeción por error grave que presentó Compusys Suministros Ltda. en contra del dictamen pericial, declaró la caducidad de la acción en relación con las pretensiones primera y segunda de la demanda y las demás las negó.

En relación con la caducidad de las pretensiones primera y segunda de la demanda, el Tribunal expresó que el contrato celebrado el 30 de noviembre de 2001 entre la sociedad demandante y el Director de la cárcel “La Modelo”, en representación del INPEC, tenía una duración de 5 años, contados a partir de la entrega física y real de los espacios pactados, pero, como ese hecho no ocurrió, el plazo de ejecución no empezó a correr y, por tanto, a la fecha de presentación de la demanda, el contrato aún se encontraba vigente.

Señaló que, como el contrato no se había liquidado, para determinar si la demanda se presentó en tiempo no era posible aplicar lo previsto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 de C.C.A., sino que debía acudirse a lo dispuesto en el inciso primero de ese mismo numeral, según el cual el término de caducidad es de dos años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento a la demanda.

Dijo que, como los requisitos de ejecución del contrato se cumplieron el 17 de diciembre de 2001, desde ese momento se hizo exigible la obligación de entrega de los espacios arrendados, pues no se pactó un plazo distinto para ello, por lo cual consideró que desde ese momento también se configuró el motivo que dio lugar a la demanda y como ésta se presentó el 29 de noviembre de 2005, concluyó que, en lo que a las pretensiones que de ese contrato se desprenden, estaba caducada.

En lo que a las pretensiones derivadas del contrato celebrado el 30 de noviembre de 2001 entre Compusys Suministros Ltda. y el Director de la cárcel “La Picota” concierne, el tribunal señaló que se presentaron dentro de la oportunidad establecida en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A. y, por eso, procedió a analizarlas de fondo.

Frente a las alegadas modificaciones de las condiciones del contrato, dijo que el 5 de abril de 2002 las partes suscribieron el acta 1, por medio de la cual acordaron ampliar el área arrendada y variar el valor mensual del canon de arrendamiento, con el fin de paliar el efecto económico de unas situaciones imprevistas, por lo cual no era posible realizar una reclamación posterior por dichas situaciones, toda vez que con ese acuerdo las partes convinieron la forma de equilibrar el contrato.

Agregó que las únicas pruebas dirigidas a acreditar las variaciones en el horario y en las demás condiciones para la prestación del servicio de cabinas telefónicas eran unas comunicaciones del 21 de octubre de 2002 y del 2 de mayo de 2003, la primera sin firma y la segunda con una firma de recibido que no especifica de quién se trata o si pertenecía al centro de reclusión, por lo cual el Tribunal no les confirió la “debida fuerza probatoria”[[11]](#footnote-11).

Indicó que la parte demandante no podía alegar que la prohibición de ingresar dinero al centro penitenciario era una situación imprevista, puesto que ésta fue establecida por la ley 65 de 1993 y tampoco que las variaciones del horario lo fueran, puesto que en el contrato se pactó que se determinaría según las necesidades, los requerimientos y la seguridad del establecimiento carcelario.

De otra parte, en cuanto al incumplimiento del contrato por la falta de reembolso de los dineros correspondientes a unos bonos, expresó el tribunal que se acreditó que en julio, octubre y noviembre de 2003 la arrendataria envió algunos a la demandada, pero que no era posible establecer que ésta los hubiere recibido, pues no fue posible determinar que las firmas que aparecen en las comunicaciones que dan cuenta de ello correspondan al INPEC, además de que no se logró demostrar que los servicios se hubieran prestado efectivamente, pues no existe facturación de los mismos, tanto que Telecom no encontró ninguna información sobre las líneas, la facturación, las ganancias y los convenios celebrados con las cárceles “La Picota” y “La Modelo”.

Expresó que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien pretenda que se declare el incumplimiento de un contrato, debe acreditar que cumplió con sus obligaciones, pero que, en este caso, está probado que el 18 de diciembre de 2003 el INPEC decidió terminar el contrato de arrendamiento debido al incumplimiento en los pagos de octubre a diciembre de ese año por parte de la arrendataria, a la falta de cancelación de la nómina de un interno y a la omisión de actualizar la póliza del contrato, decisión que adoptó con base en lo pactado en la cláusula tercera del mismo.

Finalmente, advirtió que, si bien la contratista pretendió justificar su incumplimiento en la falta de pago de los bonos, lo cierto es que no se estableció su entrega efectiva al INPEC y, además, las cuentas de cobro por ese concepto se presentaron a partir de noviembre de 2003, es decir, tiempo después del incumplimiento contractual endilgado[[12]](#footnote-12).

**5. El recurso de apelación**

La parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, solicitó que se revocara íntegramente y que, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su oposición, expuso que, para poder determinar si en relación con el contrato de arrendamiento celebrado el 30 de noviembre de 2001 entre Compusys Suministros Ltda. y el Director de la cárcel “La Modelo” operó la caducidad de la acción, se debe tener en cuenta el vencimiento del plazo pactado y la extinción de la obligación acordada, pues, de lo contrario, ésta persiste y también el contrato que la generó.

Indicó que la caducidad del contrato es una potestad de la administración por medio de la cual pone fin a una relación negocial y constituye una sanción que se fundamenta en el incumplimiento de las obligaciones del contratista, pero que, en este caso, la arrendataria no inobservó sus obligaciones, por lo cual no podía decirse que hubiere operado la caducidad y tampoco que el negocio debiera liquidarse, pues al momento de presentar la demanda el contrato estaba vigente y la obligación de entregar el bien aún estaba pendiente.

En relación con la decisión del tribunal de negar las pretensiones de la demanda relacionadas con el contrato celebrado entre la demandante y el director de la cárcel “La Picota”, dijo que el canon de arrendamiento estaba sujeto a que se pudiera explotar el establecimiento de comercio, lo cual no se logró por causa de las actuaciones de la parte demandada, pues, si bien es cierto que la ley 65 de 1993 prohíbe el ingreso de dinero a la penitenciaria, también lo es que esa misma norma dispone que el INPEC debe reglamentar las modalidades de pago de bienes y servicios internos en los centros de reclusión.

Arguyó que, a pesar de no haber sido pactado en el contrato, para el pago del servicio se crearon unos bonos y que el hecho de que en los documentos en donde consta su entrega la firma de quien recibió no sea legible, no implica que eso no hubiere sucedido, sino que demuestra que el INPEC debe lo reclamado por la parte actora, sin cuyo pago tampoco podía pagar los cánones de arrendamiento.

Agregó que en la contestación de la demanda no se tacharon de falsos los documentos presentados como prueba respecto de lo que le debe el INPEC a Compusys Suministros Ltda. por concepto del reembolso del valor de los bonos, por lo cual el a quo debía tener en cuenta su valor probatorio y que ese Instituto tampoco probó que no hubiera recibido dinero por su venta o que no adeudara a la demandante lo reclamado por ese concepto.

Afirmó que el INPEC no podía dar por terminado el contrato por incumplimiento en el pago del arrendamiento, puesto que ese rubro se debía pagar con los dineros que le adeudaba el Instituto por concepto de bonos, por lo cual aquél debió realizar una compensación, en los términos del artículo 1715 del Código Civil.

Adujo que el hecho de haber indicado la demandante en una comunicación que, efectivamente, se estaban debiendo unos cánones de arrendamiento, no daba lugar a afirmar que el incumplimiento se hubiere reconocido o que se hubiere constituido en mora, pues lo que Compusys Suministros Ltda. indicó era que no estaba debiendo los cánones relacionados en la comunicación de terminación del contrato, sino que aclaraba cuáles eran los cánones adeudados para que sobre ellos se realizaran las aplicaciones de orden legal.

