**RECURSO DE APELACIÓN - Objeto - límites**

Para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los aspectos que no fueron objeto de análisis en el escrito de sustentación están excluidos del debate sustancial, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 357 del C. de P.C. (vigente para la época en que fue presentada la demanda y el recurso de apelación) (…) La Sala se limitará a decidir la materia apelada y no efectuará consideración alguna en relación con los puntos que no fueron objeto de censura, respecto de la sentencia de primer grado.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Acción de controversias contractuales - Término – Cómputo**

La demanda fue promovida dentro del término que el ordenamiento jurídico contempla para su ejercicio oportuno. En efecto, en este caso las pretensiones principales están orientadas a obtener la declaración de nulidad de varios actos administrativos proferidos con ocasión del contrato estatal, es decir, de aquellos que la jurisprudencia ha denominado inseparables del contrato, porque su existencia pende del contrato mismo. Por ende, la acción adecuada para analizar las pretensiones es la de controversias contractuales, consagrada en el artículo 87 del C.C.A. (subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998), cuyo término de caducidad es de dos (2) años que, en este caso, se deben contar a partir de la ejecutoria del acto administrativo que adoptó la liquidación unilateral del contrato. El acto acabado de citar quedó en firme el 28 de julio de 2005, (…) donde se sigue que la acción fue promovida oportunamente.

**CADUCIDAD DEL CONTRATO - Noción - Competencia para declararla - Causales - Normativa**

La caducidad administrativa, en estricto rigor conceptual, constituye un modo anormal de terminación del contrato estatal, que debe ser declarada por la entidad pública en los eventos contemplados en el ordenamiento jurídico y que conlleva consecuencias jurídicas sancionatorias para el contratista. El citado artículo 18 de la Ley 80 define la caducidad como una estipulación “… en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización …” la administración puede darlo por terminado, mediante acto administrativo motivado, caso en el cual debe ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre.(…) el artículo 5 (numeral 5, inciso segundo) de la misma Ley 80 de 1993 dispone que los contratistas no accederán a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho. Cuando se presenten tales peticiones o amenazas, los contratistas deberán informar inmediatamente de su ocurrencia a la entidad contratante y a las demás autoridades competentes, para que ellas adopten las medidas y correctivos que fueren necesarios. (…) el artículo 61 de la Ley 610 de 2000 dispone que, “Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado”. En este caso, la caducidad obedece a causas exógenas a las obligaciones del contrato. (…) En los contratos de concesión de minas, el artículo 112 de la Ley 685 de 2001 contempló taxativamente las causales que dan lugar a la declaración de caducidad, de las cuales solo una tiene relación con el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones contractuales, pues las demás guardan relación con el incumplimiento de obligaciones legales, regulaciones técnicas y otras situaciones vinculadas indirectamente al contrato. (…) El supuesto general contemplado en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 no es el único que puede dar lugar a la declaración de caducidad del contrato, de modo que tal medida no sólo es procedente frente al incumplimiento de las obligaciones principales a cargo del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y que evidencie que puede conducir a su paralización, sino que también lo es por el incumplimiento de obligaciones legales y situaciones “exógenas” al contrato, en los casos previstos por el ordenamiento jurídico (…) Resulta importante resaltar que el hecho de que existieran obligaciones pendientes por cumplir a la fecha de liquidación del contrato implicaba que el contratista estuviera incurso en incumplimiento; por ende, mientras no fueran satisfechas en su totalidad no se podía predicar la solución de las obligaciones como modo de extinción del vínculo jurídico y, por lo mismo, la entidad podía dar por terminada la relación contractual, a través de la declaración de caducidad, cosa que el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 permitía hacer hasta la liquidación del contrato, cuando el incumplimiento de las obligaciones persistiera por cuatro (4) meses o más, entre otras razones, porque ese incumplimiento sólo se puede establecer, precisamente, al momento de proceder a la liquidación.

**MULTAS - Debido proceso - Imposición de multas - Caducidad del contrato**

La apelante cuestiona, además, que la entidad pública demandada vulneró el debido proceso, porque no le impuso multas antes de declarar la caducidad administrativa del contrato. En sentir de la Sala, no constituye una irregularidad en la expedición del acto administrativo de caducidad la falta de imposición de multas previas a la adopción de la medida tendiente a poner fin al contrato, pues la legislación vigente no contemplaba y no contempla tal medida como parte del procedimiento tendiente a declarar la caducidad del contrato.

**INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Noción - Obligación recíproca - Contrato bilateral**

El incumplimiento se produce cuando el comportamiento del obligado no se ajusta a lo debido o a lo que implica la obligación a su cargo, dicho de otra manera, es el comportamiento opuesto a aquel en que se concreta el cumplimiento, bien sea por falta de ejecución, ejecución inexacta (defectuosa) o ejecución tardía de la prestación (art. 1613 del C.C.), todo lo cual supone un obrar contrario a derecho por la trasgresión de las obligaciones pactadas en el contrato válido, el cual constituye ley para las partes (art. 1602 del C.C.). En este caso -reitera la Sala-, a través del contrato 103 de 2003 la contratista se obligó a pagar los salarios y a realizar los aportes legales al sistema de seguridad social integral en salud y pensiones y los aportes parafiscales del personal vinculado a la ejecución del objeto contractual, de modo que tales obligaciones hacían parte integral del citado contrato y su desconocimiento se traducía en un actuar contrario a derecho, constitutivo de incumplimiento contractual dentro de la noción antes destacada. En ese sentido, la parte incumplida no podía exigir el cumplimiento de las obligaciones a cargo de su co-contratante, porque debe recordarse que en los contratos bilaterales, es decir, aquellos en los cuales las partes tienen a su cargo obligaciones recíprocas e interdependientes (…) ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla, por su parte, o no se allane a cumplirlos en la forma y tiempo debidos.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 73001-23-31-000-2005-03132-01 (34024)**

**Actor: IMPULSEMOS E.A.T.**

**Demandado: MUNICIPIO DE IBAGUÉ**

**Referencia: CONTROVERSIA CONTRACTUAL**

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 26 de marzo de 2007 por el Tribunal Administrativo del Tolima, cuya parte resolutiva dispuso:

“PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda

“SEGUNDO: Declarase (sic) Inhibido (sic) para pronunciarse respecto de las pretensiones subsidiarias, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia” (fl. 856, C. Consejo).

### **I. ANTECEDENTES**

**1.- La demanda.-**

Mediante escrito radicado el 9 de diciembre de 2005 en el Tribunal Administrativo del Tolima, Impulsemos Empresa Asociativa de Trabajo, actuando por conducto de apoderado, formuló demanda, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, contra el municipio de Ibagué, con el fin de obtener, de manera principal, que se declare que: (i) dicho municipio incumplió el contrato 0103 del 21 de octubre de 2003, que celebró con la parte actora y (ii) no existían fundamentos jurídicos válidos para que el municipio de Ibagué declarara que la demandante había incumplido el citado contrato.

En consecuencia, solicitó que: (i) se declare nula la Resolución 1073 del 3 de diciembre de 2004, *“Por medio de la cual se declara la caducidad administrativa de un contrato”* (fl. 429, C. 1), (ii) se declare nula la Resolución 0058 del 23 de febrero de 2005, mediante la cual confirmó el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, (iii) se declare nula la Resolución 0094 del 18 de marzo de 2005, mediante la cual *“… se adopta la liquidación unilateral de un contrato”* (ibídem), (iv) se declare nula la Resolución 0206 del 14 de junio de 2005, mediante la cual se resolvió el recurso interpuesto contra el acto administrativo que adoptó la mencionada liquidación unilateral, (v) se condene al demandado a *“… indemnizar plenamente a LA EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO IMPULSEMOS E.A.T.E.A.T., (sic) los perjuicios de toda naturaleza resultantes (…) de la declaratoria de caducidad del contrato 103 del 21 de octubre de 2003 (…) y demás decisiones contenidas en las resoluciones antes mencionadas, incluyendo (sic) sin limitarse a ello, tanto el daño emergente como el lucro cesante, los cuales ascienden aproximadamente a la suma de $$257.014.326,00 (sic), junto con la actualización monetaria de tales perjuicios y los intereses a los que en derecho haya lugar”* (fl. 429, C. 1).

En forma subsidiaria, solicitó que: (i) se declare que el contrato 103 del 21 de octubre de 2003 *“… se desequilibró económicamente (sic) por causas imputables a la entidad demandada y de (sic) otros factores y que debe restablecerse la actuación compensando al contratista el perjuicio sufrido”* (fl. 430, C. 1) y (ii) el municipio de Ibagué sea condenado a pagar a la demandante los perjuicios de orden moral y material que le ocasionó, por los hechos narrados en la demanda (ibídem).

**2.- Hechos.-**

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se pueden compendiar así:

**2.1.-** El municipio de Ibagué suscribió un convenio de cooperación con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, por solicitud del Departamento Nacional de Planeación –DNP-, con el objeto de fijar los términos y condiciones bajo las cuales ese municipio se comprometería a realizar las acciones necesarias para implementar allí el nuevo Sisbén, de conformidad con *“… las condiciones y directrices señaladas en los manuales, el procedimiento y control de calidad de la información y la ficha diseñados por el DNP. En dicho convenio (sic) el programa de las Naciones Unidas para el desarrollo realizará un aporte de $276’383.940,00 pesos y el Municipio de Ibagué de $33’000.000,00 para alcanzar la suma de $309’383.940,00 …”* (fl. 430, C. 1).

**2.2.-** El municipio de Ibagué adelantó el proceso de contratación, mediante la apertura del concurso público de méritos 001-2003, cuyo objeto era la aplicación del instrumento de clasificación socioeconómica SISBEN en el municipio de Ibagué -área urbana y área rural-.

**2.3.-** El citado concurso de méritos fue declarado desierto mediante Resolución 449 del 4 de agosto de 2003 y, ante la necesidad de la contratación, el municipio adelantó una contratación directa, conforme lo ordenaba el artículo 16 del Decreto 2170 de 2002.

A la convocatoria directa se presentó, entre otras empresas, Impulsemos E.A.T.

Previa recomendación del comité evaluador, mediante Resolución 501 del 27 de agosto 2003, la Secretaría Administrativa de Ibagué (ordenadora del gasto) adjudicó a la Empresa Asociativa de Trabajo Impulsemos E.A.T. el contrato cuyo objeto era *"LA APLICACIÓN DEL INSTRUMENTO DE CLASIFICACIÓN SOCIOECONÓMICA SISBEN EN EL MUNICIPIO, ÁREA URBANA Y ÁREA RURAL DEL MUNICIPIO DE IBAGUÉ”* (fl. 431, C.1), por ofrecer una propuesta económicamente favorable para la entidad y por contar, además, con la experiencia requerida para la correcta ejecución del contrato.

**2.4.-** Una vez notificado el acto de adjudicación, la minuta del contrato fue entregada al representante legal de Impulsemos E.A.T., para que procediera a la *“legalización”* (ibídem) del mismo; no obstante, se encontró frente a una exigencia de imposible cumplimiento, pues debía constituir una garantía que amparara el pago de salarios y prestaciones sociales por un monto equivalente al 70% del valor del contrato, pero ninguna compañía aseguradora amparaba el riesgo en un porcentaje tan alto. Lo anterior obligó a que el municipio reconsiderara la exigencia y permitiera que la garantía fuera constituida por un monto equivalente al 20% del valor del contrato.

**2.5.-** El 21 de octubre de 2003, fue firmado un *“otrosí”* (fl. 432, C. 1) al contrato 103 de ese año, con el fin de modificar la cláusula sexta, atinente al precio, pues la propuesta presentada por Impulsemos E.A.T., sobre la cual se adjudicó el contrato, alteraba el monto de los aportes de los partícipes del proyecto. Así, los aportes serían de $17’530.803.oo, por parte del municipio de Ibagué y $276’383.940.oo por el PNUD, para un total de $293’914.743.oo, valor éste por el cual fue firmado el contrato.

**2.6.-** El 20 de noviembre de 2003, el entonces Director de Proyectos de la Oficina de Planeación Municipal envió una comunicación a la Coordinadora Administrativa y Financiera del Departamento Nacional de Planeación, para solicitarle que ampliara el plazo del convenio suscrito con el municipio, pues el inicio de las labores se había retrasado debido a la exigencia de una garantía que no expedía ninguna de las compañías aseguradoras establecidas en Colombia y, el 29 de diciembre del mismo año, la contratista envió una solicitud al municipio de Ibagué, para que le restableciera el equilibrio económico del contrato 103 de 2003, que se había alterado por la circunstancia antes anotada.

**2.7.-** Durante febrero y marzo de 2004, el contratista realizó algunas labores de sensibilización a la población y, el 13 de abril del mismo año, se dio inicio a la ejecución del contrato en cita.

Añadió la demandante que el 7 y el 12 de abril de 2004 el municipio de Ibagué realizó el desembolso del anticipo, equivalente al 30% del valor inicial del contrato.

**2.8.-** El inicio de las actividades del contrato contó con la participación de 123 personas, entre ellas un director, dos coordinadores de trabajo de campo, trece supervisores, nueve verificadores, setenta y ocho encuestadores, dieciocho digitadores y dos coordinadores de digitación. Todo el personal fue suministrado por Impulsemos E.A.T.

