**DICTAMEN PERICIAL – Práctica – Apreciación por el juez – Medio de prueba - Objeción por error grave**

La ley procesal en especial el Código de Procedimiento Civil, ha destacado la procedencia de la prueba pericial para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Como cualquier medio probatorio, el dictamen pericial puede ser objeto de contradicción por parte de las partes procesales, y una de las formas de contradecirlo es solicitando su aclaración, complementación u objetándolo por error grave. (…) Así las cosas, el error grave debe ser de tal entidad que afecte de forma manifiesta las conclusiones objeto del experticio, concepto que estudiado armónicamente junto con las manifestaciones realizadas por los objetantes, se tiene que no tienen la virtualidad de restar merito probatorio al dictamen pericial.(…) O]bserva la Sala que las manifestaciones de objeción al dictamen realizadas por las partes procesales, no tiene la envergadura de afectar la validez del mismo, pues son apreciaciones subjetivas de las partes. En efecto, y respecto a lo señalado por la parte demandada, se tiene que en el auto que ordenó el dictamen no se estableció que el dictamen se realizaría con el balance general presentado por Distribuidora Jeanse Ltda., en la solicitud de oferta Nro. 01-FA-DISER-2002, además que el dictamen presentado el 29 de julio de 2004, corresponde a una aclaración y complementación solicitada por la parte demandante. Finalmente, con relación a la objeción de la parte demandante, si bien en la aclaración al dictamen pericial se liquidó el perjuicio aplicando intereses debidos sobre el valor del balance, esta corresponde a una metodología que no implica de por sí que el dictamen sea erróneo, pero que tampoco ata al juez para liquidar los perjuicios con base en él. De acuerdo a lo anteriormente expuesto se desecharán las objeciones formuladas al dictamen.

**FINES ESTATALES – Cumplimiento servidores públicos – Celebración de contratos – Ejecución de contratos**

El artículo 3 de la ley 80 de 1993, señaló que los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar negocios jurídicos y con la ejecución de los mismos, se busca el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución de dichos fines, lo cual se encuentra relacionado con lo preceptuado en el artículo 14 numeral 1 de la mencionada ley, en cuanto señala que las entidades estatales, al celebrar un contrato, tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, para el cumplimiento de los fines estatales.

**POTESTADES EXCEPCIONALES – Protección de intereses generales – Prestación de servicios públicos – Clasificación contratos – Ejercicio de facultades excepcionales**

Los anteriores preceptos justifican la existencia de las potestades excepcionales al derecho común, las cuales fueron preceptuadas y desarrolladas por los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993, y que propenden por la protección de los intereses generales y la prestación de los servicios públicos, razón por la que hay ocasiones en las que los co-contratantes en este tipo de relaciones negociales no se encuentran en un plano de igualdad pues dadas las especiales circunstancias señaladas, el particular se ubica en una relación de subordinación respecto de su co-contratante, que es el Estado. (…) Esta Sección ha clasificado en cuatro (4) grupos los contratos estatales para el ejercicio de las facultades excepcionales, a saber: 1) contratos estatales en los que las cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias; 2) contratos estatales en los que las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas; 3) contratos estatales en los que se encuentra prohibido incluir y, por tanto, ejercer cláusulas o estipulaciones excepcionales y; 4) todos los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados.

**POTESTADES EXCEPCIONALES – No son comunes a todos los contratos – Son obligatorias en algunos contratos**

La Sala hace ahínco en que las facultades contempladas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, no son comunes a todos los contratos, pues como se observa de la lectura del mencionado artículo, las potestades excepcionales son, en algunos contratos, de obligatoria inclusión (aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación o la concesión de bienes del Estado y los de obra pública y la obligatoria de reversión en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado - ordinal segundo, inciso primero), en otros de inclusión facultativa (contratos de suministro y prestación de servicios, -ordinal segundo, inciso segundo-) y en otros está prohibido incluirlas (en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales o de cooperación, ayuda y asistencia, en los interadministrativos, en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el ordinal 2º o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas, así como los contratos de seguro tomados por las entidades estatales), como se puede apreciar en esta última tipología, la prohibición obedece, en veces, al interés que se pretende amparar, al plano de igualdad entre los sujetos co-contratantes (convenios interadministrativos) o al hecho de que materialmente resulta imposible incluirlas, dados los efectos jurídicos que envuelve el ejercicio de dicha cláusula excepcional

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

Bogotá, D. C, siete (7) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00277-01(39223)**

**Actor: DISTRIBUIDORA JEANSE LTDA**

**Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - FUERZA AÉREA COLOMBIANA**

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

**Tema:** Nulidad acto administrativo de declaratoria de caducidad. Declaración ex oficio de incompetencia. Clausulas excepcionales. Diferencias entre contrato de compraventa y suministro. Clausula penal pecuniaria. Competencia para su imposición.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 23 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en la cual negó las pretensiones de la demanda.

1. **ANTECEDENTES**
   * + 1. **La demanda**

El 24 de enero de 2003[[1]](#footnote-1), la sociedad Jeanse Ltda., actuando por conducto de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A., en contra de la Nación – Ministerio de Defensa- Fuerza Aérea Colombiana, elevando las siguientes declaraciones y condenas:

*“Que las resoluciones número 001 de 18 de octubre de 2002, “Por la cual se declara la caducidad del contrato Nº 300 FAC-2002 y se hace efectiva la póliza de garantía única” y su homóloga 003 de 1 de noviembre de 2002, por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución Nº 001 del mismo año, expedidas por el Director de los servicios de la FUERZA AÉREA COLOMBIANA, son nulas, por violación a la norma sustancial y a lo pactado dentro del contrato por las partes, lo cual es ley para las mismas.*

*Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 001 de 18 de octubre de 2002 y su homóloga 003 de 1 de noviembre de 2002, por las cuales se declara la caducidad del contrato Nº 300 FAC-2002, se hace efectiva la póliza de garantía única y, se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra el primero de los actos mencionados; se condene a la entidad demandada*

*1.- A exonerar a la contratista Distribuidora Jeanse Ltda, del pago de la pena pecuniaria por $118´503.702,24, impuesta por el supuesto incumplimiento del contrato 300-FAC-2002 y a su devolución debidamente indexados hasta el día en que ocurra dicha devolución.*

*2.- Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las resoluciones 001 de 18 de octubre de 2002 y 003 de 1 de noviembre de 2002, se condene a la entidad demandada al pago de los perjuicios morales (Good Will o buen nombre de la sociedad contratista) y materiales (daño emergente y lucro cesante), los cuales deberán ser indexados de acuerdo con el IPC certificado por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE PLANEACION – DANE-, hasta el día en que se efectivice el pago de los perjuicios.*

*3.- Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento por parte de la entidad contratante o demandada, del contrato 300-FAC-2002, se condene a la misma al pago de los perjuicios causados (daño emergente y lucro cesante), los cuales deben ser indexados de acuerdo con la certificación expedida por el Departamento Administrativo Nacional de Planeación – DANE-.*

*4.-Que se ordene el cumplimiento de la sentencia de acuerdo con lo señalado en los artículos 176 y 177, modificado con sentencia C-188 de 1999 de la H. Corte Constitucional, y artículo 178 del C.C.A.*

* + - 1. Hechos.

La parte actora soportó su demanda en los hechos que a continuación la Sala se sintetiza:

2.1. La Fuerza Aérea Colombiana mediante solicitud de oferta Nro. 01-FA-DISER-2002, requirió la adquisición de uniformes camuflados para el personal militar de la Fuerza Aérea Colombiana.

2.2. Al cierre del proceso licitatorio, la sociedad Jeanse Ltda., resultó adjudicataria de la misma, por lo que el 16 de agosto de 2002, se celebró contrato de compraventa Nro. 300-FAC-2002, con el objeto de adquirir 16093 uniformes para el personal militar de la Fuerza Aérea Colombiana.

2.3. Se señaló en la demanda que el perfeccionamiento del contrato acaeció el 29 de agosto de 2002, con la aprobación del registro presupuestal. Además su ejecución, según el numeral 1º del parágrafo quinto de la cláusula segunda, debió iniciarse el quinto (5) día hábil siguiente al perfeccionamiento del contrato, esto es, el cinco (5) de septiembre de 2002.

2.4. Según la cláusula sexta del contrato – lugar y plazo de entrega- el contratista se obligó a entregar los uniformes en el almacén de intendencia (DISER), de la base aérea Brigadier General Camilo Daza, Comando Aéreo de Transporte Militar (CATAM), adjunto al Aeropuerto El Dorado; mediante tres entregas de 3218, 6437 y 6438 uniformes a más tardar el 30 de agosto, 30 de septiembre y 30 de octubre de 2002, respectivamente.

2.5. Dado que en el contrato se estipuló que la ejecución era a partir del quinto día hábil siguiente a su perfeccionamiento, esto es, desde el 5 de septiembre de 2002, no podía exigirse al contratista el cumplimiento de la primera entrega -30 de agosto de 2002-.

2.6. Debido a los supuestos incumplimientos del contratista, la entidad contratante emitió la Resolución Nro. 001 del 18 de octubre de 2002, a través de la cual declaró su caducidad.

2.7. La anterior resolución fue impugnada, tanto por el contratista como por la Compañía Aseguradora Seguros del Estado, sin embargo mediante Resolución Nro. 03 del 1º de noviembre de 2002, fue confirmada en todas sus partes.

