**ESTABLECIMIETO PÚBLICO DISTRITAL – Contratos – Marco legal**

En tanto se trata de un establecimiento público, descentralizado, del orden distrital, sus contratos se sujetan al Código Fiscal adoptado mediante el Acuerdo 06 de 1985 del Distrito Capital, el cual contiene las normas que rigen los aspectos presupuestales y la celebración de los contratos, que en lo sustancial reproducen las previsiones del Decreto ley 222 de 1983. Específicamente, en lo relativo a las potestades excepcionales de interpretación, modificación y la terminación unilateral, el Código Fiscal del Distrito remite expresamente a este último estatuto contractual.

**CONTRATO DE SUMINISTRO – Contrato de compraventa – Entidad pública**

En relación con el contrato de suministro, la Sección ha señalado que (…) es un negocio jurídico bilateral, conmutativo y oneroso, mediante el cual el contratista se obliga para con la administración a darle, en forma sucesiva, una determinada cantidad de bienes muebles que requiere para el desarrollo de sus funciones legales, a cambio de lo cual la administración se obliga a pagar el precio resultante de multiplicar la cantidad de unidades transferidas por el precio unitario convenido, el cual bien puede estar sometido a reajustes. Mientras que la compraventa trata de cantidades fijas de bienes muebles, susceptibles de entrega en un solo instante, aunque se convenga el pago en instalamentos periódicos.

**CONTRATO DE COMPRAVENTA – Entidad pública – Concepto – Obligaciones**

[…] el contrato de compraventa de bienes muebles “(…) tiene por objeto la adquisición, por parte de la entidad contratante del bien o bienes que requiera para su servicio - art. 372- “, mientras que el negocio de suministro “(…) tiene por objeto la provisión periódica o continuada de bienes muebles a la Administración Distrital” –art. 363-.

Al tenor de los artículos 303 y 304 del Código Fiscal del Distrito Capital, “la compraventa es un contrato de derecho privado de la administración sujeto a las normas civiles, comerciales y laborales, según su naturaleza de los mismos, en tanto que el suministro es un contrato administrativo sujeto a la ley especial”.

El contrato de compraventa genera obligaciones recíprocas para el comprador y el vendedor, desde su perfeccionamiento, razón por la que es sinalagmático perfecto. La obligación principal del vendedor consiste en la transferencia del derecho real de dominio de la cosa vendida y, en contraprestación, el comprador se obliga al pago del precio convenido. Se trata de obligaciones positivas, de dar.

**BUENA FE CONTRACTUAL – Marco legal – Concepto**

Conforme al artículo 1603 del Código Civil, [l]os contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

Igualmente, el artículo 871 del Código de Comercio tiene dispuesto que [l]os contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Huelga concluir, entonces, que las obligaciones, además de la prestación, también comprenden lo que emana de la naturaleza de la prestación, lo que por ley le pertenece y la buena fe.

Esta última es un principio constitucional –art. 83- que irradia los contratos exigiendo que las partes se comporten en el ámbito de estas relaciones de manera fiel, recta, honesta y leal, orientando sus actuaciones a la satisfacción de las prestaciones y absteniéndose de abusar de los derechos o potestades que cada una de ellas ostenta frente a la otra –art. 95 de la Constitución-. De tal forma que una de las principales expresiones del principio constitucional de la buena fe, en el ámbito contractual, es el límite al ejercicio abusivo de los derechos y situaciones que ostentan las partes en la relación jurídica.

Específicamente, en el ámbito de los contratos bilaterales, sinalagmáticos perfectos, esta Sección ha señalado que la adecuación de las partes a la buena fe incide en la preservación de la conmutatividad o equivalencia de las prestaciones desde el inicio del contrato, durante su ejecución y en razón de su terminación […]

**BUENA FE CONTRACTUAL – Incumplimiento del contrato – Configuración**

Al tenor del artículo 1613 de la codificación Civil, cabe entender que hay incumplimiento del contrato cuando no se cumple la obligación, se cumple imperfectamente, o cuando se retarda su cumplimiento.

En efecto, según este último artículo, [l]a indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Por tanto, el contrato se incumple cuando la prestación se realiza faltando a la buena fe debida, porque claramente esa ejecución contractual constituye una prestación imperfecta de lo debido. Situación que suele presentarse en aquellos casos en que una de las partes, prevaliéndose del poder que ostenta, impone condiciones contractuales inequitativas o arbitrarias, defraudando la confianza o buena fe depositada por la parte débil en la relación contractual.

La jurisprudencia citada no vacila en calificar esta irregularidad como abuso del derecho. Y la parte que actúe contrariando en esta forma la buena fe, estará obligada a indemnizar los perjuicios que cause, conforme lo exige los artículos 95 de la Constitución Política y 830 del Código de Comercio.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil doce (2012)

**Radicación número:** 25000-23-26-000-1995-01418-01(18931)

**Actor:** ORLANDO SEPÚLVEDA CELY

**Demandado:** CAJA DE VIVIENDA POPULAR

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

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, por intermedio de apoderado, contra la sentencia del 8 de junio de 2000 proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones.

1. **ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

* 1. **Pretensiones**

El señor Orlando Sepúlveda Cely, actuando a través de apoderado judicial, ejerce en dos procesos separados[[1]](#footnote-1) acción contractual contra la Caja de la Vivienda Popular. Dentro del trámite procesal con radicación 95-D-10534[[2]](#footnote-2) el actor pretende i) que se declare el incumplimiento del Contrato 003 de 1989 y el adicional 02 de 1990, para la adquisición de puertas de madera con sus respectivos marcos metálicos, destinadas al Proyecto de Ciudad Bolívar; ii) que se anule la resolución número 071 de 1994 por la cual la contratante declaró el incumplimiento del contratista; iii) que se condene a la entidad a devolver al contratista el monto de la sanción corregido monetariamente, a reconocer los perjuicios actualizados por inflación o, en subsidio, con la corrección monetaria; iv) que se liquide judicialmente el contrato número 003 de 1989, incluyendo las indemnizaciones que resulten a favor del contratista; v) que se disponga el pago de la condena dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la sentencia, con los intereses causados a partir de esta fecha y vi) que se condene a la enjuiciada al pago de las costas y agencias en derecho.

Con la demanda que corresponde al expediente número 95-D-11418[[3]](#footnote-3), además de las pretensiones antes relacionadas, el actor impetra la nulidad de la resolución número 192 del 22 mayo de 1995, expedida por la Caja de la Vivienda Popular, con el objeto de liquidar unilateralmente el contrato 003 de 1989 y su adicional 02 de 1990.

* 1. **Fundamentos**

Sostiene la apoderada de la parte actora que la Caja de la Vivienda Popular incumplió el contrato número 003 de 1989 y el adicional número 02 de 1990, con violación de los artículos 2, 16 y 20 de la Constitución de 1886; 2 y 16 de la Constitución Política; 16, 1546, 1602, 1603, 1609, 1610, 1613, 1614, 1645, 1882, 1883, 2054, 2056, 2341 y 2347 del Código Civil; 871, 926, 943, 946, 947, 950, 970, 971 y 972 del Código de Comercio; 1, 2, 290, 291 y 293 del Decreto 222 de 1983 y 370, 372, 471, 472 y 474 del Código Fiscal de Bogotá D.E., porque incurrió en mora en el pago de los anticipos y en el recibo de los elementos objeto del contrato, retardando en cuarenta y cinco meses su ejecución, durante los cuales el contratista sufrió i) incrementos en los costos, que no fueron incorporados en la oferta porque el término de duración inicialmente previsto fue de nueve meses, ii) mayores costos financieros, originados en la entrega del anticipo adicional efectuada un año después de la suscripción del contrato, iii) sobrecostos por la afectación de bienes de capital a la producción de los elementos contratados, durante un término superior al inicialmente previsto y iv) mayores gastos administrativos. Por tanto, la entidad contratante debe indemnizar los perjuicios ocasionados al contratista.

Aduce la apoderada del actor que la resolución número 071 de 1994 es ilegal, i) porque en tanto la Caja de la Vivienda Popular incumplió el negocio bilateral, no podía exigir, como efectivamente ocurrió, que el contratista cumpla o se allane a cumplir lo convenido, ya que la *mora creditoris* lo facultaba para rehusarse a cumplir sin incurrir en incumplimiento, al tenor de los artículos 926 del Código de Comercio y 1609 y 1882 del Código Civil y ii) debido a que el pretendido incumplimiento contractual declarado mediante la resolución 071 de 1994, se basa en la interpretación abusiva del contrato que decidió unilateralmente mediante la Resolución n.° 481 del 7 de octubre de 1992, porque privó al señor Sepúlveda Cely de entregar la totalidad de las cantidades adicionales contratadas, contrariando el artículo 21 del Decreto 222 de 1983.

Además de las razones reseñadas, la misma apoderada afirma que la resolución número 192 del 22 de mayo de 1995, expedida por la Caja de la Vivienda Popular para liquidar el contrato 003 de 1989 adicional 02 de 1990, debe anularse porque no tuvo en cuenta los sobrecostos y perjuicios que la mora ocasionó al contratista, como lo exigen los artículos 287, 288 y 289 del Decreto 222 de 1983.

1. **Trámite de primera instancia**
	1. **Intervención pasiva**

La Caja de la Vivienda Popular, actuando a través de apoderado, se opuso a las pretensiones –fls, 125 a 175, cdn. ppal-, aceptó unos hechos y negó otros. Sostuvo que las obligaciones nacidas del contrato objeto del litigio son sucesivas; que la entidad contratante cumplió sus obligaciones en la forma convenida en el contrato original y en las modificaciones suscritas de común acuerdo; que el contratista debía cumplir las suyas sin condicionarlas al cumplimiento previo de la entidad contratante y que, como no lo hizo, no puede beneficiarse de su propia culpa, pretendiendo que la entidad demandada asuma los sobrecostos ocasionados por su incumplimiento. Con fundamento en estas razones, el apoderado niega que la entidad contratante haya incurrido en la violación de normas alegada en la demanda.

El apoderado de la demandada propone las excepciones i) de falta de agotamiento de la vía gubernativa, porque el actor no recurrió la resolución 071 de 1994, demandada; ii) de existencia de cláusula compromisoria, que obligaba a que los conflictos surgidos por la ejecución del contrato 003 de 1989, sean decididos por un Tribunal de Arbitramento; iii) de inepta demanda, porque el demandante no aportó copia del contrato y de las resoluciones demandadas y iv) de contrato no cumplido, porque, sin razón que lo justifique, el contratista no entregó todas las cantidades contratadas.