Asimismo, Impulsemos E.A.T. puso a disposición del proyecto tres oficinas ubicadas en distintos barrios de la ciudad y varios equipos de cómputo para el procesamiento de la información recolectada en el operativo de campo.

**2.9.-** Mediante oficio del 19 de abril de 2004, el asesor de la Secretaría de Hacienda Municipal y el Supervisor Financiero solicitaron información relacionada con la ejecución del contrato, específicamente, los listados del personal operativo, aspectos de afiliación al sistema de seguridad social y soportes contractuales. En el escrito, precisaron que, *“por ley”* (fl. 437, C. 1), Impulsemos E.A.T. no podía contratar directamente el personal.

La contratista realizó actividades, sin interrupciones, desde el 13 de abril hasta el 30 de junio de 2004, en lo correspondiente a la aplicación de encuestas, es decir, al trabajo operativo o de campo; no obstante, la ejecución del contrato comprendía las áreas de coordinación del trabajo de campo, aplicación de encuestas, supervisión y verificación de la aplicación, digitación de las encuestas, coordinación del área de sistemas y dirección general del contrato.

En promedio, fueron 140 personas las que trabajaron en el proyecto.

**2.10.-** Mediante comunicación del 22 de abril de 2004, la Cooperativa Asociamos informó sobre el personal afiliado al sistema de Seguridad Social integral. El 18 de mayo siguiente, Impulsemos E.A.T. realizó el primer pago al personal vinculado que realizaba actividades en los diferentes frentes de trabajo. El período de pago comprendió las actividades realizadas entre el 13 de abril y el 18 de mayo de 2004, por un valor total de $73’000.000.oo, aproximadamente.

**2.11.-** Con el mencionado pago, el Departamento Nacional de Planeación autorizó girarle al municipio Ibagué el segundo desembolso del convenio de cooperación suscrito con el PNUD por $82’915.182.oo, el cual fue aprobado el 1º de julio de 2004.

**2.12.-** El 6 de julio de 2004, la contratista presentó una factura por $176’348.846.oo, valor del cual se descontaría el equivalente al anticipo desembolsado en abril de 2004 por $88’174.423.oo

**2.13.-** Pese a lo anterior, el 3 de mayo de 2004, el asesor de la Secretaría de Hacienda del municipio y el supervisor financiero del contrato solicitaron información relacionada con los estatutos de la empresa contratista y una serie de documentos sobre la organización de esta última; asimismo, advirtieron sobre el tratamiento que debía recibir el personal vinculado para la ejecución del objeto contractual, en relación con los pagos y los aportes al sistema general de seguridad social integral, entre otros temas.

Dicha comunicación fue contestada el 14 de mayo de 2004 por Impulsemos E.A.T., de conformidad con los parámetros legales y, en ella, también se sugirió realizar una reunión para aclarar algunos aspectos relacionados con el contrato.

**2.14.-** El 17 de junio de 2004, Impulsemos E.A.T. nuevamente respondió algunas inquietudes formuladas por el supervisor financiero del contrato, respecto del pago de aportes al sistema de seguridad social integral de personas vinculadas a la ejecución del objeto contractual.

**2.15.-** El 30 de junio de 2004, se dio por terminado el operativo de campo; en total, fueron 77 días de trabajo en terreno. Del 1º al 27 de julio, el equipo comenzó a ordenar las carpetas de las encuestas realizadas, conforme a la clasificación del sector, de la zona y de la ruta. A la entidad contratante se entregaron foliadas y numeradas, 70.457 fichas, de las cuales 62.526 correspondieron al sector urbano y 7.931 al sector rural.

Los resultados entregados por el contratista fueron avalados por el Director del Sisbén y por el delegado del Departamento Nacional de Planeación, órgano éste que ejercía la interventoría técnica y financiera del convenio celebrado con el PNUD.

**2.16.-** El 28 de julio de 2004, fue suscrita el acta de entrega final del objeto del contrato y, el 30 de los mismos mes y año, se envió una comunicación al Director del Sisbén, en la que se informaba el resultado final del objeto contractual, pese a lo cual, a la fecha de esta última únicamente la entidad contratante había pagado al contratista el 30% del valor total del contrato.

**2.17.-** Posteriormente, se empezó a gestar un ambiente de inconformidad por parte del personal vinculado al desarrollo de las actividades del Sisbén, debido a que, cumplidas éstas, la entidad contratante no realizaba el pago de lo adeudado.

Esa limitación de recursos impidió a Impulsemos E.A.T. efectuar los pagos al personal vinculado a la ejecución del contrato, al sistema de seguridad social integral, a los proveedores de bienes y servicios, etc., pues presupuestalmente se habían comprometido la totalidad de los costos y gastos por un total de $240’000.000.oo y el flujo de caja correspondía a $88’174.423.oo.

El problema se agudizó con la posición intransigente del supervisor financiero del contrato, quien solicitaba el cumplimiento de actuaciones, por parte de Impulsemos E.A.T., referidas al pago de valores al sistema de seguridad social integral, diferentes a los establecidos entre la contratista y el personal vinculado por ella, desconociendo así la naturaleza de las empresas asociativas de trabajo y sus obligaciones frente al sistema de seguridad social integral y, de paso, el contrato celebrado entre ésta y quienes, a destajo, ejecutaron labores propias del objeto contractual.

La posición del supervisor financiero impidió que el municipio pagara oportunamente el valor del contrato.

**2.18.-** Solo el 26 de agosto de 2004 el municipio de Ibagué pagó al contratista $64’662.232.oo; sin embargo, Impulsemos E.A.T. esperaba recibir $82’662.232.oo, pero, inexplicablemente, se aplicó un descuento de $18’000.000.oo sobre la factura, a pesar de que la empresa había informado al municipio el tratamiento tributario de las empresas asociativas de trabajo. A este respecto, la entidad contratante dijo que había formulado una consulta a la DIAN, para dilucidar cualquier interpretación equivocada en relación con lo manifestado por la contratista.

El concepto de la DIAN no fue conocido por la contratista, por lo cual tuvo que acudir a la acción de tutela para enterarse de su contenido.

En dicho concepto, la DIAN dijo que no se encontraban sometidos a la retención en la fuente, a título de impuesto de renta, los pagos o abonos en cuenta efectuados a favor de las empresas asociativas de trabajo, como contraprestación de los servicios de capacitación o asesoría prestados a otras empresas *“en contrato de obra”* (fl. 442, C. 1).

En el mismo concepto, la DIAN señaló cuándo es procedente hacer retenciones en la fuente, a título de renta, a dichas empresas y, según la demanda, Impulsemos E.A.T. no reunía los presupuestos para que fuera sujeto pasivo de la retención.

**2.19.-** El 31 de agosto de 2004, Impulsemos E.A.T. comenzó a realizar los pagos al personal vinculado al contrato 103 de 2003, pero, el 2 de septiembre siguiente, la EAT fue víctima de un atraco, en el que los ladrones se apoderaron de $15’000.000.oo y, por ello, la empresa tuvo que recurrir a créditos extrabancarios para sufragar las obligaciones pendientes.

**2.20.-** El 29 de septiembre de 2004, comenzó formalmente el proceso de liquidación bilateral del contrato y, para ello, las partes realizaron 5 reuniones; no obstante, el 24 de noviembre del mismo año se solicitó al Secretario de Planeación el aplazamiento de la reunión de liquidación debido a la posición intransigente del supervisor financiero del contrato, por lo cual Impulsemos E.A.T. permaneció a la espera.

**2.21.-** El 10 de diciembre de 2004, la Secretaría de Planeación comunicó a la contratista que, mediante Resolución 1073 del 3 de diciembre de 2005, la Secretaria Administrativa de la Alcaldía (ordenadora del gasto) había declarado la caducidad administrativa del contrato 103 de 2003. Pese a lo anterior, el 21 de diciembre de 2004 Impulsemos E.A.T. manifestó su intención de continuar con el proceso de liquidación bilateral del contrato.

El 13 de enero de 2005, la contratista interpuso recurso de reposición contra la resolución que declaró la caducidad del contrato.

El 17 de enero de 2005, *“… con recursos propios, IMPULSEMOS E.A.T. realiza un pago a la caja de compensación familiar Comfenalco sobre el subsidio familiar de los meses de abril y mayo de 2004 del personal del sisben, y le comunica esta situación a la administración municipal en (sic) fecha enero 17 de 2005”* (fl. 448, C. 1).

**2.22.-** Mediante Resolución 94 del 18 de marzo de 2005, el municipio de Ibagué adoptó la liquidación unilateral del contrato. Contra dicho acto, la contratista interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto desfavorablemente mediante Resolución 206 del 14 de junio de 2005.

**2.23.-** Añadió la demandante que,ante la difícil realidad financiera, agravada por la declaratoria de caducidad del contrato y ante una *“… segura avalancha de demandas laborales por parte del personal vinculado para el desarrollo de las actividades en el Sisben (140) (…) las únicas salidas legales eran declarar la quiebra de la empresa o acogernos a la Ley 550 de 1999 sobre reestructuración económica …”* (fl. 452, C. 1). La Junta Directiva de Impulsemos E.A.T. optó por esta última posibilidad.

Las circunstancias de tipo financiero que motivaron a Impulsemos E.A.T. a acogerse a un acuerdo de restructuración fueron: la mora en los pagos del contrato 103 del 21 de octubre 2003, los descuentos mal aplicados a la factura 0411 2004, el valor hurtado en septiembre de 2004, la pérdida patrimonial de la empresa, los pasivos a agosto de 2005, los gastos asumidos para acogerse a la Ley 550 de 1999, el daño a la imagen corporativa y de sus directivos, todo lo cual generó perjuicios que ascendieron a $257’014.326.oo

**2.24.-** Según la demandante, a la fecha de la demanda el municipio de Ibagué no ha pagado el saldo del 40% del valor del contrato (fls. 420 a 455, C. 1).

**3.- Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de violación.-**

La demandante citó como violados los artículos 2, 6, 29, 83, 90 y 124 de la Constitución Política, 863 del Código de Comercio, 3, 4 (numerales 8 y 9), 5 (numeral 1, inciso segundo), 14 (numeral 1), 18, 23, 25 (numerales 3, 5 y 12), 26, 27, 28, 29, 30, 32, 50, 59, 68 y 77 de la Ley 80 de 1993, 1602, 1603 y 1613 del Código Civil y 2, 3, 14, 28, 34, 35, 76 y 77 del Código Contencioso Administrativo.

Afirmó que el demandado, al declarar la caducidad del contrato, con fundamento en causales que no se materializaron, vulneró los postulados de imparcialidad y de buena fe y desconoció las finalidades del Estado, se extralimitó en el ejercicio de sus atribuciones e infringió el derecho al trabajo de la demandante.

Advirtió que la conducta omisiva de los funcionarios de la administración y del interventor los hace responsables por infracción del artículo 6 de la Constitución, pues la contratista requirió en múltiples ocasiones a la entidad pública, para solucionar la problemática que se presentó durante la ejecución del contrato y se pagaran las acreencias previo descuento de las sumas que, en su opinión, estaban a cargo del contratista, las cuales serían discutidas con posterioridad, pero la administración guardó silencio.

Por otra parte, sostuvo la demandante que la administración vulneró el debido proceso de la contratista.

Señaló que el Consejo de Estado ha dicho en varias oportunidades que la declaratoria de caducidad del contrato debe estar precedida del agotamiento del debido proceso, que se traduce en la posibilidad darle al contratista la oportunidad de expresar sus puntos de vista, de controvertir las pruebas aducidas por la administración y de aportar las pruebas que considere pertinentes para defenderse de los cargos y, en este caso, no ocurrió.

En opinión de la demandante, la administración debió dar aplicación a la fórmula dispuesta en la Ley 828 de 2003, para pagar los pendientes con el sistema general de seguridad social integral.

Además, en los considerandos del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato se presume la mala fe del contratista, lo cual desconoce el precepto constitucional del artículo 83 y el mandato del artículo 863 del Código de Comercio.

Afirmó que el municipio incumplió el contrato, pues, a pesar de que el contratista ejecutó el objeto de aquél, sólo pagó una parte del valor pactado.

Adicionalmente, la demandante afirmó que la administración actuó de manera arbitraria al desconocer la naturaleza jurídica de Impulsemos E.A.T. y descontar y girar a favor de la DIAN $18’000.000.oo, aproximadamente, por concepto de retención en la fuente, pese a que la misma contratista advirtió la improcedencia de dicho descuento.

Sostuvo que las Cooperativas de Trabajo Asociado sólo deben realizar aportes a las cajas de compensación y, por ende, están exentas de realizar aportes parafiscales (artículo 16, Decreto 468 de 1990) y las personas vinculadas a la ejecución del proyecto fueron contratadas por una de tales cooperativas.

Con todo, consideró que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 (modificado por la Ley 828 de 2003), la entidad pública había podido descontar de los saldos a favor del contratista lo correspondiente a los aportes al sistema, pero no podía dejar de pagar los demás valores adeudados al contratista.

