**CONTRATO ESTATAL – Naturaleza**

La naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. La determinación de la naturaleza jurídica del contrato depende de la que, a su vez, tenga la entidad que lo celebra; así, si ésta es estatal, el contrato también lo es, sin importar el régimen legal que se le deba aplicar. La afirmación anterior tiene fundamento legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que, al definir los contratos estatales, adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Oportunidad de la acción – Controversias contractuales**

De conformidad con el artículo 136 (numeral 10, literales c y d) del Código Contencioso Administrativo, en los contratos sujetos a liquidación el término para el ejercicio de la acción contractual se cuenta a partir del día siguiente a la fecha en que se liquide el contrato, liquidación que puede ser bilateral o unilateral. La bilateral puede hacerse dentro del plazo previsto para tal efecto en el contrato o, en su defecto, dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación. La unilateral se realiza cuando el acuerdo de liquidación se frustre y/o dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo que tienen las partes para liquidarlo.

**CONVENIO INTERADMINISTRATIVO – Liquidación del contrato – Incumplimiento de las obligaciones**

Es necesario determinar el contenido y alcance del acta de recibo final del 27 de junio de 2005, en la que, según el recurrente, el municipio manifestó que Cootecol cumplió con las obligaciones derivadas del convenio interadministrativo. En dicha acta, que se denominó de recibo final, se incluyeron las obras que se realizaron, los equipos que se suministraron, así como la puesta en marcha y capacitación de la planta. (…) Del contenido del acta de recibo final no se puede determinar el alcance que le pretende dar el recurrente, comoquiera que, si bien es cierto allí se indicó que se recibía a satisfacción, tal afirmación se refería exclusivamente a las obras, equipos y documentos que allí mismo se relacionaron, dentro de los cuales no se incluyó el homogenizador; adicionalmente, en forma expresa se dejó la aclaración de que los elementos no suministrados por Cootecol se individualizarían en el acta de liquidación del convenio, con lo cual resulta probado que el contratista no entregó todos los elementos que se encontraban a su cargo, entre ellos, el homogenizador, ya que en la relación de equipos suministrados no se le mencionó. (…) Frente a ello se observa que en la liquidación del convenio efectuada por el a quo no se mencionó, ni se tuvo en cuenta el informe rendido por el consultor; por el contrario se tomó el valor total del contrato, al que se le restó el precio del homogenizador, indicado en el dictamen pericial, ítem en el que se incluyó el costo total de traer la máquina desde Dinamarca e instalarla en la planta de leche, para determinar el valor invertido por Cootecol y, así mismo, establecer el saldo final del convenio. (…) no existe ningún saldo a favor del contratista, pues, como se vio, al liquidar el contrato el tribunal tomó el valor total del mismo, el que -se reitera- incluía las sumas entregadas al contratista y las pendientes de pago.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 85001-23-31-000-2006-00312-01(36637)A**

**Actor: MUNICIPIO AGUAZUL**

**Demandado: ADMINISTRACIÓN COOPERATIVA DEL TERRITORIO COLOMBIANO - COOTECOL**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2008, por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante la cual se dispuso lo siguiente (se transcribe como obra en el original):

“1.- Denegar las excepciones de procedibilidad planteadas por la parte demandada.

“2.- Declarar que la Administración Cooperativa del Territorio Colombiano - COOTECOL- incumplió parcialmente el convenio interadministrativo #101 de 2002, celebrado con el municipio de Aguazul, conforme se indicó en la motivación.

“3. Liquidar judicialmente el convenio 101 de 2002, suscrito entre el municipio de Aguazul y Cootecol, declarando que a favor del primero existe un saldo nominal de treinta y nueve millones doscientos ochenta y tres mil seiscientos treinta y siete pesos con cuarenta y un centavos ($39.283.637,41).

“4.- Declarar que la Administración Cooperativa del Territorio Colombiano - COOTECOL - en solidaridad con Seguros Cóndor S.A., incursos en la obligación de rembolsar al municipio de Aguazul la suma de treinta y nueve millones doscientos ochenta y tres mil seiscientos treinta y siete pesos con cuarenta y un centavos ($39.283.637,41), más actualización e intereses hasta la ejecutoria del fallo, que se liquidarán en acto administrativo de ejecución según lo previsto en el numeral 8 del artículo 4° de la ley 80 de 1993, con las precisiones señaladas en la motivación.

“El importe líquido de la condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y se ejecutará conforme a lo señalado en los artículos 176 a 178 del C.C.A.

“4.- Condenar en constas a la Administración Cooperativa del Territorio Colombiano - COOTECOL-. Tásense.

“5.- En firme de los resuelto, expídase primera copia auténtica con las constancias de notificación y ejecutoria (art. 115 CPC) con destino al municipio de Aguazul, para su eventual recaudo forzado.

“6.- Ordenar la remisión de copias auténticas de la demanda, la contestación, sin anexos, y el fallo con la constancia de notificación, con destino a los Contralores General de la República y de Casanare, Procuraduría General y la Fiscalía General de la Nación. No se esperará ejecutoria.

“7.- Si hay dineros consignados para gastos comuníquese este fallo a las partes por el medio más expedito.

“8.- Ejecutoriada esta sentencia archívese el expediente” (fls. 493 y 493 vto., c. ppal.).

### **I.- ANTECEDENTES.-**

**1.- La demanda.-**

Mediante escrito radicado el 23 de junio de 2006 en el Tribunal Administrativo de Casanare, el municipio Aguazul formuló demanda, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual, contra la Administración del Territorio Colombiana – Cootelcol con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcribe como obra en el expediente):

“**PRIMERA:** Que se declare el incumplimiento del convenio interadministrativo No 101 del 10 de Diciembre de 2002, por parte de la contratista ADMINISTRACION COOPERATIVA DEL TERRITORIO COLOMBIANO ‘COOTECOL, conforme a los hechos demandatorios.

“**SEGUNDA:** Que se ordene la liquidación judicial del convenio interadministrativo No. 101 del 10 de Diciembre de 2002, suscrito entre el municipio de Aguazul Casanare y la ADMINISTRACION COOPERATIVA DEL TERRITORIO COLOMBIANO ‘COOTECOL, identificada conforme a los hechos y pruebas aportadas y que se recepcionen en el proceso.

**“TERCERA:** Que se condene a la ADMINISTRACION COOPERATIVA DEL TERRITORIO COLOMBIANO ‘COOTECOL, identificada con Nit. 0830089849-1 en su condición de ejecutora, y a la compañía de seguros CONDOR S.A., con Nit. 890.300.465-8, como tercero responsable en su condición de garante del convenio interadministrativo No. 101 de 2002, para que dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la sentencia reintegren a paguen al Municipio de Aguazul Casanare, los valores que resulten probados a su favor en la liquidación del convenio debidamente actualizados conforme al art. 178 del C.C.A.

“**CUARTA:** Que se condene a las demandas al pago de los demás daños y perjuicios que resulten probados a favor del actor, con ocasión del incumplimiento del convenio interadministrativo 101 de 2002, en especial la negativa a liquidarlo de mutuo acuerdo.

“**QUINTA:** Que se condene en costas y agencias en derecho” (fls. 5 y 6, c. ppal.).

**2.- Hechos.-**

Los hechos narrados fueron, en síntesis, los siguientes:

**2.1.-** El 10 de diciembre de 2002, se suscribió el convenio interadministrativo 101, entre el municipio de Aguazul y la Administración Cooperativa del Territorio Colombiano - Cootecol, cuyo objeto fue el “suministro, montaje y puesta en marcha de una planta procesadora de leche larga vida, marca APV, modelo UHT, REF SIH, capacidad 4000L/H, para operar el proyecto de inversión montaje y operación de planta agroindustriales en el municipio de Aguazul” (fl. 6, c. 1).

**2.2.-** El plazo del contrato era de seis meses contados desde el acta de iniciación, la que se suscribió el 13 de diciembre de 2002.