* 1. **Alegatos de conclusión**

Dentro del trámite del recurso de apelación, la apoderada del actor allegó copia auténtica de un escrito que presentó oportunamente en la etapa de alegar de conclusión –fl. 374, cdn. ppal-, el cual tiene sello de presentación ante el Tribunal *a quo*[[4]](#footnote-4).

En este documento la apoderada del contratista, apoyándose en el material probatorio, manifestó que la entidad demandada pagó el anticipo de los contratos 03 de 1989 y 02 de 1990 con retardos de 3 meses y de un año y no dispuso sitios aptos para el recibo y el almacenamiento de los elementos del contrato, dilatando por cerca de 45 y meses el plazo de ejecución, con lo que ocasionó al señor Orlando Sepúlveda Cely pérdida de valor en los precios contractuales, sobrecostos por mayor permanencia e incrementos en los costos financieros, como lo verificaron los peritos, que no le fueron reconocidos por la contratante, contrariando así los artículos 2, 58, 209 y 333 de la Constitución Política y 3, 4, 5, 24 la 27 de la Ley 80 de 1993. Igualmente, se opuso a la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido por considerar que el incumplimiento provino exclusivamente de la Caja de Vivienda Popular.

* 1. **Sentencia de primera instancia**

La Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probadas las excepciones y negó las pretensiones. Consideró que i) el anticipo fue pagado por la entidad contratante conforme a las ampliaciones convenidas; ii) la mora en que incurrió la entidad contratante por la carencia de espacio físico y personal para recibir los elementos del contrato fue purgada con las prórrogas del plazo convenidas por el contratista; iii) las controversias sobre el reajuste de los precios no impidieron al contratista cumplir el contrato; iv) el desacuerdo con la interpretación unilateral del contrato no justifica el incumplimiento del contratista; v) no se demandó la nulidad de los actos en que se funda la Resolución 071 de 1994 que declaró su incumplimiento, no se desvirtuó la presunción de legalidad de este acto, ni el contratista demostró que hizo las entregas conforme a la programación exigida; vi) la modificación contractual sobre la fecha de inicio de la ejecución del contrato no rompió el equilibrio contractual; vii) no hay pérdida de valor de los precios por la mora, porque los elementos que la entidad se demoró en recibir para entonces estaban elaborados y viii) que los sobrecostos por la mayor permanencia en la ejecución del contrato no guardan relación directa con la mora de la entidad contratante, sino con la negativa del contratista a entregar, mientras no se reajustaran los precios y se dejara sin efectos la interpretación unilateral.

1. **Trámite de segunda instancia**
	1. **El recurso de apelación**

El actor apeló la providencia[[5]](#footnote-5) para que se revoque y se despachen favorablemente las pretensiones, porque el Tribunal i) no valoró, como debía, el material probatorio allegado para demostrar el incumplimiento contractual de la entidad demandada; ii) concluyó sin sustento que las partes defirieron el pago del anticipo al perfeccionamiento del contrato, cuando debía entregarse presentada la garantía de buen manejo de los recursos; iii) no tuvo en cuenta que el incumplimiento persistió durante las ampliaciones del plazo y que la purga de la mora no hace desaparecer los perjuicios causados ni extingue el derecho a la indemnización; iv) restó importancia a la mora de la entidad contratante y equivocadamente le imputó incumplimiento al contratista, sin considerar que aquella le permitía abstenerse de entregar los bienes contratados y vi) no tuvo en cuenta que la Caja de la Vivienda Popular no incluyó, en la liquidación efectuada con la Resolución 192 de 1995, los perjuicios ocasionados al contratista con la mora.

* 1. **Alegatos finales**

En su intervención final el señor Orlando Sepúlveda Cely reitera que el precio fijo del contrato había perdido poder adquisitivo cuando la Caja de la Vivienda Popular pagó tardíamente los anticipos; que la purga de la mora no extingue la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados al contratista y que, en tanto la entidad contratante incumplió el contrato, no podía declarar válidamente el incumplimiento del contratista, ni omitir la indemnización correspondiente en la liquidación del contrato –fls. 399 a 422 cdn. ppal-.

1. **CONSIDERACIONES**
2. **Competencia**

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia que negó las pretensiones, dado que la cuantía de la demanda alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988[[6]](#footnote-6).

1. **Planteamiento del problema**

La parte actora solicita que se declare que la Caja de la Vivienda Popular incumplió el Contrato 003 de 1989 y el adicional 02 de 1990, celebrados con el señor Orlando Sepúlveda Cely, porque no pagó el anticipo ni recibió los bienes contratados dentro de los plazos convenidos, ocasionando sobrecostos en la ejecución del contrato. Asimismo, pide que se anulen las Resoluciones números 071 de 1994 y 192 de 1995 que declaran el incumplimiento del contratista y liquidan el contrato, respectivamente, porque la entidad demandada las profirió desconociendo su propio incumplimiento, fundada en una interpretación abusiva del contrato adoptada unilateralmente con la Resolución n.° 481 de 1992 y, además, porque en la liquidación decretada no reconoció al contratista los perjuicios que le causó con la mora.

La entidad demandada sostiene que cumplió sus obligaciones y que el contratista, en cuanto condicionó las entregas al reajuste de los precios, incumplió sus obligaciones y debe asumir los sobrecostos.

La Sala deberá establecer, entonces, si la entidad demandada incumplió el Contrato 003 de 1989 y sus adiciones, causándole perjuicios al señor Orlando Sepúlveda Cely y si ese incumplimiento da lugar a la nulidad de las resoluciones demandadas, teniendo en cuenta, además, que el demandante afirma haber cumplido sus obligaciones.

Para el efecto, la Sala abordará el estudio de los hechos alegados y probados para luego i) analizar las obligaciones relacionadas con el pago del anticipo y con el recibo de las puertas y los marcos metálicos, a cargo de la entidad contratante y ii) establecer lo relativo a la declaración de incumplimiento del contratista y a la liquidación del contrato.

* 1. **Hechos alegados y probados**

De conformidad con el material probatorio que obra en el expediente, se pueden tener por ciertos los siguientes hechos alegados, relevantes para la decisión:

* + 1. El 10 de febrero de 1989, la Caja de la Vivienda Popular contrató con el señor Orlando Sepúlveda Cely la compra de 8.000 puertas de madera, con sus respectivos marcos metálicos, para el Proyecto Ciudad Bolívar, por un valor de $161.118.000.oo, a precio unitario y plazo fijos, bajo el régimen del Decreto 222 de 1983 y, en especial, del Código Fiscal del Distrito Capital[[7]](#footnote-7).

Las partes pactaron un anticipo equivalente al 40% del precio del contrato, que debía pagar la entidad contratante contra la presentación de la garantía de buen manejo de estos recursos y convinieron un plazo de 180 días calendario desde el perfeccionamiento del contrato, para la ejecución contractual.

En cuanto al objeto, precio, forma de pago y duración, el contrato número 003 del 10 de febrero de 1989, celebrado entre la Caja de la Vivienda Popular y el señor Orlando Sepúlveda Cely, señala:

*CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO: El objeto del presente contrato es la compra por parte de la CAJA de puertas de madera con sus respectivos marcos metálicos, para el Programa de Autoconstrucción dentro del Proyecto Ciudad Bolívar, que se relacionan a continuación:*

*Ítem DESCRIPCIÓN CANT. PRECIO UNIT. V/R TOTAL*

*1.Marcos en lámina para 8.000 6.530.oo 52.240.000.oo*

*Puertas de 2.10X0.80 m.*

*2.1.Hojas para Puertas de Ma- 4.000 9.036oo 36.144.000.oo*

*dera de 2.10X0.80 m.*

*2.2.Hojas para Puertas de Ma- 4.000 18.183oo 72.734.000.oo*

*dera 2 hojas 2.10X0.80 m.*

*VALOR TOTAL DE LA PROPUESTA $161.118.000.oo*

*CLÁUSULA SEGUNDA. PRECIO: El presente contrato tiene un valor de CIENTO SESENTA Y UN MILLÓN (sic) CIENTO DIECIOCHO MIL PESOS M/CTE ($161.118.000.oo) a Precio Unitario Fijo y Plazo Fijo.*

*CLÁUSULA TERCERA. FORMA DE PAGO: El valor del presente Contrato será cancelado por la CAJA(…) de la siguiente manera: a)- LA CAJA pagará un 40% del valor del contrato, contra presentación de la póliza de Garantía del manejo del anticipo, en calidad de forma anticipada de pago; b)- Pagos Mensuales: EL CONTRATISTA presentará Cuentas Mensuales de Cobro por el valor que resulte de multiplicar los precios unitarios del Contrato por las cantidades recibidas mensualmente; c)- Retenciones: LA CAJA retendrá el 45% del valor bruto de cada cuenta de cobro mensual; 40% para amortizar el anticipo y el 5% como reserva para la cuenta final.*

*CLÁUSULA CUARTA. DURACIÓN: El presente contrato tendrá una duración de 180 días calendario, contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del Contrato* –fls. 7 a 18, cdn. 7-*.*

La entrega de los elementos contratados fue pactada en estos términos –se destaca-:

*CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA. ENTREGAS: EL CONTRATISTA se compromete a entregar los elementos a que se refiere la Cláusula Primera del presente Contrato, en las instalaciones del Centro de la Construcción de la C.V.P. (Transversal 70B # 73-35 Sur). PARÁGRAFO: Los gastos que ocasione el transporte de los elementos serán por cuenta del contratista.*

En el contrato se pactó la cláusula penal pecuniaria, en estos términos –se destaca-:

*CLÁUSULA NOVENA – PENAL PECUNIARIA: En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total de las obligaciones contraídas con ocasión del presente contrato, LA CAJA exigirá directamente al CONTRATISTA a Título de Cláusula Penal, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del Contrato, que se considera como pago parcial de los perjuicios que LA CAJA reciba de dichos casos, ésta cantidad podrá ser de la garantía constituida, o descontada de las cuentas que por cualquier concepto se dé al contratista; si esto no fuere posible se cobrará por jurisdicción coactiva.*

Sobre la interpretación unilateral del contrato, convinieron:

*CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA. INTERPRETACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO: Cuando surgieren discrepancias sobre la interpretación de las Cláusulas del presente Contrato, que puedan ocasionar su parálisis o perturbar su ejecución, la CAJA convocará al contratista y le expondrá su criterio sobre la mejor manera de adelantar el cumplimiento del Contrato, sentándose un Acta con los resultados de la reunión si no existiere acuerdo. LA CAJA mediante resolución motivada señalará la forma como el contrato debe continuar y su ejecución. Contra la citada providencia procede el recurso de reposición. PARÁGRAFO: A través de esta Cláusula no podrá introducirse modificaciones al presente contrato.*

El perfeccionamiento del contrato fue previsto en estos términos:

*CLÁUSULA DECIMA SEXTA. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO: El presente contrato requiere para su perfeccionamiento, además de la firma de las partes los siguientes requisitos: 1.- Presentación por parte del contratista, del Paz y Salvo Distrital por todo concepto, vigente a la firma del presente contrato. 2.- Certificado de Disponibilidad Presupuestal y Reserva Presupuestal de la División de Presupuesto de la CAJA. 3.- Constitución y Aprobación de las garantías, las cuales deberán ser constituidas dentro de los diez días siguientes a la firma del Contrato. 4. Cancelación del Impuesto de Timbre Nacional y publicación del texto del contrato en el Registro Distrital por cuenta del CONTRATISTA. Estos requisitos se entenderán cumplidos una vez quede ejecutoriada la providencia que declare ajustado a las normas legales por, ante (sic) el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca.*

El Contrato de Suministro n.° 003 de 1989 fue modificado y adicionado de común acuerdo por las partes, así:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Fecha** | **Documento** | **Objeto** |
| 05-may-89 | "Otrosí No. 01 al Contrato de Suministro No. 003 de 1989" | Modificar la fecha de pago del anticipo (una vez perfeccionado este Otrosí) y el inicio de la ejecución (desde el 20 de junio de 1989) |
| 16-dic-89 | "Adicional No. 01 al Contrato de Suministro No. 003 de 1989" | Ampliar el plazo en 10 meses |
| 16-feb-90 | "Contrato Adicional No. 02 al Contrato de Suministro No. 003 de 1989" | Ampliar "hasta un 50% del valor adicional"; reajustar los precios; el objeto será "el 50% de cada ítem del contrato inicial” y se pagará como anticipo el 50% del valor adicional |
| 08-may-90 | "Otrosí No. 01 al Contrato Adicional No. 02 del Contrato de Suministro No. 003 de 1989" | Modificar la forma de entrega: la contratante se reserva la facultad de definir las cantidades según los requerimientos del interventor. |
| 13-may-90 | "Otrosí No. 01 (sic) al Adicional No. 02 de 1990 para el Contrato de Suministro No. 003 de 1989" | Modificar el rubro de la imputación presupuestal |
| 25-may-90 | "Contrato Adicional No. 03 de 1990 al Contrato de Suministro No. 003 de 1989" | Ampliar el plazo en 4 meses |
| 12-sep-90 | "Otrosí No. 02 al Contrato de Suministro No. 003 de 1989" | Aclarar la forma de pago: el valor resultará de multiplicar las cantidades recibidas por el precio unitario, reteniendo el 40% para amortizar el anticipo, sin retener el 5% para la cuenta final |
| 17-feb-91 | ""Contrato Adicional No. 04 al Contrato de Suministro No. 003 de 1989". | Ampliar el plazo en 90 días calendario |

Asimismo, el Contrato de Suministro n.° 003 de 1989 fue suspendido así:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Suspensión** | **Documento** | **Motivo** |
| **Inicio** | **fin** |
| 10-dic-90 | 01-mar-91 | Orden del interventor, con comunicación del 10 de diciembre de 1990 | Inconvenientes para el recibo y almacenamiento de los materiales objeto del contrato |
| 01-mar-91 | 01-abr-91 | Acta de suspensión suscrita por las partes el 1° de marzo de 1991 | La entidad contratante carece de espacio físico para almacenar los materiales del contrato |
| 14-jun-91 | 24-jun-92 | Acta de suspensión suscrita por las partes el 14 de junio de 1991 | La entidad contratante carece de espacio físico para almacenar los materiales del contrato |

Los motivos que dieron origen a las modificaciones y suspensiones del contrato son los que se sintetizan adelante.

* + 1. El 16 de marzo de 1989, la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró ajustado a derecho el Contrato 003 de 1989, previa acreditación de los requisitos exigidos para su perfeccionamiento –fls. 14 a 17, cdn. ppal-.
		2. El 5 de mayo de 1989, la Caja de la Vivienda Popular y el señor Orlando Sepúlveda Cely suscribieron el *“Otrosí No. 01 al Contrato de Suministro No. 003 de 1989”,* con el objeto de corregirlo –fl. 18, cdn. 7-, a cuyo tenor el anticipo se pagaría perfeccionada la corrección y el plazo de ejecución contractual correría desde el 20 de junio de ese año. Fecha en que se suscribió el Acta de Iniciación –fl. 21, cdn. 7-.

El documento que contiene el Otrosí, señala:

*(…) hemos convenido en celebrar el presente Otrosí No. 01 a fin de corregir y aclarar según lo establecido en la Resolución Reglamentaria No. 03/86 de la Contraloría Distrital, Capítulo XI, numeral 02.09, literal e, algunas Cláusulas del Contrato así:*

*PRIMERO: La Cláusula Cuarta del Contrato, se corrige en el sentido de que el plazo del mismo será de ciento ochenta (180) días calendario, contados a partir de la fecha del Acta de Iniciación de la ejecución del Contrato, la cual deberá suscribirse a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de recibo del anticipo (…)*

*Las demás cláusulas continúan vigentes, por estar a satisfacción.*

* + 1. El 16 de diciembre siguiente, las partes suscribieron el *“Adicional No. 01 al Contrato de Suministro No. 003 de 1989”,* con el objeto de “*(…)* *ampliar el plazo en diez (10) meses más”* –fl. 44, cdn. 7-,con estos antecedentes:

Mediante las comunicaciones de fecha 19 de octubre, 22 y 24 de noviembre y 6 de diciembre de 1989 –fls. 26A, 31,32, 35 a 40 y 42, cdn. 7-, el contratista manifestó al interventor designado que la Caja de la Vivienda Popular no le facilitaba las entregas, por reiterada negativa y ausencia de personal para recibir las puertas y los marcos en las fechas y horarios programados; negligencia en la legalización de las entregas ya realizadas; malas prácticas de almacenamiento de los elementos entregados e indisponibilidad de espacio adecuado en el sitio convenido para la entrega.

El 25 de octubre y el 20 y 21 de noviembre de 1989 –fls. 29, 30 y 33, 34, cdn. 7 y 164 y 165 cdn. 4-, el Interventor designado por la Caja de la Vivienda Popular comunicó al contratista que, superados los obstáculos, la entidad contaba con un nuevo sitio para recibir los elementos contratados.

Mediante la comunicación del 21 de noviembre el interventor requirió al contratista para la entrega, poniendo de presente que a un mes del vencimiento del plazo, había entregado el 23% de los elementos contratados.

Según copia de la comunicación del 1º de diciembre de 1989 –fl. 41, cdn. 7-, el contratista Orlando Sepúlveda Cely solicitó a la Caja de la Vivienda Popular prorrogar el contrato, en los siguientes términos:

*Comedidamente me dirijo a Usted, con el fin de solicitarle se sirva concedernos una prórroga de noventa (90) días más al plazo fijado en el Contrato No. 03 de 1989, el cual vence el próximo 17 de diciembre.*

*Lo anterior obedece a los múltiples inconvenientes que se han venido presentando con la entrega de los productos objeto de dicho contrato en los sitios asignados por el Interventor, obstaculizando la programación para la fabricación de los mismos.*

* + 1. El 16 de febrero de 1990 las partes suscribieron el *“Contrato Adicional No. 02 al Contrato de Suministro No. 003 de 1989”* con el objeto de incrementar el 50% del valor y de las cantidades inicialmente convenidas, previos estos antecedentes:

El 12 de julio y el 24 de octubre de 1989 –fls. 22 a 24 y 27 y 28, cdn. 7-, el contratista solicitó a la demandada actualizar los precios pactados, en razón del incremento de los costos de los materiales y mano de obra, en el 42%, durante los seis meses transcurridos entre la presentación de la oferta adjudicada y la entrega del anticipo. En estas comunicaciones argumenta el señor Orlando Sepúlveda Cely que, si bien el contrato no previó expresamente la actualización, en negocios celebrados previamente, la entidad contratante pactó actualizar el valor por incrementos de precios fijados por el Gobierno, la Cámara Colombiana de la Construcción y los productores e importadores y que la Cláusula Decimocuarta del Contrato número 003 de 1989 permite el reajuste.

El Gerente de la Caja de la Vivienda Popular manifestó al contratista, mediante la comunicación del 15 de diciembre de 1989 –fl. 43, cdn. 7-:

*Sirva el presente escrito para informarle, que la Honorable Junta Directiva aprobó por unanimidad en su Sesión Ordinaria No. 013 de fecha 14 de diciembre del presente año, la ampliación del valor del contrato original en un 50% como adición y así mismo la ampliación del plazo en diez (10) meses, según contrato de suministro No. 003/89, lo mismo la aplicación de reajuste a partir del 1o. de Enero de acuerdo a los índices de Camacol o reajuste de las empresas productoras de la materia prima utilizada.*

Señala el documento que contiene el contrato adicional n.° 02 de 1990 –fl. 46, cdn. 7-:

*CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO. El objeto del presente Contrato Adicional No. 02 es ampliar el valor convenido en el Contrato original, hasta un 50% del valor inicial, es decir en la suma de OCHENTA MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL PESOS M/cte. ($80.559.000.oo) para el suministro de Puertas de Madera en el programa CIUDAD BOLÍVAR.*

*CLÁUSULA SEGUNDA: REAJUSTE DE PRECIOS. A partir del 1o. de Enero de 1990, se reconocerá reajuste a los precios una vez agotada las cantidades (sic) a suministrar del Contrato original, de acuerdo con lo dispuesto por la Honorable Junta Directiva de la Entidad, la aplicación del reajuste de precios, en el caso de que los precios comerciales de los bienes de capital objeto del presente Contrato puedan sufrir fluctuaciones y hubiera lugar a los reajustes de que trata el Artículo 370 del Código Fiscal, cuando quieran (sic) que se den las siguientes causales:*