Alegó que el INPEC no devolvió la cuenta de cobro que presentó la sociedad actora, la cual fue debidamente recibida y que, si consideraba que no la adeudaba, debió haberse pronunciado rechazándola, lo que no ocurrió.

Por último, concluyó que no existe caducidad de la acción frente al contrato del 30 de noviembre de 2001 que celebró con el Director de la cárcel “La Modelo” y que se debe acceder a las pretensiones de la demanda, pues consideró que éstas se encuentran debidamente acreditadas con el acervo probatorio obrante en el plenario, incluido el dictamen pericial practicado[[13]](#footnote-13).

**6. Actuación en segunda instancia**

Mediante auto del 16 de septiembre de 2011 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 25 de mayo de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca[[14]](#footnote-14). A través de proveído del 12 de octubre del mismo año se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo[[15]](#footnote-15).

6.1. En esta oportunidad procesal las partes demandante[[16]](#footnote-16) y demandada[[17]](#footnote-17) se pronunciaron para insistir en los argumentos que presentaron en defensa de sus intereses en el curso del proceso.

6.2. El Ministerio Público rindió concepto para solicitar que se confirme la decisión de primera instancia, con fundamento en que la pretensión de incumplimiento del contrato no podía prosperar, porque la parte actora incumplió sus propias obligaciones.

Dijo que lo que en realidad pretende la parte demandante es una compensación en el pago, sobre el supuesto de que ambos extremos del contrato son deudores, pero que ese aspecto no fue considerado por el tribunal con base en la respuesta de TELECOM, entidad ésta que dijo que no existe facturación sobre las líneas telefónicas respectivas.

Agregó que tampoco puede entenderse configurado el rompimiento del equilibrio económico del contrato, porque: i) las causas que, según la parte actora, habrían dado lugar a él fueron ajenas al INPEC, ii) para subsanar su posible ocurrencia, las partes redujeron el valor del canon de arrendamiento y ampliaron el área objeto del contrato y iii) no puede el contratista pretender que le sean resarcidos los daños provocados por sus propias actuaciones u omisiones[[18]](#footnote-18).

**II. CONSIDERACIONES**

**1. Competencia del Consejo de Estado para conocer del proceso en segunda instancia**

La Sala es competente para conocer del asunto en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 25 de mayo de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dado que, al momento de la presentación de la demanda -29 de noviembre de 2005-, el monto para que un proceso tuviera vocación de doble instancia, según lo dispuesto en la ley 954 de 2005[[19]](#footnote-19), era de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, los cuales, según el salario mínimo mensual vigente para esa época[[20]](#footnote-20), ascendían a ciento noventa millones setecientos cincuenta mil pesos ($190’750.000), mientras que la pretensión mayor se estimó en la demanda en mil quinientos dos millones novecientos treinta y un mil novecientos pesos ($1.502.931.900.oo,).

Se suma a lo anterior que el artículo 75 de la ley 80 de 1993[[21]](#footnote-21) prescribe expresamente que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la contencioso administrativa y, como en este caso los contratos cuyo incumplimiento se pretende los celebró un establecimiento público del orden nacional, esto es, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-[[22]](#footnote-22), dable es concluir que esta jurisdicción es competente para asumir el conocimiento de la demanda instaurada en su contra.

**2. Los motivos de la apelación**

La parte recurrente pretende que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y que, en su lugar, se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda, de las cuales, unas están relacionadas con el incumplimiento del contrato que se celebró el 30 de noviembre de 2001 con el Director de la Cárcel del Distrito Judicial La Modelo (quien actuó en representación del INPEC) y, las otras, con el incumplimiento del contrato que en esa misma fecha celebró con el Director de la Penitenciaría Central de Colombia La Picota (quien también actuó en representación del INPEC).

En cuanto a las pretensiones relacionadas con el primero de los referidos contratos, la parte alega que no se configuró la caducidad de la acción de controversias contractuales, puesto que ese negocio jurídico, a la fecha de presentación de la demanda, aún estaba vigente, ya que, al no haberse podido ejecutar, no se agotó su plazo ni se extinguieron las obligaciones pactadas.

En lo que concierne a las pretensiones relacionadas con el segundo de los referidos contratos, dijo que el tribunal no tuvo en cuenta que los incumplimientos en los que incurrió la demandante se dieron en razón de las actuaciones del INPEC que le impidieron la explotación comercial de los espacios arrendados, en las condiciones inicialmente convenidas, por lo cual, además de que ese Instituto no podía dar por terminado el contrato de forma unilateral, se debe acceder a estas pretensiones, las cuales, aseveró, están debidamente acreditadas.

**2.1. Oportunidad de la acción**

**2.1.1. En relación con las pretensiones que tienen origen en el contrato que se celebró el 30 de noviembre de 2001 para ser ejecutado en la cárcel La Modelo**

El numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo regula lo concerniente a la caducidad de la acción de controversias contractuales y, al respecto, prevé una regla general que establece que el momento a partir del cual empieza a correr el término para presentar la demanda está determinado por la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento (inciso primero); pero, también establece otras reglas en las que determina que ese momento se define según si el contrato es de ejecución instantánea (literal a), si no requiere de liquidación (literal b), si la requiere y si ésta se llevó a cabo o no (literales c y d).

En consecuencia, para determinar si, en relación con las pretensiones que tienen origen en el contrato que se celebró para ser ejecutado en la cárcel La Modelo la demanda se presentó de manera oportuna, resulta necesario establecer cuál de las hipótesis reguladas en el referido numeral 10 de artículo 136 de Código Contencioso Administrativo es la aplicable.

Conforme a lo convenido por las partes en la cláusula primera del contrato, su objeto consistió en “dar en arrendamiento, (sic) treinta (30) espacios (1 mt.2, cada uno), para un área aproximada de 30 Mts2, al Arrendador (sic), es decir, el ocupado por una cabina telefónica o por un aparato telefónico, con sus respectivos equipos en la Cárcel del Distrito Judicial ‘La Modelo’ de Bogotá D.C.”[[23]](#footnote-23) y su duración se pactó en cinco años contados a partir del acta de la entrega física y real de tales espacios, por lo cual, en principio, al ser un contrato de tracto sucesivo que requería ser liquidado[[24]](#footnote-24), el término de caducidad debería contarse con base en lo previsto en los literales c) o d) del artículo 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, esto es, según el caso, desde la suscripción del acta de liquidación bilateral (literal c), desde cuando queda ejecutoriado el acto de liquidación unilateral o desde el vencimiento del plazo para liquidar el contrato de manera bilateral o unilateral (literal d).

No obstante, en el sub judice se debe tener en cuenta que, conforme a lo manifestado por las partes y a lo probado en el proceso, el contrato nunca se ejecutó, pues la entrega de los referidos espacios no se efectuó, debido a que el INPEC no pudo disponer de ellos, ya que, para el momento en que debía hacerlo, otra sociedad, es decir, Rivera Téllez y Cía. Ltda. los estaba ocupando en calidad de arrendataria, por lo cual el 13 de noviembre de 2001[[25]](#footnote-25) (pocos días antes de la celebración del contrato con Compusys Suministros Ltda. -30 de noviembre de 2001-) el INPEC inició un proceso judicial en el que solicitó que se declarara la terminación del contrato de arrendamiento celebrado con Rivera Téllez y Cía. Ltda. y, consecuencialmente, que se ordenara la restitución de los espacios arrendados y, en caso de que la demandada no los restituyera, se decretara el respectivo lanzamiento[[26]](#footnote-26); sin embargo, está probado que, incluso para la fecha de presentación de la demanda que aquí se estudia (29 de noviembre de 2005), dicho proceso judicial aún no había finalizado[[27]](#footnote-27), por lo cual los espacios seguían siendo ocupados por Rivera Téllez y Cía. Ltda., lo que impidió que el contrato celebrado con Compusys Suministros Ltda. se ejecutara y, por tanto, que se terminara y se liquidara.