Señaló que Asociamos C.T.A. celebró un acuerdo de pago con Comfenalco – Tolima, por la totalidad de los aportes correspondientes al personal vinculado por Impulsemos E.A.T., con ocasión del contrato celebrado con el municipio de Ibagué.

Por lo anterior, en opinión de la demandante, es procedente la *“… revocatoria directa* del *acto administrativo atacado”* (fl. 463, C. 1).

A lo anterior, añadió que la entidad demandada incumplió los mandatos de los artículos 3 , 4 y 5 de la Ley 80 de 1993, porque no garantizó que se mantuviera el equilibrio económico del contrato y, además, no garantizó al contratista la obtención de las utilidades propias de la ejecución del mismo.

Señaló que, en este caso, no se dieron los presupuestos contemplados por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, para declarar la caducidad del contrato, pues no se evidenció un incumplimiento grave y directo de las obligaciones a cargo de la contratista que afectara de manera grave y directa la ejecución del contrato y que pudiera conducir a su paralización. De hecho, la contratista cumplió con las obligaciones contractuales a su cargo.

Precisó que las Empresas Asociativas de Trabajo se rigen por la Ley 10 de 1991, por el Decreto Reglamentario 1100 de 1992 y por la Ley 454 de 1998, por lo cual los asociados tienen una típica relación comercial que en relación con los *“… aportes de carácter laboral no se rigen por las disposiciones del Código Sustantivo de Trabajo, sino por las Normas del Derecho Comercial”* (fl. 471, C. 1).

**4.- La actuación procesal.-**

Por auto del 19 de enero de 2006, el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda y ordenó la notificación personal de la providencia al Alcalde de Ibagué y al agente del Ministerio Público, dispuso la fijación en lista del negocio y reconoció personería al apoderado de la demandante (fl. 485, C. 1).

Mediante escrito del 22 de marzo de 2006, el apoderado de la parte actora corrigió la demanda, para precisar algunos hechos relacionados con los descuentos efectuados por el municipio, con los arrestos que sufrió el representante legal de Impulsemos E.A.T., por cuenta de las acciones de tutela impetradas por los trabajadores, y el proceso de reestructuración al que se sometió.

Amplió el concepto de violación, para señalar que la conducta de la entidad demandada vulneró los artículos 61 y 77 de la Ley 80 de 1993, pues, en su opinión, en la resolución a través de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto que adoptó la liquidación unilateral del contrato atribuyó una nueva carga económica al contratista (fls. 594 a 598, C. 1).

**4.1.- La contestación de la demanda.-**

Dentro del término de fijación en lista, el municipio de Ibagué, por conducto de apoderado, contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó algunos como ciertos, otros como parcialmente ciertos, negó unos y pidió la prueba de los demás (fls. 218 a 223, C. 1).

Como razones de la defensa, señaló que el incumplimiento del contratista consistió en sustraerse de la obligación de afiliar a los encuestadores al régimen contributivo del sistema de seguridad social integral y de pagar los porcentajes que le correspondían, tal como quedó estipulado en el contrato de prestación de servicios celebrado con el municipio.

Explicó que las cooperativas de trabajo asociado vinculan el trabajo de sus asociados, para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, en forma autogestionaria, de tal suerte que el aporte de los asociados es su trabajo y las compensaciones que reciben son las ganancias que reporta la cooperativa. La relación así planteada no está sujeta a la legislación laboral.

Sin embargo, cuando tales cooperativas vinculan trabajadores no asociados, esa relación se rige por el Código Sustantivo del Trabajo, de manera que no reciben compensación, sino un salario como retribución y, en tales casos, se deben realizar los aportes al sistema de seguridad social integral y los parafiscales, en la forma en que lo determine la ley. Esto último sucedió en el caso de los encuestadores y el personal vinculado a la ejecución del proyecto: se trataba de trabajadores (no asociados) que debían ser vinculados al sistema de seguridad social en salud y pensiones (en el régimen contributivo) y el empleador debía pagar los aportes parafiscales (Sena, ICBF y caja de compensación familiar).

Propuso como excepciones las que denominó: *“INEXISTENCIA DE ABUSO O DESVIACIÓN DE PODER”, “FALTA DE PRESUPUESTOS LEGALES PARA INCIAR LA ACCIÓN”* y *“AUSENCIA DE PERJUICIO CAUSADO”*(fls. 727 a 729, C. 1).

Solicitó la práctica de pruebas (fls. 702 a 733, C. 1).

Asimismo, la parte demandada se pronunció en relación con la corrección de la demanda; al respecto, negó algunos de los hechos y consideró irrelevantes los demás. Advirtió que el concepto de violación no hace cosa distinta que transcribir las normas que se dicen infringidas, por lo cual el cargo está indebidamente formulado (fls. 241 a 243, C. 1).

La parte actora se pronunció en relación con las excepciones formuladas, para oponerse a su prosperidad (fls. 744 a 749, C. 1).

**5.- Los alegatos de primera instancia.-**

**5.1.-** La parte demandante reiteró que Impulsemos E.A.T. cumplió el objeto del contrato, que el municipio incumplió su obligación de pago y que los actos acusados están viciados de falsa motivación, por interpretación equivocada de las normas que regulan a las Empresas Asociativas de Trabajo.

Por lo anterior, solicitó que se accediera a las súplicas de la demanda (fl. 784 a 807, C. 1).

**5.2.-** La parte demandada sostuvo que dentro del proceso quedó acreditado que se agotaron los procedimientos para declarar el *“incumplimiento”* (fl. 771, C. 1) de la contratista, la cual no logró acreditar el pago de los aportes parafiscales que se hallaban a su cargo.

Reiteró los planteamientos expuestos en la contestación de la demanda, atinentes al tratamiento jurídico de las cooperativas de trabajo asociado.

**6.-** El Ministerio Público guardó silencio.

**7.- La sentencia recurrida.-**

Mediante fallo del 26 de marzo de 2007, el Tribunal Administrativo del Tolima puso fin a la controversia, en primera instancia, en la forma consignada al inicio de esta providencia.

La sentencia, después de resumir los antecedentes más relevantes de la controversia y de consignar la relación de la prueba recaudada dentro del proceso, señaló que, en este caso, *“… puede concluirse (sic) sin lugar a dudas (sic) que existió incumplimiento por parte del contratista en el pago de las obligaciones laborales para con el personal vinculado para el mismo, y que en razón de tal incumplimiento se presentaron inconvenientes para el segundo desembolso”* (fl. 849, C. Consejo).

Para lo anterior, precisó que en el contrato 0103 de 2003 quedó consignado que el contratista estaba obligado a pagar las acreencias laborales y a efectuar el pago de los aportes al sistema de seguridad social y parafiscales (caja de compensación familiar, Sena e ICBF) y que el incumplimiento de tales *“… obligaciones no sólo haría acreedor al contratista de multas (sic) sino que la persistencia del incumplimiento por cuatro meses acarreará la declaratoria de caducidad del contrato …”* (fl. 850, C. Consejo).

Afirmó el a quo que dentro del proceso también quedó acreditado que, por el incumplimiento de las acreencias laborales, se generaron varias acciones de tutela en contra de la contratista y, además, precisó:

“Acreditado entonces, suficientemente el incumplimiento del contratista de sus obligaciones contractuales, no puede reclamar incumplimiento en el desembolso de sumas que no estaban sujetas al cumplimiento efectivo de sus obligaciones.

“En relación con la declaratoria de caducidad del contrato también resultan suficientes, a juicio de la Sala, los elementos aportados al plenario, con los que se demostró que la entidad contratante requirió en varias oportunidades al contratista sobre la forma de efectuar los descuentos al personal vinculado a la ejecución del contrato …

(…)

“No obstante lo anterior, resulta conveniente agregar que el no (sic) pago de salarios al personal vinculado, así como el descuento en exceso del porcentaje para los aportes, constituyen un grave incumplimiento y ponían (sic) en riesgo el cumplimiento de las obligaciones contractuales, a más de comprometer la responsabilidad del ente contratante, por cuanto (sic) en material laboral, de conformidad con el principio de solidaridad, dispuesto entre otros por el C.S.T. art. 36, la entidad contratante está obligada a responder por las sumas que no hayan cancelado a quienes hayan prestado efectivamente el servicio” (fl. 851, C. Consejo).

Por todo lo anterior, despachó desfavorablemente los cargos de falsa motivación y violación del debido proceso, en relación con la declaración de caducidad.

En relación con los actos administrativos que adoptaron la liquidación unilateral del contrato, el Tribunal señaló que no se demostró la falsa motivación y la desviación de poder, pues simplemente lo consignado en tales actos corresponde al balance económico de la relación negocial, *“… menos los descuentos para pagos a Entidades Promotoras de Salud, Pensiones (sic), Riesgos Profesionales y Cajas de Compensación Familiar, y se dispone el pago, con el último desembolso, de los dineros adeudados al personal vinculado en la ejecución del contrato y ajustes de lo descontado en exceso a los mismos por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social”* (fl. 854, C. Consejo).

Uno de los Magistrados salvó su voto, pues, en su opinión, el Tribunal debió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, porque de la Ley 80 de 1993 *“… no se desprende que la administración tenga competencia para declara (sic) el incumplimiento contractual, toda vez que solo se establece este hecho como supuesto de declaratoria de caducidad del contrato”*  (fl. 857, C. Consejo).

**8.- El recurso de apelación**

Inconforme con la decisión del Tribunal, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico (fl. 869, C Consejo).

Como razones del disenso, afirmó que para declarar la caducidad del contrato debe presentarse un incumplimiento del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución de aquél y que pueda conducir a la paralización del mismo. Ese fue el fundamento legal que adujo el Tribunal Administrativo del Tolima para negar las pretensiones de la demanda; pero, esos presupuestos que contempla el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 no se presentaron en este caso, por cuanto el objeto del contrato fue ejecutado satisfactoriamente por el contratista. Incluso, así quedó consignado en el acto administrativo que declaró la caducidad.

Por lo anterior, lo procedente era liquidar bilateralmente el negocio, para establecer el balance o corte definitivo de cuentas y determinar así quién debía a quién y cuánto.

Precisamente, estando en el proceso de liquidación bilateral, las partes solicitaron la suspensión de la reunión celebrada el 29 de noviembre de 2004, esperando conocer la posición del municipio respecto de los descuentos *“… que pensaba imponer el supervisor financiero …”* (fl. 870, C. Consejo).

Pero, el municipio de Ibagué, 2 días después de la reunión, en forma sorpresiva y con violación del debido proceso, declaró la caducidad del contrato *“… fundamentada en normas citadas de manera parcial y con el único fin de causar el gran perjuicio a su contratista cumplido …”* (fl. 870, C. Consejo).

Añadió que:

“No cita la resolución impugnada (sic) ni el fallo del Tribunal Administrativo del Tolima, que debiera haberlo hecho y al hacerlo hubiera decretado la nulidad del acto administrativo, al observar que el municipio de Ibagué, ni el supervisor del contrato solicitaron a entidad administradora alguna la liquidación para la verificación de la mora, documento único y valido (sic) y ajustado al debido proceso para proyectar el acto administrativo que impusiera la multa por parte de la administración municipal. Corresponde al municipio de Ibagué aportar al proceso de caducidad, (sic) la liquidación solicitada a la entidad administradora para verificar la mora y no dejar esta carga de la prueba al contratista” (fl. 871, C. Consejo).

Lo anterior significa que, en opinión del recurrente, la mora sólo podía ser certificada por las entidades administradoras, y la entidad pública omitió cumplir tal requisito, lo que significa que declaró la caducidad del contrato sin tener acreditado el hecho constitutivo de incumplimiento.

Por otra parte, señaló el recurrente que, a pesar de que el contratista constituyó la garantía que aseguraba el buen manejo del anticipo, la entidad pública solo lo desembolsó el 12 de abril de 2004; por consiguiente, incurrió en incumplimiento de sus obligaciones, pero el Tribunal omitió analizar tal aspecto.

Afirmó que la entidad pública omitió cumplir lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 (modificado por la Ley 828 de 2003), pues, para el 12 de agosto de 2004, ella adeudaba al contratista el 70% del valor del contrato y el objeto había sido ejecutado y recibido a satisfacción por la contratante, de modo que el municipio sólo estaba facultado para retener los dineros adeudados por el contratista, por concepto de aportes al sistema de seguridad social y aportes parafiscales, pero no podía retener la totalidad de los dineros adeudados al contratista.

Cuestionó la valoración que realizó el Tribunal en cuanto a uno de los testimonios recaudados en el proceso, porque de la declaración del testigo Edgar Yepes Gómez no se podía deducir que la falta de pago a los censadores afectara el objeto final del contrato.

Añadió que la declaración de caducidad debe tener relación directa con la posibilidad de cumplir o no el objeto del contrato, porque, de lo contrario, se deben tomar las medidas necesarias para asegurar la satisfacción del mismo (fls. 869 a 877, C. Consejo).

**9.- El traslado para alegar en segunda instancia y el concepto del Ministerio Público.-**

Por auto del 31 de agosto de 2007 se corrió traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto (fl. 881, C. Consejo).

La parte actora reiteró los fundamentos del recurso de apelación, referidos a que dentro del proceso quedó acreditado que la administración no agotó el procedimiento para declarar la caducidad del contrato y que la medida adoptada no era procedente, porque el contratista había cumplido el objeto del contrato (fls. 882 a 886, C. Consejo).