* + - 1. Concepto de violación

El concepto de violación se sintetiza así:

* + - * 1. Violación de los artículos 6, 15, 21, 25, 29 53 y 83 de la Constitución Política; 18 de la Ley 80 de 1993; artículo 3 inciso 2 del C.C.A y claúsula Décima Segunda del Contrato de compraventa Nro. 300-FAC-2002.

Consideró la parte demandante que los incumplimientos parciales en los que incurrió en la etapa de pre-ejecución del contrato no debieron tomarse como definitivos para declarar la caducidad del contrato. Señaló que la administración tomó la salida más fácil –declarar a caducidad del contrato-, y no usó correctivos – ampliar los plazos- que consultaran los fines de la contratación estatal, además que debió agotarse el procedimiento señalado en la cláusula 12 del contrato, como lo era la imposición de multas y no declarar la caducidad pues la ejecución del contrato no se veía afectada.

4. Actuación Procesal.

4.1. Mediante decisión del 6 de marzo del 2003[[2]](#footnote-2), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A admitió la demanda y dispuso la notificación personal al representante legal de la parte demandada. Adicionalmente, citó como litisconsorte necesario a la Compañía Seguros del Estado S.A.

4.2. La Compañía Seguros del Estado S.A., actuando como litisconsorte, presentó escrito en el que coadyuvó la demanda presentada por la Distribuidora Jeanse Ltda.[[3]](#footnote-3)

4.3. A su vez, la parte demandada Nación- Ministerio de Defensa contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones[[4]](#footnote-4). Señaló que los actos administrativos impugnados cuentan con presunción de legalidad, además que la sanción en ellos impuesta es conforme al deber, consagrado en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, de exigir al contratista la ejecución idónea del contrato, además que en la cláusula decima primera del contrato las partes convinieron la cláusula penal pecuniaria en caso de declaratoria de caducidad.

4.4. A través de proveído del 25 de septiembre de 2003[[5]](#footnote-5), el *a quo* abrió a pruebas el proceso de la referencia. Fenecida la etapa probatoria, se corrió traslado para alegar de conclusión mediante auto del 22 de septiembre de 2005[[6]](#footnote-6).

4.5. El término de traslado de conclusión, fue aprovechado por la parte demandada y demandante para reiterar lo expuesto en la contestación y en la demanda, respectivamente[[7]](#footnote-7).

**4. La sentencia apelada.**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A en sentencia proferida el 23 de octubre de 2008[[8]](#footnote-8), luego de encontrar cumplidos los presupuestos procesales para proferir sentencia de fondo y de desechar las objeciones formuladas a los dictámenes periciales, decidió negar las pretensiones de la demanda.

El *a quo*, contrario a lo deprecado por la parte demandante, señaló que los actos demandados en nulidad son legales toda vez que la conducta de la entidad contratante fue legítima, además de consultar los principios de buena fe y lealtad. Señaló que las condiciones para la declaratoria de caducidad estaban dadas pues existió un incumplimiento grave que amenazaba la paralización de contrato pues existió “*i) el incumplimiento en la entrega de 30 de agosto, ii) y la del nuevo plazo para el 27 de septiembre de 2002- en el que para efectos de justificarse esgrimió la sociedad un hecho que de ninguna manera puede constituir caso fortuito o fuerza mayor-, iii) y la mala calidad de los bienes, […] iv) que para el 30 de octubre se tenía prevista la terminación del contrato por la entrega de la totalidad de la prestación.”*

Posteriormente, y en lo referente a la cláusula penal, consideró que esta tiene su fuente en la voluntad de las partes expresada en el Contrato, por lo que la administración tiene competencia para ordenar la efectividad de la misma en contra del contratista incumplido, además que la misma se estipuló en el contrato Nro. 300 FAC-2002 en caso de declaratoria de caducidad, por ende su imposición no violó derecho alguno del contratista o de la compañía aseguradora.

5. El recurso de apelación y actuación en segunda instancia

5.1. La parte demandante y la Compañía Aseguradora Seguros del Estado interpusieron sendos recursos de apelación contra la anterior decisión. Sin embargo, mediante auto del 27 de noviembre de 2008, el *a quo* negó por improcedentes los recursos de apelación, decisión que fué confirmada mediante proveído del 12 de febrero de 2009, pero revocada por el Consejo de Estado a través de auto del 3 de marzo de 2010 con ocasión del recurso de queja desatado.

5.2. Mediante auto del 24 de noviembre de 2010, el Consejo de Estado corrió traslado a la parte demandante y la Compañía Aseguradora Seguros del Estado para que sustentaran los recursos. Posteriormente, en proveído del 22 de junio de 2011, se declararon desiertos ambos recursos al no haberse sustentado, sin embargo y con ocasión del recurso de súplica interpuesto se revocó la anterior decisión para admitir el recurso de apelación de la parte demandante, y declarar desierto el de la Compañía Aseguradora Seguros del Estado.

5.3. Manifestó la parte demandante en su recurso que el contrato 300 FAC-2002 debía iniciar su ejecución una vez se legalizara el mismo y ello estaba condicionado a la “*aprobación de la garantía única de cumplimiento, novedad que tuvo ocurrencia el 30 de agosto de 2002, toda vez que para el perfeccionamiento del contrato se requería la expedición del registro presupuestal, situación finiquitada sólo hasta el 29 de agosto de 2002; es decir, solo cuando el contrato se encontrara perfeccionado y legalizado, se procedería al siguiente paso, cual es la ejecución del contrato. Y que para su legalización se requería no solo la firma del mismo, sino la constitución y aprobación de la garantía única de cumplimiento, previa disponibilidad presupuestal, todo lo cual ocurrió el 30 de agosto de 2002, es decir, el plazo del contrato realmente vencía el 30 de noviembre de 2002”*

Señaló que la entidad contratante no podía decretar la suspensión del contrato antes de su perfeccionamiento y legalización pues no había nacido a la vida jurídica, y por ende no eran exigibles las obligaciones.

Finalmente, arguyó que si bien existieron devoluciones de uniformes por incumplimiento de aspectos técnicos y mora en las entregas parciales, dichos incumplimientos no eran de la magnitud e importancia para decretar la caducidad del contrato.

5.5. A través de auto del 14 de septiembre de 2014, se ordenó el traslado para alegar de conclusión[[9]](#footnote-9), término aprovechado por la parte demandante[[10]](#footnote-10), para además de reiterar lo manifestado en la sustentación del recurso de apelación, señalar que la administración incurrió en *desviación de poder* y *falsa motivación* en la expedición de los actos administrativos demandados.

Por su parte, el Ministerio Público, en el concepto Nro. 085/2011 solicitó la confirmación del fallo apelado, pues a su juicio la presunción de legalidad que cobija a los actos demandados no fue desvirtuada por la parte demandante, además que la declaratoria de caducidad se fundamentó en graves y continuos incumplimientos de la Distribuidora Jenase Ltda.

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración a través del siguiente esquema: 7. competencia; 8. hechos probados; 9. caso concreto.

1. **Competencia**

7.1. El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón al recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia, dado que, conforme a la Ley 446 de 1998 –vigente para el momento de interposición del recurso-, la cuantía exigida para que el asunto fuera susceptible de doble instancia tenía que ser superior de 500 SMLMV, circunstancia que se supera en el presente asunto.

7.2. En el presente asunto la Sala encuentra restringida su competencia de conformidad con lo preceptuado en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en sede contencioso administrativo por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, según el cual el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo que es desfavorable al apelante y en caso de que sea apelante único, el *ad quem,* no podrá hacer más gravosa su situación, principio al que se le ha denominado de la *non reformatio in pejus*.

1. **Medios de prueba**

8.1. Del material probatorio allegado al presente proceso la Sala resalta:

1. Copia auténtica de la solicitud de oferta Nro. 01-FAC-DISER-2002, mediante la cual la Fuerza Aérea Colombiana abrió la contratación de uniformes camuflados para el personal militar de la Fuerza Aérea[[11]](#footnote-11).
2. Copia auténtica de la Adenda Nro. 1 a la solicitud de oferta Nro. 01-FAC-DISER-2002 del 21 de mayo de 2002[[12]](#footnote-12), en la que se incluyó:

“El Ministerio de Defensa una vez perfeccionado el contrato cuando lo estime conveniente, podrá a través de los funcionarios que para tal fin designe, inspeccionar la confección del material objeto del contrato, además harán una verificación visual y dejaran constancia mediante actas. En caso de presentarse observaciones que no sean corregidas, el Ministerio de Defensa podrá dar por terminado el contrato y así lo acepta el contratista, se impondrán las sanciones legales a que haya lugar. Así mismo el Ministerio de Defensa tomará dos muestras de la entrega del material las cuales serán enviadas al Laboratorio del EJÉRCITO, ICONTEC, POLICÍA, SENA o según el caso, para su respectivo análisis, en cumplimiento con las Normas Técnicas Militares correspondientes, los costos de dichas pruebas estarán a cargo del contratista”.