**2.3.-** El 27 de mayo de 2003, se adicionó en cuatro meses el plazo del contrato debido a los inconvenientes presentados en la importación y legalización de los equipos a instalar, así como por la demolición y construcción de nuevas obras civiles para su instalación.

**2.4.-** El municipio canceló al contratista los siguientes valores: i) la suma de $1.499’778.720 por concepto de anticipo, el 19 de diciembre de 2002 y ii) $2.456’261.280 por concepto de acta parcial 1, el 21 de agosto de 2003.

**2.5.-** Para garantizar el contrato, la Cooperativa constituyó la póliza de seguros 7688320, expedida por Seguros Cóndor S.A. el 10 de diciembre de 2002, vigencia que fue ampliada el 9 de septiembre de 2003, con el certificado de modificación 67437.

**2.6.-** El 21 de agosto de 2003, Cootecol solicitó el reajuste del contrato derivado de las obras civiles complementarias y conexas que fueron necesarias ejecutar para adecuar las instalaciones de la planta procesadora de leche, petición que fue negada con fundamento en el convenio y en el numeral 1.4 de los términos de referencia.

 **2.7.-** El 6 de octubre de 2003, el contratista solicitó ampliación del plazo en dos meses, por cuanto el personal que daría la capacitación sobre el manejo de la planta procesadora de leche no se encontraba en el país, ampliación que fue aprobada por el interventor el 8 de octubre de ese mismo año.

**2.8.-** El 5 de diciembre de 2003, el contratista solicitó la suspensión del contrato por dos meses, ya que el variador de velocidad para controlar el homogenizador estaba en revisión, suspensión que fue autorizada el 6 de diciembre siguiente por el interventor.

**2.9.-** El 1 de junio de 2004, el Secretario de Agricultura le informó a Cootecol que hacía falta el homogenizador marca Rannie, tipo no aséptico y el sistema de aspersión aséptica de la empacadora, a lo cual el contratista no dio respuesta.

**2.10.-** El 21 de julio de 2004, Cootecol solicitó se fijara fecha para llevar a cabo la capacitación del personal y se dispusieran la leche y los elementos necesarios para hacer la prueba del equipo.

**2.11.-** En respuesta a lo anterior, el 25 de agosto siguiente el Secretario de Agricultura le indicó al contratista que la puesta en marcha de la planta corría a cargo del contratista, quien debía disponer de los elementos necesarios para realizar las pruebas requeridas; de otra parte, le indicó que no había entregado el homogenizador y que la petición de reconocer obras adicionales ya había sido negada.

**2.12.-** El 2 de noviembre de 2004, se suspendió el convenio con el fin de obtener el acompañamiento de un consultor que apoyara la recepción de la planta de leche.

**2.13.-** El consultor concluyó que la planta y el valor de las obras ejecutadas tenían un valor comercial de $2.087’602.677, “es decir tiene un sobre costo superior al 100% de su valor real, por lo tanto debe liquidarse a precios reales y ordenar el reintegro de los dineros sobrantes e injustamente pagados a la contratista y a favor del ente territorial que represento, pues para llegar a esta conclusión se cotizó con la empresa productora de los equipos directamente y se obtuvo la cotización que la misma le hiciera a la cooperativa para el suministro de la misma (sic) al Municipio” (fl. 9, c. 1).

**2.14.-** Las partes del contrato no llegaron a un acuerdo sobre la liquidación de éste, toda vez, que el contratista quería que se le pagara el valor total del contrato, sin haber suministrado, ni instalado el homogenizador, cuyo valor pretendía compensar con el valor de las obras civiles necesarias para la instalación y puesta en marcha de la planta pasteurizadora y, además, se negó a devolver $1.842’320.579, suma determinada por el consultor como sobrefacturación.

**3.- Fundamentos de derecho.-**

Se invocaron como fundamentos de derecho los artículos 2, 6 y 83 de la Constitución Política, los artículos 2, 4, 13, 41, 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y 1602 y siguientes del Código Civil.

 **4.- La actuación procesal.-**

Por auto del 24 de agosto de 2006 se admitió la demanda, se ordenó la vinculación del demandado al proceso, a través de la notificación personal de la providencia al representante legal de Cootecol, también se dispuso notificar personalmente al representante legal de Seguros Cóndor S.A. como tercero convocado, se ordenó la notificación personal al agente del Ministerio Público y se dispuso la fijación del negocio en lista.

Seguros Cóndor S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso las siguientes excepciones de mérito:

i) Falta de legitimación en la causa por activa, por cuanto el contratista cumplió sus obligaciones y amortizó en su totalidad el anticipo entregado, por lo que el municipio no está legitimado para demandar a la aseguradora.

La sobrefacturación o sobrecostos es un aspecto que compete únicamente a las partes del convenio interadministrativo 101 de 2002.

ii) Existencia de obligación condicional a cargo de la aseguradora: la póliza fue expedida para garantizar el cumplimiento del convenio, el buen manejo del anticipo, la calidad de los materiales, el pago de salarios y la estabilidad de la obra, por lo que no resulta procedente hacerla exigible con la simple afirmación del incumplimiento, sin demostrar el perjuicio causado con los hechos.

iii) Falta de demostración del siniestro, ya que no se ha probado el incumplimiento del contrato, ni su caducidad.

iv) Culpa exclusiva del demandante, por contratar sin tener en cuenta los precios del mercado al momento de calificar las propuestas y adjudicar el contrato, es decir, es responsabilidad exclusiva del municipio haber contratado por un valor superior al real.

v) Prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

Como excepción previa, propuso la de compromiso o cláusula compromisoria.

Por su parte, Cootecol también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, para lo cual indicó que se cumplió a cabalidad con el objeto contractual, como se demuestra con el acta de recibo final del convenio, y agregó que la obras adicionales realizadas para adecuar la planta a la maquinaria debían ser reconocidos al momento de la liquidación del contrato.

Señaló que la entrega del objeto contractual se dilató por falta de interés del municipio sobre el proyecto, dado que, cuando se programaron las capacitaciones para la operación de la maquinaria, la entidad territorial no designó a los funcionarios que debían asistir, ni facilitó los materiales e implementos necesarios para realizar las pruebas, costos que fueron asumidos por Cootecol; sin embargo, no solicitó que se reconociera ese concepto en la liquidación del contrato.

Adujo que el Director del Proyecto de Cootecol le explicó a la entidad territorial que el homogenizador y el sistema de aspersión aséptica no hacían parte de las especificaciones del convenio, tan es así que en el acta de recibo final el municipio no dejó constancia de la ausencia de tales elementos.

Agregó que la suspensión del convenio a la espera de que se nombrara un consultor demuestra la dilación del municipio para recibir el proyecto, sumado al hecho de que con ello vulneró el convenio interadministrativo y la Ley 80 de 1993, ya que las partes no habían pactado, ni se había establecido en los términos de referencia que fuera requisito esencial para la entrega de la planta el nombramiento de un consultor.

Precisó que no se podía valorar el informe del consultor, por no haber sido aportado con la demanda; sin embargo, señaló que tampoco era procedente tenerlo en cuenta comoquiera que: i) pretendía establecer el valor el convenio casi cuatro años después de haberse suscrito éste, ii) previo a la elaboración de los términos de referencia, el municipio de Aguazul efectuó los análisis y estudios que determinaban el presupuesto oficial para el proyecto en la suma de $4.400’000.000 y iii) tal informe no existía al inicio del proceso de selección.

Propuso las excepciones de: i) compromiso, ii) falta de competencia, pues el contrato no se podía liquidar judicialmente, ya que era competencia de la administración hacerlo, iii) ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, toda vez que, como no existe competencia para liquidar el contrato, la otra pretensión, relativa a que se declare el incumplimiento, es improcedente, ya que en el acta de recibo final del convenio del 25 de junio de 2005 se dejó constancia que Cootecol cumplió a satisfacción con sus obligaciones.