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

**CONSIDERACIONES**

**I. La competencia**

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 26 de marzo de 2007, por cuanto la cuantía del proceso fue estimada razonadamente en $257’000.000.oo[[1]](#footnote-1).

Para la época de interposición del recurso de apelación[[2]](#footnote-2), eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de interposición de la demanda, tal como contemplaba el artículo 132 (numeral 5) del C.C.A. (subrogado por el artículo 40 de la Ley 446 de1998)[[3]](#footnote-3), en armonía con el artículo 164 de la Ley 446 de 1998[[4]](#footnote-4).

La demanda fue interpuesta el 9 de diciembre de 2005 y, para esa época, 500 salarios mínimos legales mensuales equivalían a $190’750.000.oo[[5]](#footnote-5), de manera que la cuantía del proceso superaba la requerida por el ordenamiento jurídico para acceder a la segunda instancia en esta Corporación.

Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

**II.- Objeto y límites del recurso de apelación.-**

El marco de competencia funcional de esta Sala, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los aspectos que no fueron objeto de análisis en el escrito de sustentación están excluidos del debate sustancial, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 357 del C. de P.C. (vigente para la época en que fue presentada la demanda y el recurso de apelación).

La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que *“las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, (sic) condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”*[[6]](#footnote-6).

La sentencia de primera instancia sólo fue apelada por la parte demandante, con fundamento en que: (i) el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato no satisfizo los requisitos previstos en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, (ii) la demandada vulneró el debido proceso del contratista, porque dicho acto fue expedido sin que las entidades administradoras hubieran certificado la mora en el pago de los aportes (iii) la entidad pública incumplió con el desembolso del anticipo y (vi) el municipio retuvo dineros que excedían lo adeudado por el contratista por concepto de aportes al sistema de seguridad social y aportes parafiscales, de modo que el análisis de la apelación se reducirá a analizar tales puntos.

Los aspectos relacionados con los demás cargos de violación formulados en la demanda no fueron objeto de cuestionamiento en esta instancia, como tampoco lo fueron los aspectos respecto de los cuales el Tribunal se inhibió de pronunciarse de fondo. En ese sentido, la Sala se limitará a decidir la materia apelada y no efectuará consideración alguna en relación con los puntos que no fueron objeto de censura, respecto de la sentencia de primer grado.

**III.- Oportunidad de la pretensión.-**

La demanda fue promovida dentro del término que el ordenamiento jurídico contempla para su ejercicio oportuno.

En efecto, en este caso las pretensiones principales están orientadas a obtener la declaración de nulidad de varios actos administrativos proferidos con ocasión del contrato estatal, es decir, de aquellos que la jurisprudencia ha denominado inseparables del contrato, porque su existencia pende del contrato mismo.

Por ende, la acción adecuada para analizar las pretensiones es la de controversias contractuales, consagrada en el artículo 87 del C.C.A. (subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998), cuyo término de caducidad es de dos (2) años que, en este caso, se deben contar a partir de la ejecutoria del acto administrativo que adoptó la liquidación unilateral del contrato.

El acto acabado de citar quedó en firme el 28 de julio de 2005, según constancia que aparece a folio 69 del cuaderno 1 y la demanda fue presentada el 9 de diciembre del mismo año, de donde se sigue que la acción fue promovida oportunamente.

**IV.- Valoración probatoria.-**

1.- Dentro del expediente se encuentra acreditado que el 21 de octubre de 2003 el municipio de Ibagué, en calidad de contratante, y la Empresa Asociativa de Trabajo Impulsemos E.A.T., en calidad de contratista, celebraron el contrato de prestación de servicios 103 (fls. 93 a 98, C. 1), en virtud del cual, el contratista *“… se obliga a prestar los servicios y actividades requeridas para LA APLICACIÓN DEL INSTRUMENTO DE CLASIFICACION (SIC) SOCIECONÓMICA SISBEN EN EL MUNICIPIO DE IBAGUE (SIC), AREA (SIC) URBANA Y RURAL DEL MUNICIPIO DE IBAGUE (SIC)”* (cláusula primera).

Para el efecto, el contratista, a través de sus *“… trabajadores asociados …”* (ibídem), realizaría 95.000 encuestas en total (80.797 en el área urbana -a razón de $2.921 cada una- y 13.910 en el área rural -a razón de $4.165 cada una-) (ibídem).

Entre las obligaciones a cargo del contratista, para cumplir adecuadamente el objeto del contrato estaban, además de la realización de los operativos de campo para la aplicación del instrumento y de disponer toda la logística, mobiliario y materiales para la digitación y procesamiento de la información recaudada, las atinentes al pago de la seguridad social integral y aportes parafiscales del personal contratado para tal fin, según se lee en el siguiente aparte de la cláusula segunda del contrato, referida a las obligaciones del contratista:

“… **19)** Seleccionar el personal, con base en las pruebas y evaluaciones diseñadas para tal fin y **EL MUNICIPIO** no tendrá ninguna relación laboral ni económica con ellos. EL CONTRATISTA Deberá (sic): a) Afiliar al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a los encuestadores contratados, para lo cual deberá cancelar ante la EPS respectiva el monto de las dos terceras (2/3) partes, del 12% del salario base de cotización, sin que sea inferior al salario mínimo legal mensual. **b)** Afiliar a los Encuestadores (sic) al Sistema General de Riesgos Profesionales. **c)** Afiliar el personal que interviene en el presente contrato al Sistema General de Pensiones, siendo de cargo del empleador. **d)** Cancelar dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes los salarios y aportes de seguridad social y parafiscales del personal vinculado para la ejecución del contrato en los términos de la Ley 828 de 2003, el Art. 50 de la Ley 789 de 2002 y el Art. 27 del Decreto 2170 de 2002, de manera que garantice la adecuada ejecución del contrato” (fl. 96, C. 1).

El valor del contrato fue estimado en $293’914.743, incluyendo todos los impuestos, tasas y contribuciones que se pudieran generar con ocasión de aquél. La forma de pago fue pactada así (cláusula cuarta, fl. 96, C. 1):

“… Un anticipo del 30%, Un (sic) segundo desembolso del 30%, una vez sean entregadas debidamente procesadas 30.000 encuestas, previo recibo a satisfacción expedido por el Departamento Nacional de Planeación –DNP; el 40% restante, una vez entregue la totalidad de la base de datos, previo recibo a satisfacción expedidos por el Departamento Nacional de Planeación - DNP y siempre que el **CONTRATISTA** se encuentre al día en el pago de salarios y aportes de seguridad social y parafiscales. **PARÁGRAFO.-** De todos y cada uno de los pagos efectuados por el Municipio de Ibagué, **El CONTRATISTA** deberá destinar, con prelación a sus utilidades, el valor necesario para la cancelación de los salarios, aportes de seguridad social, prestaciones, pagos parafiscales y demás emolumentos a que tengan derecho los trabajadores vinculados para la ejecución del contrato, suma que será consignada en una cuenta específicamente destinada para tal fin y la cual será abierta de forma conjunta con el supervisor financiero del contrato quien velará por el cumplimiento de lo aquí establecido y solo autorizará los desembolsos subsiguientes si el CONTRATISTA viene dando estricto cumplimiento a esos pagos” (subrayas fuera del texto, ibídem).

En la cláusula octava, las partes decidieron introducir, como estipulación contractual, el precepto del artículo 50 de la Ley 789 de 2002:

“CUMPLIMIENTO (SIC) SEGURIDAD SOCIAL.- Las partes establecen como obligación del **CONTRATISTA** el cumplimiento de sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral y aportes parafiscales (Cajas de Compensación Familiar, Sena e ICBF). El incumplimiento de esta obligación será causal para la imposición de multas sucesivas hasta tanto se dé cumplimiento, previa verificación de la mora mediante liquidación efectuada por la entidad administradora, la cual será solicitada por el supervisor del presente contrato, quien deberá informar de este hecho y proyectar el acto administrativo que imponga la multa respectiva. Parágrafo. Cuando durante la ejecución del contrato o a la fecha de su liquidación se observe persistencia de este incumplimiento, por cuatro (4) meses el supervisor del contrato deberá proyectar la resolución que declare la caducidad administrativa del contrato” (fl. 97, C. 1).

2.- El 21 de octubre de 2003, las partes suscribieron el otrosí 1 al contrato 103 del mismo año, con el fin de modificar la imputación presupuestal del contrato (fls. 100 y 101, C. 1).

3.- El 18 de noviembre de 2003, la compañía Agrícola de Seguros S.A. expidió la póliza única de cumplimiento que amparaba el cumplimiento, el buen manejo del anticipo y el pago de los salarios y prestaciones sociales, con vigencia hasta el 3 de octubre de 2004 (fl. 99, C. 1).

4.- Como supervisor del contrato fueron designados el administrador del Sisben municipal y un asesor de la Secretaría Administrativa del municipio. Así consta en la Resolución 52 del 1º de marzo de 2004 (fl. 118, C. 1).

5.- El 6 de abril de 2004, las partes modificaron la cláusula cuarta del contrato, pues, inicialmente, acordaron que el contratista y el supervisor financiero abrirían una cuenta conjunta para el pago de los salarios, aportes al sistema de seguridad social integral, aportes parafiscales y demás emolumentos de orden laboral, pero el supervisor no tenía póliza de manejo de dineros (fianza) y, por ende, no se podía cumplir la estipulación contractual; en consecuencia, el parágrafo de la mencionada la cláusula lo dejaron así:

“De todos y cada uno de los pagos efectuados por el Municipio (sic) de Ibagué, el contratista deberá destinar, con relación a sus utilidades, el valor necesario para la cancelación de salarios, aportes de seguridad social, prestaciones, pagos parafiscales y demás emolumentos a que tengan derecho los trabajadores vinculados para la ejecución del contrato, suma que será consignada en una cuenta específicamente destinada para tal fin y la cual será abierta por el contratista. El supervisor financiero del presente contrato dará visto bueno a los informes presentados por el contratista y solo autorizará los desembolsos subsiguientes si el contratista viene dando estricto cumplimiento a estos pagos” (fls. 102 y 103, C. 1).

6.- Mediante transferencias electrónicas realizadas los días 7 y 12 de abril de 2004, el municipio desembolsó el anticipo a la cuenta del contratista por $88’174.423, según consta en el extracto de cuenta corriente con corte al 30 de los mismos mes y año (fl. 125, 150 y 151 C. 1).

7.- El 13 de abril de 2004, entre Impulsemos E.A.T y Asociamos Cooperativa de Trabajo Asociado fue celebrado un contrato de *“prestación de servicios”* (fl. 126, C. 1), mediante el cual la segunda se obligaba a realizar el pago *“... al (sic) servicio de seguridad social integral comprendiendo los aportes de salud, pensiones y riesgos profesionales del personal que desarrolle las actividades necesarias para actualizar la nueva base de datos del SISBEN en Ibagué”* (cláusula primera - objeto).

8.- Mediante oficio SH-AMC-030 del 19 de abril de 2004, el supervisor financiero del contrato 103 solicitó a la contratista la relación detallada del personal contratado para la ejecución del proyecto, con indicación del salario pactado y el plazo de duración del vínculo contractual.

Asimismo, dicho supervisor requirió la copia de la afiliación del personal contratado al sistema de seguridad social y a las cajas de compensación familiar, copia de las pólizas de cumplimiento, incluso la del pago de salarios y prestaciones sociales, copia del otrosí modificatorio al contrato, copia de la certificación bancaria respecto de la cuenta donde se manejarían los recursos del contrato y copia del convenio celebrado con la entidad que manejaba el personal contratado para la ejecución del objeto contractual.

Lo anterior, porque, según el mencionado supervisor, Impulsemos E.A.T. no podía contratar personal directamente (fl. 132, C. 1).

9.- Asimismo, el supervisor financiero del contrato 103, mediante oficio SH-AMC-036 del 3 de mayo de 2004, solicitó la copia de los contratos de trabajo de algunas personas vinculadas al proyecto y la certificación del tipo de vinculación del personal, en la que constara el nombre del verdadero empleador.

Igualmente, recordó al contratista el cumplimiento de las obligaciones de pago de los aportes al sistema de seguridad social integral y de los aportes parafiscales, en los términos pactados en el contrato 103 de 2003 y advirtió que cada vez que pagara los salarios y demás emolumentos de orden laboral debía remitirle la nómina legalizada con la discriminación del nombre, identificación, valor del contrato, deducciones y neto a pagar, con la constancia de aceptación (fl. 141 a 143, C. 1).

En el expediente consta una relación de 63 personas vinculadas al proyecto de actualización del SISBEN, con la indicación de la E.P.S. y A.F.P. a la cual se hallaban afiliadas (fls. 154 y 155., C. 1).

10.- Mediante escrito del 22 de abril de 2004, Asociamos Cooperativa de Trabajo Asociado envió a Impulsemos E.A.T. el listado del personal afiliado a la E.P.S., AFP y A.R.P. Liberty Seguros; no obstante, en el mismo escrito precisó que carecían de información de algunas personas y, por lo mismo, no se había culminado el trámite de afiliación al sistema de seguridad social. Añadió que en varias oportunidades habían requerido tal información a Impulsemos E.A.T., de manera verbal, pero no obtuvieron respuesta (fl. 135, C. 1).