1. *Para los precios de materiales contratados por el Gobierno, cuando éste autorice un alza, los precios propuestos se incrementarán en el mismo porcentaje.*
2. *Para los precios de materiales para los cuales las fábricas fijan topes de precios de venta al público y reajusten sus listas, los precios propuestos para estos materiales se incrementarán en el mismo porcentaje y en ningún caso se aceptarán precios superiores a los precios fijados como máximos para venta al público, por el fabricante o productor del material correspondiente.*
3. *Para los demás materiales que no se enmarquen en los casos anteriores, se tomarán los porcentajes de incrementos fijados de acuerdo a los índices de CAMACOL, del mes correspondiente a la entrega de cualquier elemento.*

*CLÁUSULA TERCERA: CANTIDAD DE ELEMENTOS A SUMINISTRAR. El 50% de cada Ítem del Contrato inicial. La programación para la entrega de los elementos, será presentada y aprobada por LA CAJA, con el concurso del Interventor destacado.*

*CLÁUSULA CUARTA: ANTICIPO. LA CAJA acepta pagar un primer contado, equivalente al 50% del valor total del Contrato Adicional, como forma anticipada de pago y el saldo, mediante la presentación de cuentas de cobro, debidamente autorizadas por LA CAJA, junto con las facturas comerciales de entrega parcial, aprobada por el Interventor designado al Contrato y de acuerdo con la programación que se efectúe. Los materiales correspondientes a la forma de pago anticipada, deberán ser puestos en el Centro de la Construcción del Programa CIUDAD BOLÍVAR, dentro de los cuatro (4) meses siguientes al recibo del anticipo previsto para este contrato adicional (…).*

*CLÁUSULA QUINTA: IMPUTACIÓN PRESUPUESTAL. El presente Contrato Adicional, se pagará con cargo al Rubro 9.1.01.01.003.001-Créditos.*

* + 1. En mayo de 1990, las partes convinieron en dos Otrosíes al contrato adicional número 02 y otro contrato adicional al n.° 003 de 1989, i) condicionando las entregas a las necesidades del proyecto y a los requerimientos del Interventor, ii) con el fin de establecer que el 50% del contrato adicional número 02 se pagaría contra la vigencia fiscal de 1991 y iii) para ampliar el plazo en 4 meses adicionales, respectivamente, sin modificar las demás cláusulas del contrato original.

En efecto, el 8 de mayo de 1990 las partes suscribieron el *“Otrosí No. 01 de 1990 al Contrato Adicional No. 02 del Contrato de Suministro No. 003 de 1989”* en el que hicieron constar –fl. 58, cdn. 7-:

*(…) hemos convenido celebrar el presente Otrosí, de acuerdo a lo normado en la Resolución Reglamentaria No. 03/86 de la Contraloría Distrital en su Capítulo XI, numeral 02.09., literal e., para corregir y aclarar la Cláusula Tercera del Adicional No. 02 – CANTIDADES DE ELEMENTOS A SUMINISTRAR en el sentido de que la Entidad Contratante se reserva la facultad de señalar de acuerdo con las necesidades del Sub-Programa Lotes con Servicios, los elementos de cada Ítem a suministrar y según los requerimientos que se formulen a través del interventor destacado para el Contrato.*

*Las demás cláusulas y estipulaciones continúan vigentes.*

Y el 13 de mayo siguiente, las partes suscribieron un nuevo documento que denominaron *“Otrosí No. 1 (sic) al Adicional No. 02 de 1990 para el Contrato de Suministro No. 003 de 1989”* –fl. 61, cdn. 7-*,* con el objeto de modificar la cláusula quinta del Contrato Adicional número 02, en este sentido:

*(…) acordamos mutuamente modificar la IMPUTACIÓN PRESUPUESTAL prevista para el Contrato Adicional No. 02/90, quedando en consecuencia la Cláusula así:*

*CLÁUSULA QUINTA: IMPUTACIÓN PRESUPUESTAL. El presente contrato Adicional, se pagará con cargo al Rubro 9.1.01.01.03.001 Créditos, contra la vigencia presupuestal para el año de 1990 hasta por la suma de $40.279.500.oo y el saldo, o sea $40.279.500.oo serán cancelados contra la vigencia presupuestal de 1991.*

El 25 de mayo de 1990 suscribieron el *“Contrato Adicional No. 03 al Contrato de Suministro No. 003 de 1989”,* para ampliar el plazo, así –fl. 63, cdn. 7-:

*CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO. El objeto del presente Contrato Adicional es el de ampliar el plazo en cuatro (4) meses más.*

*CLÁUSULA TERCERA: VALIDEZ (…). Las demás cláusulas del contrato continúan vigentes en su totalidad.*

* + 1. Al 26 de julio 1990, el contratista había entregado las 8.000 puertas inicialmente contratadas y 1.200 marcos metálicos, según consta en la copia de la comunicación suscrita en esa fecha por el Interventor designado por la Caja de la Vivienda Popular, en la cual manifestó al contratista –fl. 66, cdn. 7-:

*Como un testimonio de confianza y colaboración hacia usted, y debido a sus repetidas quejas acerca de la falta de colaboración para el buen desarrollo del Contrato en referencia, se legalizó el Acta No. 4, abonando a usted el valor correspondiente a esta.*

*Haciendo un balance del Contrato, a la fecha tenemos que:*

1. *De los 8.000 marcos metálicos de 2.10 X 0.80 usted apenas ha entregado 1.600 unidades.*
2. *De las 4.000 puertas de madera de 2.10 X 0.80 usted ha entregado el 100% - 4.000 unidades.*
3. *De las 4.000 puertas de doble hoja de 2.10 X 0.80 usted ha entregado el 100% - 4.000 unidades.*

*Con respecto al numeral 1, la interventoría encuentra un desequilibrio entre el porcentaje entregado de marcos que solo llega al (20%) –sic- para este efecto le comunico la disponibilidad de espacio en las instalaciones del Centro de la Construcción, a fin de recibir lo más pronto posible y con carácter urgente dichos marcos.*

* + 1. El 12 de septiembre de 1990, las partes suscribieron el *“Otrosí No. 02 al Contrato de Suministro No. 003 de 1989”,* aclarando la forma de pago, en estos términos –fl. 73, cdn. 7-:

*(…) hemos convenido celebrar el presente Otrosí, de acuerdo a lo normado en la Resolución Reglamentaria No. 03/86 de la Contraloría Distrital en su Capítulo XI, numeral 02.09., literal e., para corregir y aclarar la Cláusula Tercera– Forma de Pago en el sentido de que la Entidad pagará el valor del literal b.) denominado PAGOS MENSUALES así: EL CONTRATISTA presentará cuentas mensuales de cobro, por el valor que resulte de multiplicar los precios unitarios del Contrato, para las cantidades recibidas mensualmente de las cuales se retendrá un 40% para amortizar a la forma anticipada de pago, no habrá lugar a retener el 5% para la cuenta final en consideración a que es una forma anticipada de pago en un Contrato de Suministro.*

*Las demás cláusulas y estipulaciones consignadas en el contrato original y las Adiciones 1, 2 y 3 siguen vigentes en su totalidad por encontrarse ajustadas a derecho y ser aceptadas a entera satisfacción por las partes.*

* + 1. Mediante comunicación del 10 de diciembre de 1990, el Interventor designado por la Caja de la Vivienda Popular solicitó al contratista Sepúlveda Cely abstenerse de continuar con las entregas, en los siguientes términos –fl. 80, cdn. 7-:

*Ante los inconvenientes surgidos en el Centro de la Construcción para el recibo y almacenamiento de los materiales objeto del Contrato en referencia, solicito a usted abstenerse de proseguir con las entregas pactadas hasta nueva orden.*

* + 1. El 17 de febrero de 1991, las partes suscribieron el *“Contrato Adicional No. 4 al Contrato de suministro No.3 003 de 1989”,* ampliando el plazo en 90 días calendario; el 21 de febrero siguiente, el Interventor informó al contratista que la entidad contratante carecía de espacio físico para almacenamiento; el 1º de marzo sucesivo las partes suspendieron el Contrato 003 de 1989 y lo reiniciaron un mes después, el 1º de abril.

Según el Contrato Adicional n.° 4, suscrito el 17 de febrero de 1991, el plazo fue ampliado en estos términos –fl. 97, cdn. 7-:

*(…) hemos convenido celebrar el presente Contrato Adicional de acuerdo a lo establecido en el Parágrafo Segundo del Artículo 227 del Acuerdo 6/85, actual Código Fiscal y sus normas reglamentarias en especial la Resolución 03/86 de la Contraloría Distrital, el cual se regirá por las siguientes cláusulas:*

*CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO. El objeto del presente Contrato Adicional es el de ampliar el plazo en noventa (90) días calendario más.*

*CLÁUSULA TERCERA: VALIDEZ (…). Las demás cláusulas del contrato continúan vigentes en su totalidad.*

El Acta de Suspensión del contrato suscrita el 1º de marzo de 1991, da cuenta de que el Contrato número 003 de 1989 se suspendió *“(…) hasta nueva orden por cuanto en la actualidad la Entidad carece de espacio físico para almacenar los materiales objeto del Contrato”* -fl. 101, cdn. 7-*.* Y en el Acta de Reiniciación, suscrita el 1º de abril siguiente, se anotó que el contrato se reiniciaba en la fecha *“(…) ya que se ha solucionado el motivo por el cual fue suspendido”* –fl. 102, cdn. 7-*.*

* + 1. En repetidas ocasiones, entre abril y junio de 1991, el contratista manifestó a la Caja de la Vivienda Popular i) encontrarse en condiciones de entregar 939 marcos metálicos que faltaban para terminar el contrato original, así como los elementos correspondientes al contrato adicional número 02 de 1990; ii) solicitó a la entidad programar las fechas para la entrega de los elementos objeto del contrato y iii) disponer el pago del reajuste acordado. El interventor respondió que la entidad contratante gestionaba el arriendo de una bodega para recibir las puertas y los marcos. En junio de 1991, se amplió el plazo del contrato en 6 meses más y el 16 de agosto siguiente la Caja recibió todos los elementos faltantes del contrato original, quedando pendientes cantidades correspondientes al contrato adicional número 2.
		2. El 14 de junio de 1991, de común acuerdo las partes suspendieron el Contrato 003 de 1989, por falta de espacio para almacenamiento en el lugar convenido para la entrega y lo reiniciaron el 24 de junio de 1992.