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

La parte actora solicitó que se liquidara el contrato de conformidad con lo probado dentro del proceso. Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

**6.- La sentencia recurrida.-**

Es la proferida el 4 de diciembre de 2008 por el Tribunal Administrativo de Casanare, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda en la forma indicada al inicio de esta providencia.

En primer lugar, negó las excepciones propuestas: la de compromiso o cláusula compromisoria, porque la cláusula decima sexta, en la que se pactó que en el evento de una controversia se acudiría en primer lugar a la conciliación extrajudicial, no se podía tener como un requisito previo, ni obligatoria para acudir a los jueces, por tratarse de un mecanismo alternativo y voluntario de solución de conflictos.

En cuanto a la falta de competencia para liquidar el contrato en sede judicial, el *a quo* precisó que sí le asistía competencia para ello por estar expresamente señalada en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, sumado al hecho de que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que no es procedente la liquidación unilateral de los convenios interadministrativos, por lo que el municipio de Aguazul debía acudir a la jurisdicción para que se liquidara el convenio, toda vez que no se logró un acuerdo entre las partes.

Las demás excepciones propuestas fueron consideradas como aspectos que tenían que ver con el fondo del asunto, por lo que se resolverían en conjunto con el problema jurídico planteado.

El Tribunal accedió a las pretensiones, con fundamento en lo siguiente (se transcribe como obra en el original):

“Del acervo probatorio se colige que Cootecol entregó la planta de procesamiento de leche funcionando, sin embargo, con el dictamen pericial, la correspondencia cruzada entre las partes (fl. 53 c.1), especialmente, la misiva que envía esa Cooperativa al Municipio (fl. 59 c.1), en donde acepta que era su obligación suministrar el homogenizador, pero que con fundamento en concepto de expertos se va a utilizar el que existe en la planta de Casalac con algunas adecuaciones, y que el valor de aquél se compensaría con obras civiles, se deduce claramente que hubo un incumplimiento por parte del contratista, porque no hay duda que era su compromiso suministrar dicho equipo, pues está comprobado que es vital para el funcionamiento de la procesadora de leche larga vida, además no es de recibo la tesis según la cual se cambiaría el valor de ese elemento por obras adicionales, pues está comprobado que estaban incluidas dentro del costo total del convenio, según se deduce de la cláusula 3° en la que expresamente se pactó un sistema de precios ‘global fijo’, que significa que incluye *todo* lo que el contratista tuviera que ejecutar para entregar la *planta* (equipos), *instalada y en funcionamiento,* luego no era una venta, ni un contrato de obras civiles, todo lo cual estaba obligada a conocer, costear, presupuestar y tener en cuenta oportunamente Cootecol para elaborar su propuesta; así además se le informó expresamente durante la ejecución del proyecto, mediante oficio del 17 de octubre de 2003 que también milita en el plenario (fl. 45 c. 1)”[[1]](#footnote-1) (cursivas y subrayado del original).

Por lo anterior, procedió a liquidar el convenio, para lo cual tuvo en cuenta el valor total del mismo y descontó de dicha suma el costo del homogenizador indicado en el dictamen pericial, sin que reconociera ninguna suma adicional por obras civiles. Efectuadas las operaciones, encontró un saldo a favor del municipio de Aguazul, sobre el que reconoció intereses moratorios.

Frente a la aseguradora, señaló que la póliza se encontraba vigente para la fecha en la que se presentó el incumplimiento parcial del convenio, motivo por el cual la condenó solidariamente con Cootecol.

Condenó en costas a Cootecol, por cuanto “su omisión fue factor determinante de la necesidad de movilizar la jurisdicción para suplir una función administrativa que ha debido quedar plenamente satisfecha en esa sede, bajo la responsabilidad técnica y administrativa de los ordenadores del gasto y de sus respectivos asesores” (fl. 493, c. ppla.).

**7.- El recurso de apelación.-**

Inconforme con la anterior decisión, Cootecol, dentro de la oportunidad prevista para ello por el ordenamiento jurídico, interpuso recurso de apelación, en el cual indicó que el tribunal no analizó en debida forma las consecuencias de la entrega de los equipos y su recibo a entera satisfacción por parte del municipio de Aguazul, entidad territorial que, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, manifestó expresamente que Cootecol cumplió con las obligaciones derivadas del convenio interadministrativo.

Respecto de ese punto, agregó el recurrente que el homogenizador no tenía la importancia que el tribunal le endilgó, pues, si la tuviera, el municipio no habría firmado el acta de recibo final; adicionalmente, del convenio no se deriva que el homogenizador hiciera parte de los equipos que se debían suministrar, obligación que no puede ser determinada por la comunicación cruzada entre las partes, como lo estimó el *a quo*, dado que la fuente de las obligaciones es la voluntad expresada en el contrato, sumado al hecho de que el suministro del homogenizador tampoco se incluyó en los términos de referencia.

Además, puntualizó que el informe presentado por el consultor no podía considerarse como fuente de obligaciones, comoquiera que sus funciones eran de asistencia y asesoría al Secretario de Agricultura y Ganadería en la verificación del cumplimiento de las obligaciones consagradas en el convenio interadministrativo; pero, en éste no se pactó que la participación del consultor fuera requisito esencial para la entrega de la planta.

Dijo también que no se podía tener en cuenta el informe del consultor por cuanto, previo a la elaboración de los términos de referencia, el municipio de Aguazul elaboró los análisis y estudios que determinaron el presupuesto oficial para el proyecto y que culminó con el convenio 101 de 2002.

De otra parte, en cuanto al análisis económico el tribunal no tuvo en cuenta los factores que produjeron un desequilibrio económico para Cootecol, como lo fue la entrega del proyecto el 27 de junio de 2007, cuando estaba prevista para el año 2003, lo que no se logró por circunstancias ajenas a Cootecol.

Como el homogenizador no hacía parte de las obligaciones de Cootecol, se debía tener en cuenta el primer dictamen que se rindió dentro del proceso, por lo que en la liquidación del convenio se debió incluir el saldo pendiente a favor de Cootecol, el reconocimiento de los gastos en que incurrió el contratista para la entrega del convenio y el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Indicó el apelante que, en caso de que se siguiera considerando que el homogenizador hacía parte de sus obligaciones, se debía tener en cuenta que el convenio no se pagó en su totalidad, por lo que no hay lugar a efectuar ningún reembolso, ni pago de intereses, “de ser del caso, esta diferencia, para los criterios de liquidación, tendría que establecerse como saldo o valor no ejecutado, con lo cual no haría tan onerosa la situación económica y financiera de la Administración Cooperativa” (fl. 513, c. ppal.).

Solicitó se tuviera en cuenta la deuda que Cootecol tenía con SCS Foxboro Colomnia (hoy Invensys Sistems L.A. Colombia) por $85’910.400, proveedor en el que se apoyó para la ejecución del convenio 101, deuda que no pudo pagar, precisamente, por la omisión del municipio de Aguazul en el pago final del convenio, lo que derivó en que SCS Foxboro iniciara un proceso ejecutivo en contra de Cootecol, por lo que solicitó que en la liquidación del contrato se incluyera el valor del mandamiento de pago librado en ese proceso.

Frente a la condena en costas impuesta por el tribunal de instancia, resaltó que existía una contradicción entre los fundamentos y la decisión, pues las consideraciones se esgrimieron frente al ordenador del gasto del municipio pero quien resultó condenado fue Cootecol. Agregó que Cootecol estuvo prestó a efectuar la liquidación bilateral, pero que las partes no llegaron a un acuerdo, por circunstancias no imputables al contratista.

Finalmente, no compartió las consideraciones para despachar negativamente las excepciones, por lo que solicitó un nuevo estudio de ellas.