11.- Por medio de escrito del 14 de mayo de 2004, Impulsemos E.A.T. dio respuesta la comunicación enviada por la entidad contratante, en relación con los contratos de trabajo del personal vinculado al proyecto y las constancias de afiliación al sistema integral de seguridad social.

En el mencionado escrito señaló que Impulsemos E.A.T. no ejerce actividades de intermediación laboral, que no actúa como bolsa de empleo y sus trabajos los realiza con el concurso de profesionales en distintas áreas, para desarrollar labores específicas y por un tiempo determinado.

Por lo anterior, sugirió modificar el contrato 103 de 2003, en relación con las estipulaciones de índole laboral que sólo se generan en el marco de una relación empleador – empleado, las cuales consideró contrarias a las normas, estatutos y legislación que amparan las organizaciones del sector solidario (fls. 139 y 140, C. 1).

12.- Mediante oficio SH-AMC-060 del 6 de julio de 2004, el supervisor financiero del contrato 103 de 2003 requirió a la representante legal de Impulsemos E.A.T., para que diera estricto cumplimiento a lo pactado, especialmente, en cuanto a los costos laborales, pues con los documentos que le fueron remitidos pudo constatar que los pagos realizados al sistema de seguridad social integral se hicieron sobre la base del salario mínimo legal mensual y no con base en el ingreso real del afiliado; además, el contratista descontó del pago realizado al personal vinculado la totalidad de los aportes, pese a que el contratista se comprometió a asumir el costo del 8% para salud, el 10.875% para pensión y la totalidad de la ARP, acorde al riesgo.

Añadió:

“También se observa la ausencia de soportes de pago de los aportes parafiscales (SENA, ICBF, Cajas (sic) de Compensación (sic)), los cuales deben ser asumidos directamente por el contratista.

(…)

“El Contratista (sic) acredito (sic) pago de salarios del 13 de abril de 2004 al 18 de mayo de 2004”.

“En conclusión (sic) se tiene que el Contratista (sic) para acceder al segundo desembolso debera (sic) cumplir en forma COMPLETA las obligaciones en lo atinente al pago de salarios, aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (incluyendo la solucion (sic) a las novedades presentadas por Ustedes (sic)), aportes parafiscales (SENA, ICBF, Caja de Compensación)” (fls. 220, 221, 623 y 624, C. 1).

13.- El contratista respondió el anterior requerimiento mediante escrito del 12 de julio de 2004, indicando que las diferencias surgen respecto de la metodología y la propuesta presentada por el oferente, posteriormente contratista.

Señaló que el valor del contrato estaba supeditado a la cantidad de hogares encuestados y avalados por el DNP, es decir, por unidad de tarea producida o a destajo.

En ese sentido, afirmó que dicha modalidad implica *“… que los pagos que se realicen a las personas vinculadas a la prestación de un determinado servicio implica los componentes de orden salarias (sic) o compensatorio, prestacional y de seguridad social integral, y así fue ofertado por nosotros (sic) considerado y aceptado tanto (sic) por el municipio y el DNP”.*

Añadió:

“Si nos atenemos a lo consignado en la propuesta presentada por nosotros y en especial lo obrante en los folios 33 a 37 relacionados como: PROPUESTA ECONÓMICA, se relaciona taxativamente en el Cuadro anexo No. 1 y en los cuadros anexos 2 y 3 desglose de los componentes y factores necesarios incluidos en la propuesta general que comprende un desglose de componentes saláriales (sic) prestacionales y de gastos operativos y logísticos que en su integralidad incluye todos estos conceptos de orden laboral”.

“A folio 35 obra el cuadro denominado DESGLOSE SALARIAL APLICACIÓN INSTRUMENTO DE CLASIFICACIÓN SOCIOECONÓMICA SISBEN EN ÁERAS URBANA Y RURAL IMPULSEMOS E. A. T. (sic) se determinó claramente un valor unitario para cada encuesta diferenciándose el valor de las aplicadas en el área urbana de las del área rural e incluyendo los costos de las actividades de campo las cuales son específicas: Encuestas (sic), Coordinador (sic) de campo, Verificación (sic), Supervisión (sic) y Transporte (sic) para los cuales se contrato (sic) personal bajo la modalidad de Orden (sic) de trabajo que se rige por las normas civiles y comerciales, con cláusula compromisoria, pactándose la remuneración a destajo o por unidad de obra y reconociéndose a los vinculados (sic) a una compensación diaria por transporte. A su vez la afiliación al sistema de seguridad social integral se llevo (sic) a cabo por intermedio de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO ASOCIAMOS, la cual ha cumplido cabalmente con las obligaciones contraídas para con nosotros y en beneficio de los vinculados en trabajo asociado, sólo aportan a las Cajas de Compensación (Decreto 468 de 1990 Artículo 16), por lo tanto están exentas de aportes parafiscales”.

“Entendemos la posición de la supervisión financiera respecto al cumplimiento de obligaciones establecidas en el contrato y acordes al código sustantivo del trabajo tal como lo señala el artículo 50 de la ley 789/2002. Pero también debe entenderse que la metodología para el desarrollo del contrato, (sic) su ejecutoria las personas jurídicas implicadas en su desarrollo (IMPULSEMOS Y ASOCIAMOS) se acoge (sic) a un régimen diferente al establecido en el código sustantivo del trabajo al pertenecer al sector de la economía solidaria el cual en el caso de las Cooperativas de Trabajo Asociado las exime del pago de aportes parafiscales (Ley 79/89, Decreto 468/90 y Ley 454/98) ya que son ellas mismas (sic) que terminan (sic) su reglamentación laboral con sus trabajadores o con quienes les presten servicios bajo la modalidad de vinculación la cual nos ocupa” (fls. 224 y 225, C. 1).

14.- El 22 de junio y el 13 de julio de 2004, el supervisor financiero del contrato, mediante oficios SH-AMC-058 y SH-AMC-064, nuevamente requirió a Impulsemos E.A.T. para que presentara varios soportes respecto de la afiliación a salud, pensiones y riesgos profesionales de algunas personas vinculadas al proyecto; asimismo, solicitó que se corrigieran las falencias halladas entre el período de cotización registrado en las planillas de salud y pensión y el período real de cotización y pidió información sobre *“… las acciones a seguir (…) respecto al pago de los aportes parafiscales”* (fls. 227 a 230, C. 1)*.*

15.- El 28 de julio de 2004 se reunieron el Administrador Local del SISBEN (interventor técnico), el Director del Proyecto de Actualización y la representante legal de Impulsemos E.A.T., con el fin de formalizar el acta de entrega final del contrato 103 de 2003.

La contratista entregó una base de datos en 2 CD, con la siguiente información (fl. 159, C. 1):

“1 BASE SISBEN

“a. TOTAL FICHAS 70.457

“b. TOTAL HOGARES 78.574

“2. CONTROL DE CALIDAD DE INFORMACIÓN:

“a. MUESTRA

“TOTAL FICHAS 5.224

“TOTAL HOGARES 5.911

“b. VERIFICACIÓN

“TOTAL FICHAS 5.244

“TOTAL HOGARES 5.909

“3. EN FÍSICO se entregan debidamente foliadas y numeradas 70.457 fichas de las cuales 62.526 corresponden al Sector (sic) Urbano (sic) y 7.931 al Sector (sic) Rural (sic).

“4. Se hace entrega de Cuatro (04) (sic) Estantes (sic) Metálicos (sic) en buen estado.

“5. Mapa Cartográfico (sic) de (1.80 x4 mts, Escala 1:5000)

“6. Doce (12) cuadernillos de trabajo de los Supervisores (sic)

“7. Fichas sin diligenciar 3.258

“8. Fichas dañadas 5.385”.

El mismo día, la representante legal de la contratista solicitó a la Secretaria Administrativa de la Alcaldía de Ibagué restablecer el equilibrio económico del contrato 103 del 21 de octubre de 2003, el cual, en su sentir, se vio alterado en detrimento de Impulsemos E.A.T., por cuanto, a la fecha de tal solicitud, la entidad contratante solo había realizado el desembolso del anticipo, absteniéndose de realizar los demás pagos pactados.

Por otra parte, cuestionó el hecho de que la administración hubiera divulgado, a través de los medios de prensa, información equivocada acerca de los presuntos incumplimientos en el pago de los salarios del personal vinculado al proyecto y a los proveedores (fls. 182 y 183, C. 1).

16.- Mediante escritos del 3 y del 24 de agosto de 2004, Impulsemos E.A.T. solicitó a la entidad contratante que no realizara descuentos, por concepto de retención en la fuente al valor facturado y que no se calculara el IVA sobre los aportes al sistema de seguridad social integral (fls. 231 a 233, C. 1).

17.- En el proceso obran varios escritos de Impulsemos E.A.T. en los cuales solicita a la entidad contratante el pago del saldo del contrato, porque varios juzgados accedieron a las tutelas interpuestas por algunas personas vinculadas a la ejecución del contrato 103 de 2003 y ordenaron el pago de salarios y demás emolumentos de orden laboral. En algunos de los memoriales, la contratista autoriza efectuar las retenciones de las sumas adeudadas al sistema de seguridad social integral y a las cajas de compensación familiar (fls. 270 a 273, C. 1).

18.- El 19 de agosto de 2004, las partes suscribieron un acta de compromiso, a través de la cual la ordenadora del gasto manifestó asumir la responsabilidad por el desembolso del segundo pago del contrato y solicitó al supervisor financiero emitir la certificación pertinente para efectuarlo (fls. 630 a 635, C. 1).

El mismo día, el supervisor financiero del contrato firmó la autorización del segundo desembolso, dejando constancia de los incumplimientos del contratista en el pago de los aportes al sistema de seguridad social integral y de los aportes parafiscales.

19.- Mediante oficio SH-AMC-093 del 7 de septiembre de 2004, el supervisor financiero del contrato reiteró la solicitud orientada a que el contratista cumpliera con el pago de los aportes pendientes; además, conminó al contratista a que se abstuviera de realizar descuentos no autorizados por la ley, al personal vinculado al contrato (fls. 646 y 647, C. 1).

20.- El 24 de noviembre de 2004, Impulsemos E.A.T. manifestó al Secretario de Planeación Municipal que la liquidación bilateral del contrato 103 de 2003 no se ha realizado por causas imputables a la contratante, específicamente, por las posiciones radicales del supervisor financiero, *“… quien persiste en realizar descuentos al valor adeudado por el municipio sin ningún basamento jurídico y de manera individual …”*. Por lo anterior, solicitó a la entidad pública pagar el saldo adeudado del contrato y reintegrar los descuentos hechos sin fundamento legal o sin autorización de la contratista (fl. 281, C. 1).

21.- Mediante Resolución 1073 del 3 de diciembre de 2004, la ordenadora del gasto del municipio de Ibagué declaró la caducidad administrativa del contrato 103 del 21 de octubre de 2003. En la parte motiva del acto se lee (fls. 10 a 12, C. 1):

“… el objeto del contrato fue desarrollado por la firma contratista que hizo entrega de las encuestas correspondientes satisfactoriamente, pero sin dar cumplimiento a las obligaciones anteriormente enunciadas, de acuerdo con los reiterados informes del supervisor financiero del contrato, los cuales constan en los oficios SH-AMC-036, SH-AMC-060, SH-AMC-068, SH-AMC-093, SH-AMC-104, SH-AMC-058 Informe (sic) de Supervisión Financiera No. 1, Acta (sic) de Compromiso (sic) y Autorización para el segundo desembolso del 19 de Agosto de 2004.

“Que de acuerdo con los informes en mención el incumplimiento corresponde al no pago de los aportes parafiscales durante toda la ejecución del contrato, así como no asumir las dos terceras (2/3) partes de los aportes al sistema general de seguridad social en salud, ni efectuar los aportes patronales respecto de pensiones y A.R.P. cuyos valores fueron descontados en su totalidad al personal vinculado para la ejecución del contrato de acuerdo con las planillas remitidas por la empresa Impulsemos.

“Que de acuerdo con lo manifestado por el supervisor tampoco se ha efectuado el pago de las cotizaciones del mes de junio de 2004 en salud, pensiones y A.R.P., salvo un solo día que fue cotizado para luego retirar al personal y los aportes a Salud Total y Coomeva que si (sic) fueron efectuados todo el mes.

“Que finalmente tampoco se ha dado cumplimiento a la obligación de efectuar el pago de salarios dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, pues a la fecha se adeuda a los trabajadores el salario del mes de junio de 2004, cuyo valor asciende a la suma aproximada de $73’450.000”.

El fundamento de derecho que adujo la entidad pública para declarar la caducidad del contrato fue el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 828 de 2003.

La resolución que declaró la caducidad del contrato añadió en sus considerandos:

“Que durante la ejecución y hasta el reciente vencimiento del plazo para la liquidación bilateral del contrato, el Municipio de Ibagué solicitó en reiteradas oportunidades a los representantes de la firma Impulsemos dar cumplimiento a las obligaciones con el sistema general de seguridad social y aportes parafiscales sin que la solicitud fuera atendida, por lo que se verifica el cumplimiento (sic) por mas (sic) de 4 meses de estas obligaciones, siendo procedente la declaratoria de caducidad”.