Surge de lo anterior que, desde el momento mismo de la celebración del contrato suscrito por el INPEC con Compusys Suministros Ltda. sobre unos espacios de la cárcel La Modelo, su cumplimiento era incierto, porque ello quedó indefinido en el tiempo y sujeto a lo que se resolviera en el proceso de restitución del inmueble arrendado, ya que dependía de que los bienes le fueran devueltos al INPEC, pues, de lo contrario, era imposible que se ejecutara; de hecho, consta en el proceso que, aproximadamente 6 años después de celebrado el referido contrato, el proceso de restitución de inmueble arrendado que el INPEC adelantó en contra de Rivera Téllez y Cía. Ltda. todavía no había culminado[[28]](#footnote-28) y, por ello, esta sociedad aún continuaba ocupando tales espacios[[29]](#footnote-29), por lo que, incluso después de transcurrido todo ese tiempo, el contrato que el INPEC suscribió con la acá demandante no había podido ejecutarse y, ante la incertidumbre de lo que se resolviera en aquel juicio, ni siquiera para ese momento se tenía certeza de que pudiera cumplirse.

Así las cosas, considera la Sala que, a pesar de que se trata de un contrato que por ser de tracto sucesivo requería ser liquidado, la caducidad de la acción no puede contarse con base en lo dispuesto en los referidos literales c) y d) del artículo 136 de Código Contencioso Administrativo, esto es, teniendo en cuenta su liquidación o el vencimiento del plazo para llevarla cabo, puesto que la falta de ejecución del mismo, impide que el término perentorio dispuesto por la ley para presentar la demanda dependa de aquélla, es decir, de la liquidación. Aceptar lo contrario sería admitir que dicho término queda suspendido en el tiempo de manera indefinida y a la espera de que se configuren unos hechos respecto de los cuales no se tiene certeza alguna de que sucederán, pues el INPEC hasta podría perder el proceso que adelanta contra Rivera Téllez y Cía. Ltda., lo cual atenta contra el principio de seguridad jurídica en el que se funda la figura procesal de la caducidad de la acción.

Por esta misma razón, la Sala concluye que no le asiste razón a la parte recurrente al señalar que, como el plazo acordado por las partes para ejecutar el contrato no corrió por la falta de entrega de los espacios, las obligaciones pactadas aún se encuentran vigentes y que, por ello, aún está en tiempo para reclamar su incumplimiento, pues, se insiste, el término de caducidad de la acción no podía ni puede quedar sujeto al hecho de la ejecución del negocio jurídico, que en este caso se tornó incierto.

En estas condiciones, dado que -por las razones que acaban de exponerse- en este caso no es posible aplicar las reglas de caducidad de la acción contractual previstas para aquellas controversias que tienen origen en los contratos que requieren de liquidación, estima la Sala que, para presentar la demanda en tiempo, la parte actora debía guiarse por lo dispuesto en la regla general contenida en el inciso primero del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, según la cual, tratándose de acciones de controversias contractuales, “el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”, más aún si se tiene en cuenta que, desde el momento mismo de la celebración del contrato, dicha parte supo que la entrega de los espacios ubicados en la cárcel La Modelo, indispensable para ejecutarlo, no podía realizarse porque otra sociedad los estaba ocupando y porque la continuidad de esta situación dependía de lo que se resolviera en el proceso judicial que había iniciado el INPEC en contra de aquélla en procura de la restitución de tales bienes.

En efecto, según consta en comunicación de Compusys Suministros Ltda, calendada el 2 de abril de 2003[[30]](#footnote-30), el mismo día en que se celebró el contrato que iba a ser ejecutado en los espacios ubicados en la cárcel La Modelo (30 de noviembre de 2001[[31]](#footnote-31)), las partes suscribieron otro de idénticas características, pero para ser desarrollado en la Penitenciaría Central de Colombia La Picota, a lo cual habrían procedido, según dicha comunicación, mientras se superaba la imposibilidad de ejecutar el primero, debido a que no era posible acceder a los espacios arrendados, porque estaban siendo ocupados por otra sociedad y porque su restitución al INPEC estaba siendo debatida en un proceso judicial, lo que prueba que se trata de dos contratos diferentes, uno cuya ejecución empezaría con la entrega de los espacios en La Picota y otro cuya ejecución era incierta.

De hecho, en la referida comunicación se señala que (se transcribe como obra en la comunicación):

“En primer lugar nuestra firma llegó al INPEC con el propósito de montar un sistema de telecomunicaciones en la cárcel La Modelo de Bogotá, por una invitación de presentar propuesta para reemplazar la firma que en la actualidad estaba prestando el servicio[[32]](#footnote-32) y por motivo de la no renovación del contrato. El resultado fue a favor de nuestra compañía, para esto comenzamos a aprovisionarnos de la tecnología necesaria para que en el momento de asignarnos los espacios físicos nos tardáramos lo menos posible, ya que se pensaba que por la decisión de no renovarle el contrato a la firma en mención, ellos podrían incomunicar a los internos, lo que posiblemente provocaría desórdenes al interior de la cárcel.

“Nosotros estabamos a la espera de la salida de esa firma para hacer el montaje, pero lastimosamente,la firma demando la decisión y **el INPEC a su vez inicio proceso de lanzamiento por medio del juzgado 11 de circuito; esto hizo que se prolongara la estadía de esta firma hasta la fecha**. Desde ese tiempo acá ha transcurrido un año largo, lo que ha repercutido en un perjuicio grave para nuestra compañía, ya que para ese efecto tuvimos que incurrir en gastos financieros para la adquisición de la tecnología.

“**Al presentarse esta situación, La Dirección General por medio de un funcionario de la oficina Jurídica, nos propuso montar mientras tanto un sistema en la cárcel La Picota de Bogotá. Tomamos la decisión de presentar la propuesta al Director General y con su aprobación nos dirigimos a hablar con el Capitán William Gacharna, Director de la cárcel de ese entonces.**

**“Al director le pareció interesante y aceptó la propuesta. Firmamos un contrato inicial para treinta espacios telefónicos y luego lo ampliamos a treinta y cuatro, este contrato se redacto en la oficina jurídica de la Dirección General por un termino de cinco años. Se firmo por este tiempo, ya que en un tiempo inferior y de acuerdo con nuestras proyecciones financieras no se recuperaría la inversión** …” (destaca la Sala).

Visto lo anterior, la Sala procede a determinar si la demanda, en relación con las pretensiones que tienen origen en el contrato que iba a ser ejecutado en la cárcel La Modelo se presentó dentro del plazo de dos años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvieron de fundamento.

Pues bien, las pretensiones que se sustentan en la existencia de dicho contrato son las identificadas en la demanda con los números 1 y 2 y corresponden a las encaminadas a que se declare su incumplimiento por la falta de entrega de los espacios respecto de los cuales se celebró el contrato y a la consecuencial condena por los daños causados por tal incumplimiento, por lo cual, para definir si la demanda se presentó en tiempo, es necesario establecer primero cuándo se hizo exigible ese deber contractual.

Si bien las partes no pactaron un plazo para la entrega de los espacios en los que iba a ejecutarse el contrato[[33]](#footnote-33), debe entenderse, por la naturaleza misma de lo acordado, que suponía como requisito indispensable para su ejecución que se hiciera entrega de ellos, que esta obligación se hizo exigible después de que el contrato se perfeccionó e inmediatamente después de que el contratista cumplió los requisitos que a él le correspondía acreditar para que fuera procedente su ejecución[[34]](#footnote-34), esto último porque, a pesar de que el INPEC no hizo lo que le correspondía para tales efectos[[35]](#footnote-35), lo cierto es que, para reclamar el cumplimiento de esa obligación y, asimismo, para demandar judicialmente su incumplimiento, el contratista debía demostrar que había cumplido con sus propias obligaciones[[36]](#footnote-36).