**8.- Trámite de segunda instancia.-**

El recurso se concedió el 29 de enero de 2009, el 2 de junio siguiente se corrió traslado para que se sustentara, se admitió el 23 esos mismos mes y año y, habiéndose dado traslado para alegar, la demandada reiteró lo expuesto en el recurso de apelación y agregó que la sentencia debía ser revocada por violación al principio de igualdad, ya que no tuvo en cuenta que Cootecol también era una entidad estatal. Agregó que, al haberse fallado en forma contraria a lo probado, se violó la protección establecida para las entidades del sector solidario, lo que no contribuye al fortalecimiento y protección del sector cooperativo.

En cuanto a lo expresado en el recurso de apelación en relación con el principio de autonomía de la voluntad, agregó que “también se manifiesta en la posibilidad que la parte contratante tiene de aceptar y/o rechazar la oferta. En este aspecto, se puede considerar que **en la propuesta hecha por mi poderdante se hizo alusión al suministro de tal implemento;** no obstante, con la protocolización del acuerdo de voluntades que se efectúa con la suscripción del convenio interadministrativo No. 101 de 2002, en los términos allí consignados, es decir, sin hacer referencia en su texto a este homogenizador, la entidad territorial hace manifiesta exclusión y/o que no lo necesita para el desarrollo del proyecto” (fl. 558, c. ppal.- se resalta).

El Ministerio Público conceptuó que la discusión se centraba en establecer si hacía parte de las obligaciones del contratista entregar la planta procesadora de leche con el homogenizador o no, para lo cual señaló que era necesario tener en cuenta los términos de referencia y la propuesta, pero tales documentos no se aportaron al proceso.

Agregó que de los demás medios probatorios, como lo son las comunicaciones del 1 de junio y del 25 de agosto de 2004, suscritas por el Secretario de Agricultura y Ganadería, dirigidas a Cootecol, en las que se señalaba que faltaba el homogenizador y se transcribieron apartes del convenio, se podía concluir que el contratista sí tenía la obligación de suministrar el homogenizador, de suerte que aquél incumplió el convenio interadministrativo.

Finalmente, indicó que tanto el homogenizador como las obras hacían parte del convenio inicial, por lo que no se puede aceptar el dicho del demandado en el sentido de señalar que se cambió la obligación de entregar el homogenizador por la de unas obras.

En consecuencia, el Ministerio Púbico solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia.

**9.- Prueba de oficio.-**

Mediante providencia del 11 de septiembre de 2016, se ordenó oficiar al municipio de Aguazul con el fin de que remitiera los términos de referencia de la convocatoria adelantada para la “ADQUISICIÓN, MONTAJE Y PUESTA EN MARCHA DE UNA PLANTA PROCESADORA DE LECHE LARGA VIDA, MARCA APV, REFERENCIA SIH, MODELO UHT, CAPACIDAD 4.000 LITROS /HORA”, que dio origen al convenio interadministrativo 101 de 2002, suscrito con la Administración Cooperativa del Territorio Colombiano – Cootecol, así como la propuesta presentada por Cootecol, con la cual se hizo adjudicatario del convenio 101 del 10 de diciembre de 2002.

Allegada la documentación en medio magnético (fls. 582 a 583, c. ppal.), se dio traslado de ellos a las partes por el término de 5 días (fl. 586, c. ppal.), en el cual guardaron silencio.

**II. CONSIDERACIONES**

**1.- La competencia.-**

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare el 4 de diciembre de 2008, por cuanto la pretensión mayor fue estimada razonadamente en $1.824’320.579. 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 la suma de $204’000.000[[3]](#footnote-3), monto que acá se encuentra ampliamente superado. 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.

Además, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993[[4]](#footnote-4), el cual establece que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Comoquiera que tanto el municipio de Aguazul como la Administración Cooperativa del Territorio Colombiano – Cootecol tienen el carácter de entidades estatales, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, naturalmente los contratos en los cuales esas entidades hayan sido parte son contratos estatales.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido, ha dicho la Sala:

“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado,** ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos”[[5]](#footnote-5) (negrilla fuera del texto).

De conformidad con lo anterior, se tiene que, en el marco del ordenamiento jurídico vigente, la determinación de la naturaleza jurídica del contrato depende de la que, a su vez, tenga la entidad que lo celebra; así, si ésta es estatal, el contrato también lo es, sin importar el régimen legal que se le deba aplicar.

La afirmación anterior tiene fundamento legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que, al definir los contratos estatales, adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato; en efecto, la norma acabada de citar dice que *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (…)”[[6]](#footnote-6).*

Adicionalmente, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 que, a su vez, fue modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En efecto, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2006, define el objeto de esta jurisdicción, en los siguientes términos:

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional” (negrillas fuera de texto).

La norma legal transcrita, al definir el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, determinó que a la misma le compete *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”*, en lugar de *“juzgar las controversias y litigios administrativos”*, como disponía el texto anterior del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo. Respecto de su alcance se pronunció la Sala, mediante auto del 8 de febrero de 2007 (radicación 30.903), en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, se señaló:

“A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:

“(…)

“i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo”.

**2.- Ejercicio oportuno de la acción.-**

De conformidad con el artículo 136 (numeral 10, literales c y d) del Código Contencioso Administrativo, en los contratos sujetos a liquidación el término para el ejercicio de la acción contractual se cuenta a partir del día siguiente a la fecha en que se liquide el contrato, liquidación que puede ser bilateral o unilateral. La bilateral puede hacerse dentro del plazo previsto para tal efecto en el contrato o, en su defecto, dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación. La unilateral se realiza cuando el acuerdo de liquidación se frustre y/o dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo que tienen las partes para liquidarlo.

En el presente caso, en la cláusula décima cuarta del convenio 101 de 2002 se dispuso que el mismo se liquidaría de conformidad con lo dispuesto en la ley 80 de 1993.

Según la cláusula octava, el contrato tenía una duración de seis meses contados desde el acta de inicio, la que se suscribió el 13 de diciembre de 2002; sin embargo, el plazo del contrato se amplió inicialmente en cuatro meses (adición 1 del 27 de mayo de 2003) y posteriormente en dos meses más (ampliación del 8 de octubre de 2003) y, el 6 de diciembre de 2003, fue suspendido por dos meses, según lo afirmó el actor en la demanda y lo aceptó Cootecol en la contestación de la misma; en consecuencia, el término de ejecución del contrato venció el 13 de febrero de 2004.

Así las cosas, desde el 13 de febrero de 2004 iniciaba el término para la liquidación del contrato, el que venció el 13 de agosto de ese año. Como la demanda se interpuso el 23 de junio de 2006, se evidencia que se interpuso dentro del término de dos años de que trata el artículo 136 (numeral 10, literal d)) del Código Contencioso Administrativo, según el cual la acción de controversias contractuales caduca dentro de los dos años siguientes al incumplimiento en la obligación de liquidar el contrato.

**3.- Análisis del caso.-**

El recurrente solicitó que se resolvieran las excepciones por él planteadas en la contestación de la demanda, pues no comparte la argumentación para resolver dos de ellas; sin embargo, no expuso ninguna argumentación que sustentara su inconformidad. Además, solicitó que se resolviera la relativa a la inepta demanda, pues considera que el *a quo* no se pronunció al respecto.

Visto lo anterior, la Sala solo estudiará si se configura la ineptitud sustantiva de la demanda, pues, como se dijo, Cootecol no argumentó en qué se encontraba en desacuerdo con lo decidido por el *a quo,* lo que impide confrontar la argumentación del tribunal de instancia con la del recurrente.

En cuanto a la ineptitud sustantiva de la demanda, el recurrente la sustentó en la contestación de la misma, en los siguientes términos (trascripción literal):

“Como quiera que se evidencia la falta de competencia del Tribunal para liquidar judicialmente el convenio interadministrativo No. 101 de 2002, la indebida acumulación de pretensiones se complementa con la inaplicabilidad de la primera de ellas, relacionada con que se declare el incumplimiento del citado convenio interadministrativo. Con la suscripción por parte del municipio de Aguazul (Casanare) el día veintisiete (27) de junio de dos mil cinco (2.005) del acta de recibo final del convenio interadministrativo No. 101 de 2002, la entidad territorial hace manifestación expresa de que la ADMINISTRACION COOPERATIVA DEL TERRITORIO COLOMBIANO COOTECOL cumplió entera y satisfactoriamente las obligaciones a su cargo derivadas de este convenio interadministrativo, y en especial en su cláusula sexta.