La parte resolutiva de la citada resolución dispuso:

“Artículo Primero (sic): Declarar la Caducidad (sic) Administrativa (sic) del Contrato (sic) de Prestación (sic) de Servicios (sic) No. 0103 de 2003, suscrito entre el Municipio (sic) de Ibagué y la Empresa Asociativa de Trabajo IMPULSEMOS E.A.T. cuyo objeto pactado fue la aplicación del instrumento de clasificación socieconómica “Sisben”, área urbana y rural del Municipio de Ibagué.

“Artículo Segundo (sic): Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria establecida en la cláusula Novena (sic) del contrato y la Garantía (sic) No. 400100074001 de la Compañía Agrícola de Seguros S.A. expedida el 18 de Noviembre (sic) de 2003 por los amparos de cumplimiento del contrato y de salarios y prestaciones sociales[[7]](#footnote-7).

“Artículo Tercero (sic): Ordenar a la dependencia ejecutora efectuar la inmediata liquidación unilateral del contrato en el estado en que se encuentra y de igual manera proyectar el acto administrativo para su adopción, efectuando el descuento del valor de las obligaciones con el sistema general de seguridad social y parafiscales (sic) para efectuar el giro directo a las entidades correspondientes”.

22.- La Resolución 1073 fue recurrida por la contratista y la entidad pública, mediante Resolución 0058 del 23 de febrero de 2005, resolvió el recurso confirmando lo decidido (fls. 20 a 30, C. 1).

Esta última resolución fue notificada personalmente al representante legal de Impulsemos E.A.T., el 8 de marzo de 2005 (fl. 31, C. 1).

23.- Mediante Resolución 94 del 18 de marzo de 2005, la ordenadora del gasto del municipio de Ibagué adoptó la liquidación unilateral del contrato 103 de 2003.

En el balance económico quedó consignado que el valor contrato fue de $293’914.743 y que el valor ejecutado fue de $239’643.302, de los cuales fueron pagados al contratista $176’348.846, quedando pendiente un saldo a favor de éste por $63’294.456.

Del saldo a favor del contratista, la entidad pública descontó los valores adeudados por concepto de aportes parafiscales, salud, pensiones y riesgos profesionales (incluidos los intereses de mora) y el valor pendiente por cotización al sistema integral de seguridad social, en relación con 5 personas.

Después de realizadas las deducciones, el saldo a favor del contratista ascendió a $38’547.062, suma que se obligó a pagar la entidad contratante *“… a los 15 días hábiles de haberse recibido el recurso (sic) por parte del PNUD-DNP …”* (fl. 44, C. 1).

24.- Contra la anterior resolución, Impulsemos E.A.T. interpuso recurso de reposición, pero la entidad contratante la confirmó en todas sus partes mediante Resolución 206 del 14 de junio de 2005 (fls. 52 a 64, C. 1).

25.- El pago del saldo a favor del contratista fue ordenado por la entidad contratante el 11 de octubre de 2005 (fl. 700, C.1).

**V.- Análisis del recurso.-**

**1) La caducidad no satisfizo los requisitos previstos en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.-**

El primer aspecto que cuestiona el recurrente es el atinente a que la caducidad fue declarada con ausencia de los requisitos contemplados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

La caducidad administrativa, en estricto rigor conceptual, constituye un modo anormal de terminación del contrato estatal, que debe ser declarada por la entidad pública en los eventos contemplados en el ordenamiento jurídico y que conlleva consecuencias jurídicas sancionatorias para el contratista.

El citado artículo 18 de la Ley 80 define la caducidad como una estipulación *“… en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización …”* la administración puede darlo por terminado, mediante acto administrativo motivado, caso en el cual debe ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre.

Pero, contrario a lo que parece entender el recurrente, el supuesto general que consagra el citado artículo no es el único que da lugar a la declaración de caducidad, pues el mismo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y otras disposiciones de rango legal establecen algunos supuestos hipotéticos que determinan la adopción de esta anormal forma de extinción de los contratos del Estado, en algunas ocasiones atendiendo a la naturaleza del contrato celebrado, con las consecuencias sancionatorias que su imposición conlleva.

En efecto, el artículo 5 (numeral 5, inciso segundo) de la misma Ley 80 de 1993 dispone que los contratistas no accederán a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho. Cuando se presenten tales peticiones o amenazas, los contratistas deberán informar inmediatamente de su ocurrencia a la entidad contratante y a las demás autoridades competentes, para que ellas adopten las medidas y correctivos que fueren necesarios. Añade la norma: *“El incumplimiento de esta obligación y la celebración de los pactos o acuerdos prohibidos dará lugar a la declaratoria de caducidad del contrato”*[[8]](#footnote-8)(subraya fuera del texto).

Asimismo, el artículo 61 de la Ley 610 de 2000 dispone que, *“Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado”*. En este caso, la caducidad obedece a causas exógenas a las obligaciones del contrato.

En los contratos de concesión de minas, el artículo 112 de la Ley 685 de 2001[[9]](#footnote-9) contempló taxativamente las causales que dan lugar a la declaración de caducidad[[10]](#footnote-10), de las cuales solo una tiene relación con el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones contractuales, pues las demás guardan relación con el incumplimiento de obligaciones legales, regulaciones técnicas y otras situaciones vinculadas indirectamente al contrato.

Por su parte, el artículo 50 de la Ley 789 de 2002[[11]](#footnote-11), por la cual se dictaron algunas disposiciones para ampliar la protección social, previó en su artículo 50 (modificado por el artículo 1º de la Ley 828 de 2003) la obligación de declarar la caducidad cuando el contratista incumpla, por cuatro (4) meses, las obligaciones frente al sistema de seguridad social integral o a los aportes parafiscales (caja de compensación familiar, Sena e ICBF)[[12]](#footnote-12), durante la ejecución del contrato o a la fecha de liquidación del mismo.

Además, resulta importante advertir que la norma consagraba como requisito necesario, entre otras cosas, para proceder a la liquidación del contrato, acreditar el cumplimiento de las obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las cajas de compensación familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, de tal modo que la entidad estatal debía verificar la correcta relación entre el monto pagado y la sumas que debieron ser cotizadas y, en caso de que no se hubieran hecho los aportes correspondientes, la entidad estatal debía retener las sumas adeudadas y girarlas a los correspondientes sistemas.

En todo caso, las entidades estaban obligadas a incorporar en los contratos, como obligación contractual, el cumplimiento de dichas obligaciones por parte de sus contratistas.

Como se puede apreciar, el supuesto general contemplado en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 no es el único que puede dar lugar a la declaración de caducidad del contrato, de modo que tal medida no sólo es procedente frente al incumplimiento de las obligaciones principales a cargo del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y que evidencie que puede conducir a su paralización, sino que también lo es por el incumplimiento de obligaciones legales y situaciones *“exógenas”* al contrato, en los casos previstos por el ordenamiento jurídico.

Precisamente, en este caso fue el incumplimiento de las obligaciones (contractuales) parafiscales y de los aportes al sistema de seguridad social integral en salud y pensiones y ARP lo que llevó a que la administración, al amparo de lo dispuesto por el parágrafo 2º del artículo 50 de la Ley 789 de 2002 (norma vigente para la fecha en que fue celebrado y ejecutado el contrato)[[13]](#footnote-13), aplicara la drástica medida. Tales obligaciones, si bien no hacían parte del objeto final del contrato, formaban parte de éste, según lo contemplaba la cláusula segunda del mismo, conforme a lo previsto por el citado artículo 50 de la Ley 789 y, por ende, debía satisfacerlas para lograr el cabal cumplimiento de aquél.

En ese sentido, la Sala advierte que el planteamiento expuesto por el recurrente, referido a que en este caso no se hallaban reunidos los presupuestos contemplados por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, para la declaración de caducidad del contrato, es desatinado, pues no fue esta disposición la que motivo jurídicamente el acto administrativo cuestionado (ver numeral 21 de estas consideraciones) y no fue el incumplimiento del objeto de las obligaciones que, en sentir de la demandante eran las principales, lo que motivó fácticamente la decisión administrativa, como quedó visto.

Sin perjuicio de lo hasta acá dicho, resulta importante resaltar que el hecho de que existieran obligaciones pendientes por cumplir a la fecha de liquidación del contrato implicaba que el contratista estuviera incurso en incumplimiento; por ende, mientras no fueran satisfechas en su totalidad no se podía predicar la solución de las obligaciones como modo de extinción del vínculo jurídico y, por lo mismo, la entidad podía dar por terminada la relación contractual, a través de la declaración de caducidad, cosa que el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 permitía hacer hasta la liquidación del contrato, cuando el incumplimiento de las obligaciones persistiera por cuatro (4) meses o más, entre otras razones, porque ese incumplimiento sólo se puede establecer, precisamente, al momento de proceder a la liquidación.

**2) La mora en el pago de los aportes parafiscales.-**

En el recurso de apelación, el recurrente sostiene que la entidad pública vulneró su debido proceso administrativo, porque no acreditó debidamente la mora de Impulsemos E.A.T. en el pago de las obligaciones incumplidas, la cual, en su opinión, únicamente podía ser certificada por la entidad administradora del régimen.

Para la Sala, este argumento constituye un hecho nuevo o una modificación de la *causa petendi* fáctica y jurídica consignada en la demanda, pues desde el inicio del proceso la parte actora aceptó que no realizó los aportes parafiscales y los del sistema general de seguridad social en salud y pensiones, porque, en su opinión, el personal contratado para ejecutar los trabajos no había sido vinculado mediante contrato de trabajo.

En efecto, en el hecho 60 de la demanda (fl. 441, C. 1) se dice:

“El problema se agudizó con la posición intransigente del supervisor financiero del contrato … quien solicitaba el cumplimiento de actuaciones por parte de IMPULSEMOS E. A. T. referidas al pago de valores al sistema de seguridad social integral diferentes a las establecidas entre IMPULSEMOS E.A.T. y el personal (desconociendo la naturaleza de la empresa y de paso el contrato celebrado entre esta (sic) y quienes a destajo ejecutaron labores propias del contrato), la condición especial de las empresas asociativas de trabajo y las cooperativas de trabajo asociado respecto a obligaciones frente al sistema de seguridad social integral” (subrayas fuera del texto).

Asimismo, en el concepto de violación el demandante precisó:

“… los contratistas de IMPULSEMOS E. A. T. se comprometieron al suscribir los contratos a destajo a asumir la integralidad ya que dicha modalidad considera que los pagos se realicen a las personas vinculadas a la prestación de un determinado servicio, implica los componentes de orden salarial o compensatorio, prestacional y de seguridad social, y así fue ofertado por nosotros considerado y aceptado tanto por el municipio y el DNP.

(…)

“El valor del contrato y su pago está supeditado a la cantidad de hogares encuestados y validados por el DNP. (sic) Es decir (sic) por unidad producida o tarea cumplida, o destajo bajo la modalidad de Orden (sic) de trabajo que se rige por las normas civiles y comerciales (…) pactándose la remuneración por unidad de obra y reconociéndose a los vinculados una compensación diaria por transporte” (fl. 460, C. 1).

Incluso, uno de los cargos de ilegalidad que formuló la parte actora estuvo orientado a develar la falsa motivación del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, por interpretación errada *“… DE LA LEY QUE REGULA LAS EMPRESAS ASOCIATIVAS DE TRABAJO, DESCONOCIMIENTO DE LOS DOCUMENTOS QUE FORMAN PARTE INTEGRAL DEL CONTRATO Y DE LA VINCULACIÓN CONTRACTUAL ENTRE IMPULSEMOS E.A.T. Y SUS COLABORADORES EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO”* (fl. 470, C. 1), para lo cual controvirtió las razones jurídicas expuestas por la entidad pública que llevaron a afirmar que la contratista tenía la obligación de realizar aportes parafiscales y al sistema de seguridad social integral por el personal vinculado al contrato 103 de 2003.

Así, pues, queda claro que la parte actora jamás negó la falta de pago de los aportes parafiscales y al sistema de seguridad social integral y, además, reconoció la mora por medio de la confesión espontánea vertida por su apoderado en el escrito de demanda (artículo 197 del C. de P.C.), según se desprende de los apartes antes transcritos, mora que se presentó durante toda la ejecución del contrato, es decir, desde abril de 2004 y persistió, incluso, hasta la fecha en que fue declarada la caducidad del mismo (3 de diciembre del mismo año), superando, así, el lapso de cuatro (4) meses al que se refería el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, para declarar la caducidad del contrato.

Lo anterior, según las afirmaciones del mismo demandante, ocurrió por la discrepancia de criterios en cuanto a la asunción de tales obligaciones, pues mientras el contratista aducía que las empresas asociativas de trabajo no tenían la obligaciones de realizar tales aportes, debido a que sus colaboradores estaban vinculados por contratos que se regían por la ley comercial y no por el Código Sustantivo del Trabajo (ver pruebas relacionadas en los numerales 11 y 13 de estas consideraciones), el contrato estipulaba que el contratista estaba en la obligaciones de realizar dichos pagos.