Según las respectivas actas de suspensión y reiniciación –fls. 233 y 309, cdn. 4-, el Contrato número 003 de 1989 se suspendió *“(…) hasta nueva orden por cuanto en la actualidad la Entidad carece de espacio físico para almacenar los materiales objeto del Contrato”* yse continuó *“(…) con el objeto de reiniciar el recibo y la entrega de puertas de madera objeto del contrato…”*

* + 1. Mediante comunicaciones del 2 –fl. 43, cdn. 4- y 26 de agosto y del 18 y 23 de septiembre de 1991 –fls. 147, 148, 151 y 152, cdn. 7-, el contratista requirió a la Caja de la Vivienda Popular sobre el reajuste de precios pactados en el contrato 003 de 1989 y el adicional número 2 de 1990, manifestando que se trataba de un prerrequisito para efectuar las entregas correspondientes a este último contrato. Los días 23 de agosto -fl. 44, cdn. 4- y 11 de octubre –fl. 155, cdn. 7- del mismo año, el Gerente de la entidad contratante respondió que las entregas no estaban condicionadas al reajuste, sino conforme a lo pactado.
		2. El 27 de mayo de 1992 la Caja de la Vivienda Popular y el señor Orlando Sepúlveda Cely suscribieron Acta de Reajuste al Contrato 003 de 1989 –fls. 350 a 352, cdn. 7-, en los siguientes términos.

 *(…) hemos convenido en efectuar mediante el presente documento el reajuste de precios solicitado por el CONTRATISTA, previo concepto de la Unidad de Costos Presupuestos y Licitaciones contenido en el oficio UCPL-266-92 de mayo 19 de 1992, documento este que tiene por finalidad certificar la real fluctuación o variación de precios de los ítems del Contrato de Suministro No. 003 de 1989, de conformidad con el precepto contenido en el Artículo 370 del Código Fiscal Distrital y el clausulado del Contrato se procede a efectuar el Reajuste de Precios con base en los siguientes motivos: 1.- Que la Honorable Junta Directiva de LA CAJA en su sesión ordinaria No. 014 de diciembre 14 de 1989 ordenó reconocer reajuste de precios al contrato Adicional No. 02 del Contrato de Suministro No. 003 de 1989, adición esta en cuya Cláusula Segunda pactó el reajuste de precios a partir del 1º de enero de 1990 con fundamento en las siguientes causales (…) 2.- Que de conformidad con el concepto técnico para determinar el monto del reajuste a reconocer por razón de las fluctuaciones o variaciones en los precios unitarios de los Ítems del Contrato Adicional No. 02, se debe tomar como soporte el valor de dicha fluctuación para aplicarlo al valor unitario original de los Ítems contenidos en la propuesta y los cuales se plasmaron en la Cláusula Primera del Contrato de Suministro No. 003 de 1989. Este precio base, más sus incrementos reales permiten determinar el monto del reajuste a los precios. Con tal fin la certificación de la Unidad de Costos Presupuestos y Licitaciones UCPL-266-92 de mayo de 1992 relaciona los precios reajustados de los Ítems para aplicarlos exclusivamente a las cantidades de materiales convenidas en el Contrato Adicional No. 02, así:*

*ITEM UND. V/R PRECIOS UNIT. V/R PREC.UNT.*

 *A febrero/91 A ENTREG.FIN*

*Marcos en lámina U 9618.oo 11021.oo*

*Puertas en madera U 17387.oo 21957.oo*

*Puertas en madera*

*dos hojas U 31644.oo 39960.oo*

*Los anteriores precios son el resultado de aplicar la variación de los índices de CAMACOL hasta la entrega del Anticipo (50%) mes de febrero/91 y la entrega de los elementos a la fecha, e incluyen los gastos por administración, transporte, pólizas, imprevistos y utilidad. 3.- ANTICIPO.- Como el objetivo fundamental que persiguen la Ley al establecer la figura del reajuste es en esencia, el de mantener el equilibrio económico del Contrato se debe considerar con relación al anticipo: a.) En general, no procede reajuste sobre el monto del valor del anticipo, por ser sumas entregadas anticipadamente a la ejecución material del Contrato y para invertir en el cumplimiento y desarrollo de su objeto; b.) Es de anotar que cuando se habla de anticipo, debe entenderse que el mismo debe pagarse en la forma más inmediata a la fecha en que se perfeccione el Contrato, por tanto, si existe demora en este pago es evidente que el contratista no podría asumir el incremento de costos que produce hasta esa fecha(excepto que la demora provenga del Contratista). El reajuste operará solamente sobre las cantidades de Ítem no cubiertas por el anticipo, por lo cual el porcentaje de dicho anticipo se excluirá del reajuste. 4.- Con esta Acta de Reajuste se mantiene el equilibrio financiero del Contrato, de acuerdo a los fines previstos en la Cláusula Vigésima Primera del Contrato Inicial. 5.- La aceptación de este reajuste no implica que se modifiquen el valor de los precios unitarios del Contrato en virtud de lo cual no es el del caso dar aplicación a lo exigido en el Artículo 227 del Código Fiscal Distrital (…) 7.- Queda entendido que las partes contratantes convienen en aplicar el valor del presente reajuste sobre aquellas cantidades recibidas a satisfacción de LA CAJA dentro del plazo de ejecución del Contrato Adicional y conforme a la Programación de entrega que el Interventor del Contrato haya acordado con el CONTRATISTA (…).*

* + 1. El 7 de julio de 1992 el contratista entregó a la Caja de Vivienda Popular 1.995 puertas de 2.10 x 0.80 y 177 de doble hoja y el 21 de julio siguiente le manifestó que, conforme al Acta de Reajuste de Precios, el anticipo correspondiente al Contrato Adicional número 2 solamente aplica al 29% de las cantidades adicionadas y que el porcentaje restante debe pagarse con los precios ajustados.
		2. El 21 de julio de 1992 el contratista solicitó a la entidad contratante disponer el recibo de 1.800 puertas de madera más, que tenía listas para entregar desde hacía dos años y que ocupaban un espacio considerable *“(…) afectando así el proceso de ensamble y acabado final de los marcos metálicos*” –fl. 212, cdn. 7-.

Enesa mism*a* fecha*,* el interventorinformó al contratista que en visita practicada a sus instalaciones, ese día, no encontró marcos metálicos elaborados y que *“(…) hasta ahora se encuentra la lámina en proceso de doblaje”,* solicitándole *(…) agilizar dicha labor y entregar de inmediato de acuerdo con lo programado, pues la comunidad del programa CIUDAD BOLÍVAR, está siendo perjudicada por la carencia de este material a sabiendas que existen las puertas”* –fl. 213, cdn. 7-*.*

* + 1. Mediante la Resolución número 481 del 7 de octubre de 1992, el Gerente y la Secretaria General de la Caja de Vivienda Popular interpretaron unilateralmente el Contrato Adicional número 2. Dicho acto señala –fls. 456 a 458, cdn. 7-:

*CUARTO.- Que dentro del contrato adicional se plasmó en la cláusula primera: “El objeto del contrato adicional, es el de ampliar el valor convenido en el contrato original hasta en un cincuenta por ciento del valor inicial, es decir la suma de OCHENTA MILLONES QUINIENTOS CIENCUENTA Y NUEVE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($80.559.000.oo) para el suministro de puertas de madera del programa Ciudad BOLIVAR. Así mismo la cláusula tercera señaló que la cantidad de elementos a suministrar era del 50% de cada ítem inicial del contrato.*

*QUINTO.- Que en razón a la ambigüedad de estas dos cláusulas del contrato adicional No. 02-90 resulta impreciso determinar las cantidades aprobadas con dicha adición y por lo tanto no fue claro determinar en este sentido la ejecución del mismo.*

*(…)*

*OCTAVA.- Que para la fecha de suscribirse el contrato adicional la Unidad de Costos Presupuestos y Licitaciones, mediante concepto técnico No. 135 de octubre 25 de 1991 certificó que a enero de 1990 los precios de los ítems contratados eran los siguientes:*

*Marcos lámina de 2.10x0.80 Unidad $ 8.052.oo*

*Puertas en madera de 2.10x0.80 Unidad $11.680.oo*

*Puertas en madera de doble hoja Unidad $23.506.oo*

*Hecho este que corrobora que a esta época no era posible adicionar el contrato en un cincuenta por ciento (50%) de las cantidades originalmente pactadas.*

*NOVENA.- Que en razón de esta equivocada interpretación del contratista y teniendo en cuenta los precios de cada ítem del contrato a la fecha de suscripción de la adición, no sumarían 80.559.000.oo, sino aproximadamente 100.000.000.oo haciendo que la cláusula tercera del contrato, contravenga lo señalado en el artículo 277 del Código Fiscal ya que el valor de la adición sobrepasaría el límite lo autorizado.*

*DECIMA.- Que mediante oficio SJCI-897 de fecha 18 de agosto de 1992, dirigido al interventor designado y con copia al contratista, se le hizo saber la forma de ejecutar el contrato adicional No. 02-90 señalándole que el recibo de los materiales debería hacerse hasta por la suma de $80.559.000.oo y que las cantidades a suministrar debería determinarlas el respectivo interventor del contrato, de acuerdo con las necesidades técnicas para el programa de Ciudad Bolívar, máxime cuando la cantidad carece de apropiación presupuestal para asumir el costo de mayores cantidades por concepto de este adicional.*

*(…)*

*DECIMA CUARTA.- De la precitada reunión entre las partes contratantes se elaboró un Acta de la misma de la cual se dio copia al contratista sin que hasta la fecha la haya suscrito. Con oficio del 15 de septiembre de 1992, se le solicita al contratista que en el término de dos (2) días al recibo de la misma manifestara expresamente su conformidad o no.*

*DECIMA QUINTA.- Que el contratista dentro del término dado se abstuvo de firmar el acta y por el contrario señala en su oficio del 17 de septiembre que la entidad deberá recibirle el 50% de los ítems del contrato original que se encuentra pactado en la cláusula tercera del contrato adicional No. 02-90.*

*(…)*

*RESUELVE*

*ARTÍCULO PRIMERO.- Ordénase al contratista ORLANDO SEPÚLVEDA CELY (…) hacer entrega de los ítems del contrato adicional No. 02-90 al contrato de suministro número 003 de 1989, conforme a la programación señalada por el interventor de la CAJA, el que se ajusta a las necesidades de la Entidad y por todo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia (…).*

* + 1. A través de la Resolución número 071 del 23 de febrero de 1994, la Caja de la Vivienda Popular declaró el incumplimiento del contratista y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y la garantía respectiva –fls. 2 a 5, cdn. 7-.
		2. Mediante la Resolución número 192 del 22 de mayo de 1995, el Gerente y el Secretario General de la Caja de la Vivienda Popular liquidaron unilateralmente el Contrato 003 de 1989, celebrado con el señor Orlando Sepúlveda Cely.