“En consecuencia la pretensión cuarta se torna inaplicable y por lo tanto ratifica la indebida acumulación de pretensiones: indica este punto de la demanda (…). En efecto, estos supuestos daños y perjuicios no se pueden generar, ya que como quedo dicho, y se reitera con las pruebas aportadas con la demanda, la Administración Cooperativa cumplió con el objeto contractual tal y como consta en el acta de recibo final del citado convenio, es decir por mediar una manifestación expresa de la entidad territorial en tal sentido” (fl. 287. c. 1).

De lo transcrito anteriormente, que sustenta la excepción de inepta demanda, se observa que Cootecol consideró que esa excepción se configuraba por cuanto existía un documento de recibo a satisfacción de sus obligaciones, lo que excluía el estudio del incumplimiento a ella atribuido.

Sustentada así la excepción, la Sala encuentra que los argumentos que la integran se refieren al cumplimiento del convenio por parte de Cootecol y al alcance probatorio del acta de recibo del mismo, en la que, según el recurrente, se indicó que Cootecol cumplió entera y satisfactoriamente sus obligaciones, por lo que tal argumento de defensa y la prueba que la respalda debían ser estudiados y valorados al estudiar el fondo del asunto, como en efecto lo hizo el *a quo* y no en el estudio de las excepciones, como la de inepta demanda;en consecuencia, no se trata de una excepción que no se estudió, sino que, se valoró con el acervo probatorio restante. Así lo indicó el tribunal:

“Los demás argumentos de defensa de Cootecol y Seguros Cóndor, (sic) tienen que ver con el fondo del asunto y (sic) por lo tanto, los iremos abordando a lo largo de este proveído” (fl. 485 vto, c. ppal.).

El recurso de apelación interpuesto por Cootecol se dirigió hacia los siguientes aspectos fundamentales: i) el homogenizador no hacía parte de sus obligaciones contractuales ii) el alcance del acta de recibo a satisfacción, iii) el informe del consultor no se podía tener en cuenta, iv) el desequilibrio económico por mayor permanencia en la obra que debía tenerse en cuenta para la liquidación del contrato, v) las deudas de Cootecol con los proveedores y vi) la condena en costas.

En primer lugar se debe determinar cuáles eran las obligaciones a cargo de Cootecol y para ello se tendrán en cuenta, entre otros, los términos de referencia elaborados por el municipio de Aguazul y la propuesta presentada por Cootecol.

El objeto del convenio, según los términos de referencia, era:

“El Municipio de Aguazul desea contratar por el sistema de precios unitarios la ADQUISICIÓN, MONTAJE Y PUESTA EN MARCHA DE UNA PLANTA PROCESADORA DE LECHE LARGA VIDA, marca APV, modelo UHT, Ref. SIH, con capacidad de 4000 litros/hora, para lo cual solicita propuestas que se rijan y estén de acuerdo con las especificaciones técnicas que forman parte integral de los presentes términos de Referencia” (fl. 2 de los términos de referencia).

Así mismo, en el convenio 101 de 2002 se pactó lo siguiente:

“CLAUSULA PRIMERA. OBJETO: En desarrollo del presente convenio interadministrativo COOTECOL, se obliga para con EL MUNICIPIO DE AGUAZUL, A REALIZAR EL SUMINISTRO, MONTAJE Y PUESTA EN MARCHA DE UNA (1) PLANTA PROCESADORA DE LECHE LARGA VIDA, MARCA APV, MODELO UHT- REF SIH CAPACIDAD 4000 LTS/HORA PARA OPERAR EL PROYECTO DE INVERSION ‘MONTAJE Y OPERACIÓN DE PLANTAS AGROINDUSTRIALES EN EL MUNICIPIO DE AGUAZUL CASANARE’” (fl. 19, c. 1).

En cuanto a las especificaciones técnicas en los términos de referencia, se indicó (se copia como obra en el original):

“16.9 PLANTA DE PROOCESAMIENTO (ESPECIFICACIONES TÉCNICAS)

“1. Planta de esterilización UHT, Tipo SIH

“Sistema a placas de calentamiento indirecto.

Capacidad: 4,000 l/h

“…

“ALCANCE DE SUMINISTRO

“Item 1.0) 1- Planta de Esterilización UHT, Tipo SIH

Con sistema de calentamiento indirecto.

Montado sobre un bastidor en acero inoxidable (**El homogenizador esta montado fuera el bastidor**)” (fls. 20 y 22 de los términos de referencia – se resalta)

Ahora bien, en la propuesta presentada por Cootecol en al acápite en el que se señala el alcance del suministro, se indicó:

“ALCANCE DEL SUMINISTRO

“Item 1.0) 1- Planta de Esterilización UHT, Tipo SIH

Con sistema de calentamiento indirecto.

Montado sobre un bastidor en acero inoxidable (El homogenizador esta montado fuera el bastidor).

Capacidad 4,000 l/h

Producto: Leche

“Consiste en:

“…

“ 1- Homogenizador marca Rannie, tipo no-aséptico

“Todas las partes en contacto con el producto están fabricadas en acero inoxidable.

El homogenizador esta provisto con:

- Cilindro con sellos higiénicos.

- Construido en Correa en V para el motor.

- Pulsation damper.

- Una etapa de homogenización.

“El motor del homogenizador y el sistema de operación están recubiertos en un gabinete en acero inoxidable con pata ajustable con soportes en discos de nylon.

“Datos Técnicos:

“Presión: 200 bar

“Incluye:

- Tuberías y accesorios para las conexiones de los equipos antes mencionados

- Mangueras para aire y cables para la interconexión de las válvulas y demás equipos.

- Interconexiones entre el gabinete del válvulas solenoides y el gabinete del PLC”[[7]](#footnote-7).

De lo transcrito se encuentra que la expresión “El homogenizador esta montado fuera el bastidor” no es del todo clara, ya que no permite entender con total claridad si ello se refiere a la ubicación en la que va a quedar el homogenizador o a la que tiene alguno ya existente en el lugar; sin embargo, lo cierto es que, interpretando esa expresión en el contexto en el que se la citó y con fundamento en el mismo texto de la propuesta, se precisa que aquélla se incluyó en el acápite denominado “alcance del suministro”, el vocablo suministro “se refiere a la acción y efecto de suministrar” y suministrar consiste en “proveer a alguien de algo que necesita”[[8]](#footnote-8); en consecuencia, para la Sala lo que lógicamente surge de los transcrito es que el homogenizador hacía parte del suministro, máxime que en ese mismo acápite se determinaron los elementos que integraban la planta de esterilización, entre ellos el homogenizador, frente al cual se detallaron su marca y sus características.

En los anteriores términos se encuentra que el homogenizador sí hacía parte de las especificaciones técnicas de la planta procesadora de leche, modelo UHT, referencia SIH, especificaciones que igualmente fueron incluidas en el convenio 101 de 2002, según da cuenta la cláusula segunda:

“**ESPECIFICACIONES:** El presente Convenio se ceñirá a las especificaciones, descripciones y valores que se determinan **en la propuesta** y términos de referencia, la cual hace parte integral del presente convenio …” (fl. 20, c. 1- se resalta).

En los alegatos de conclusión presentados en segunda instancia, Cootecol indicó que, si bien en la propuesta se había incluido el homogenizador, como en el convenio, no se incluyó, se debía entender esta omisión en el sentido de que el municipio no lo necesitaba para realizar el proyecto; sin embargo, tal argumento no es de recibo, pues, como se acaba de ver, tanto la propuesta como los términos de referencia, hacían parte integral del convenio y en ambos se consagró el homogenizador dentro del alcance del suministro.