Adicionalmente, advierte la Sala que el término de caducidad de la acción se debe contar desde ese momento, porque, como surge de la antes referenciada comunicación del 2 de abril de 2003, suscrita por el Director de Telecomunicaciones de Compusys Suministros Ltda., incluso para la fecha en que se perfeccionó el negocio jurídico el contratista conocía de la existencia de las circunstancias que hacían incierta su ejecución.

Así las cosas, como la garantía de cumplimiento del contrato celebrado el 30 de noviembre de 2001 entre el INPEC y Compusys Suministros Ltda. para ser ejecutado en las instalaciones de la cárcel La Modelo se constituyó el 13 de diciembre de 2001[[37]](#footnote-37), debe entenderse que el término de caducidad de la acción empezó a correr a partir del 14 de esos mismo mes y año y venció el 15 de diciembre de 2003, por lo cual, dado que tanto la solicitud de conciliación prejudicial como la demanda se presentaron por fuera de ese término[[38]](#footnote-38), forzoso es concluir que el ejercicio del derecho de acción, en relación con este contrato, fue extemporáneo y, por tanto, en lo que a este aspecto concierne debe confirmarse la sentencia recurrida.

**2.1.2. En relación con las pretensiones que tienen origen en el contrato que se celebró para ser ejecutado en la Penitenciaría Central de Colombia La Picota**

Si bien el recurso de apelación no versa sobre la oportunidad en la que se presentó la demanda en relación con las pretensiones que se originan en este contrato, lo cierto es que, como la demanda en tiempo es un presupuesto necesario para dictar sentencia de fondo, cuyo desconocimiento da lugar a declarar, incluso de oficio, la caducidad de la acción, la Sala debe verificarlo.

En lo que concierne a estas pretensiones, la demanda está encaminada a que se declare el incumplimiento de un contrato de tracto sucesivo y, por tanto, según la ley, sujeto a liquidación[[39]](#footnote-39) y dado que, conforme a la información que obra en el plenario, este último acto (la liquidación) no se había realizado hasta la fecha de presentación de la demanda, la caducidad de la acción debe contarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998), que señala:

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

Según lo estipulado por las partes en la cláusula segunda del contrato[[40]](#footnote-40), el plazo de ejecución se pactó en 5 años contados a partir de la suscripción del acta de entrega física y real de los espacios, lo que tuvo lugar el 21 de enero de 2002[[41]](#footnote-41) y, por tanto, el plazo iba hasta el 21 de enero de 2007; sin embargo, consta en el proceso que, por decisión del INPEC, el contrato se terminó unilateralmente el 18 de diciembre de 2003[[42]](#footnote-42).

Ahora bien, como las partes no pactaron expresamente un término para liquidar el contrato de manera bilateral, debe aplicarse el de 4 meses que, para entonces, preveía el artículo 60 de la ley 80 de 1993[[43]](#footnote-43) para tales efectos[[44]](#footnote-44), término que en este caso transcurrió entre el 19 de diciembre de 2003 (día siguiente al de la terminación del contrato) y el 19 de abril de 2004 y, conforme lo dispuesto en la ley 446 de 1998, vigente ya para la fecha de celebración del contrato, el INPEC contaba con dos meses más para liquidarlo de manera unilateral, es decir, hasta el 19 de junio de ese mismo año.

En consecuencia, el término de caducidad corrió entre el 20 de junio de 2004 y el 20 de junio de 2006; por tanto, como la demanda se presentó el 29 de noviembre de 2005, resulta claro que el ejercicio de la acción fue oportuno.

**2.2. El contrato que se celebró para ser ejecutado en la Penitenciaría Central de Colombia La Picota**

Se encuentra acreditado en el proceso que el 30 de noviembre de 2001 el INPEC y Compusys Suministros Ltda. expresaron por escrito su consentimiento para celebrar el contrato cuyo objeto, según la cláusula primera, consistió en (se transcribe como obra en el contrato):

“**EL ARRENDADOR** [se refiere al INPEC] da en arrendamiento, treinta (30) espacios (1 mt.2, cada uno), para un área aproximada de 30 Mts2, al Arrendatario [se refiere a Compusys Suministros Ltda.], es decir, el ocupado por una cabina telefónica o por un aparato telefónico, con sus respectivos equipos en la Penitenciaría Central de Colombia La Picota de Bogotá D.C., - **PARAGRAFO PRIMERO .- DESTINACIÓN Y UBICACIÓN:** Los espacios sólo podrán ser destinados para la ubicación de cabinas o aparatos de teléfonos, con sus respectivas líneas telefónicas (30), por cuenta del arrendatario, para el servicio de llamadas para los internos, de acuerdo con lo estipulado en el presente contrato”[[45]](#footnote-45) (subrayas fuera de texto).

Asimismo, consta que las partes acordaron, a título de canon de arrendamiento, el pago de la suma mensual de $2’250.000 y que como obligaciones del INPEC pactaron, entre otras, la de “Entregar los espacios objeto de arrendamiento”[[46]](#footnote-46) y de Compusys Suministros Ltda., además de otras, la de “Cancelar el canon mensual de arrendamiento de acuerdo a (sic) lo estipulado”[[47]](#footnote-47).

En lo que corresponde a las condiciones en las que se autorizaba al contratista a prestar el servicio de telefonía a los internos, las partes pactaron, entre otras cosas, que Compusys Suministros Ltda. debía utilizar mano de obra de los internos (cláusula décima), por lo cual, en desarrollo de esta obligación, dicha sociedad asumió, entre otras, las de: i) “reconocer al interno que trabaja en este programa una compensación proporcional al total de tiempo efectivo laborado …”[[48]](#footnote-48) (cláusula novena) y, por tanto, ii) “cancelar las remuneraciones que percibirán los internos, dentro de los cinco (5) primeros días hábiles del mes siguiente …”[[49]](#footnote-49) (numeral 3 de la cláusula séptima), iii) “Cumplir con el Reglamento Interno del Establecimiento Carcelario”[[50]](#footnote-50) (numeral 4 de la cláusula séptima), iv) suscribir con la Dirección del establecimiento carcelario “un convenio de capacitación (sic) de conformidad con lo dispuesto en el Artículo (sic) 84 de la Ley 65 de 1993, por el tiempo que se considere apropiado en coordinación con la Junta de Evaluación de trabajo, quien lo elaborará, con las características y fines propios de la redención de la pena y la reinserción social”[[51]](#footnote-51) (parágrafo de la cláusula décima) y v) cumplir las normas de higiene y salud ocupacional y suministrar los elementos o medios de seguridad industrial u ocupacional, conforme a los riesgos que ofrece cada oficio y el ambiente de trabajo (cláusula décimo primera).

Además, en el numeral 5 de la cláusula séptima -“OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR”[[52]](#footnote-52)-, las partes acordaron que “El valor de las tarifas a cobrar no podrá superar el fijado de manera legal o reglamentaria señaladas (sic) por el Operador de Telefonía (sic) autorizado por el Gobierno Nacional, cuyos servicios utilizará el Arrendatario (sic)”[[53]](#footnote-53) y, en el numeral 7, estipularon que “Las líneas no pueden tener uso para (sic) privado”[[54]](#footnote-54).

**2.3. La causa petendi de la pretensión de incumplimiento del contrato**

La pretensión de incumplimiento del contrato, que fue la única que se presentó como fundamento de las pretensiones consecuenciales de carácter indemnizatorio, se sustentó en que el INPEC habría desconocido sus obligaciones contractuales, porque: i) redujo los horarios de funcionamiento del establecimiento de comercio, ii) restringió el paso de los reclusos para hacer uso del servicio telefónico, iii) impidió el ingreso de dinero al penal, iv) permitió que otros operadores prestaran el mismo servicio en el establecimiento carcelario, v) no entregó cuatro de los espacios en los que iba a funcionar el establecimiento de comercio y v) no reembolsó el valor de los bonos que le fueron entregados para que los internos realizaran llamadas telefónicas.