1. Copia auténtica de la Adenda Nro. 2 a la solicitud de oferta Nro. 01-FAC-DISER-2002 del 23 de mayo de 2002[[13]](#footnote-13), en la cual se prorrogó la fecha de cierre hasta el 4 de junio de dicha anualidad.
2. Copia auténtica del oficio Nro. 986 DISER-EMACO-SEPRE-023 del 25 de julio de 2002[[14]](#footnote-14), en el cual el Director de Servicios de la Fuerza Aérea Colombiana informó a la Sociedad Distribuidora Jeanse Ltda., la aceptación de la oferta por valor de $1.185`037.022,40 M/cte para la adquisición de uniformes camuflados.
3. Copia auténtica del acta de visita empresarial a la Distribuidora Jeanse Ltda., del 8 de agosto de 2002[[15]](#footnote-15), en la que se consignó:

“Verificada la confección de los uniformes camuflados se observó que no estaban cumpliendo con los estándares exigidos de acuerdo a la norma técnica 0121 2ª a los cuales se les hicieron las siguientes observaciones en cuanto a la confección:

* Los bolsillos deben estar colocados de una forma simétrica, cumpliendo con los parámetros exigidos en cuanto medidas de la norma técnica ya que los moldes utilizados por parte de los operarios no son los adecuados puesto que ocasionan imprecisión en la colocación del bolsillo.
* No se pudo constatar la existencia de todo el material para la elaboración total de los 16.093 camuflados.
* En la gorra camuflada se les solicitó se corrigiera el molde para su confección.
* Se les solicitó no efectuar remates visibles en la camisa del camuflado.
* De acuerdo al contrato se les aclaro (sic) las cantidades a efectuar por cada entrega.
* Se tomó tres metros de tela del material para enviarlos al ICONTEC falta enviar camuflados para la confección.
* Se le manifestó a la empresa que las visitas de Inspección no son la garantía para la certificación de la calidad del total lote, siendo esto responsabilidad total de la empresa, mediante la obtención de resultados por intermedio del ICONTEC”.

1. Copia auténtica del acta de visita empresarial a la Distribuidora Jeanse Ltda., del 14 de agosto de 2002[[16]](#footnote-16), en la que se consignó:

* VERIFICADA LA CONFECCIÓN DE LOS Uniformes Camuflados, se observó confeccionadas algunas piezas de los uniformes.
* Aleatoriamente se confirmaron que algunas piezas cumplen con las medidas de acuerdo a la norma técnica 0121 2ª.
* Se constato (sic) que falta verificar el material completo para la confección de la totalidad de los camuflados.
* Se verifico (sic) que no hay ningún camuflado terminado.
* Se le solicito (sic) gestión al proveedor para que dar cumplimiento del contrato en las fechas pactadas”.

1. Copia simple de la comunicación del 13 de agosto de 2002[[17]](#footnote-17), mediante la cual el Representante Legal de la Distribuidora Jeanse Ltda., solicitó al Director de Servicios de la Fuerza Aérea Colombiana la ampliación del plazo para las entregas de los uniformes por 8 días, debido a que las tallas fueron suministradas tardíamente por la FAC.
2. Copia auténtica del “cronograma de actividades de producción contrato 300-FAC-2002 uniformes camuflado” del 15 de agosto de 2002[[18]](#footnote-18) enviado por la Distribuidora Jeanse Ltda., a la Fuerza Aérea Colombiana:

“De acuerdo a lo estipulado en el contrato hacemos entrega formal de nuestro cronograma de actividades para la primera entrega de un total de 3.218:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **ACTIVIDAD** | **INICIO** | **TERMINACIÓN** |
| 1 Llegada de material | Agosto 8 | Agosto 8 |
| 2 Recepción de tallas | Agosto 8 | Agosto 8 |
| 3 Corte | Agosto 9 | Agosto 17 |
| 4 Inicio de Producción | Agosto 10 | Agosto 29 |
| 5 Control de calidad | Agosto 20 | Agosto 29 |
| 6 Empaque | Agosto 22 | Agosto 29 |
| 7 Despacho | Agosto 30 | Agosto 30 |

1. Copia auténtica del contrato Nro. 300-FAC-2002 suscrito el 16 de agosto de 2002[[19]](#footnote-19) por el representante legal de la Distribuidora Jeanse Ltda., y el Director de Servicios de la Fuerza Aérea Colombiana, del cual se resaltan las siguientes clausulas:

“**CLÁUSULA PRIMERA.-OBJETO:** EL CONTRATISTA vende al MINISTERIO las prendas, en adelante LOS UNIFORMES, en las cantidades y por los valores descritos a continuación:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| DESCRIPCION | CANTIDAD | VALOR UNITARIO SIN IVA | VALOR TOTAL SIN IVA $ |
| Uniformes Camuflados | 16.093 | 63.480.00 | 1.021`583.640.00 |
| SUBTOTAL |  |  | 1.021`583.640.00 |
| IVA |  |  | 163`453.382,40 |
| TOTAL |  |  | 1.185`037.022,40 |

EL MINISTERIO compra a EL CONTRATISTA LOS UNIFORMES en las cantidades y por el valor total descrito. **PARÁGRAFO ÚNICO**: Para todos los efectos legales el presente es un contrato de resultado, que obliga a EL CONTRATISTA a la utilización de los insumos, confección y entrega de cada una de las piezas que forman LOS UNIFORMES como producto final, en las condiciones y con las especificaciones contempladas en el presente contrato y en los demás documentos que forman parte integral del mismo, sin que, por tanto pueda oponerse el mejor esfuerzo de EL CONTRATISTA a su ejecución. **CLÁUSULA SEGUNDA.- DESCRIPCIÓN Y CARACTERÍSTICAS:** LOS UNIFORMES objeto del presente contrato deberán ser nuevos, confeccionados con material de primera calidad, y deberán cumplir con el cien por ciento (100%) de las Normas Técnicas Militares Nos. 0144 4ta. Actualización para la tela y 0121 2da. Actualización para la confección, cuyo cumplimiento deberá ser certificado por el ICONTEC en todas las ocasiones que sea requerido por EL MINISTERIO durante la ejecución del presente contrato hasta antes de su liquidación. (…) **CLÁSUSULA DÉCIMA.- CADUCIDAD ADMINISTRATIVA:** Si se presenta algún hecho constitutivo 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, EL MINISTERIO podrá declarar la caducidad y ordenar la liquidación en el estado en el que se encuentre, todo de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. Así mismo, cuando se presente cualquiera de los eventos contemplados en los artículos 82 de la Ley 104 de 1993, modificada y prorrogada por la ley 241 de 1995 en sus artículos 45 y 61 respectivamente y 25 de la ley 40 de 1993, podrá declararse la caducidad del EL CONTRATO en los términos allí señalados. La liquidación se realizará de conformidad con lo previsto en los artículos 60 y siguientes de la Ley 80 de 1993. **CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA.- PENAL PECUNIARIA:** Con el fin de sancionar al contratista por el hecho de declararse la caducidad administrativa o el incumplimiento del contrato, las partes convienen como pena pecuniaria, la obligación de EL CONTRATISTA de pagar la suma de CIENTO DIECIOCHO MILLONES QUINIENTOS TRES MIL SETECIENTOS DOS PESOS CON 24/100 ($118`503.702,24) M/CTE, equivalente al diez por ciento 10% del valor del contrato, sin perjuicio de que EL CONTRATISTA deba cumplir con la obligación principal y de las acciones a que haya lugar cuando resulte mayor. **PARÁGRAFO ÚNICO:** La suma anterior se pacta a título de pena, no de indemnización, razón por la cual el MINISTERIO se reserva el derecho de reclamar del contratista el pago de los perjuicios que su incumplimiento le hubiese ocasionado. (…) **CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- SANCIONES POR RETARDO:** Las partes convienen en establecer las siguientes formas de sancionar el incumplimiento de las obligaciones recíprocamente adquiridas en virtud del presente contrato así: a) En el evento de presentarse retardo en la entrega de LOS UNIFORMES dentro de los plazos acordados o incumpliendo del (sic) cronograma de actividades en otros aspectos, y con el fin de que el contratista cumpla debidamente la ejecución del mismo, se impondrán multas, cuyo valor se liquidará con base en el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de los UNIFORMES dejados de entregar, o del 0.25% del valor del contrato cuando en los demás aspectos diferentes al de las entregas no se cumpla el cronograma de actividades; por cada día de retardo y hasta por un plazo de 15 días calendario en calidad de sanción por el simple hecho del incumplimiento(…)”

1. Copia auténtica del acta de recibo físico de material Nro. 116 del 30 de agosto de 2002[[20]](#footnote-20), en la cual se documentó la entrega de 405 uniformes camuflados, como nota se indicó “se deja constancia que queda pendiente el control de calidad de los elementos”.
2. Copias auténticas de las actas de recibo físico de material Nros. 119 de 2 de septiembre, 122 de 3 de 3 de septiembre y 127 de 6 de septiembre de 2002[[21]](#footnote-21) en la cual se consignó la entrega de 450, 240 y 300 uniformes camuflados, respectivamente.
3. Copia auténtica del acta de “*Verificación visual efectuada por el Comité Técnico a la entrega efectuada en el Almacén DISER*” en el cual se verificó visualmente la calidad de una muestra -210 uniformes- de los uniformes entregados por la Distribuidora Jeanse Ltda., arrojando que todos presentaban imperfectos[[22]](#footnote-22).
4. Copia auténtica del oficio Nro. 2255-EMACO-DISER-023 del 3 de septiembre de 2002[[23]](#footnote-23), mediante el cual se suspendió la ejecución del contrato 300-FAC-2002, por los siguientes motivos:
5. “El día treinta (30) de agosto de 2002 la empresa que usted representa debió entregar (3.218) camuflados, solo entregaron (405) camuflados, por ende incumplieron lo estipulado en el literal a) de la cláusula sexta del respectivo contrato.
6. De acuerdo al informe preliminar realizado por el Comité Técnico de la Dirección de los Servicios en su inspección visual a los (405) camuflados efectuada en el almacén de Intendencia (DISER) ubicado en CATAM el treinta de agosto de 2002, encontró observaciones sobre la calidad de la tela y su confección.
7. El no pago de las pruebas de laboratorio de la primera entrega, de acuerdo al parágrafo séptimo de la cláusula segunda del contrato en comento.
8. La administración espera los resultados del ICONTEC, sobre el cumplimiento de las normas técnicas Militares Nos. 0144 4ª actualización para la tela y 0121 2ª actualización para la confección, para establecer los efectos legales de dicha entrega parcial

La administración estudia actualmente los incumplimientos contractuales en que ha incurrido hasta la fecha y procederá a dar inicio a los procedimientos administrativos pertinentes a efectos de imponer las sanciones que correspondan contractual y legalmente.