En virtud de la cláusula segunda del convenio, el 1 de junio de 2004 el Secretario de Agricultura y Ganadería del municipio de Aguazul le envió una comunicación a Cootecol en la que le indicaba que, de conformidad con los términos de referencia y las especificaciones técnicas o propuesta de Cootecol, hacía falta el homogenizador (fl. 53, c. 1), lo anterior fue ratificado en comunicación del 25 de agosto de ese mismo año (fl. 55 y 56, c. 1)

El 12 de octubre de 2004 Cootecol remitió la siguiente comunicación a la Jefe de la Oficina Jurídica del municipio de Aguazul (se transcribe como obra en el orginal):

“… tomando atenta nota de su comunicado fechado once (11) de octubre de los corrientes, me permito seguir sus indicaciones en el sentido de plasmar nuestras conversaciones dirigidas a las gestiones que se vienen adelantando de manera conjunta por nuestras dos entidades con el fin de conseguir soluciones a la situación presentada con el convenio de la referencia.

“…

“4. De igual manera, informo que diligenciaré el arribo a su Despacho y del señor Secretario de Agricultura de la referencia del concepto comentado emitido por profesional experto en la materia sobre la *utilidad, adaptabilidad y viabilidad* del homogenizador ya existente en la planta en la actualidad, sin que esto cause detrimento alguno de los procesos lácteos que realiza la planta, ya que puede ser ajustado mediante un regulador ya existente y aprobado, para su operación para ambas plantas, **para que con esto se presente la justificación de lo pretendido desde un principio por la Cooperativa sobre la compensación de ciertos valores y obras constructivas asumidas por COOTECOL,** las cuales constan en su respectiva acta parcial de obra y que no fueron proveídas ni construidas por el Municipio aun y cuando medió información sobre la necesidad de dichas obras civiles, como lo contempla el numeral 16.6 del Acápite de GENERALIDADES (de los ASPECTOS TECNICOS), en su párrafo tercero de los términos de referencia…; de donde se colige que estos ítems serían entregados por el Municipio ya que COOTECOL no produce leche” (fls. 60 y 61, c. 1 – se resalta).

Así las cosas, para la Sala es claro que el contratista tenía la obligación de entregar, con la planta procesadora de leche, el homogenizador; sin embargo, Cootecol se abstuvo de hacerlo, ya que pretendió hacer una compensación entre el valor del homogenizador y el valor de unas obras asumidas por esa entidad.

Lo anterior es corroborado con el testimonio de Gabriel Francisco Castro Castro, quien se desempeñó como ingeniero residente de Cootecol durante el desarrollo del convenio 101 de 2002 y sobre el particular indicó (transcripción literal):

“PREGUNTADO: Díganos si sabe los por menores por lo cuáles no se instaló el homogenizador a qué hace referencia el contrato 101 de 2002. CONTESTO: Como era necesario hacer más obra civil de la prevista y adecuación de áreas, incluyendo instalaciones electromecánicas y como CASALAC contaba con un homogenizador con características de capacidad suficientes para el proceso de la leche con estos equipos objeto del contrato **se recomendó no suministrarlo** a cambio de estas obras” (fl. 65, c. 2 – negrillas adicionales).

Adicional a lo anterior, en el dictamen pericial se estableció que el homogenizador hace parte de la planta procesadora de leche especificada en el objeto del convenio 101 de 2002, pues en uno de los soportes que acompañan ese dictamen se precisó:

“Esta oferta siempre incluye el Homogenizador, recomendado por fabrica, ya que esto es un sistema montado en un skid completo y así es diseñado y fabricado” (fl. 167, c. 2).

En ese orden de ideas queda desvirtuada la premisa del recurrente según la cual la entrega del homogenizador no estaba dentro de sus obligaciones, de donde, en principio, se configura su incumplimiento contractual.

Ahora bien, es necesario determinar el contenido y alcance del acta de recibo final del 27 de junio de 2005, en la que, según el recurrente, el municipio manifestó que Cootecol cumplió con las obligaciones derivadas del convenio interadministrativo.

En dicha acta, que se denominó de recibo final, se incluyeron las obras que se realizaron, los equipos que se suministraron, así como la puesta en marcha y capacitación de la planta; sin embargo, se dejó la siguiente aclaración:

“Las cantidades de obras civiles y valores de los diferentes ítems ejecutados por COOTECOL, se consignarán en el Acta Final de Liquidación.

“**Los elementos no suministrados por COOTECOL, se individualizarán, identificarán y valorarán en el Acta Final de Liquidación”** (se resalta)

A continuación se procedió a recibir las obras y los equipos relacionados en esa acta -la de recibo final-, así:

“**7. RECEPCIÓN**

“En constancia una vez diligenciada la inspección de las obras ejecutadas y los equipos suministrados, de haber comprobado el funcionamiento de los equipos, de haberse practicado las pruebas y del concepto contenido en el informe final del contratista vinculado como apoyo a la Interventoría Ingeniero LUIS HUMBERTO FALLA RIVERA, se hace entrega real y efectiva al Secretario de Agricultura y Ganadería del Municipio de Aguazul, y éste recibe las obras civiles, **equipos enumerados anteriormente** y documentos relacionados a satisfacción, objeto del Convenio Interadministrativo No. 101 del 10 de diciembre de 2002, **con las aclaraciones atrás consignadas”** (fl. 76, c. 1- negrilla fuera de texto).

Del contenido del acta de recibo final no se puede determinar el alcance que le pretende dar el recurrente, comoquiera que, si bien es cierto allí se indicó que se recibía a satisfacción, tal afirmación se refería exclusivamente a las obras, equipos y documentos que allí mismo se relacionaron, dentro de los cuales no se incluyó el homogenizador; adicionalmente, en forma expresa se dejó la aclaración de que los elementos no suministrados por Cootecol se individualizarían en el acta de liquidación del convenio, con lo cual resulta probado que el contratista no entregó todos los elementos que se encontraban a su cargo, entre ellos, el homogenizador, ya que en la relación de equipos suministrados no se le mencionó.

Por lo anterior, se encuentra acreditado que Cootecol incumplió el convenio 101 de 2002 por no entregar uno de los elementos a su cargo, como lo era el homogenizador.

De otra parte, señaló el recurrente que no se podía tener en cuenta el informe rendido por el consultor, ya que el mismo se elaboró con posterioridad a la suscripción del convenio interadministrativo, el que, previo a su suscripción, contó con los análisis y estudios que determinaron el presupuesto oficial.

Frente a ello se observa que en la liquidación del convenio efectuada por el *a quo*  no se mencionó, ni se tuvo en cuenta el informe rendido por el consultor; por el contrario se tomó el valor total del contrato, al que se le restó el precio del homogenizador, indicado en el dictamen pericial, ítem en el que se incluyó el costo total de traer la máquina desde Dinamarca e instalarla en la planta de leche, para determinar el valor invertido por Cootecol y, así mismo, establecer el saldo final del convenio, así (se copia como en el original):

“Ahora bien, para la liquidación del convenio, corresponde en primer lugar, determinar qué sumas de dinero fueron entregadas a Cotecol en virtud del convenio examinado; para tal efecto, acudimos al acta parcial (fl. 38 c. 1) y a la certificación expedida por el Tesorero de Aguazul (fl 14 c. 2), que indican al unísono que el Municipio pagó a Cootecol la suma de $3.956.040.000, sobre el pago de ese valor no hay glosa por parte de la demandada, razón por la cual se tendrá esa cifra como la suma pagada en efectivo al contratista.

“Para establecer el valor invertido por Cootecol en el proyecto, la Sala trae a colación nuevamente la no adquisición e instalación del homogenizador, que es el único ítem controvertido por las partes, es decir, el aspecto que no se cumplió en el convenio, en consecuencia, para establecer cuál es la suma invertida, se tendrá en cuenta el valor total del convenio 101 de 2002 ($4.395.600.000,00) al cual se le restará el valor del homogenizador, según lo indicado en la pericia rendida, esto es la suma de $478.843.637,41 (fl. 43 c. 1), operación que arroja que el contratista invirtió en la ejecución de convenio la suma de $3.916.756.362,59.