Según lo consignado en esta resolución –fls. 2 a 7, cdn. 8-, el plazo para la ejecución del contrato venció el 14 de marzo de 1993, sin que el contratista hubiera entregado elementos contratados por valor de $18.050.482.oo.

* + 1. Durante las prórrogas del plazo y la suspensión del contrato se presentaron incrementos en los costos que inciden en los precios pactados en el contrato 003 de 1989 y su adicional 002 de 1990 y, adicionalmente, el contratista incurrió en costos por mayor permanencia en la ejecución del objeto.

Obra en el expediente certificación emitida por la Cámara Colombiana de la Construcción, Seccional Cundinamarca –fls. 29 a 31, cdn. 4-, que da cuenta de que durante el periodo comprendido desde el inicio de las prórrogas impuestas por la entidad contratante, hasta la fecha de recibo y pago de los elementos comprados, se presentaron significativos incrementos en los índices de costos de construcción correspondientes a carpintería de madera y metálica.

Asimismo, se practicó dictamen pericial solicitado por el apoderado del actor con el fin de establecer el daño emergente y el lucro cesante reclamado. Los peritos concluyeron la existencia de incrementos en los costos que inciden en los precios pactados en el contrato 003 de 1989 y su adicional 002 de 1990 y calculó el correspondiente reajuste, así como en los gastos operativos por la mayor permanencia en el contrato, consistentes en pago de nómina, destinación de maquinaria y arrendamiento de bodega durante las prórrogas y suspensión del contrato.

* 1. **Naturaleza y régimen jurídico del contrato 03 de 1989 y su adicional**

Conforme a los Acuerdos 06 de 1940 –arts. 17 y 20- y 15 de 1959 –arts. 1º y 2º- del Concejo de Bogotá, la Caja de la Vivienda Popular es una persona jurídica autónoma, de carácter técnico, sin ánimo de lucro, encargada del servicio público de suministro de vivienda a los trabajadores con sujeción a las leyes 46 de 1918, 99 de 1922, 19 de 1932, 61 de 1936, 23 de 1940 y el Decreto Extraordinario 380 de 1942.

En tanto se trata de un establecimiento público[[8]](#footnote-8), descentralizado, del orden distrital, sus contratos se sujetan al Código Fiscal adoptado mediante el Acuerdo 06 de 1985[[9]](#footnote-9) del Distrito Capital[[10]](#footnote-10), el cual contiene las normas que rigen los aspectos presupuestales y la celebración de los contratos, que en lo sustancial reproducen las previsiones del Decreto ley 222 de 1983. Específicamente, en lo relativo a las potestades excepcionales de interpretación, modificación y la terminación unilateral, el Código Fiscal del Distrito remite expresamente a este último estatuto contractual[[11]](#footnote-11).

El artículo 295 del Código Fiscal trata de la Cláusula Penal Pecuniaria[[12]](#footnote-12), en los siguientes términos:

*En todo contrato que no fuere de empréstito deberá estipularse la cláusula penal pecuniaria que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total del contrato. La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.*

*El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial de los perjuicios causados a la entidad contratante.*

Con sujeción al Código Fiscal del Distrito Capital -Acuerdo 06 de 1985- y al Decreto 222 de 1983, la Caja de la Vivienda Popular y el señor Orlando Sepúlveda Cely celebraron el Contrato 003 de 1989 que definieron *“de suministro”,* tanto al denominarlo como al describir su objeto, cuando en realidad acordaron *“(…) la compra por parte de la CAJA de puertas de madera con sus respectivos marcos metálicos”.*

En relación con el contrato de suministro, la Sección ha señalado que *“(…) es un negocio jurídico bilateral, conmutativo y oneroso, mediante el cual el contratista se obliga para con la administración a darle, en forma sucesiva, una determinada cantidad de bienes muebles que requiere para el desarrollo de sus funciones legales, a cambio de lo cual la administración se obliga a pagar el precio resultante de multiplicar la cantidad de unidades transferidas por el precio unitario convenido, el cual bien puede estar sometido a reajustes”* [[13]](#footnote-13)*.* Mientras que la compraventa trata de cantidades fijas de bienes muebles, susceptibles de entrega en un solo instante, aunque se convenga el pago en instalamentos periódicos[[14]](#footnote-14).

La citada codificación distrital define que el contrato de compraventa de bienes muebles *“(…) tiene por objeto la adquisición, por parte de la entidad contratante del bien o bienes que requiera para su servicio”* - art. 372-, mientras que el negocio de suministro *“(…) tiene por objeto la provisión periódica o continuada de bienes muebles a la Administración Distrital” –art. 363-.*

Al tenor de los artículos 303[[15]](#footnote-15) y 304[[16]](#footnote-16) del Código Fiscal del Distrito Capital, la compraventa es un contrato de derecho privado de la administración sujeto a las normas civiles, comerciales y laborales, según su naturaleza de los mismos, en tanto que el suministro es un contrato administrativo sujeto a la ley especial.

Quiere decir, entonces, que la Caja de Vivienda Popular y el señor Orlando Sepúlveda Cely el 10 de febrero de 1989 celebraron un contrato de compraventa, en virtud del cual el contratista entregaría una cantidad fija de puertas de madera y de marcos metálicos y la entidad contratante pagaría el precio convenido, previa entrega por instalamentos, regido en lo relativo a los aspectos presupuestales, a la celebración del contrato y a las potestades excepcionales de caducidad e interpretación, modificación y terminación unilateral[[17]](#footnote-17), por el Acuerdo 06 de 1985, que contiene el Código Fiscal del Distrito Capital[[18]](#footnote-18) y por el Decreto 222 de 1983 y en los demás aspectos, por las normas del derecho privado.

* 1. **La entidad demandada incumplió el contrato e impuso mayores costos al contratista**

El contrato de compraventa genera obligaciones recíprocas para el comprador y el vendedor, desde su perfeccionamiento, razón por la que es sinalagmático perfecto. La obligación principal del vendedor consiste en la transferencia del derecho real de dominio de la cosa vendida[[19]](#footnote-19) y, en contraprestación, el comprador se obliga al pago del precio convenido[[20]](#footnote-20). Se trata de obligaciones positivas, de dar.

Conforme al artículo 1603 del Código Civil, *“[l]os contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.*

Igualmente, el artículo 871 del Código de Comercio tiene dispuesto que *“[l]os contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.*

Huelga concluir, entonces, que las obligaciones, además de la prestación, también comprenden lo que emana de la naturaleza de la prestación, lo que por ley le pertenece y la buena fe.

Esta última es un principio constitucional –art. 83- que irradia los contratos exigiendo que las partes se comporten en el ámbito de estas relaciones de manera fiel, recta, honesta y leal, orientando sus actuaciones a la satisfacción de las prestaciones y absteniéndose de abusar de los derechos o potestades que cada una de ellas ostenta frente a la otra –art. 95 de la Constitución-. De tal forma que una de las principales expresiones del principio constitucional de la buena fe, en el ámbito contractual, es el límite al ejercicio abusivo de los derechos y situaciones que ostentan las partes en la relación jurídica.

Los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, citados, erigen la buena fe como un principio rector de las obligaciones que complementa el vínculo jurídico en sus diversas particularidades y que impone a las partes el deber de autocorrección en el ejercicio de sus derechos y en la observancia de los deberes o conductas necesarias para asegurar el honesto y leal cumplimiento de la prestación, de tal forma que no se defraude la confianza en que se sustenta la eficacia del contrato.

Específicamente, en el ámbito de los contratos bilaterales, sinalagmáticos perfectos, esta Sección ha señalado que la adecuación de las partes a la buena fe incide en la preservación de la conmutatividad o equivalencia de las prestaciones desde el inicio del contrato, durante su ejecución y en razón de su terminación; dado que el comportamiento de una parte repercute necesariamente en el ámbito de la otra, es decir, entre las partes surgen derechos y obligaciones recíprocas de las que depende la equivalencia de las prestaciones[[21]](#footnote-21):

*(..) El principio de la buena fe que se sustenta en el valor ético de la confianza constituye la base de las relaciones jurídicas, que impone a los sujetos de derecho determinados comportamientos y reglas de conducta, tanto en el ejercicio de sus derechos como en el cumplimiento de sus obligaciones. La buena fe ha sido considerada por la doctrina como el tipo de conducta social que se expresa en la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado y diligente que supone necesariamente no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, guardar fidelidad a la palabra dada y conducirse de forma honrada en cada una de las relaciones jurídicas*[[22]](#footnote-22)*; también ha señalado que todo comportamiento de una de las partes (deudor o acreedor, autoridad o súbdito), contrario a la honestidad, a la lealtad, a la cooperación, etc., entraña una infracción del principio de la bona fides porque defrauda la confianza puesta por la otra parte, que es el fundamento del trafico jurídico*[[23]](#footnote-23)*.*

En igual sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia señala que hay abuso de derecho, contrario a la buena fe, cuando una de las partes en la relación contractual impone a la otra, condiciones inequitativas:

Afirma la Corte Constitucional[[24]](#footnote-24) - se destaca-:

*La ausencia de un desarrollo legal específico, obliga a la Corte a ilustrar los casos más notorios y universalmente reconocidos de abuso de la posición dominante, apelando a la cláusula 86 del Tratado de Roma, constitutivo de la actual Unión Europea, y a la correspondiente elaboración jurisprudencial a que ha dado lugar, con el objeto de profundizar en esta noción constitucional y en sus implicaciones jurídicas.*

*La estipulación citada, de manera no taxativa, enuncia las siguientes conductas abusivas de la posición dominante: (1) imposición inequitativa de precios de compra o de venta o de otras condiciones contractuales, ya se haga de manera directa o indirecta (…).*

Ha señalado la Corte Suprema de Justicia[[25]](#footnote-25) –se destaca-:

*En este orden de ideas, tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades con que en virtud de ella cuentan las personas, facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quién realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aun encontrándose vinculado por el negocio y por fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, pueda exigir la correspondiente indemnización.*

*Y un ejemplo, sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado “poder de negociación” por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión con detrimento del equilibrio económico de la contratación (…).*

Al tenor del artículo 1613 de la codificación Civil, cabe entender que hay incumplimiento del contrato cuando no se cumple la obligación, se cumple imperfectamente, o cuando se retarda su cumplimiento.