Antes de resolver de fondo sobre cada una de las causas en las que la parte actora fundó la pretensión de incumplimiento, resulta necesario precisar que, si bien unas de ellas hacen alusión a hechos que corresponden a la inobservancia de obligaciones contractuales (la que corresponde a la falta de entrega de algunos de los espacios y la concerniente a la falta de reembolso de los bonos), las demás no se refieren a ello, sino a decisiones que la administración habría adoptado “en forma unilateral y ejerciendo su posición dominante”[[55]](#footnote-55) y que habrían afectado el contrato, generando con éstas el rompimiento del equilibrio económico concebido al inicio de la relación negocial.

Así, entonces, dado que la parte actora se refiere a estos aspectos para sustentar la pretensión de incumplimiento del contrato, pero, a la vez, señala que estos supuestos dieron lugar al rompimiento de su equilibrio económico, la Sala considera necesario detenerse en las diferencias que existen entre estas dos figuras del derecho. Sobre este aspecto se ha pronunciado esta Subsección de la manera que sigue:

“La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

“La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe”, y “potestas ius variandi” (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión” y paralelamente en la “teoría de la previsibilidad”. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

“El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida”[[56]](#footnote-56).

Precisadas las diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico del contrato y su incumplimiento, lo primero que debe advertir la Sala es que, como bien lo anota la parte actora, ni el horario de funcionamiento del servicio de llamadas telefónicas, ni la libertad o restricción que pudieran tener los reclusos para ingresar a los espacios que fueron destinados para el mismo fueron aspectos regulados en el contrato y, valga señalarlo, este último, en particular, ni siquiera podía serlo, puesto que la libertad de locomoción de los reclusos en el penal no era un aspecto que pudiera ser convenido con el contratista.

En efecto, según lo dispuesto en la ley 65 de 1993, es al Gobierno Nacional, por intermedio de INPEC, a quien corresponde la ejecución de las sentencias penales y de la detención precautelativa, la aplicación de las medidas de seguridad y control de las penas accesorias fijadas en el Código Penal y, por ello, a dicha entidad le corresponde la expedición del reglamento general al cual deben sujetarse los respectivos reglamentos internos de los diferentes establecimientos de reclusión y dentro del cual se definen aspectos como los horarios que regulen las diferentes actividades del centro, el manejo de dinero de los reclusos y las comunicaciones por vía telefónica, su horario, la modalidad y la duración de las llamadas (artículos 18, 19 y 25 del acuerdo 11 de 1995, por el cual se expidió el reglamento general al cual se deben sujetar los reglamentos internos de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, vigente al momento de la celebración y ejecución del contrato) y también le corresponde expedir el reglamento disciplinario al cual se deben sujetar los internos de tales establecimientos (artículos 14, 52 y 116).

Agrégase a lo anterior que en la demanda se admite expresamente que en el contrato no se pactó nada en relación con el horario de funcionamiento de los espacios entregados para la prestación del servicio telefónico y tampoco se dijo nada en cuanto a las restricciones que podrían tener los reclusos para hacer uso del él y, en ese mismo sentido, se manifiesta explícitamente que fue el INPEC quien definió, al inicio de la relación contractual, que el horario sería de domingo a domingo de 8:00 a.m. a 8:00 p.m. y que éste estaría abierto a los internos sin ningún tipo de limitación, por lo cual, pese a la imprecisión de la que al respecto adolece la demanda, no es posible sostener que las variaciones que pudo haber adoptado el INPEC en relación con estos aspectos hubieren dado lugar al incumplimiento del contrato, pues no comportan el desconocimiento de obligación alguna, dado que ni en el contrato, ni en ningún otro documento, las partes estipularon que el horario de funcionamiento del servicio debía ser el indicado en la demanda y, mucho menos, que el acceso de los reclusos al servicio fuera irrestricto.

De hecho, en la misma demanda se sostiene que las modificaciones frente a esas condiciones las habría adoptado el INPEC en forma unilateral y en ejercicio de la posición dominante que ocupaba en la relación negcioal y que fueron éstas las que, además de otras, habrían generado el rompimiento del “equilibrio económico (…) en contra de mi poderdante, ya que las ventas no eran las mismas (sic) los estados financieros de la época no arrojaban resultados de utilidades”[[57]](#footnote-57) y, por tanto, le habrían causado perjuicios a Compusys Suministros Ltda.

En lo que concierne a lo alegado por la parte actora respecto de las decisiones que habría adoptado el INPEC en el sentido de autorizar el ingreso a la penitenciaría de otros operadores para que prestaran el mismo servicio y de impedir el ingreso de dinero al penal, la Sala también encuentra que lo que realmente pretende la parte actora es el restablecimiento del equilibrio económico del contrato y no la declaratoria de su incumplimiento, pues, además de que así lo expresa en el acápite de hechos de la demanda, lo cierto es que tampoco respecto de estos aspectos se observa que el INPEC hubiere desconocido alguna de las obligaciones pactadas en el contrato, pues en éste no se estipuló la exclusividad de Compusys Suministros Ltda., para prestar a los internos el servicio telefónico, ni el medio de pago que éstos debían utilizar para acceder a él.

La Sala no puede desconocer que, aunque en sus pretensiones la parte demandante únicamente se refirió al incumplimiento del contrato, la causa petendi en la que sustentó esta pretensión no sólo se refirió al presunto desconocimiento de obligaciones contractuales, sino que se extendió a aspectos relacionados propiamente con el rompimiento del equilibrio económico del contrato, fenómeno al que aludió de manera expresa, pues, pese a la falta de técnica jurídica de la que adolece la demanda, ésta fue enfática en señalar que la ecuación financiera del contrato se alteró en razón de las decisiones adoptadas unilateralmente por el INPEC en ejercicio de su posición dominante[[58]](#footnote-58).

En este contexto, para la Sala resulta forzoso entender que, pese a que la demanda únicamente se refirió a la pretensión de incumplimiento, lo que en realidad pretendió la parte actora cuando se refirió a la reducción del horario que habría sido establecido para el funcionamiento del establecimiento o la prestación del servicio, a la restricción a los reclusos para que ingresaran al sitio donde éste se prestaba, a la decisión de impedir el ingreso de dinero en efectivo al penal y a la de permitir que otros operadores prestaran el mismo servicio fue la declaratoria del rompimiento del equilibrio económico del contrato, interpretación ésta que no afecta sustancialmente el litigio, pues encuentra pleno asidero en la *causa petendi* de la demanda, la cual -desde su presentación- fue conocida por el INPEC, entidad que, por tanto, ha tenido plena oportunidad para ejercer su derecho de defensa y contradicción frente a ella.

Adicionalmente, debe señalarse que la imprecisión en la que incurrió la parte demandante respecto de la denominación de la pretensión encuentra justificación en que el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la ley 80 de 1993 conduce a ella, al señalar que es derecho de los contratistas recibir oportunamente la remuneración pactada y que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato, por lo cual, “si el equilibrio se rompe **por incumplimiento** de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato” (destaca la Sala).

Igualmente, cabe destacar que el razonamiento que se deja expuesto no altera la competencia del juez ni vulnera el debido proceso, pues desde el principio el marco del litigio se fijó, entre otros aspectos, en que las restricciones impuestas por la entidad demandada respecto del horario de funcionamiento del lugar donde debía prestarse el servicio, del acceso de sus destinatarios, del impedimento de que se ingresara dinero en efectivo a la penitenciaría y de la autorización para que otros operadores prestaran el servicio habrían alterado las condiciones económicas del contrato y habrían generado perjuicios a la demandante, de tal manera que, con el entendimiento que la Sala estima debe dársele a la pretensión de incumplimiento del contrato, en lo que a esas causas concierne, se hace gala del imperativo previsto en el artículo 228 constitucional, que impone dar prevalencia a lo sustancial sobre lo formal.