Con todo, no se acompasa con los principios de lealtad procesal y buena fe que deben regir las actuaciones judiciales, que en la segunda instancia modifique su argumentación, para censurar la falta de prueba de la mora. Decidir la controversia en segunda instancia ateniendo a este nuevo presupuesto[[14]](#footnote-14) representaría una abierta violación y desconocimiento del debido proceso -derecho de contradicción y de defensa-[[15]](#footnote-15) radicado en cabeza de la demandada.

Ahora, frente a la censura del apelante, por la supuesta adopción de la caducidad del contrato con vulneración del debido proceso, advierte la Sala que dentro del expediente está plenamente acreditado que la entidad pública requirió a Impulsemos E.A.T. durante toda la ejecución del contrato el pago de los aportes parafiscales (SENA, ICBF, cajas de compensación familiar) y los del sistema de seguridad social integral, mediante oficios SH-AMC-036, 058, 060 y 064 (ver numerales 9, 12, 14 y 19 de estas consideraciones) e, incluso, lo conminó a que se allanara a cumplir aún después de realizada la entrega de las bases de datos (oficio SH-AMC-093 -ver numeral 19 de estas consideraciones-), con lo cual le otorgó la oportunidad de controvertir las afirmaciones hechas por la contratante y de allegar la prueba del pago, pero la contratista persistió en su incumplimiento o, por lo menos, no acreditó que hubiera satisfecho tales obligaciones, es decir, que hubiera realizado los aportes que se echaban de menos, por tanto, para la Sala no existe duda del incumplimiento, de la mora de las obligaciones legales y contractuales y de la adopción de la medida con las garantías que informan el debido proceso (derecho de defensa y de contradicción).

Por otra parte, resulta importante destacar que, en algunos casos, las entidades que integran el sistema no podían certificar la mora en los aportes por parte de la contratista, pues uno de los reproches que realizó la administración durante la ejecución del contrato fue la falta o las irregularidades de la afiliación respecto de algunas personas vinculadas al contrato y, entonces, ante la ausencia de afiliación no podía configurarse la mora o no era posible que las entidades administradoras la certificaran, pero ello no significa que no se configurara el incumplimiento de la obligación, capaz de estructurar el supuesto jurídico de la caducidad al que hace referencia el artículo 50 de la citada Ley 789.

Además, llama la atención de la Sala que el valor del contrato incluyera el costo de los aportes parafiscales y de los del sistema de seguridad social integral en salud, pensiones y ARP (ver numeral 1 de estas consideraciones) y que la contratista se hubiera sustraído de la obligación de realizar tales aportes a las entidades del régimen, aduciendo que el personal vinculado al contrato trabajaba con salarios a destajo o que las empresas asociativas de trabajo y las cooperativas de trabajo asociado no tenían la obligación legal de realizar tales aportes (ver numeral 13 de estas consideraciones).

Así, la actuación de la contratista solo puede tildarse de mala fe, pues pretendía cobrar el valor total del contrato (incluyendo el valor estimado de los aportes) y eludir el pago de los que debía realizar a las cajas de compensación familiar, al SENA, al ICBF y al sistema integral de seguridad social, sin tener en cuenta que tales recursos son de naturaleza pública y que, por lo mismo, no podía disponer libremente de ellos; sin embargo, la irregularidad se saneó, porque la entidad pública retuvo directamente los aportes, para girarlos a las entidades respectivas, pero lo que no resulta válido desde ningún punto de vista es que la parte actora, ante la evidencia procesal sobre el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales, cuestione el hecho de que la mora no fue certificada por las entidades administradoras del sistema general de seguridad social, por las cajas de compensación familiar, por el Sena y por el ICBF.

La apelante cuestiona, además, que la entidad pública demandada vulneró el debido proceso, porque no le impuso multas antes de declarar la caducidad administrativa del contrato.

En sentir de la Sala, no constituye una irregularidad en la expedición del acto administrativo de caducidad la falta de imposición de multas previas a la adopción de la medida tendiente a poner fin al contrato, pues la legislación vigente no contemplaba y no contempla tal medida como parte del procedimiento tendiente a declarar la caducidad del contrato.

Haciendo abstracción de las formas para imponerlas, las multas generalmente tienen naturaleza conminatoria y, por lo mismo, constituyen una medida de apremio provisional frente a los incumplimientos parciales del deudor, con el fin de enderezar el cauce en la ejecución de las obligaciones a su cargo, pero de ninguna manera constituye requisito previo para la terminación del contrato por caducidad, pues, en estricto sentido, una y otra constituyen actuaciones contractuales independientes que, si bien se pueden dar respecto de un mismo contrato, tienen finalidades distintas.

De no ser así, por vía de ejemplo, frente al acaecimiento del supuesto que da lugar a la declaración de caducidad administrativa, en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la entidad tendría que imponer multas y permitir que la ejecución del contrato se paralizara, antes que adoptar la medida para poner fin al vínculo contractual y continuar la ejecución del objeto del contrato con otro contratista, lo cual no tendría sentido.

Ahora, al margen de la discusión que a nivel doctrinario y jurisprudencial se presentó en vigencia del texto original de la Ley 80 de 1993, en cuanto al privilegio de la decisión previa de las entidades públicas, para imponer multas a sus contratistas mediante acto administrativo, el contrato 103 de 2003 no previó ningún parámetro para decretarlas y dosificarlas; por ende, así se pensara que la Ley 789 de 2002 facultaba a las entidades públicas para, por sí y ante sí imponer multas a sus contratistas por el incumplimiento de las obligaciones parafiscales o de las relacionadas con el sistema general de seguridad social, la misma redacción del contrato habría impedido imponerlas, sencillamente porque, como se dijo, allí no se pactó ninguna fórmula para su cuantificación y, menos, un procedimiento para la adopción de la medida.

Dentro el escrito de apelación, la parte demandante cuestiona la valoración que realizó el Tribunal respecto de la declaración del testigo Edgar Yepes Gómez, pues en su opinión, la falta de pago de los aportes parafiscales no afectó la cumplida ejecución del objeto contractual.

En lo que respecta a la censura, el testigo, que se desempeñó como supervisor técnico del contrato 103 de 2003, afirmó en su declaración:

“PREGUNTADO: Sírvase manifestarle al Despacho, (sic) si como interventor del contrato al que se ha venido haciendo referencia se enteró usted de sendas tutelas que fueron incoadas en contra de Impulsemos, que tenían que ver con la falta de pago al personal de censadores, y que (sic) repercusión tuvo esta situación en el desarrollo normal del contrato. CONTESTO: Sí, yo escuché sobre la colación (sic) de estas tutelas para que la Empresa (sic) Impulsemos le respondiera por el pago de los censos realizados a aquellos censadores. En cuanto a que haya repercutido frente a la labor que ellos desempeñaban como censadores esta si (sic) yo no la puedo calificar, en el aspecto de que esto vino a dar ya finalizado los tres meses y medio que se le habían contratado. En este aspecto quiero decir que la Empresa (sic) Impulsemos según se me dijo cubrieron el pago de las ordenes (sic) de las tutelas, inclusive, la gerente me comentó que había hecho un préstamo para cumplir. Es lógico que si (sic) se afectó el censo porque había censadores que paralizaron su trabajo, pero también quiero decir que había un listado de varios inscritos y capacitados como censadores de Planeación Nacional para ser llamados y continuar con la labor”.

Para la Sala, la censura expuesta por el apelante no tiene la virtualidad de modificar la sentencia de primer grado, sencillamente porque en esta caso la caducidad no fue declarada por el incumplimiento grave del contratista que condujera a la paralización del objeto final del contrato (artículo 18 de la Ley 80 de 1993), sino por la falta de pago de los aportes parafiscales (SENA, ICBF y cajas de compensación familiar) y al sistema de seguridad social integral que, como se vio, constituye una causal de caducidad distinta de la contemplada en la norma en cita; por consiguiente, la afirmación del testigo nada tiene que ver con el fundamento jurídico que cimentó la declaración de caducidad y, por lo mismo, ninguna incidencia tenía al momento de examinar la legalidad de los actos demandados.

**3) Incumplimiento en el pago del anticipo.-**

La apelante considera que la entidad pública incumplió el contrato, porque no desembolsó oportunamente el anticipo pactado.

Para la Sala, el incumplimiento alegado por la parte actora no está acreditado, pues, en primer lugar, el contrato no establecía un término para la entrega del anticipo (ver numeral 1 de estas consideraciones) y, en todo caso, este último fue girado al contratista mediante transferencias realizadas el 7 y el 12 de abril de 2004 (ver numeral 6 de estas consideraciones) y, según la demanda, la contratista inició la ejecución del contrato el 13 de los mismos mes y año, es decir, un día después, de modo que el contratista recibió los dineros del anticipo antes, incluso, de que comenzara la ejecución de las actividades propias del contrato.

**4) La entidad solo estaba facultada para retener los dineros adeudados por el contratista por aportes al sistema general de seguridad social integral y aportes parafiscales.-**

En opinión de la parte apelante, la entidad pública debió pagar oportunamente las obligaciones económicas surgidas del contrato y, en caso de que considerara que la contratista adeudaba dineros al sistema de seguridad social integral y aportes parafiscales, sólo podía retener lo correspondiente a dichos rubros.

Para la Sala, el apelante parte de un supuesto equivocado y, por ende, llega a una conclusión desatinada.

El incumplimiento se produce cuando el comportamiento del obligado no se ajusta a lo debido o a lo que implica la obligación a su cargo[[16]](#footnote-16), dicho de otra manera, es el comportamiento opuesto a aquel en que se concreta el cumplimiento[[17]](#footnote-17), bien sea por falta de ejecución, ejecución inexacta (defectuosa) o ejecución tardía de la prestación (art. 1613 del C.C.), todo lo cual supone un obrar contrario a derecho por la trasgresión de las obligaciones pactadas en el contrato válido, el cual constituye ley para las partes (art. 1602 del C.C.).

En este caso -reitera la Sala-, a través del contrato 103 de 2003 la contratista se obligó a pagar los salarios y a realizar los aportes legales al sistema de seguridad social integral en salud y pensiones y los aportes parafiscales del personal vinculado a la ejecución del objeto contractual, de modo que tales obligaciones hacían parte integral del citado contrato y su desconocimiento se traducía en un actuar contrario a derecho, constitutivo de incumplimiento contractual dentro de la noción antes destacada.

En ese sentido, la parte incumplida no podía exigir el cumplimiento de las obligaciones a cargo de su co-contratante, porque debe recordarse que en los contratos bilaterales, es decir, aquellos en los cuales las partes tienen a su cargo obligaciones recíprocas e interdependientes -como es el caso que ocupa la atención de la Sala-, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla, por su parte, o no se allane a cumplirlos en la forma y tiempo debidos (art. 1609 del C.C)

Lo anterior se traduce en que, para que la contratista pudiera exigir el pago del valor del contrato, previamente debía cumplir las obligaciones a su cargo o allanarse a cumplirlas, es decir, ejecutar las prestaciones tendientes a obtener el producto final y acreditar tanto el pago de los salarios del personal vinculado al contrato, como el de los aportes al sistema integral de seguridad social y el de los parafiscales o estar presto a realizarlos; pero, como ya se vio, ella no hizo los pagos y no estuvo presta a efectuarlos y, por el contrario, se opuso categóricamente a ellos.

Además, debe recordarse que, antes de que iniciara la ejecución del contrato, la entidad contratante entregó a la contratista un anticipo del 30% del valor total estimado de aquél, anticipo que, como se sabe, constituye un instrumento de financiación, para que se puedan adelantar las actividades iniciales con el fin de lograr la adecuada ejecución del contrato, lo cual comprendía, en este caso, cubrir tanto los costos que demandaba la logística de aquél como las obligaciones laborales, las parafiscales y las del sistema de seguridad social del personal, por lo menos mientras se cumplía el supuesto que permitía exigir el segundo desembolso, es decir, mientras acreditaba la realización de 30.000 encuestas y el pago de la nómina, de los costos parafiscales y del sistema general de seguridad social integral del personal vinculado a la ejecución del contrato.

No obstante, la contratista cree equivocadamente que el cumplimiento parcial de las obligaciones a su cargo le permitía exigir un pago parcial del valor del contrato, olvidando que las obligaciones que surgían de éste eran indivisibles, en la medida en que el objeto de éstas era uno solo y no admitía fraccionamientos.

En efecto, el pago de los salarios y los aportes al sistema general de seguridad social y parafiscales era inescindible de la realización de las encuestas, el procesamiento de datos y la entrega final del producto, pues el pago de los primeros garantizaba la adecuada ejecución del objeto final del contrato; por ende, no puede afirmar la parte actora que el cumplimiento en la entrega de las encuestas se traducía en la satisfacción de las prestaciones a su cargo, de forma tal que permitiera o diera paso al cumplimiento de la prestación económica a cargo de la entidad contratante.

Ahora, parece que el apelante tiene una lectura distorsionada del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, en la medida en que entiende que la norma permitía que la entidad pública retuviera los dineros correspondientes a los pagos parafiscales y de seguridad social integral en salud y pensiones y pagara el valor restante al contratista, pero ello no es así.