“…

“En consecuencia, es evidente que Cootecol aunque incumplió el contrato, invirtió la suma de $3.916.756.362,59, y como quiera que el Municipio le entregó $3.956.040.000.00, queda un saldo a favor de la Entidad Territorial de $39.283.637,41” (fl. 492, c. ppal.)

Conforme se observa en esta liquidación, por el incumplimiento del contrato, esto es, por la falta de entrega del homogenizador, y a diferencia de lo que sostiene en el recurso el apelante, es el contratista quien le debe al municipio y no al revés.

Ahora bien, indica el recurrente que en la liquidación del convenio debía tenerse en cuenta que existía un saldo pendiente de pago en favor de Cootecol, ya que no se le había cancelado el 100% del valor acordado en el convenio. Revisada la liquidación efectuada en primera instancia se encuentra que, para hacerla, el tribunal restó del valor total del convenio ($4.395’600.000), que incluía las sumas entregadas al contratista y las pendientes de pago, el costo del homogenizador que el contratista no entregó ($478’843.637,41), la suma resultante ($3.916’756.362,59) fue lo que el propio tribunal consideró que había sido la inversión del contratista para cumplir lo pactado. Como esta última suma era inferior a la entregada por el municipio ($3.956’040.000), concluyó que había un saldo a favor de este último ($39’283.637,41), que el tribunal ordenó que aquél (el contratista) solidariamente con la aseguradora reintegrara al municipio.

En consecuencia, no existe ningún saldo a favor del contratista, pues, como se vio, al liquidar el contrato el tribunal tomó el valor total del mismo, el que -se reitera- incluía las sumas entregadas al contratista y las pendientes de pago.

De otra parte, alega el recurrente que el tribunal no tuvo en cuenta en el análisis económico que la obra debía entregarse en el año 2003 y que ésta solo se recibió en el 2007, por lo que se debe reconocer el desequilibrio financiero del contrato derivado de ese hecho. Sobre ese preciso aspecto se observa que es un asunto que no fue debatido en el proceso y frente al que Cootecol no solicitó su reconocimiento en primera instancia, por lo que la Sala no puede ahora estudiarlo.

Es cierto que en la contestación de la demanda se dijo “que la entrega del objeto contractual además de alguna situaciones de índole técnico, e incluso constructivo- insuperables para los contratantes, se dilató por la falta de interés que sobre el proyecto tenía el municipio de Aguazul (Casanare)”[[9]](#footnote-9); sin embargo, allí solo hace referencia a la ecuación contractual frente a lo que el demandado consideró como obras adicionales y en relación con los costos de las pruebas de funcionamiento de la planta de leche, pero no en lo atinente a la duración del contrato y sucede que el recurso de apelación no es la oportunidad procesal indicada para solicitar que se reconozcan aspectos nuevos, al punto que, de accederse a ello, se violaría el derecho de defensa de la parte actora.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que el objeto del convenio incluía el suministro de la planta, el montaje y la puesta en marcha de la misma, y que entre las obligaciones del contratista se encontraba el suministro del homogenizador, obligación, que como ya se vio, no cumplió Cootecol; así las cosas, mal puede hablarse de mora en la recepción del proyecto objeto del convenio 101, cuando el contratista no había cumplido a cabalidad sus obligaciones, ya que, no entregó la planta procesadora de leche con todas las especificaciones contenidas en los términos de referencia.

Además en los términos de referencia se precisó lo siguiente (transcripción literal):

“8.1.4. VALOR DE LA PROPUESTA

“El valor de la propuesta deberá expresarse en pesos colombianos, El valor del contrato es fijo y no será objeto de incremento; por lo tanto, el proponente deberá tener en cuenta los eventuales incrementos en sus costos que se presenten durante el período de desarrollo del objeto de los presentes términos.

“El oferente describirá los costos de acuerdo con la propuesta siguiendo las pautas fijadas en los términos de referencia, especificando los directos e indirectos derivados del costo de la planta, montaje y puesta en marcha; incluido, transportes hasta el sitio de la obra, derechos de importación, fletes, costos de elementos u obras accesorias para el montaje y puesta en marcha del equipo, costos salariales y prestaciones, costos administración, imprevistos y utilidades, impuestos, costos de legalización y deducciones e impuestos a que haya lugar. Se entiende incluido dentro del valor de la propuesta dando cumplimiento satisfactorio y oportuno al contrato durante el plazo del mismo, de manera que los valores utilizados para la elaboración de su propuesta son de su exclusiva responsabilidad.

“Esta información deberá ser presentada bajo la responsabilidad del proponente. Cualquier error u omisión, criterio o procedimiento utilizado, no dará lugar a la modificación o cambio en el valor de la propuesta.

“…

“11. VALOR DEL CONTRATO

El valor final del contrato será el resultante de multiplicar las cantidades de ítem ejecutadas, por el valor Unitario ofrecido por el proponente y aprobado por el Municipio de Aguazul, conforme a los criterios de calificación señalados anteriormente.

“…

“14. GENERALIDADES

“El contratista asumirá la responsabilidad total por la mano de obra técnica y especializada para la ejecución de los trabajos. Por lo tanto debe hacerse una revisión de los planos y especificaciones manifestando a la Interventoría las observaciones que en ellos se encuentren.

“…

“16. ESPECIFICACIONES

“16.1 ESPECIFICACIONES GENERALES

“16.1.2 Responsabilidades del municipio de Aguazul

“Velar por el buen desarrollo del objeto contractual del contrato.

“En el evento en que halla necesidad de elaborar una especificación particular esta prevalecerá sobre la especificación general.

“Entregar las obras civiles necesarias para el montaje de la planta de acuerdo a las especificaciones y oportunidad solicitadas previamente por el fabricante, así como las acometidas eléctricas hasta el tablero de control de las bodegas donde se instalaron los equipos, salidas hidráulicas, sanitarias de gas.

“El contratista informará oportunamente cualquier modificación o detalle omitido en los planos de montaje entregados al Municipio para la construcción de las obras civiles, lo mismo la necesidad de materia prima puesto que por ser un producto altamente perecedero su tiempo de vida útil es demasiado corto.

“16.2 ESPECIFICACIONES TÉCNICAS

“16.2.1 PLANTA DE PROCESAMIENTO

“El contratista debe suministrar los planos isométricos y detalles de montaje electromecánico así como dimensionamiento o detalles especiales de las obras civiles necesarias para el montaje de equipos, planos generales de la planta de procesamiento de leche larga vida, diagramas eléctricos, catálogos, manuales de mantenimiento, manifiesto de aduana, etc.

“16.2.2. MONTAJE Y PUESTA EN MARCHA DE LA PLANTA

“Durante el montaje y puesta en marcha es necesario contar con un ingeniero mecánico y/o electromecánico como residente que tenga control sobre el comportamiento de las soluciones recomendadas a medida que avanza su proceso.

“Cualquier cambio o adición que se proponga deberá ser consultado por escrito a la Interventoría.

“El Contratista mantendrá al día juegos de planos mecánicos de fabricación y montaje, planos eléctricos, que se utilizaran únicamente para indicar las modificaciones hechas en obra. Al terminar el Contratista deberá entregar, al Interventor por parte del Municipio, los planos record (as- built) de los montajes tal como fueron ejecutados, en original y una copia en papel pergamino, y en medio magnético al igual que el informe.

“En el valor unitario de la propuesta quedarán incluidos todos los materiales, equipos, herramientas, instrumentos de prueba, laboratorios, mano de obra así como impuestos, transportes y desperdicios, necesarios para la correcta ejecución del objeto contractual y lograr su perfecto funcionamiento.