Precisado lo anterior, procede la Sala a estudiar, primero, si se rompió o no el equilibrio económico del contrato que celebraron las partes para ser ejecutado en la Penitenciaría La Picota y, posteriormente, si el INPEC lo incumplió.

**2.3.1. El rompimiento del equilibrio económico del contrato**

Compusys Suministros Ltda. expresó en la demanda que el equilibrio económico del contrato se alteró, entre otras razones, porque las condiciones de horario y de demanda en las que inicialmente creyó que iba a prestar el servicio telefónico a los internos se alteraron en razón de las determinaciones que adoptó el INPEC en el sentido de reducir el tiempo para el funcionamiento de los espacios destinados para ello y de impedir, de diversas formas, que los reclusos pudieran acceder a ellos.

Según lo manifestó la propia demandante, debido al desequilibrio económico que se habría presentado en razón de las mencionadas circunstancias[[59]](#footnote-59), las cuales habrían generado una reducción considerable en la demanda del servicio y que no se generaran utilidades a favor de Compusys Suministros Ltda. por su prestación, el 5 de abril de 2002 las partes suscribieron el acta 1, a través de la cual, para “reparar en parte el desequilibrio contractual a esa fecha”, acordaron reducir el valor a pagar por la utilización de los espacios de la penitenciaria a $1.250.000 mensuales y, además, convinieron ampliar en 4 los espacios que se podían utilizar para la instalación de las cabinas o aparatos telefónicos para prestar el servicio en el pabellón de alta seguridad.

En efecto, en la demanda se expresó que “… en el acta [se refiera a la de modificación del contrato] constan claramente las razones por las cuales se rebaja el canon inicialmente pactado y que la entidad **para compensar las perdidas** (sic) por las decisiones del Director de la cárcel que estaban poniendo el contrato de arrendamiento en total desequilibrio económico decide otorgar 4 nuevos espacios para ser explotados por mi poderdante …”[[60]](#footnote-60).

Así las cosas, dado que, según el propio dicho de la demandante, a través del modificatorio 1 las partes acordaron los mecanismos para restablecer el equilibro económico del contrato que se habría visto alterado, entre otras razones[[61]](#footnote-61), por las determinaciones que habría adoptado el INPEC respecto del horario de funcionamiento del establecimiento carcelario y de las restricciones que se habrían impuesto a los reclusos para acceder al servicio, no es posible que aquélla reclame nuevamente el reconocimiento de los perjuicios que se habrían derivado en su contra sobre la base de dicha alteración, al menos no de los que se hubieren causado hasta el momento de la celebración de ese acuerdo, puesto que, conforme lo ha sostenido esta corporación, ello iría en contra de principio de la buena fe contractual.

Sin embargo, comoquiera que, según el relato de la parte actora, con posterioridad a la suscripción de ese acuerdo modificatorio los horarios para la prestación del servicio se redujeron nuevamente, se repitieron las restricciones a los internos para acceder al servicio en razón de que se tomó la determinación de no permitir que salieran a realizar sus llamadas, se prohibió la entrada de dinero al penal y, además, se autorizó el ingreso de otras compañías para que prestaran el mismo servicio, la Sala procede a estudiar si, después de que las partes llegaron a un acuerdo para equilibrar el sinalagma contractual, éste volvió a alterarse en razón de los hechos que acaban de referenciarse.

En cuanto a la reducción de los horarios en los que podían funcionar los espacios dispuestos para la prestación del servicio de telefonía a los reclusos y las restricciones que habrían sido impuestas a los internos para acceder a los servicios que en él se prestaban, el señor Robert de Jesús Murcia, quien dijo tener conocimiento de los hechos por haberse desempeñado como administrador del negocio, manifestó que (se transcribe como obra en el documento):

“… el desarrollo de las operaciones fluctuaba de acuerdo con las políticas y directrices de cada director que en su momento llegaba, de igual manera con las políticas o la filosofía del comandante de vigilancia o de los guardias que en algunas oportunidades permitían que los internos realizaran llamadas por este medio y en otras oportunidades no lo permitían. En una oportunidad un director llegó a cambiar muchas normas al interior de la cárcel dentro de las cuales se encontraba una que no permitía a los internos realizar llamadas en determinados horarios y restringiendo notablemente la demanda de nuestro servicio …”[[62]](#footnote-62).

Igualmente, manifestó que sabía que “se acordó con el Director de la época encargado que el servicio en la Cárcel La Picota de Bogotá se haría de 8 de la mañana a 8 de la noche en jornada continua de lunes a domingo (sic) no obstante (sic) es de aclarar que esto nunca fue así y menos cuando llegaron los siguientes directores que en ocasiones no dejaban abrir el local en algunos días esporádicamente y de forma determinada y definitiva los días domingos …”[[63]](#footnote-63) y, además, señaló que las medidas que adoptó el INPEC para restringir la prestación del servicio telefónico en el penal consistieron en (se transcribe como obra en el documento):

“la cerrada del local en diferentes momentos del día para que los internos no entraran al local a llamar como por ejemplo cuando iban a recibir sus alimentos, período en el cual se observaba una buena demanda o movimiento el servicio, otro consistía en no permitir la salida de los internos del interior de sus patios de forma organizada o desorganizada para realizar las llamadas telefónicas en el local referenciado. Otra medida consistía en restringir los horarios en un principio era de 8 AM a ( PM de lunes a domingo, después se redujo a las 4PM de lunes a viernes, sábados medio día y el domingo no dejaban abrir, o sencillamente habían días que se ordenaba cerrar el local hasta nueva orden y transcurría gran parte del día sin que se pudiera atender”[[64]](#footnote-64).

A partir de este relato es posible establecer que, efectivamente, la prestación del servicio de llamadas telefónicas para los internos se vio limitado en razón de las decisiones adoptadas por las autoridades del penal; sin embargo, esta situación, per se, no da lugar a que se declare el rompimiento del equilibrio económico del contrato, puesto que, para que ello proceda, la parte demandante debe acreditar también que estas circunstancias fueron absolutamente imprevisibles o que, siendo previsibles, sus efectos no lo eran y, además, que las implicaciones económicas que representaron fueron de tal magnitud que tuvieron la virtualidad de alterar gravemente el sinalagma previsto al momento de la celebración del contrato.

En cuanto a lo primero, la Sala considera que, por el lugar en el que iba a prestarse el servicio y por sus destinatarios, era absolutamente previsible que la prestación del servicio se viera limitada en razón de las determinaciones que el INPEC tomara para preservar la seguridad en el establecimiento penitenciario. No en vano en el contrato se estipuló, como obligación a cargo de Compusys Suministros Ltda., la de cumplir con el reglamento interno de La Picota, el cual, según el acuerdo 11 de 1995[[65]](#footnote-65), por medio del cual se expidió el reglamento general al cual se debían sujetar los reglamentos internos de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, regulaba, entre otros aspectos, lo relacionado con los horarios de las actividades de los internos (art. 18), el manejo de su dinero (art. 19), el horario, la modalidad y la duración de sus comunicaciones telefónicas (art. 25), el reglamento disciplinario para los reclusos (capítulo VIII) y, dentro de él, entre otros, los medios de coerción y aislamiento y también regula lo relacionado con la seguridad y defensa penitenciaria y carcelaria (título VI).