De acuerdo al cronograma de actividades de la primera entrega, la firma por usted representada debió haber producido lo relacionado con dicha entrega … por consiguiente la suspensión implica que no se deberá iniciar la producción de la segunda entrega hasta tanto se obtengan los resultados de las pruebas de laboratorio teniendo en cuenta el informe preliminar del Comité Técnico de calidad, organismo y proceso de revisión estipulado en el contrato, cuyo informe y resultado tienen implicaciones contractuales y legales”.

1. Copia auténtica del “acta concepto técnico” del 10 de septiembre de 2002 en el cual se emite el concepto técnico de inspección Nro. 149UCRDJ I4 emitido por el ICONTEC el 9 de agosto, se resalta:

“(…) las muestras evaluadas NO CUMPLEN con los requisitos exigidos en la NTMD 0121 2 Actualización “confección”.

Incumpliendo en 26 Items que describe la norma 0121 2 actualización.”

1. Copia auténtica del oficio Nro. 1435-IRM-267 del 19 de septiembre de 2002[[24]](#footnote-24), en el que el profesional de certificación del ICONTEC informa al Gerente de Distribuidora Jeanse Ltda., que “en atención a las solicitudes de servicio No. **149-2** para la certificación de muestra del producto le informamos que de acuerdo con los resultados de los ensayos el ICONTEC concluye que la muestra de producto evaluado no cumple algunas de las características evaluadas según los requisitos especificados en la norma técnica, NTMD 121 2da Actualización, para Uniformes Camuflados”.
2. Copia auténtica del oficio Nro. 1435-IRM-254 del 20 de septiembre de 2002[[25]](#footnote-25), en el que el profesional de certificación del ICONTEC informa al Gerente de Distribuidora Jeanse Ltda., que “en atención a las solicitudes de servicio No. **149** para la certificación de muestra del producto le informamos que de acuerdo con los resultados de los ensayos el ICONTEC concluye que la muestra de producto evaluado no cumple algunas de las características evaluadas según los requisitos especificados en la norma técnica, NTMD 144 4ª Actualización, para Tela Ripstop”.
3. Copia auténtica del acta del 13 de septiembre de 2002 se reanudó la ejecución del contrato, bajo los siguientes parámetros:

“De acuerdo a la revisión efectuada por el Comité dispuesto para tal fin, del material que se encontraba en la bodega del SALMA, la Junta Asesora de Contratación recomiendo que el lote entregado debe ser rechazado y retirado por el contratista, esta recomendación es aceptada por el delegado contractual.

El señor Teniente Coronel Sánchez aclara el contenido del documento mediante el cual se suspendió la ejecución del contrato a partir de la primera entrega, en el sentido que el contratista debe continuar con las albores de ejecución de la primera entrega, y se acuerda con este que debe realizar una nueva entrega de 1500 uniformes camuflados el día viernes 27 de septiembre de 2002 a las 8:30 horas en el Almacén de Intendencia- SALMA. Se hace claridad que para esta entrega se efectuará una revisión igual a la hecha el día de hoy, estableciéndose que en el evento en que revisadas las condiciones generales de la norma técnica para el uniforme camuflado, si el lote es rechazado se suspenderá definitivamente el contrato y la administración procederá a su liquidación y aplicación de las clausulas establecidas en el contrato.”

1. Copia auténtica del oficio Nro. 2441-EMACO-SEJEC-023 del 23 de septiembre de 2002[[26]](#footnote-26) mediante la cual la entidad contratante informó a la Compañía Aseguradora Seguros del Estado S.A. que “se han presentado algunas vicisitudes de incumplimiento que obligan a la administración a dar inicio a los procedimientos administrativos necesarios tendientes a declarar la realización de algunos riesgos amparados por dichas pólizas.”
2. Copia auténtica de la comunicación del 26 de septiembre de 2002[[27]](#footnote-27), en el que el Representante legal de la Distribuidora Jeanse Ltda. solicitó al Director de Servicios de la Fuerza Aérea Colombiana prorrogar el plazo de entrega hasta el 30 de septiembre, debido a que el día 24 de septiembre de 2002 se presentó un caso fortuito o fuerza mayor consistente en el corte de energía por unas horas.
3. Copia auténtica del acta del 27 de septiembre de 2002[[28]](#footnote-28), en la que se determinó:

“De conformidad con lo estipulado en el acta de fecha 13 de septiembre de 2002, y una vez analizadas las argumentaciones presentadas por el Contratista como justificativas de su incumplimiento, la Administración considera que las mimas no tienen asidero legal ni contractual alguno, por tal razón y en consideración al grave perjuicio que esta causando a la Fuerza Aérea Colombiana al no disponer de los camuflados necesarios para dotar al personal de soldados, esta procede a la suspensión definitiva del contrato a partir de la fecha y su liquidación y aplicación de las clausulas establecidas en el contrato.

Se deja constancia que el señor representante legal de DISTRIBUIDORA JEANSE LTDA, y su asesor manifiestan no tener voluntad de firmar el acta correspondiente a la reunión efectuada y quienes se expresaron en términos desobligantes de la Administración y de los veedores que asistieron a la misma”.

1. Copia auténtica de la comunicación del 30 de septiembre de 2002[[29]](#footnote-29), mediante la cual el representante legal de Distribuidora Jeanse Ltda., manifestó su inconformidad respecto a la suspensión definitiva del contrato y al no haberse reconocido los hechos constitutivos de fuerza mayor y caso fortuito.
2. Copia auténtica de la Resolución 001 del 8 de octubre de 2002[[30]](#footnote-30), en la cual se declaró la caducidad del contrato 300-FAC-2002 y condenó a título de clausula penal el pago de $118`503.702,24.
3. Copia auténtica de la Resolución Nro. 003 de 1º de noviembre de 2002[[31]](#footnote-31), en la que la administración con ocasión del recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución resolvió confirmarla en todas sus partes la misma.
4. Copia auténtica de la Resolución Nro. 003 del 3 de abril de 2003[[32]](#footnote-32), en la cual la administración liquidó unilateralmente el contrato 300-FAC-2002.
5. Dictamen pericial rendido el 29 de marzo de 2004 por el Contador Público Mario Reyes Beltran.
6. Aclaración al dictamen pericial señalado en el acápite anterior de fecha 23 de julio de 2004.

**8.2. Dictamen pericial.**

8.2.1. Dentro del proceso se ordenó la práctica de un dictamen pericial con el fin de determinar los ingresos y egresos de la Distribuidora Jeanse Ltda., con ocasión de la celebración del contrato 300-FAC-2002, al igual que las utilidades dejadas de percibir ante la declaratoria de caducidad del mismo[[33]](#footnote-33).

En el experticio rendido el 29 de marzo de 2004[[34]](#footnote-34), el perito contador Mario Reyes Beltrán señaló:

“como se puede deducir en el anexo adjunto que hace parte de este informe correspondiente al estado de resultados proyectado, la posible utilidad dejada de percibir sería de la suma de ciento noventa y dos millones cuatrocientos treinta y dos mil novecientos sesenta y dos pesos ($192.432.962.00) moneda nacional.

Igualmente, se observó a 31 de octubre de 2002, en la cuenta código 1404 Materias Primas del libro mayor y balances, folio número 35 (fotocopia adjunta), aparece un saldo de $408.636.172.00, que según certificación del representante legal y el contador la cual adjunto, hacen parte de los inventarios de materia prima exclusivos para la ejecución del contrato en mención en cuantía de doscientos cincuenta y un millones trescientos diecinueve mil ($251.319.000.00) pesos moneda nacional”.

La parte demandante solicitó aclaración y complementación[[35]](#footnote-35) al anterior dictamen, con el fin que los perjuicios se tasaran de forma integral con la demanda además que las utilidades dejadas de percibir cobijaran el término de 5 años, lapso durante el cual el contratista quedó inhabilitado.