“Ninguna actividad no contemplada en el presente numeral tendrá medida ni pago por separado, ya que los mismos deberán estar incluidos en los precios unitarios. Además de lo anterior, no tendrá medida ni pago por separado la realización de los siguientes trabajos relacionados con los servicios preliminares, cuyos costos deberán estar incluidos en los precios unitarios de los ítem correspondientes, aplicables a TODOS LOS CAPÍTULOS.

“Los trabajos relacionados con la obtención de permisos, licencias provisionales que se deban tramitar o cancelar ante las distintas entidades de servicios públicos serán ejecutadas y canceladas por el contratista sin reconocimiento adicional por parte el Municipio.

“La energía eléctrica u otro sistema no convencional que se requiera para alimentar el campamento, la iluminación de señales, vallas pasos y demás áreas de trabajo será por cuenta del contratista.

“Todos los demás trabajos que deba ejecutar el Contratista para cumplir lo especificado en este numeral, no serán objeto pago como ítem separado.

“Durante el desarrollo de los trabajos, el Contratista deberá coordinar la correcta ejecución de las obras civiles, con el fin de evitar que causen daños a la construcción, edificaciones cercas, redes de acueductos, redes eléctricas, redes telefónicas y vehículos, así como cualquier otro tipo de daños originados por el uso de equipos, o que sean causados por el personal de la obra, bajo responsabilidad laboral del Contratista…

“**El formulario de propuesta contiene cantidades aproximadas de obra la cuales se dan a título informativo** para facilitar la comparación de las diferentes propuestas y podrán aumentar o disminuir, **sin que esto constituya motivo de reclamo por parte del Contratista, en cuyo caso se aplicarán los precios unitarios para efecto de la liquidación.**

“…

“Los proponentes deberán presentar con sus propuestas, la información solicitada en los Pliegos de Condiciones. **Serán por cuenta del proponente favorecido con el Contrato, todas las pruebas y ensayos que se deban realizar en el desarrollo del Contrato y la que el Municipio pueda ordenar posteriormente.** Estas pruebas y ensayos se realizarán con el fin de establecer el cumplimiento de las especificaciones técnicas pactadas y contenidas en el Pliego de Condiciones y en el Contrato.

“El MUNICIPIO o sus representantes, tendrán el derecho de inspeccionar o probar los equipos con el fin de verificar su conformidad con las especificaciones.

“Si las obras inspeccionadas o aprobadas no se ajustaran a las especificaciones, el MUNICIPIO rechazará y el Contratista deberá, sin cargo para él, reemplazarlas o modificarlas en la medida necesaria para cumplir con las especificaciones.

“La inspección prueba o aprobación de las obras por parte el MUNICIPIO o sus representantes con anterioridad a su recibo final, no limitará ni extinguirá en modo alguno el derecho del MUNICIPIO a inspeccionar, probar y cuando fuere necesario rechazar la obras una vez terminadas.

“Nada de los dispuesto en este numeral liberará al Contratista de sus obligaciones en materia de garantía o de otra índole con arreglo al Contrato.

“…

“16.5 MONTAJE, INSTALACION Y PUESTA EN MARCHA

“Será responsabilidad del contratista la instalación, montaje y puesta en marcha de la Planta, así como la capacitación del personal para operar, mantener y manejar los equipos, dicha capacitación debe ser mínimo quince días.

“16.6. GENERALIDADES

“…

“El fabricante debe suministrar planos detallados de las obras civiles necesarias para el montaje y anclaje de los equipos en debida oportunidad para ejecutarlos, en caso de presentarse alguna anomalía o irregularidad en el momento de hacer los montajes correspondientes, estos costos corren por cuenta y riesgo del proveedor de la plana procesadora, ya que se supone que el debe hacer visitas periódicas para tomar correctivos oportunamente” (fls. 6, 13 a 13, 15 a 20 de los términos de referencia).

De conformidad con lo anterior, es claro que el contratista debía incluir en su propuesta todos los valores e ítems que fueran necesarios para el desarrollo del objeto contractual, pues ninguno de ellos sería objeto de reconocimiento de valores adicionales a los plasmados en su propuesta, las obras a realizar se le reconocerían a precios unitarios y las pruebas de la planta procesadora se encontraba a su cargo.

Ahora, al proceso no se aportaron actas de obra que permitan determinar las cantidades que se ejecutaron, ni si quedó algún saldo pendiente y, si bien, el dictamen y su aclaración hacen una relación de las obras que se ejecutaron y sus cantidades, ello se hizo con fundamento en un acta denominada de “recibo y liquidación final”, documento el cual reposan varias copias en el expediente, pero ninguna de ellas se encuentra suscrita por las partes, por lo que no se les puede valorar probatoriamente y, en consecuencia, el dictamen carece de sustento probatorio en ese aspecto.

De otra parte, las alegadas deudas pendientes de Cootecol con sus proveedores también son un tema que se introduce por primera vez en el recurso de apelación, pues nada se dijo sobre ese punto en la contestación de la demanda, por lo que la Sala no hará pronunciamiento al respecto, so pena de violación del derecho de defensa del municipio de Aguazul.

Finalmente, se revocará la condena en costas ya que no se observa temeridad del demandado en el proceso, pues lo que existió fue una discusión entre las partes respecto de las obligaciones que le correspondían a ellas, sin que ello sea motivo suficiente para que proceda la condena en costas.

En consecuencia, se actualizará la condena de conformidad con la siguiente fórmula:

Valor presente = Valor histórico Índice final

 Índice inicial

Reemplazando se tiene:

VP = $39’283.637,41 Índice final – marzo de 2017 (136,76) )

 Índice inicial – diciembre de 2008 (100,00)

VP = $ 53’724.302,52

**4.- Condena es 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: Modíficanse** los numerales 3 y 4 de la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2008 por el Tribunal Administrativo de Casanare, los cuales quedan así:

“3. Liquidar judicialmente el convenio 101 de 2002, suscrito entre el municipio de Aguazul y Cootecol, declarando que a favor del primero existe un saldo nominal de cincuenta y tres millones setecientos veinticuatro mil trescientos dos pesos con cincuenta y dos centavos ($53’724.302,52).

“4.- Declarar que la Administración Cooperativa del Territorio Colombiano - COOTECOL - en solidaridad con Seguros Cóndor S.A., están incursos en la obligación de rembolsar al municipio de Aguazul la suma de cincuenta y tres millones setecientos veinticuatro mil trescientos dos pesos con cincuenta y dos centavos ($53’724.302,52), más actualización e intereses hasta la ejecutoria del fallo, que se liquidarán en acto administrativo de ejecución, según lo previsto en el numeral 8 del artículo 4° de la ley 80 de 1993, con las precisiones señaladas en la motivación.

“El importe líquido de la condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y se ejecutará conforme a lo señalado en los artículos 176 a 178 del C.C.A.

**Segundo: Revocáse** el numeral 4, relativo a la condena en costas, de la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2008 por el Tribunal Administrativo de Casanare.

**Tercero: Confírmase** en lo demás la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2008 por el Tribunal Administrativo de Casanare.

**Cuarto:** Sin condena en costas.

**Quinto:** Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

**Sexto:** En firme esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Fl. 491 vto., c. ppal. [↑](#footnote-ref-1)
2. 19 de diciembre de 2008. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ley 954 de 2005. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículo 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, auto de 20 de agosto de 1998, exp. 14.202. Esta posición ha sido expuesta en sentencias como la del 20 de abril de 2005 (exp. 14519) y en auto del 7 de octubre de 2004 (exp. 2675). [↑](#footnote-ref-5)
6. Según este artículo, son contratos estatales los celebrados por las entidades enunciadas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

“b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos (…)”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Fls. 8 y 10 del archivo denominado 8. prop del medio magnético. [↑](#footnote-ref-7)
8. Según la definición que se encuentra en “<http://dle.rae.es>”. [↑](#footnote-ref-8)
9. Fl. 290, c. 1. [↑](#footnote-ref-9)