En efecto, según este último artículo, *“[l]a indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.*

Por tanto, el contrato se incumple cuando la prestación se realiza faltando a la buena fe debida, porque claramente esa ejecución contractual constituye una prestación imperfecta de lo debido. Situación que suele presentarse en aquellos casos en que una de las partes, prevaliéndose del poder que ostenta, impone condiciones contractuales inequitativas o arbitrarias, defraudando la confianza o buena fe depositada por la parte débil en la relación contractual.

La jurisprudencia citada no vacila en calificar esta irregularidad como abuso del derecho. Y la parte que actúe contrariando en esta forma la buena fe, estará obligada a indemnizar los perjuicios que cause, conforme lo exige los artículos 95 de la Constitución Política[[26]](#footnote-26) y 830 del Código de Comercio[[27]](#footnote-27).

Dentro de este marco de rectitud, honestidad y lealtad que el ordenamiento jurídico impone a las partes en orden a salvaguardar la confianza depositada en la relación contractual, procederá la Sala a analizar las conductas desplegadas por la Caja de la Vivienda Popular y el contratista Sepúlveda Cely, desde el inicio, durante la ejecución y frente a la declaración de incumplimiento del contrato que celebraron.

* + 1. **La entidad contratante no pagó cumplidamente el anticipo y por su mora impuso la prórroga del contrato**

El material probatorio allegado al expediente permite establecer que el 10 de febrero de 1989 las partes acordaron que el anticipo se entregaría con la presentación de la garantía de su buen manejo, sin considerar el perfeccionamiento del contrato, lo que ocurrió el 16 de marzo siguiente, con el pronunciamiento de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró el contrato ajustado a Derecho.

Se conoce también que el 5 de mayo posterior, las partes acordaron modificar el contrato en lo atinente al plazo y a la entrega del anticipo en los siguientes términos:

*PRIMERO: La Cláusula Cuarta del Contrato, se corrige en el sentido de que el plazo del mismo será de ciento ochenta (180) días calendario, contados a partir de la fecha del Acta de Iniciación de la ejecución del Contrato, la cual deberá suscribirse a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de recibo del anticipo (…)*

En armonía con lo expuesto y dado que la entidad hizo entrega del anticipo el 2 de junio de 1989 y el acta de iniciación de obra fue suscrita el 20 de junio siguiente, huelga concluir la prórroga del plazo inicialmente previsto para la ejecución del contrato en 3 meses y 4 días más, contados a partir del perfeccionamiento. Esto porque, de acuerdo con los artículos 35[[28]](#footnote-28) del Decreto 222 de 1983 -vigente a la celebración del contrato 003 de 1989- y 1500[[29]](#footnote-29) del Código Civil, los contratos solamente producen efectos después de su perfeccionamiento.

El contratista podía exigir la entrega del anticipo a partir del 16 de marzo de 1989 y aunque convino en la modificación suscrita el 5 de mayo, se concluye que en realidad la entidad contratante le impuso esta prórroga del plazo inicialmente previsto para la ejecución del contrato.

Esto es así porque, al tenor de la cláusula tercera del Contrato 003 de 1989, para acceder al pago del anticipo el contratista debía presentar la garantía de buen manejo, lo cual hizo antes del perfeccionamiento del contrato. Habiéndose perfeccionado el contrato el 16 de marzo de 1989 y cumplido antes el requisito de la garantía, la entidad contratante debía pagarlo a partir de esa fecha, cosa que no hizo y, por el contrario, provocó la modificación del contrato para postergar el plazo e iniciar su ejecución a partir del momento en que efectivamente pagara el anticipo.

La buena fe contractual y el principio de colaboración debidos entre las partes, permiten inferir que el contratista convino en esa modificación con la aspiración de llevar a término el objeto y obtener la utilidad esperada del negocio, pues, para entonces, esa prórroga constituía una conducta aislada, de la que no era posible prever la cadena de hechos imputables a la entidad contratante que posteriormente alteraron el equilibrio económico afectando al contratista.

Como lo demuestra el material probatorio, después de iniciada la ejecución del contrato, el 12 de julio y el 24 de octubre de 1989, el contratista solicitó a la demandada actualizar en un 42% los precios pactados, porque efectivamente para ese entonces se habían incrementado los costos de los materiales y de la mano de obra, tal como se corroboró con la certificación aportada por la Cámara Colombiana de la Construcción y el dictamen pericial que obra en el expediente.

Siendo así, no es posible deducir que la modificación del plazo convenida el 5 de mayo de 1989 haya sido provocada por hechos imputables al contratista, ni que su intención al suscribir la prórroga fuera la de asumir los incrementos que se presentaron en los costos durante la mora en el pago del anticipo por parte de la contratante.

Analizada la conducta asumida por la contratante frente al pago del anticipo y a la primera prórroga del plazo, en conjunto con hechos suyos posteriores que ocasionaron las múltiples ampliaciones del plazo y suspensiones de que da cuenta el material probatorio, encuentra la Sala que desde antes del inicio de la ejecución del contrato la Caja de la Vivienda Popular impuso al contratista una serie de condiciones inequitativas que empezaron a afectar el equilibrio económico del contrato.

* + 1. **Durante la ejecución del contrato la Caja de la Vivienda Popular impuso condiciones inequitativas que afectaron al contratista**

Conforme a los artículos 1605 y 1880 del Código Civil, la obligación de dar que contrae el vendedor, comprende la de entregar la cosa. Y a efectos de la tradición de una cosa corporal mueble, el artículo 754 i*bídem* exige que el tradente la haga al adquirente permitiéndole su aprehensión material, mostrándosela, entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa; encargándose el tradente de poner la cosa a su disposición en el lugar convenido; o por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble.

La buena fe en el cumplimiento de la obligación de entregar la cosa envuelve conductas positivas, que imponen al deudor la conservación de los objetos debidos y la realización de todos los actos necesarios en orden al pago efectivo y al acreedor deberes correlativos que lo constriñen a prestar toda su colaboración y abstenerse de realizar actos que dificulten o imposibiliten el cumplimiento de las obligaciones recíprocas.

La plena concordancia entre la obligación a cargo del deudor de entregar la cosa y los correlativos deberes de conducta que apremian al acreedor a recibir, i) asegura la prestación eficaz de lo que se debe, ii) permite la liberación del deudor, iii) da derecho a obtener el pago del precio cuando éste se ha pactado contra la entrega y iv) sobre todo, mantiene la conmutatividad del contrato.

Si el vendedor no entrega o el comprador no recibe, se altera el equilibrio prestacional, al punto que el Código Civil prevé las respectivas indemnizaciones, a saber –se destaca-:

*ARTICULO 1882. El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él.*

*Si el vendedor, por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales.*

*Todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o ha estipulado pagar a plazo (…).*

*ARTICULO 1883. Si el comprador se constituye en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y sólo será ya responsable del dolo o de la culpa grave.*

A juicio de la Sala, esta misma solución prevista en el artículo 1883 citado, debe aplicarse extensivamente al caso en que, sin incurrir en mora, el acreedor, aprovechándose de la posición dominante que tiene en la relación, impone condiciones que solamente tienen en cuenta su propio interés y que dificultan o imposibilitan entregar las cosas debidas afectando al deudor.

El material probatorio da cuenta que en la cláusula tercera al contrato 003 de 1989 las partes pactaron la entrega encargándose el contratista de poner las puertas y los marcos metálicos a disposición de la contratante en su Centro de la Construcción ubicado en la Transversal 70B n.° 73-35 Sur, de esta ciudad y asumiendo esta última el deber correlativo de mantener en ese lugar las condiciones físicas, logísticas y operativas adecuadas para recibir las entregas.

 Igualmente está demostrado que el pago del precio al vendedor quedó condicionado a que entregara los elementos contratados y la contratante efectivamente los recibiera, dado que en la cláusula tercera del contrato se convino que *“EL CONTRATISTA presentará Cuentas Mensuales de Cobro por el valor que resulte de multiplicar los precios unitarios del Contrato por las cantidades recibidas mensualmente*” –se destaca-.

Para la Sala, la doble subordinación a la que quedó sometido el contratista, en tanto dependía enteramente de que la contratante dispusiera del espacio físico y la logística necesaria para recibir los elementos contratados y, en consecuencia, le pagara el precio, sumada a las potestades excepcionales pactadas, demuestran una efectiva posición dominante en cabeza de la Caja de la Vivienda Popular, situación que le exigía actuar con estricta observancia de la buena fe contractual, sin imponer condiciones inequitativas o abusivas a su contratista.

En este tipo de relaciones como la que ocupa la atención de la Sala, en que no es posible predicar la plena igualdad de las partes, es claro que el contratista se somete a las condiciones impuestas por parte de la administración, guiado por la confianza plena de que, en tanto se trata de una entidad pública regida por el principio de legalidad y el respeto de los derechos ajenos, no le defraudará los suyos. Esta situación exige que i) la entidad contratante actúe con total eficacia de la buena fe protegiendo la confianza y derechos legítimos del contratista y ii) que el juez valore con rigor el cumplimiento de ese deber de cara a mantener incólume la confianza en que se funda el equilibrio de la relación contractual.

En cuanto se refiere al sitio convenido para la entrega de los elementos de la compraventa, el material probatorio da cuenta que la entidad contratante no cumplió los deberes de conducta que le imponía la buena fe contractual, de mantener disponible en su Centro de la Construcción ubicado en la Transversal 70B n.° 73-35 Sur, el espacio físico y las condiciones logísticas y operativas para recibir las entregas que debía hacerle el señor Sepúlveda Cely.

Efectivamente, el material probatorio demuestra que apenas iniciada la ejecución del contrato, el contratista debió enviar numerosas comunicaciones a la entidad contratante requiriéndola por su falta de disponibilidad de personal para recibir las puertas y los marcos metálicos y su carencia de condiciones adecuadas de almacenamiento, situación que se mantuvo durante la ejecución del contrato, determinando varias prórrogas del plazo y la suspensión del contrato en dos oportunidades.