En virtud de lo anterior, se rindió aclaración el 29 de julio de 2004[[36]](#footnote-36), en la que menciona el perito que corresponde un nuevo dictamen, y no a la aclaración y complementación del anterior pues son puntos nuevos no contemplados en el anterior, al respecto expresó:

“Como se puede deducir, en los anexos adjuntos que hacen parte de este informe correspondientes a los estados de resultados proyectados, los posibles ingresos dejados de percibir por el año 2002 y los posibles ingresos a percibir por los cinco (5) años, que dura la sanción, podrían llegar a la suma de dos mil novecientos ochenta y un pesos ($2.988.883.481.00) moneda nacional.

Igualmente, se observó a 31 de octubre de 2002, en la cuenta código 1404 Materias Primas del libro mayor y balances, folio número 35 (fotocopia que se adjunto en el informe presentado el 29 de marzo de 2004), aparece un saldo de $408.636.172.00, que según certificación del representante legal y el contador la cual adjunto, hacen parte de los inventarios de materia prima exclusivos para la ejecución de los contratos en mención”.

8.2.2. Dentro de la oportunidad procesal, la parte demandante y demandada formularon objeción por error grave contra el anterior experticio.

La parte demandada[[37]](#footnote-37) arguyó que el dictamen rendido se basó en un estado de cuentas o balance general de diciembre de 2001, es decir diferente al que contaba la entidad para efecto de la contratación, además que, a su juicio, no es claro porque se presenta un segundo dictamen pericial en donde se estiman unos posibles ingresos por los cinco años que dura la sanción.

A su turno, la parte demandante[[38]](#footnote-38) señaló que no existe equivalencia entre el dictamen rendido y las pretensiones de la demanda, concretamente los perjuicios materiales. Indicó que se calculó erróneamente las utilidades proyectadas y dejadas de percibir, pues se debió hacer sobre el 20% por cada año y no el IPC.

8.2.3. Corresponde a la Sala el estudio y decisión de las objeciones al dictamen pericial de acuerdo a lo preceptuado en el numeral 6 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

La ley procesal en especial el Código de Procedimiento Civil, ha destacado la procedencia de la prueba pericial para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

Como cualquier medio probatorio, el dictamen pericial puede ser objeto de contradicción por parte de las partes procesales, y una de las formas de contradecirlo es solicitando su aclaración, complementación u objetándolo por error grave.

Sobre este último aspecto – objeción por error grave-, ésta Subsección precisó lo siguiente:

En tanto que la objeción por error grave se puede formular contra los dictámenes periciales, conforme a lo establecido por el artículo 238 del C. de P. C. Desde hace un buen tiempo, la Corte Suprema de Justicia[[39]](#footnote-39) ha venido manejando como criterio para determinar cuándo el error es grave, a tenor de lo establecido en el artículo 238 del CPC, el del “error manifiesto de hecho”, esto es, aquel que “debe ser manifiesto, protuberante, además de importante cuantía si se trata de regulaciones numéricas como avalúos o respecto a un punto importante en los demás casos”[[40]](#footnote-40).

Dicha postura inicial de la Corte Suprema de Justicia, ha sido matizada por la Sala en sus precedentes, entendiéndose por error grave

“… “una falla de entidad en el trabajo de los expertos”, de ahí que no cualquier error tenga esa connotación. Ahora bien, la prosperidad de la objeción supone que el objetante acredite las circunstancias que, su juicio, originan el error; para ello puede solicitar las pruebas que estime pertinentes o, si lo considera suficiente, limitarse a esgrimir los argumentos que fundamentan su objeción”[[41]](#footnote-41).

A lo que se agregó, en posterior precedente, que se,

“… requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos”[[42]](#footnote-42).

Recientemente, el precedente de la Sala señala que para la configuración del error grave,

“… el pronunciamiento técnico impone un concepto equivocado o un juicio falso sobre la realidad, pues las bases sobre las que está concebido, además de erróneas, son de tal entidad que provocan conclusiones equivocadas en el resultado de la experticia. En consecuencia, resultan exigentes los parámetros para la calificación del error grave, quedando claro, que aún la existencia de un “error”, no significa automáticamente la calificación de “error grave”[[43]](#footnote-43)”[[44]](#footnote-44).

Así las cosas, el error grave debe ser de tal entidad que afecte de forma manifiesta las conclusiones objeto del experticio, concepto que estudiado armónicamente junto con las manifestaciones realizadas por los objetantes, se tiene que no tienen la virtualidad de restar merito probatorio al dictamen pericial.

Bajo las anteriores consideraciones, observa la Sala que las manifestaciones de objeción al dictamen realizadas por las partes procesales, no tiene la envergadura de afectar la validez del mismo, pues son apreciaciones subjetivas de las partes.

En efecto, y respecto a lo señalado por la parte demandada, se tiene que en el auto que ordenó el dictamen no se estableció que el dictamen se realizaría con el balance general presentado por Distribuidora Jeanse Ltda., en la solicitud de oferta Nro. 01-FA-DISER-2002, además que el dictamen presentado el 29 de julio de 2004, corresponde a una aclaración y complementación solicitada por la parte demandante.

Finalmente, con relación a la objeción de la parte demandante, si bien en la aclaración al dictamen pericial se liquidó el perjuicio aplicando intereses debidos sobre el valor del balance, esta corresponde a una metodología que no implica de por sí que el dictamen sea erróneo, pero que tampoco ata al juez para liquidar los perjuicios con base en él.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto se desecharán las objeciones formuladas al dictamen.

1. **caso concreto**
   1. La sociedad Jeanse Ltda., incoó demanda en ejercicio de la acción contractual –art. 87 C.C.A-, solicitando la nulidad de la Resolución Nro. 001 del 18 de octubre de 2002 y su confirmatoria Nro. 003 del 1º de noviembre de 2002, a través de las cuales la Fuerza Aérea Colombiana declaró la caducidad del contrato Nro. 300 FAC-2002 e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, pues a su juicio los incumplimientos parciales en que incurrió no amenazaban la ejecución total del contrato. Sin embargo, el Tribunal de Origen declaró la legalidad de los actos demandados, al encontrar que la conducta de la entidad contratante fue legítima pues el incumplimiento en las entregas y en la calidad de los uniformes si amenazaba de forma grave la paralización de contrato.

* 1. La parte demandante se alzó contra la sentencia de instancia argumentando que la entidad contratante no podía decretar la suspensión del contrato antes de su perfeccionamiento y legalización pues no había nacido a la vida jurídica, y por ende no eran exigibles las obligaciones, además que los incumplimientos en que incurrió no eran de tal magnitud que ameritaban la declaratoria de caducidad del contrato.
  2. Conforme a los hechos que se encontraron probados y a los argumentos del recurso de apelación, corresponde a la Sala dilucidar, como problemas jurídicos, si podía la Fuerza Aérea Colombiana declarar la caducidad del contrato Nro. 300 FAC-2002, más allá de las cláusulas contractuales que lo permitían, y que consecuencias acarrea la nulidad total o parcial de los actos administrativos demandados.
  3. El régimen jurídico aplicable a la presente controversia serán las disposiciones de la Ley 80 de 1993, puesto que el contrato Nro. 300 FAC-2002 se perfeccionó el 16 de agosto de 2002[[45]](#footnote-45), esto es, en vigencia de la normatividad señalada, por lo que bajo esta normatividad se regulará la controversia de conformidad con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, el cual dispone que “*en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*”.
  4. Es menester mencionar que el artículo 3 de la ley 80 de 1993, señaló que los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar negocios jurídicos y con la ejecución de los mismos, se busca el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución de dichos fines, lo cual se encuentra relacionado con lo preceptuado en el artículo 14 numeral 1 de la mencionada ley, en cuanto señala que las entidades estatales, al celebrar un contrato, tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, para el cumplimiento de los fines estatales.

Los anteriores preceptos justifican la existencia de las potestades excepcionales al derecho común, las cuales fueron preceptuadas y desarrolladas por los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993, y que propenden por la protección de los intereses generales y la prestación de los servicios públicos, razón por la que hay ocasiones en las que los co-contratantes en este tipo de relaciones negociales no se encuentran en un plano de igualdad pues dadas las especiales circunstancias señaladas, el particular se ubica en una relación de subordinación respecto de su co-contratante, que es el Estado.

Se señala en el inciso segundo del artículo 14 de la Ley 80, lo siguiente:

**“Artículo****14º.-***De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual***.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

(…)

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

**Parágrafo.-** En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”.

De la lectura de esta norma, esta Sección ha clasificado en cuatro (4) grupos los contratos estatales para el ejercicio de las facultades excepcionales, a saber: 1) contratos estatales en los que las cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias; 2) contratos estatales en los que las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas; 3) contratos estatales en los que se encuentra prohibido incluir y, por tanto, ejercer cláusulas o estipulaciones excepcionales y; 4) todos los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados.[[46]](#footnote-46)[[47]](#footnote-47)

Sobre la mencionada clasificación, esta Sección señaló:

**“6.2. Las cláusulas exorbitantes en la ley 80 de 1993. En particular, su pacto e imposición en contratos para los cuales no existe autorización de la ley.**

Según se anotó en los antecedentes del proceso, el municipio declaró la caducidad del contrato celebrado con la sociedad Asesoramos SCA., poder exorbitante que fue pactado en la cláusula quinta del contrato.

Advierte la Sala que, en vigencia de la ley 80 de 1993, norma bajo la cual se suscribió el presente contrato, existen tres grupos de contratos en torno a los cuales el régimen de dichos poderes exorbitantes es diferente.