Adicionalmente, el señor William Gacharná Castro, quien dijo tener conocimiento de los hechos por haberse desempeñado como Director de la Penitenciaría La Picota entre 2001 y 2002, manifestó que a Compusys Suministros Ltda., antes de la celebración del contrato, se le permitió hacer un reconocimiento físico de las instalaciones y del área en la que funcionaría su servicio, con el fin de que conociera “las vicisitudes de la cárcel, los horarios en que (sic) los internos se les permite el ejercicio de ciertas actividades, los procedimientos que debe hacer el cuerpo de custodia como (sic) afectan esas rutinas, la misma conducta de los internos ‘motines, riñas, manifestaciones de desobediencia pacífica, peleas entre internos’, casos en los cuales la administración está facultada para suspender las comunicaciones por razones de seguridad (sic) entonces fuera de todos estos aspectos que le dimos a conocer a ellos para que hicieran su estudio de mercado y nos ofrecieran el canon de arrendamiento eran conocidos por ellos …”[[66]](#footnote-66).

Además, la parte actora no probó que las medidas adoptadas por el INPEC respecto del funcionamiento del establecimiento carcelario hubieran sido caprichosas y, menos aún, que hubieran sido de tal magnitud que hubieran superado toda previsibilidad posible, tampoco que éstas hubieran tenido la virtualidad de alterar las condiciones económicas consideradas al momento de la celebración del contrato, puesto que no obra en el expediente prueba alguna que permita establecer, al menos con algún grado de aproximación, la dimensión de la afectación que tales restricciones pudieron haber causado respecto de las proyecciones de Compusys Suministros Ltda. en relación con el número de llamadas que esperaba que se realizaran en un tiempo determinado y las que efectivamente se realizaron y tampoco obran registros contables que permitan inferir tal información.

En lo que respecta a la autorización del INPEC para que otras personas (naturales o jurídicas) prestaran el mismo servicio en el centro penitenciario que se viene mencionando, el señor Robert de Jesús Murcia declaró (se transcribe como obra):

“… al momento de iniciar operaciones no había ningún operador oficial desarrollando este tipo de actividad y con las nuevas políticas que se implementaron un tiempo después de iniciado el contrato se permitió el ingreso de empresas de telefonía pública como telepsa y si mal no recuerdo ETB para que prestaran el servicio por medio del sistema de tarjetas sin que para el efecto se pagara algún canon de arrendamiento al igual que nosotros lo hacíamos, el número exacto de teléfonos públicos no lo se ya que estos se encontraban localizados al interior de cada uno de los patios …”[[67]](#footnote-67).

El dicho del testigo no es suficiente para tener por acreditado que el INPEC hubiera autorizado que, durante la ejecución del contrato que celebró con Compusys Suministros Ltda., otros operadores ingresaran a la Penitenciaría La Picota a prestar el servicio telefónico, puesto que, según lo certificó el Director del centro carcelario, el operador de telefonía para 2001 fue solamente Compusys Suministros Ltda. y posteriormente, en 2004, esto es, después de que se terminara el contrato con dicha sociedad (lo cual ocurrió el 18 de diciembre de 2003 – folio 55 del cuaderno 2) lo fue Comunicar S.A., a lo cual agregó que en 2005 el servicio lo prestó Colvatel y en 2007 Prepacol Ltda[[68]](#footnote-68).

En todo caso, si se considerara que la versión rendida por el señor Murcia es suficiente para tener por probada la afirmación de la parte actora en el sentido de señalar que, durante la ejecución de su contrato, el INPEC autorizó a otros operadores para que prestaran el servicio telefónico a los reclusos de la Penitenciaría La Picota, lo cierto es que esta sola circunstancia tampoco es suficiente para tener por demostrada la alteración de las condiciones económicas del contrato de Compusys Suministros Ltda., pues no obra prueba en el expediente que permita acreditar el impacto que ello pudo haber causado en ese contrato ni su magnitud.

Finalmente, según lo afirmó la parte demandante, otra de las razones por las que se habría roto el equilibrio económico del contrato sería la determinación del INPEC de prohibir la entrada de dinero al centro penitenciario, hecho que no puede ser considerado como causante de la alteración de las condiciones económicas pactadas al inicio de la relación contractual, puesto que de esta limitación debió conocer la demandante desde el momento mismo de la celebración de aquél, ya que dicha prohibición estaba consagrada desde hacía más de 7 años en el artículo 89 de la ley 65 de 1993, así como en el artículo 19 del ya mencionado acuerdo 11 de 1995.

Así las cosas, como la parte actora no probó que el equilibrio económico del contrato se rompió en razón de la ocurrencia de las mencionadas circunstancias, debe concluirse, como lo hizo el tribunal, que las pretensiones de la demanda, en lo que a estas causas concierne, no están llamadas a prosperar.

 **2.3.2. El incumplimiento del contrato**

Según la demanda, el INPEC incumplió el contrato, porque no reembolsó el valor de los bonos que le fueron entregados para que los internos realizaran llamadas telefónicas y, además, porque no entregó cuatro de los espacios que se comprometió a entregar para que también en ellos se prestara el servicio del que se viene hablando.

La Sala considera que, al margen de que al INPEC le correspondiera o no asumir el pago de dichos bonos, la pretensión de incumplimiento que se sustenta en ese supuesto no está llamada a prosperar, puesto que no hay prueba de la prestación del servicio cuyo pago se habría respaldado con ellos.

Al respecto, se tiene que, además de que no fue posible establecer con la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (que, según el dicho del señor Robert de Jesús Murcia[[69]](#footnote-69), era el operador de telefonía a través del cual prestaba sus servicios Compusys Suministros Ltda.) la facturación correspondiente a las líneas de teléfonos que habrían sido dispuestas para funcionar desde la Penitenciaría La Picota[[70]](#footnote-70), ni los pagos que por su utilización habría realizado la sociedad demandante, ésta tampoco demostró que dichos bonos hubieran sido utilizados como medio de pago de alguna llamada telefónica, pues no hay prueba de que los hubiera recibido a cambio de la prestación del servicio.

Además, debe mencionarse que las comunicaciones que obran a folios 32 a 45 del cuaderno de pruebas 2 no demuestran que los bonos que se relacionan en ellas hubieran sido utilizados como medio de pago por la prestación del servicio telefónico, puesto que, en las del 4 de julio y del 10 de noviembre de 2003, Compusys Suministros Ltda. manifiesta que entrega al INPEC unos bonos para que sean “distribuidos” o “vendidos” a los internos para acceder al servicio telefónico y, si bien en la del 3 de octubre de 2003 expresa que remite 840 bonos para “su correspondiente reembolso” y anexa a ella un documento que los relaciona, lo cierto es que no existe ninguna información en el proceso que dé cuenta de que éstos hubieran sido efectivamente utilizados, pues en el expediente no obra ningún registro de las llamadas que habrían sido canceladas con ellos, ni tampoco información contable alguna, ni de ningún otro tipo, que soporte que ello hubiera sido así.

Por tanto, al no existir prueba que demuestre que lo bonos a los que se refiere la parte demandante hubieren sido efectivamente utilizados como contraprestación por el servicio de telefonía a los internos de la Penitenciaría La Picota, las cuentas de cobro que remitió la sociedad con base ellos no pueden ser consideradas como pruebas suficientes para tener por acreditado el incumplimiento que se atribuye al INPEC por no haber procedido al reembolso del valor que correspondía a cada uno de ellos.

En lo que respecta a la falta de entrega de unos de los espacios en los que podía ejecutarse el contrato, la Sala encuentra acreditado que, a través del acta modificatoria 1, suscrita entre las partes el 5 de abril de 2002, se acordó ampliar el contrato a 4 espacios más; sin embargo, según lo dicho en la demanda, corroborado por el testigo Robert de Jesús Murcia[[71]](#footnote-71) y no refutado por el demandado, éstos nuca fueron entregados a Compusys Suministros Ltda.