Correspondía al contratista satisfacer la obligación de pago de los mencionados aportes y no podía desconocer su obligación para trasladársela a la entidad contratante, porque esta última no era la obligada a realizar tales pagos al sistema.

Cosa distinta es que la entidad estatal, al momento de proceder a la liquidación del contrato, debía verificar el correcto cumplimiento de los aportes por parte del contratista durante la ejecución de aquél, mediante la relación de los montos cancelados y las sumas que debieron ser cotizadas y, en caso de que observara que no se realizó la totalidad de los aportes correspondientes, debía retener las sumas adeudadas y girar tales recursos a los correspondientes sistemas, *“… con prioridad a los regímenes de salud y pensiones …”* (inciso segundo, art. 50, Ley 789 de 2002), que fue exactamente lo que hizo la entidad pública al momento de liquidar en forma unilateral el contrato.

Así, pues, no se avizora que la entidad pública haya incumplido las obligaciones a su cargo y, por el contrario, lo que aparece demostrado es el incumplimiento de las obligaciones del contratista.

**V.- Costas.-**

No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

**F A L L A:**

**Primero.- CONFÍRMASE** la sentenciaproferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 26 de marzo de 2007.

**Segundo.-** Sin condena en costas.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Ver estimación razonada de la cuantía, fl. 482, C. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. El recurso de apelación fue interpuesto el 9 de abril de 2007, de modo que la norma aplicable en materia de cuantías para acceder a la segunda instancia era la prevista en el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, pues para esa época ya habían entrado a funcionar los juzgados administrativos (1º de agosto de 2006) y, por consiguiente, había entrado en pleno vigor la reforma. [↑](#footnote-ref-2)
3. “Artículo 40. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. El artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

"Artículo 132. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

…

“5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales”. [↑](#footnote-ref-3)
4. “Artículo 164. Vigencia en materia contencioso administrativa. En los procesos iniciados ante la jurisdicción contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso, y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación.

“Los procesos de única instancia que cursan actualmente en el Consejo de Estado y que conforme a las disposiciones de esta ley correspondan a los Tribunales en única instancia, serán enviados a éstos en el estado en que se encuentren, salvo que hayan entrado al despacho para sentencia.

“Los procesos en curso que eran de única instancia ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales y que quedaren de doble instancia se deberán enviar en el estado en que se encuentren al competente, según esta ley, salvo que hayan entrado al despacho para sentencia.

“Los procesos en curso que a la vigencia de esta ley eran de doble instancia y quedaren de única, no serán susceptibles de apelación, a menos que ya el recurso se hubiere interpuesto.

**“Parágrafo**. [Modificado por el art. 1, Ley 954 de 2005](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=16373#1). Mientras entran a operar los Juzgados Administrativos continuarán aplicándose las normas de competencia vigentes a la sanción de la presente ley”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Teniendo en cuenta que el salario mínimo legal mensual vigente para 2005 era de $381.500.oo (Decreto 4360 del 22 de diciembre de 2004). [↑](#footnote-ref-5)
6. Al respecto, ver sentencia C-583 de 1997, de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-6)
7. Pese a lo dispuesto en el acto administrativo, en el sentido de hacer exigible la garantía expedida por Agrícola de Seguros S.A., la entidad pública, finalmente, descontó de los saldos adeudados al contratista el valor de la cláusula penal pecuniaria y el valor de los aportes adeudados al sistema de seguridad social integral y a las cajas de compensación familiar, de modo que los efectos jurídicos del acto administrativo no se concretaron en perjuicio de la compañía aseguradora.

Por lo anterior, la Sala considera que no era necesario que dicha compañía fuera vinculada al presente proceso para integrar el contradictorio, pues, a pesar de haber sido vinculada por aquel acto, no sufrió lesión en sus derechos subjetivos. [↑](#footnote-ref-7)
8. La Ley 782 de 2002 precisó la causal con mayor precisión, así:

“Artículo 31. El artículo 90 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999, quedará así: [Prorrogada vigencia, art. 1, Ley 1421 de 2010](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41004#1), [Prorrogada vigencia, art. 1, Ley 1738 de 2014](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=60261#1).

“Artículo 90. El Gobierno podrá declarar la caducidad o decretar la liquidación unilateral de todo contrato celebrado por una entidad pública, cuando el contratista incurra, con ocasión del contrato y en relación con los grupos armados organizados al margen de la ley, en cualquiera de las siguientes causales:

“Ceder injustificadamente ante las amenazas proferidas por dichos grupos.

“Recibir, suministrar, administrar, intervenir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino a tales grupos o colaborar y prestar ayuda a los mismos.

“Construir, ceder, arrendar, poner a disposición, facilitar o transferir a cualquier título, bienes para ser destinados a la ocultación de personas o al depósito o almacenamiento de pertenencias de dichos grupos.

“Paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de dichos grupos.

“Incumplir el deber de denunciar hechos punibles, cuya comisión sea imputable a dichos grupos, conocidos con ocasión del contrato.

“Parágrafo. Para efecto de lo dispuesto en el presente artículo, constituye hecho del contratista la conducta de sus agentes o dependientes, de la cual haya tenido conocimiento”. [↑](#footnote-ref-8)
9. “ARTÍCULO 112. CADUCIDAD. El contrato podrá terminarse por la declaración de su caducidad, exclusivamente por las siguientes causas:

“a) La disolución de la persona jurídica, menos en los casos en que se produzca por fusión, (sic) por absorción;

“b) La incapacidad financiera que le impida cumplir con las obligaciones contractuales y que se presume si al concesionario se le ha abierto trámite de liquidación obligatoria de acuerdo con la ley;

“c) La no realización de los trabajos y obras dentro de los términos establecidos en este Código o su suspensión no autorizada por más de seis (6) meses continuos;

“d) El no pago oportuno y completo de las contraprestaciones económicas;

“e) El omitir el aviso previo a la autoridad para hacer la cesión del contrato;

“f) El no pago de las multas impuestas o la no reposición de la garantía que las respalda;

“g) El incumplimiento grave y reiterado de las regulaciones de orden técnico sobre la exploración y explotación mineras, de higiene, seguridad y laborales, o la revocación de las autorizaciones ambientales necesarias para sus trabajos y obras;

“h) La violación de las normas sobre zonas excluidas y restringidas para la minería;

“i) El incumplimiento grave y reiterado de cualquiera otra de las obligaciones derivadas del contrato de concesión;

“j) Cuando se declare como procedencia de los minerales explotados un lugar diferente al de su extracción, provocando que las contraprestaciones económicas se destinen a un municipio diferente al de su origen. Lo anterior, sin perjuicio, de las acciones legales que procedan en contra del concesionario y de los funcionarios públicos que con su conducta promuevan estos actos.

“En el caso contemplado en el presente artículo, el concesionario queda obligado a cumplir o garantizar todas las obligaciones de orden ambiental que le sean exigibles y las de conservación y manejo adecuado de los frentes de trabajo y de las servidumbres que se hubieren establecido”. [↑](#footnote-ref-9)
10. El artículo 288 de la misma ley contempló el procedimiento para la declaración de caducidad, así:

“PROCEDIMIENTO PARA LA CADUCIDAD. La caducidad del contrato, en los casos en que hubiere lugar, será declarada previa resolución de trámite en la que, de manera concreta y específica, se señalen la causal o causales en que hubiere incurrido el concesionario. En esta misma providencia se le fijará un término, no mayor de treinta (30) días, para que subsane las faltas que se le imputan o formule su defensa, respaldada con las pruebas correspondientes. Vencido este término se resolverá lo pertinente en un plazo máximo de diez (10) días. Los funcionarios que dejaren vencer este plazo serán sancionados disciplinariamente como responsables de falta grave”. [↑](#footnote-ref-10)
11. “ARTÍCULO 50. CONTROL A LA EVASIÓN DE LOS RECURSOS PARAFISCALES. La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas (sic) de Compensación (sic) Familiar (sic), Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades (sic) públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.

“En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad (sic) pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento.

“Cuando la contratación se realice con personas jurídicas, se deberá acreditar el pago de los aportes de sus empleados, a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual en todo caso no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato. En el evento en que la sociedad no tenga mas (sic) de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.

“Para la presentación de ofertas por parte de personas jurídicas será indispensable acreditar el requisito señalado anteriormente. El funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito incurrirá en causal de mala conducta.

“Para poder ejercer el derecho de movilidad de Administradora (sic) de Riesgos (sic) Profesionales (sic) o Caja (sic) de Compensación (sic), el empleador se debe encontrar al día con los sistemas de salud y pensiones.

“PARÁGRAFO 1º. Las autoridades de impuestos deberán disponer lo pertinente a efectos de que dentro de la declaración de renta que deba ser presentada, a partir del año 2003 se establezca un renglón que discrimine los pagos al sistema de seguridad social en salud, pensiones, riesgos profesionales y aportes al SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Cajas de Compensación.

“PARÁGRAFO 2º. (modificado por el artículo 1º de la Ley 828 de 2003). Será obligación de las entidades estatales incorporar en los contratos que celebren, como obligación contractual, el cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral, parafiscales (Cajas de Compensación Familiar, Sena e ICBF) (sic) por lo cual, el incumplimiento de esta obligación será causal para la imposición de multas sucesivas hasta tanto se dé el (sic) cumplimiento, previa verificación de la mora mediante liquidación efectuada por la entidad administradora.

“Cuando durante la ejecución del contrato o a la fecha de su liquidación se observe la persistencia de este incumplimiento, (sic) por cuatro (4) meses la entidad estatal dará aplicación a la cláusula excepcional de caducidad administrativa.

“PARÁGRAFO 3o. (modificado por el artículo [9](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0828_2003.html#9) de la Ley 828 de 2003). Registro único de proponentes. Para realizar la inscripción, modificación, actualización o renovación del registro único de proponentes, las Cámaras de Comercio deberán exigir prueba del cumplimiento de las obligaciones parafiscales. Las personas jurídicas probarán su cumplimiento mediante certificación expedida por el revisor fiscal o en su defecto por el representante legal; las personas naturales mediante declaración juramentada. En caso de que la información no corresponda a la realidad, el Ministerio de la Protección Social o la Superintendencia Nacional de Salud impondrá una multa de diez (10) a treinta (30) salarios mínimos legales vigentes al revisor fiscal o representante legal firmante sin perjuicio del pago que deban hacer por los aportes que adeuden. El valor de la multa en lo que respecta al Sistema General de Seguridad Social en Salud será destinado a la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía” (subraya fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-11)
12. El texto original del citado artículo 50 de la Ley 789 de 2002 decía en su tercer párrafo:

“Parágrafo 3. Para realizar inscripción, modificación, actualización o renovación, las Cámaras de Comercio deberán exigir prueba del cumplimiento de las obligaciones en forma oportuna y completa con el Sistema de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales y cuando sea del caso los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Cajas de Compensación Familiar”. [↑](#footnote-ref-12)
13. Es de anotar que el artículo 1º de la Ley 828 de 2003 (vigente a partir del 10 de julio de 2003) modificó el parágrafo 2º del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, para contemplar la procedencia de la caducidad de la acción. Dicho parágrafo fue derogado expresamente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-13)
14. #  Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del agosto 29 de 2007 (exp. 15.494) y del 7 de octubre de 2009 (exp. 17.629).

 [↑](#footnote-ref-14)
15. *“El derecho de contradicción posibilita a las partes (demandante o demandado, peticionario o administrado), en paridad o igualdad de condiciones, formular la demanda y pretensiones (o solicitudes), contestarla y presentar defensas, interponer recursos, aportar pruebas y contraprobar, etc. La audiencia impone al juez o funcionario el deber de oír a las partes, antes de tomar una decisión que las vincule o afecte, para lo cual es menester que se otorgue, dentro de la respectiva actuación, la oportunidad a cada una de ellas de fijar una posición sobre el asunto o en relación con las manifestaciones de la otra y de controvertir las imputaciones y acusaciones que se le hagan en el juicio o procedimiento administrativo que se le promueva o adelante.*

*“En otras palabras, es derecho de las partes o interesados explicar al juez o funcionario, en la oportunidad que se les conceda, su opinión sobre la situación fáctica y jurídica en la que se encuentran, para que éste conozca todos los aspectos significativos del asunto sometido a su consideración, de manera que se le facilite dictar una sentencia o decisión justa o acertada. La audiencia, así concebida, es un imperativo de respeto para con las partes, a quienes les interesa que, en una situación que les concierne, no se tome una decisión en la que puedan resultar perjudicados sin que se les dé la ocasión de manifestarse y defenderse. En esta dimensión, la correcta aplicación de ese derecho evita una sentencia o decisión en contra de una parte no citada legalmente o soportada en hechos y pruebas sobre las cuales no haya tenido alguna de las partes la oportunidad de exponer y explicar su postura y argumentos en defensa de los derechos en controversia dentro de la actuación judicial o administrativa”* (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de febrero de 2012, expediente 23.461). [↑](#footnote-ref-15)
16. TRIGO REPRESAS, Felix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J: “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Tomo V, pág. 437, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008. [↑](#footnote-ref-16)
17. DE CUPIS, Adriano: “El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil”, pág. 134, Ed. Bosch, Barcelona, 1996. [↑](#footnote-ref-17)