En el primer grupo se encuentran los contratos en los cuales las cláusulas excepcionales se tienen que pactar, es decir que son legalmente obligatorias, razón por la cual, si no se incluyen, se entienden pactadas; -son las denominadas “cláusulas virtuales”-. Los contratos que pertenecen a este grupo son: el de obra, los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal[[48]](#footnote-48).

Al segundo grupo pertenecen los contratos en los cuales se encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyen habrá nulidad absoluta de la cláusula. A este grupo pertenecen, según el parágrafo del art. 14 de la ley 80 “... los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales...”

El tercer grupo lo integran los contratos en los cuales la ley autoriza, pero no impone, que las partes del negocio jurídico acuerden su inclusión; el pacto de tales cláusulas, en estos casos, es opcional, de manera que la falta de estipulación significa que los poderes exorbitantes no existen. Este grupo está integrado por los contratos de prestación de servicios y suministro[[49]](#footnote-49).

Es importante señalar, en relación con éste último grupo, aunque resulta obvio, que el acuerdo correspondiente sólo puede favorecer a las entidades estatales, es decir, que no es posible pactar tales poderes en favor del contratista.

Esta última hipótesis hace evidente una característica especial de los poderes exorbitantes que en ella se contienen; en efecto, sólo en estos dos tipos de contratos la ley autoriza a las partes del contrato a negociar la inclusión de los mismos, de manera que su existencia no deviene, en forma “inmediata”, de la ley, como ocurre con el primer grupo de contratos, sino de manera “mediata”, porque si las partes no llegan a un acuerdo sobre la inclusión de dichos poderes, la ley no suple el vacío, y, por consiguiente, los mismos no existirán en el caso concreto.

Esta posibilidad abre un espacio al principio de la autonomía de la voluntad, en un tema donde la tradición administrativa había entendido que exclusivamente la ley, no las partes del contrato, podía disponer la inclusión de las cláusulas exorbitantes, sin perjuicio de que el origen de las potestades propias de tales cláusulas provenga siempre de la ley, en unos casos, porque las impone y, en otras, porque simplemente la autoriza.

En este contexto, y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales.

Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones:

De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.

De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios.”[[50]](#footnote-50) (Subrayado fuera del texto)

Acorde con lo anterior, la Sala hace ahínco en que las facultades contempladas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, no son comunes a todos los contratos, pues como se observa de la lectura del mencionado artículo, las potestades excepcionales son, en algunos contratos, de *obligatoria inclusión* (aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación o la concesión de bienes del Estado y los de obra pública y la obligatoria de reversión en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado - ordinal segundo, inciso primero), en otros de *inclusión facultativa* (contratos de suministro y prestación de servicios, -ordinal segundo, inciso segundo-) y en otros está *prohibido incluirlas* (en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales o de cooperación, ayuda y asistencia, en los interadministrativos, en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el ordinal 2º o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas, así como los contratos de seguro tomados por las entidades estatales), como se puede apreciar en esta última tipología, la prohibición obedece, en veces, al interés que se pretende amparar, al plano de igualdad entre los sujetos co-contratantes (convenios interadministrativos) o al hecho de que materialmente resulta imposible incluirlas, dados los efectos jurídicos que envuelve el ejercicio de dicha cláusula excepcional[[51]](#footnote-51).

* 1. Conforme a lo anterior, corresponde a la Sala tipificar el contrato Nro. 300-FAC-2002 con el fin de determinar en cuál de los cuatro grupos arriba descritos se encuentra, y así dilucidar si la entidad contratante válidamente podía declarar su caducidad, esto es, hacer uso de la potestad excepcional de la administración por antonomasia.

Observa la Sala que en el rotulo del contrato Nro. 300-FAC-2002 se señala que es un contrato de suministro, sin embargo en el texto y en alguna de sus cláusulas se tipifica como de compraventa. Sobre lo anterior, recuerda la Sala que la tipificación no se la dan las partes y mucho menos depende del *nomen iuris* que estas le otorguen, sino dependerá de los elementos propios del contrato.

Debido a que la Ley 80 de 1993 no trae una definición de los contratos de suministro y compraventa, acude la Sala a la conceptualización que de estos hace el Código de Comercio. Lo anterior de acuerdo a la remisión que hace el artículo 13 de la ley 80 de 1993 a la normatividad civil o comercial en los aspectos no regulados, que para el caso es la comercial debido a que una de las partes co-contratantes es comerciante y de acuerdo al artículo 22 del Código de Comercio *“si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial*”.

El Código de Comercio define la compraventa en su artículo 905 como “*un contrato en que una de las partes se obliga a trasmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”*. Mientras que en su artículo 958 señala que el suministro es *“el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”.*

A partir de estas definiciones, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado las diferencias entre estos dos contratos en los siguientes términos:

“El artículo 968 del Código de Comercio Colombiano, inspirado en las figuras “*Somministrazione y Appalto”*  del Código Italiano de 1942, define el suministro como aquel contrato en virtud del cual una persona se obliga frente a otra, a cumplir “*prestaciones periódicas o continuadas”* de cosas o servicios de forma independiente, a cambio de un precio en dinero por estas.

(…)

Así, se puede afirmar que la función económico- social del contrato de suministro de cosas, es ser la causa o título para que las partes puedan asegurar por cierto tiempo varias prestaciones o una prestación continuada o periódica, precaviendo la satisfacción de sus necesidades futuras de distribución o producción por éste tiempo.

De ésta forma siendo el contrato de suministro de ejecución continuada o sucesiva, su causa no busca asegurar a las partes el cumplimiento de una única prestación sino de varias prestaciones o una prestación continuada.

(…)

Es de anotar que en roma ya existía el contrato de suministro y algunos autores coinciden en señalar que su fuente inmediata fue la figura de la *“locatio”,* término empleado en las fuentes romanas para hacer referencia a colocar a disposición de, y *“Locator”* la persona que colocaba a disposición de otra cosas o servicios; así ésta figura también sería el antecedente remoto de otro tipo de contratos tales como el contrato de transporte *“Locatio Conductio”*, el de prestación de servicios personales *“Locatio operarum”* y el de ejecución de obras *“Locatio operis”[[52]](#footnote-52).*

Posteriormente el Código italiano de 1942 definió en su artículo 1559 el contrato de suministro de cosas *“Somministrazione”* como aquel por virtud del cual *“*una parte se obliga mediante compensación de un precio a ejecutar a favor de otra, prestaciones periódicas o continuadas de cosas”y en su artículo 1655 el contrato de suministro de servicios *“Appalto”* como aquel por virtud del cual“una parte asume, con organización de los medios necesarios y, con gestión a propio riesgo, la realización de una obra o de un servicio mediante una compensación en dinero”*,* figuras que serían incorporadas en el artículo 968 del Código Civil Colombiano, referido en líneas anteriores.

Con todo lo anterior se tiene que los elementos esenciales que caracterizan el contrato de suministro son la existencia de prestaciones aisladas que deben cumplirse de forma periódica, esto es, en fechas determinadas durante cierto tiempo; o sucesiva, esto es, que deben cumplirse de forma continuada o ininterrumpida, ambas a cambio de una contraprestación.

1. Por su parte, el artículo 905 del Código de comercio señala que la compraventa es un contrato en virtud del cual una persona, denominada vendedor, se obliga para con otra, llamada comprador, a “transmitir la propiedad de una cosa”, obligándose esta a su vez a pagar por ella un precio en dinero.

A su vez, el artículo 135 del Decreto 222 de 1983 señalaba que el contrato de compraventa tenía por objeto la adquisición por parte de la administración de los bienes requeridos para su servicio y que siempre y cuando no pugnaran con su naturaleza, les serían aplicables las normas que regulaban el contrato de suministro.

De ésta forma, se afirma que la función económico-social del contrato de compraventa es ser la causa o título para la adquisición de la propiedad de una cosa a cambio de un precio en dinero.

Conforme a lo expuesto, la compraventa, a diferencia del suministro, se caracteriza por la existencia de una única prestación que deberá cumplirse en un momento determinado.

Con todo, se concluye que la diferencia fundamental entre uno y otro contrato radica fundamentalmente en que el contrato de suministro de cosas es de ejecución sucesiva o continuada en el tiempo, es decir supone la existencia de varias prestaciones aisladas que deberán cumplirse de forma sucesiva o periódica; por su parte el contrato de compraventa al ser de ejecución instantánea, supone la existencia de una única prestación que deberá cumplirse en un plazo determinado, no obstante que se permita ésa única prestación se cumpla de forma fraccionada”[[53]](#footnote-53). (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo a los anteriores asertos se avizora que el contrato Nro. 300-FAC-2002, celebrado el 16 de agosto de 2002, corresponde a un contrato de compraventa y no de suministro.