Pese a lo anterior, tampoco es posible declarar el incumplimiento del contrato por esta razón, puesto que, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia que esta corporación ha sentado con base en lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil, para que esta pretensión prospere es requisito ineludible que la parte que la formula no haya incumplido sus propias obligaciones y, en este caso, según consta en oficio del 18 de diciembre de 2003[[72]](#footnote-72), el INPEC dio por terminado el contrato con fundamento en el incumplimiento en el que habría incurrido la demandante respecto del pago del valor correspondiente al uso de los espacios que le fueron entregados para la prestación del servicio telefónico a los internos de la penitenciaria, por la falta de pago de la compensación al interno y por la omisión de actualizar la póliza de cumplimiento, decisión que, valga precisar, no fue atacada por Compusys Suministros Ltda., pues ninguna pretensión se instauró en su contra, además de que, por las razones que se expresaron en esta providencia, la demandante no demostró que el INPEC la hubiere puesto en imposibilidad de cumplir sus deberes.

Por consiguiente, tampoco están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda concernientes al incumplimiento del contrato.

**3. Costas.**

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

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

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia proferida el 25 de mayo de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

 **MARÍA ADRIANA MARÍN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Reverso folio 20, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 2 y 3 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 3 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ídem. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 4 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 2 a 20 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 23 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 26 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Reverso folio 23 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 32 a 37 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. Reverso folio 164 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 159 a 166 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 168 a 173del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 180 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 182 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 197 a 202 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 184 a 196 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 203 a 213 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-18)
19. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, la competencia se determina según la norma vigente al momento de la presentación de la demanda. [↑](#footnote-ref-19)
20. El salario mínimo legal mensual vigente en 2005 era de $381.500. [↑](#footnote-ref-20)
21. Art. 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”. [↑](#footnote-ref-21)
22. Decreto 1242 de 1993: “ARTÍCULO 2° NATURALEZA. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Justicia, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente que se organiza conforme a las disposiciones establecidas en el Decreto 2160 de 1992”. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 1 de cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-23)
24. El artículo 60 de la ley 80 de 1993 dispone que, entre otros, los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo serán objeto de liquidación. [↑](#footnote-ref-24)
25. Reverso del folio 244 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folio 241 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-26)
27. A folios 214 a 348 del cuaderno 2 obra copia del expediente 20010106401, correspondiente al proceso de restitución de inmueble arrendado que el INPEC adelantó en contra de Rivera Téllez y Cía. Ltda. respecto de unos espacios arrendados en la cárcel La Modelo, el cual, según el material probatorio allegado, a 16 de julio de 2009 aún se encontraba en etapa de pruebas; asimismo, a folio 181 del mismo cuaderno reposa el oficio 114-ECBOG-DIR del 8 de noviembre de 2007, por medio del cual el INPEC hizo constar que, desde el 2000 y hasta la fecha del documento el servicio de telefonía en la cárcel La Modelo lo venía prestando Rivera Téllez & Cía. Ltda. [↑](#footnote-ref-27)
28. El 16 de julio de 2009,el Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá expidió constancia de que las piezas procesales que remitió a este proceso eran las que obraban en el expediente de restitución de inmueble arrendado que adelantó el INPEC en contra de Rivera Téllez & Cía. Ltda. de ellas surge que, a esa fecha, el proceso se encontraba en etapa probatoria (reverso folio 348 cuaderno 2). [↑](#footnote-ref-28)
29. Así surge del oficio 114-ECBOG-DIR del 8 de noviembre de 2007 (folio 181 del cuaderno 2). [↑](#footnote-ref-29)
30. Folios 27 a 30 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folios 4 y 13 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-31)
32. Se precisa que se trataba de un “contrato de arrendamiento” sobre unos espacios de la cárcel La Modelo que sólo podían ser “destinados para la ubicación de cabinas o aparatos de teléfonos, con sus respectivas líneas telefónicas (30), por cuenta del arrendatario para el servicio de llamadas para los internos …” (ver parágrafo primero de la cláusula primera del contrato de arrendamiento celebrado el 30 de noviembre de 2001, folio 1 del cuaderno 2). [↑](#footnote-ref-32)
33. Código Civil: “ARTICULO 1551. <DEFINICION DE PLAZO>. El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo”. [↑](#footnote-ref-33)
34. Ley 80 de 1993 (texto vigente a la fecha de perfeccionamiento del contrato): “ARTÍCULO 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

“Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto”. [↑](#footnote-ref-34)
35. No hay prueba en el proceso de que la entidad hubiera aprobado o no la garantía de cumplimiento que el contratista constituyó respecto del contrato de arrendamiento que se celebró para ser ejecutado en las instalaciones de la cárcel La Modelo. [↑](#footnote-ref-35)
36. Así lo ha sostenido esta corporación, con base en lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-36)
37. Folios 5 a 8 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-37)
38. La solicitud de conciliación prejudicial se presentó el 3 de octubre de 2005 (folio 70 del cuaderno 2) y la demanda el 29 de noviembre de esa misma anualidad (reverso folio 20 del cuaderno 1). [↑](#footnote-ref-38)
39. El artículo 60 de la ley 80 de 1993 dispone que, entre otros, los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo, serán objeto de liquidación. [↑](#footnote-ref-39)
40. Folio 10 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-40)
41. Folio 16 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-41)
42. Así surge de lo manifestado por la parte actora en el hecho 19 de la demanda y del oficio suscrito por el Director de la Penitenciaría La Picota que obra a folio 55 del cuaderno 2 y según el cual, debido a los incumplimientos en los que había incurrido Compusys Suministros Ltda, se tomó la decisión de terminar el contrato. [↑](#footnote-ref-42)
43. Ese artículo (en el texto vigente para el momento de la celebración del contrato) disponía un plazo de 4 meses para liquidar el contrato de manera bilateral. [↑](#footnote-ref-43)
44. El artículo 60 de la ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, excepto en la parte que señala: “Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación”. [↑](#footnote-ref-44)
45. Folio 11 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-45)
46. Ídem. [↑](#footnote-ref-46)
47. Ídem. [↑](#footnote-ref-47)
48. Folio 12 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-48)
49. Folio 11 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-49)
50. Ídem. [↑](#footnote-ref-50)
51. Folio 12 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-51)
52. Folio 11 de cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-52)
53. Ídem. [↑](#footnote-ref-53)
54. Ídem. [↑](#footnote-ref-54)
55. Folio 5 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-55)
56. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 20.524. [↑](#footnote-ref-56)
57. Folio 6 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-57)
58. Folio 5 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-58)
59. Folio 5 de la demanda. [↑](#footnote-ref-59)
60. Folio 6 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-60)
61. En el “acta modificatoria no. 1”, las partes expresaron que, al momento de su suscripción, existían situaciones que no se tuvieron en cuenta al momento de la celebración del contrato, las cuales no eran imputables a ninguna de las partes, “como es el hecho cierto que para la determinación del canon de arrendamiento se tomó como parámetro el valor del canon de un contrato con igual objeto que se venía ejecutando en la Cárcel Distrito Judicial La Modelo de esta ciudad, sin tener en consideración que son dos establecimientos totalmente distintos” (folio 14 del cuaderno 2). [↑](#footnote-ref-61)
62. Reverso folio 175 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-62)
63. Folio 176 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-63)
64. Reverso folio 176 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-64)
65. Vigente para el momento en el que se celebró el contrato (Tomado de <http://www.inpec.gov.co/institucion/normativa/acuerdos>). [↑](#footnote-ref-65)
66. Reverso folio 178 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-66)
67. Reverso folio 176 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-67)
68. Folio 349 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-68)
69. Reverso folio 176 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-69)
70. Folio 115 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-70)
71. Reverso folio 175 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-71)
72. Folio 55 de cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-72)