En efecto, del contrato señalado resalta la Sala las siguientes clausulas:

**“CLAUSULA PRIMERA.-OBJETO:** EL CONTRATISTA **vende** al MINISTERIO las prendas, en adelante LOS UNIFORMES, en las cantidades y por los valores descritos a continuación:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| DESCRIPCION | CANTIDAD | VALOR UNITARIO SIN IVA | VALOR TOTAL SIN IVA $ |
| Uniformes Camuflados | 16.093 | 63.480.00 | 1.021`583.640.00 |
| SUBTOTAL |  |  | 1.021`583.640.00 |
| IVA |  |  | 163`453.382,40 |
| TOTAL |  |  | 1.185`037.022,40 |

EL MINISTERIO **compra** a EL CONTRATISTA LOS UNIFORMES en las cantidades y por el valor total descrito. **PARÁGRAFO ÚNICO**: Para todos los efectos legales el presente es un contrato de resultado, que obliga a EL CONTRATISTA a la utilización de los insumos, confección y entrega de cada una de las piezas que forman LOS UNIFORMES como producto final, en las condiciones y con las especificaciones contempladas en el presente contrato y en los demás documentos que forman parte integral del mismo, sin que, por tanto pueda oponerse el mejor esfuerzo de EL CONTRATISTA a su ejecución.

**CLAUSULA CUARTA.- FORMA Y CONDICIONES DE PAGO:** EL MINISTERIO se obliga para con EL CONTRATISTA a pagar el valor del presente contrato acordado en la cláusula anterior, d ela siguiente manera: a) La suma de SESENTA Y SIETE MILLONES SESENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS ($67`065.351.00) M/CTE., se cancelará con el PAC del mes de septiembre de 2002, en calidad de pago parcial, cumplidos los requisitos de perfeccionamiento, ejecución y legalización, verificados los tramites administrativos correspondientes, y situados los recursos por parte de la Dirección del Tesoro Nacional. El pago se hará contra presentación de los siguientes documentos: **Acta de Recibo a Satisfacción** de la primera entrega parcial o entregas parciales, cuyo valor de LOS UNIFORMES entregados en esa primera entrega parcial en ningún caso podrá ser inferior a este primer pago parcial; **Factura Comercial** expedida conforma a las disposiciones legales vigentes; **Orden de Alta** de LOS UNIFORMES entregados en esa primera entrega parcial o entregas parciales, y; **Certificados de ICONTEC y del laboratorio de la Policía Nacional** con los resultados de las muestras tomadas por EL MINISTERIO de la primera entrega parcial o entregas parciales. b) la suma de CIENTO CINCO MILLONES QUINIENTOS DIECISIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS ($105`517.550.00) M/CTE., se cancelará con el PAC del mes de noviembre de 2002, en calidad de pago parcial, verificados los trámites administrativos correspondientes, y situados los recursos por parte de la Dirección del Tesoro Nacional. El pago que se hará contra la presentación de los siguientes documentos: **Acta de Recibo a Satisfacción** de la primera entrega parcial o entregas parciales y final, cuyo valor de LOS UNIFORMES entregados en esa primera entrega parcial o entregas parciales y final, en ningún caso podrá ser inferior a la suma de los dos pagos parciales; **Factura Comercial** expedida conforma a las disposiciones legales vigentes; **Orden de Alta** de LOS UNIFORMES entregados en esa primera entrega parcial o entregas parciales, y; **Certificados de ICONTEC y del laboratorio de la Policía Nacional** con los resultados de las muestras tomadas por EL MINISTERIO de la primera entrega parcial o entregas parciales. c) El saldo, la suma de MIL DOCE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CIENTO VEINTIUN PESOS CON 40/100 ($1.012`454.121.40), se constituirá en cuentas por pagar y será cancelado en el primer semestre de 2003. Este pago se hará contra la presentación de los siguientes documentos: **Acta de Recibo a Satisfacción** donde se dejará constancia de la entrega de la totalidad de los documentos exigidos para los pagos parciales y entregas parciales y final, y; **Factura Comercial** expedida conforma a las disposiciones legales vigentes.

**CLAUSULA SEXTA. LUGAR Y PLAZO DE ENTREGA:** EL CONTRATISTA entregará la totalidad de LOS UNIFORMES en el almacén de la intendencia (DISER) de la Base Aérea “Brigadier General Camilo Daza”, Comando Aéreo de Transporte Militar (CATAM), adjunto al Aeropuerto El Dorado, Bogotá D.C., así: a) la cantidad de TRES MIL DOSCIENTOS DIECIOCHO (3.218) UNIFORMES, a más tardar el día treinta (30) de agosto de 2002. b) la cantidad de SEIS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SIENTE (6.437) UNIFORMES, a más tardar el treinta (30) de septiembre de 2002. c) la cantidad de SEIS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO (6.438) UNIFORMES, a más tardar el treinta (30) de octubre de 2002.

De la interpretación de las anteriores cláusulas contractuales, se deduce que el objeto del contrato en mención era la *compraventa de uniformes camuflados*, en donde la Distribuidora Jeanse Ltda., se obligaba a transmitir la propiedad de 16.093 uniformes con las respectivas calidades acordadas en el contrato, y por su parte la Fuerza Aérea Colombiana se obligaba, a su vez, a pagar por estos 1.185`037.022,40, en calidad de precio.

Y si bien, conforme a las cláusulas cuarta y sexta del contrato, el pago y la entrega de los uniformes fue fraccionado, se entiende que estos corresponden a pagos parciales y a entregas parciales, de una única prestación, por lo que no corresponde a un contrato de suministro en donde cada entrega sería una prestación independiente y por ello correlacionada con cada uno de los pagos, situación que no sucede en el *sub examine*.

* 1. Así las cosas, y dado que el contrato celebrado era de compraventa y no de suministro, éste se encuentra dentro de la cuarta categoría de contratos respecto de las clausulas exorbitantes, es decir, aquellos respecto de los cuales su inclusión no es obligatoria, ni facultativa y tampoco se encuentran prohibidos *expresamente por la ley*. Pero, respecto de los cuales la jurisprudencia de esta Sección ha considerado que no es posible pactarlas pues el ejercicio de las potestades excepcionales, por su naturaleza, requieren expresa autorización legal y por ende la autonomía de la voluntad se encuentra limitada.

Por ello, carecía la Fuerza Aérea Colombiana de competencia para declarar la caducidad del contrato Nro. 300-FAC-2002, con base en una clausula contraria a la ley, y a pesar que la parte demandante no estructuró la causal de nulidad a partir de la falta de competencia de la administración, esta Sección ha admitido que el juez, en casos de falta de competencia, pueda declararla de oficio por las implicaciones que trae, al respecto señaló esta Sección:

“El vicio por incompetencia es, pues, el más grave que puede afectar la validez de los actos administrativos[[54]](#footnote-54) y, por tal razón, esta Corporación ha sostenido que, en estos eventos, el juez debe declarar siempre la nulidad del acto administrativo, incluso de manera oficiosa, porque cuando el acto es proferido en tales condiciones vulnera el derecho fundamental al debido proceso[[55]](#footnote-55). Tal hipótesis constituye una excepción al principio de la rogación, que rige en materia contencioso - administrativa, pues, en principio, cuando se pretende obtener la declaración de nulidad de actos administrativos, el escrito de demanda debe indicar los fundamentos de derecho de las pretensiones, las normas violadas y el concepto de violación que sustenta la petición de nulidad (numeral 4 del artículo 137 del C.C.A.); pero, la excepción está fundada en la protección del citado derecho fundamental de aplicación inmediata, carácter que le otorga el artículo 85 de la Constitución Política.”[[56]](#footnote-56)

Por lo anterior la Sala declarará la nulidad de las Resoluciones Nro. 001 del 18 de octubre de 2002 y su confirmatoria Nro. 003 del 1º de noviembre de 2002, nulidad que abarca la imposición de la cláusula penal pecuniaria pues dicho acto ilegal fue con el que se declaró el incumplimiento y se impuso ésta, además que la administración carecía de competencia para imponer unilateralmente la cláusula penal, como pasa a exponerse.

A diferencia, de la regulación del Decreto ley 222 de 1983, en la Ley 80 de 1993 se eliminó el carácter de potestad excepcional a la cláusula penal pues no se menciona en el artículo 14 arriba transcrito. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Sección entendió que debido a la autonomía de la voluntad las partes válidamente podían pactarlas en los contratos estatales, existiendo posiciones diversas en cuanto a si la administración podía declarar el incumplimiento e imponerla unilateralmente[[57]](#footnote-57) o por el contrario si debía acudir al juez del contrato para ello[[58]](#footnote-58).

Finalmente, la anterior discusión quedó zanjada con la expedición de la Ley 1150 de 2007, la cual en su artículo 17 le da la facultad a la administración de imponer directamente las *multas y clausula penal*, al respecto señala dicho artículo:

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

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

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

De acuerdo a lo que se señala en el artículo, y específicamente en su parágrafo primero y en el transitorio, se concluye respecto de la cláusula penal que; i) la administración puede declarar el incumplimiento y hacer efectiva la misma directamente, es decir sin tener que acudir al juez del contrato; ii) en todo caso debe respetar el derecho al debido proceso del contratista, iii) para hacerla efectiva la administración puede compensar las sumas adeudadas al contratista, cobrar la garantía, o hacer uso de cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva, y iv) es retrospectiva, es decir abarca a las que se hayan estipulado en contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1150.

Sin embargo, y respecto de la retrospectividad esta fue condicionada a que la declaratoria de incumplimiento y la imposición de la pena pecuniaria sea en vigencia de la ley 1150, al respecto se señaló:

“Como se observa, a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, no solamente se consagró la posibilidad de imponer las multas pactadas, de manera unilateral, por parte de la entidad estatal contratante, sino que se le atribuyó a tal posibilidad, un efecto retrospectivo, permitiendo que su imposición pueda hacerse, aún en atención de contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de esta ley, siempre que en ellos se hubiese consagrado “la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”. Si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, **siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley** (…)[[59]](#footnote-59)” (Negrita fuera de texto)

Descendiendo al caso que resuelve la Sala, se concluye que la Fuerza Aérea Colombiana carecía de competencia para imponer unilateralmente la cláusula penal en los actos administrativos demandados, toda vez que cuando se expidieron los mismos- en vigencia de la Ley 80 de 1993- la Administración no se encontraba autorizada para expedir actos administrativos mediante los cuales declararan el incumplimiento e hicieran efectivas clausulas penales, además, y si bien con posterioridad- Ley 1150 de 2007- se facultó legalmente para ello, su imposición no se hizo en vigencia de esta, requisito necesario para que opere restrospectivamente.

Así pues, la Sala revocará la sentencia expedida por el Tribunal Administrativo a quo y ordenará de manera oficiosa la nulidad de la Resolución Nro. 001 del 18 de octubre de 2002 y de la Resolución Nro. 003 del 1º de noviembre de 2002, por cuanto, si bien el vicio de incompetencia no fue alegado por la parte actora, tal como atrás se explicó, en esos casos el juez oficiosamente puede anular los actos administrativos.

* 1. En cuanto a la indemnización de perjuicios, en especial a la devolución indexada del pago de la cláusula penal- lo que constituiría un daño emergente-, advierte la Sala que al plenario no se allegó prueba que la parte demandante o la compañía aseguradora hayan efectuado dicho pago, por ende se rechaza la citada pretensión indemnizatoria.

Ahora bien, la Sala encuentra que el contratista también incumplió el contrato Nro. 300-FAC-2002 pues respecto de la primera entrega pactada el 30 de agosto de 2002, además que no entregó la cantidad pactada de uniformes, estos no contaban con las condiciones establecidas en la cláusula segunda del contrato.

En efecto, en el oficio Nro. 2255-EMACO-DISER-023 del 3 de septiembre de 2002[[60]](#footnote-60), se señaló lo siguiente:

1. “El día treinta (30) de agosto de 2002 la empresa que usted representa debió entregar (3.218) camuflados, solo entregaron (405) camuflados, por ende incumplieron lo estipulado en el literal a) de la cláusula sexta del respectivo contrato.
2. De acuerdo al informe preliminar realizado por el Comité Técnico de la Dirección de los Servicios en su inspección visual a los (405) camuflados efectuada en el almacén de Intendencia (DISER) ubicado en CATAM el treinta de agosto de 2002, encontró observaciones sobre la calidad de la tela y su confección.
3. El no pago de las pruebas de laboratorio de la primera entrega, de acuerdo al parágrafo séptimo de la cláusula segunda del contrato en comento.
4. La administración espera los resultados del ICONTEC, sobre el cumplimiento de las normas técnicas Militares Nos. 0144 4ª actualización para la tela y 0121 2ª actualización para la confección, para establecer los efectos legales de dicha entrega parcial

La administración estudia actualmente los incumplimientos contractuales en que ha incurrido hasta la fecha y procederá a dar inicio a los procedimientos administrativos pertinentes a efectos de imponer las sanciones que correspondan contractual y legalmente(…)

Adicionalmente, la parte demandante en sus intervenciones procesales acepta su incumplimiento, de hecho en la demanda señala *“apunta el suscrito como apoderado judicial de la sociedad DISTRIBUIDORA JEANSE LIMITADA, a demostrar que el contratista a pesar de los incumplimientos parciales (…) en desarrollo del contrato, no era merecedor de la peor de las sanciones de que ha sido objeto, cual es la caducidad del contrato*”.

De lo anterior se tiene que tanto la parte demandante como demandado incumplieron el contrato, el primero al no haber satisfecho las prestaciones que estaban a su cargo y el segundo al decretar la caducidad cuando no tenía competencia para ello.

Se encuentra la Sala frente a un incumplimiento mutuo por parte de los contratantes, el cual según los artículos 1609 y 1615 del Código Civil, trae como consecuencia que ninguno está en mora y por consiguiente no pueden exigir perjuicios ni la pena que hubiesen pactado.

Por lo anterior la Sala procederá a revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el 23 de octubre de 2008 para en su lugar decretar la nulidad de las resoluciones demandadas y negar las pretensiones indemnizatorias.

1. **La condena en costas**

Teniendo en cuenta la actitud asumida por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 171 del C.C.A., y dado que no se evidencia temeridad ni mala fe de las partes, la Sub-Sección se abstendrá de condenar en costas.

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

**FALLA:**

**Revocar** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el 23 de octubre de 2008 por las razones expuestas en la presente providencia, y en consecuencia se dispone:

*“****PRIMERO. Declarar*** *la nulidad de la Resolución 001 del 18 de octubre de 2002 expedida por la Fuerza Aérea Colombiana, que decretó la caducidad del contrato 300-FAC-2002.*

***SEGUNDO. Declarar*** *la nulidad de la resolución 003 del 1º de noviembre de 2002 expedida por la Fuerza Aérea Colombiana, que confirmó la anterior resolución.*

***TERCERO. Negar*** *las demás pretensiones de la demanda.*

***CUARTO.*** *Sin condena en costas.*

***QUINTO.*** *En firme esta providencia,* ***envíese*** *el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor”.*

**Cópiese, notifíquese y cúmplase**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente de la Sala**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

1. Folios 1 a 14 Cuaderno 1. El 12 de febrero de 2003 la parte demandante corrigió y adicionó la demanda obrante a folios 16 y 17 Ibídem. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 21 y 22 Ibídem. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 31 a 45 Ibídem. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 48 a 57 Ibídem. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 68 y 69 Ibídem. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 121 Ibídem. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 122 a 129 y 138 a 145 Ibídem. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 153 a 166 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 284 Ibídem. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 290 a 323 Ibídem. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 2 a 26 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 42 Ibídem. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 41 Ibídem [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 45 a 54 c4. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 108 A 111 C5. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 105 a 107 Ibídem. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 52 c2. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folio 55 c4. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 53 a 63 c4. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 64 Ibídem. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 65 a 67 Ibídem. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folios 83 a 85 c5. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folios 68 y 69 c4. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folios 77 a 85 c4. [↑](#footnote-ref-24)
25. Folios 86 a 88 c4. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folio 89 c4. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folio 90 c4. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folios 60 a 64 Ibídem. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folios 15 a 18 c5. [↑](#footnote-ref-29)
30. Folios 45 a 54 c5. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folios 38 a 42 c5. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folios 32 a 36 c5. [↑](#footnote-ref-32)
33. Auto del 25 de septiembre de 2003. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folios 1 y 2 c3. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folios 80 a 82 cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-35)
36. Folios 9 a 11 c3. [↑](#footnote-ref-36)
37. Folios 92 a 94 c1. [↑](#footnote-ref-37)
38. Folios 95 a 97 c1. [↑](#footnote-ref-38)
39. Puede verse Auto de 8 de septiembre de 1993, Rad. 3446. [↑](#footnote-ref-39)
40. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales. T.II, 10ª ed, Medellín, Diké, 1994, p.371. [↑](#footnote-ref-40)
41. Sentencia de 19 de mayo de 2005. Exp. AP-106. [↑](#footnote-ref-41)
42. Sentencia. Sección 3ª, de 5 de marzo de 2008. Exp.16850. Sentencia. Sección 1ª, de 26 de noviembre de 2009. Exp.AP-2049. [↑](#footnote-ref-42)
43. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp. AG-9005. [↑](#footnote-ref-43)
44. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C.P. Jaime Orlando Santofimio. Sentencia del 7 de febrero de 2011. Exp. 34387 [↑](#footnote-ref-44)
45. Según el inciso primero del artículo 41 de la ley 80 “*Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”* [↑](#footnote-ref-45)
46. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del primero (1) de diciembre de dos mil ocho (2008). Radicación: 25000232600020070053301(35827). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-46)
47. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del trece (13) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación: 76001233100019990262201(24996). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-47)
48. Al respecto dice el numeral 2 del artículo 14 de la ley 80: “2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los **contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.** En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.” (Negrillas fuera de texto) [↑](#footnote-ref-48)
49. Dice el numeral 2 del artículo 14 que “Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.” [↑](#footnote-ref-49)
50. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de noviembre 30 de 2006. Radicación: 25000232600020010100801(30832). Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-50)
51. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil nueve (2009). Ibídem. [↑](#footnote-ref-51)
52. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Expediente No. 24715 y otros Acum. [↑](#footnote-ref-52)
53. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente No. 28343. [↑](#footnote-ref-53)
54. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196. [↑](#footnote-ref-54)
55. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010, Exp. 16.367 [↑](#footnote-ref-55)
56. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 3 de octubre de 2012, Exp. 26.140; esta tesis es sostenida igualmente en la sentencia de Unificación del 12 de julio de 201, Exp. 85001-23-31-000-1995-00174-01 Exp 15024 [↑](#footnote-ref-56)
57. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 6 de agosto de 1998, Exp. 14.558. [↑](#footnote-ref-57)
58. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 20 de febrero de 1997, Exp. 12.669; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 20 de febrero de 2005, Exp. 25.765. [↑](#footnote-ref-58)
59. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008, Exp. 21.574. [↑](#footnote-ref-59)
60. Folios 68 y 69 c4. [↑](#footnote-ref-60)