Pese a los requerimientos del contratista en esta materia, la entidad contratante no adecuó las instalaciones físicas convenidas para recibir las entregas, como se lo exigía la buena fe contractual debida, sino que, por el contrario, modificó unilateralmente las condiciones contractuales designando un nuevo sitio para la entrega, como se lo comunicó el Interventor designado por la Caja de la Vivienda Popular al contratista, entre otras, en las comunicaciones del 25 de octubre y del 20 y 21 de noviembre de 1989.

En lo que atañe al recibo de los elementos contratados, esto es, puertas de madera y marcos metálicos, el material probatorio da plena certeza de que las partes pactaron ampliaciones hasta convenir en un plazo de ejecución total de 32 meses y 4 días, y suspendieron el contrato, de común acuerdo, por 13 meses y 10 días. Siendo así, puede afirmarse que el plazo de ejecución del contrato inició el 20 de junio de 1989 y venció el 30 de enero de 1993.

Efectivamente, demuestra el material probatorio que una vez iniciada la ejecución del contrato después de la prórroga ocasionada por la mora en el pago del anticipo, la entidad no tuvo el espacio ni la logística disponibles para recibir los materiales comprados, acudiendo a la ampliación del plazo en varias oportunidades, así: i) el 16 de diciembre se amplió el plazo en diez meses más, en razón a la adición del objeto del contrato, al hecho de que para entonces su ejecución sólo llegaba al 23% y a que el contratista había requerido a la contratante por su reiterada negativa y ausencia de personal para recibir las puertas y los marcos en las fechas y horarios programados, negligencia en la legalización de las entregas ya realizadas, malas prácticas de almacenamiento de los elementos entregados e indisponibilidad de espacio adecuado en el sitio convenido para la entrega, ante lo cual la Caja de la Vivienda Popular designó un espacio ubicado en un lugar distinto; ii) en mayo de 1990, el contrato fue modificado, condicionando las entregas a las necesidades del proyecto y a los requerimientos del Interventor y ampliando el plazo en 4 meses más; iii) el 10 de diciembre de 1990, el Interventor solicitó al contratista Sepúlveda Cely abstenerse de continuar con las entregas por *“…los inconvenientes surgidos en el Centro de la Construcción para el recibo y almacenamiento de los materiales objeto del Contrato” –fl. 80, cdn. 7-;* iv)el 17 de febrero de 1991, el plazo fue ampliado en 90 días y el 21 siguiente el Interventor informó al contratista que la entidad contratante carecía de espacio físico para almacenamiento; v) el 1º de marzo sucesivo, las partes suspendieron el Contrato 003 de 1989, debido a que *“(…) la Entidad carece de espacio físico para almacenar los materiales objeto del Contrato”* -fl. 101, cdn. 7-; vi) reiteradamente, entre abril y junio de 1991, el contratista requirió a la Caja de la Vivienda Popular para que le recibiera los elementos correspondientes al contrato adicional número 02 de 1990 y el interventor respondió que la entidad contratante gestionaba el arriendo de una bodega para recibir las puertas y los marcos; vii) en junio de 1991, se amplió el plazo del contrato en 6 meses más y el 16 de agosto siguiente la Caja recibió todos los elementos faltantes del contrato original, quedando pendientes cantidades correspondientes al contrato adicional número 2; y viii) el 14 de junio de 1991, las partes suspendieron el Contrato 003 de 1989, por falta de espacio para almacenamiento en el lugar convenido para la entrega y lo reiniciaron el 24 de junio de 1992.

Ahora, si bien la entidad contratante recibió las entregas dentro de las ampliaciones pactadas y, por tanto, antes de que venciera el plazo final, el material probatorio demuestra que las prórrogas fueron provocadas por la falta de capacidad física de almacenamiento y por no contar con personal en el lugar convenido para la entrega de los materiales comprados, situaciones enteramente atribuibles a la entidad contratante.

Aunque la interventoría llamó la atención al contratista por su ejecución contractual, la Sala no identifica las razones o causa de dicho llamado. Antes por el contrario, se observa la colaboración del contratista, que debió aceptar las prórrogas y la suspensión del contrato dilatando el ingreso a su patrimonio de los recursos esperados, pero dando lugar a que la administración adecuara la infraestructura que permitiría la entrega. Entre tanto, fue reiterada la falta de disponibilidad por parte de la entidad contratante para recibir las cosas compradas, situación que persistió aún después de los llamados que hizo el interventor al contratista para la entrega.

De otra parte, el material probatorio demuestra que la ampliación del plazo le significó al contratista mayores costos, dado el incremento de sus gastos de operación, pues un contrato pactado a seis meses, terminó ejecutándose en 32 meses y 4 días y mantuvo al contratista vinculado con la realización del objeto durante 13 meses y 10 días adicionales, en razón de la suspensión.

En efecto, consta en la certificación emitida por la Cámara Colombiana de la Construcción, Seccional Cundinamarca, que obra en el expediente –fls. 29 a 31, cdn. 4-, que durante el periodo comprendido desde el inicio de las prórrogas impuestas por la entidad contratante, hasta la fecha de recibo y pago de los elementos comprados, se presentaron significativos incrementos en los índices de costos de construcción correspondientes a carpintería de madera y metálica.

Asimismo, con el fin de establecer el daño emergente y el lucro cesante reclamado, el demandante solicitó la práctica de prueba pericial en los siguientes términos:

* 1. *Sírvanse establecer el valor del ajuste causado a los precios del Contrato de Suministro No. 003 de 1989 y Adicional No. 002 de 1.990, en las diversas épocas de desarrollo del contrato, teniendo en cuenta los índices de inflación del país durante el lapso transcurrido desde el vencimiento del plazo previsible de ejecución del contrato (septiembre de 1989) y la época en que se hicieron las entregas respectivas, así como el valor de la actualización que corresponde a cada caso, desde la época en que los correspondientes pagos debieron haberse hecho por la C.V.P.*
	2. *Sírvanse establecer el valor de los sobrecostos por demora en la ejecución del Contrato (Mayor Permanencia), teniendo en cuenta el mayor tiempo de afectación de la maquinaria, equipos y personal de producción al cumplimiento del contrato, así como mayores costos administrativos, en que ha incurrido el poderdante.*
	3. *Sírvanse establecer el valor del Costo Financiero, lucro cesante o costo de oportunidad resultante para mi poderdante, por no haber recibido en las oportunidades previstas los precios correspondientes a los elementos producidos, ni haber recibido la compensación de los sobrecostos generados por la demora en el desarrollo del contrato, teniendo en cuenta las tasa de interés legal que han regido en el país.*

Los peritos dictaminaron la existencia de incrementos en los costos que inciden en los precios pactados en el contrato 003 de 1989 y su adicional 002 de 1990 y calcularon el correspondiente reajuste. Igualmente, la prueba pericial señala que durante las prórrogas del contrato que impuso la entidad contratante el contratista incurrió en mayores gastos por mayor permanencia durante la ejecución del contrato asociados a arrendamiento de bodega, nómina de trabajadores y destinación de maquinaria.

En el Contrato adicional 02 de 1990 las partes convinieron reajustar los precios unitarios pactados en el contrato inicial, reconociendo la entidad contratante las variaciones de los índices de costos de construcción certificados por la Cámara Colombiana de la Construcción, actualización que se llevó a cabo el 27 de mayo de 1992 y que, conforme al acta suscrita, se aplicó exclusivamente sobre las cantidades de ese contrato adicional, no cubiertas por el anticipo.

Aunque en esa oportunidad se hizo constar que *“[c]on esta Acta de Reajuste se mantiene el equilibrio financiero del Contrato, de acuerdo a los fines previstos en la Cláusula Vigésima Primera del Contrato Inicial”,* lo cierto es que el material probatorio da cuenta de la difícil situación a la que debió enfrentarse el contratista ante la entidad contratante, que estuvo renuente a efectuar el reajuste de precios convenidos en el contrato adicional 02 de 1990 y que insistió en imponer unas condiciones que no eran las correspondientes a las variaciones reconocidas en los índices de costos. Y qué no decir del reconocimiento de los demás sobrecostos que le impuso la entidad contratante y que no aceptó, a pesar de las reclamaciones del contratista desde antes del vencimiento del plazo inicial[[30]](#footnote-30) y hasta el recurso de reposición que interpuso –fls. 405 a 429, cdn. 7- contra la Resolución 481 de 1992 expedida por la contratante para interpretar unilateralmente el contrato.

Siendo así, es necesario concluir que la entidad contratante i) incumplió el deber de mantener disponibles, en el sitio convenido, el espacio físico y las condiciones logísticas y operativas requeridas para recibir y almacenar los elementos comprados, como se lo exigía la buena fe contractual; ii) como consecuencia de este incumplimiento le impuso al contratista la ampliación del plazo en varios oportunidades y la suspensión del contrato, ocasionando que la ejecución se extendiera en 36 meses adicionales a los 6 inicialmente convenidos –además de las suspensiones durante 13 meses y 10 días- privándolo de obtener oportunamente el precio y iii) no le reconoció al contratista los mayores costos en que lo hizo incurrir durante el plazo adicional que se tomó para recibir los materiales comprados. La realidad probada demuestra que el único reajuste reconocido por la Caja de la Vivienda Popular no cubre los mayores costos que impuso al contratista.

Así las cosas, huelga concluir que durante la ejecución del contrato la entidad demandada actuó de manera contraria a la buena fe, abusando de su posición dominante al imponerle al contratista condiciones inequitativas que alteraron el equilibrio económico del contrato, incurriendo, por estas razones, en cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1613 del Código Civil.

* 1. **La administración carecía de competencia para hacer efectivas las cláusulas exorbitantes, porque incumplió sus obligaciones, poniendo al contratista en imposibilidad de cumplir**

El actor pretende la nulidad de las Resoluciones 071 de 1994 y 192 de 1995, expedidas por la Caja de la Vivienda Popular con el objeto de declarar el incumplimiento del contratista y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria –la primera- y liquidar unilateralmente el contrato 003 de 1989 y su adicional 02 de 1990.

Para el efecto sostiene que la entidad contratante no podía hacer uso de su facultad excepcional desconociendo la realidad contractual que indica el incumplimiento de la Caja de Vivienda Popular y el cumplimiento del contratista.

Conforme al artículo 295 del Código Fiscal del Distrito Capital, norma que en esencia reproduce el artículo 72 del Decreto 222 de 1983, la Caja de la Vivienda Popular debía pactar en el Contrato 003 de 1989 la Cláusula Penal Pecuniaria, que debía hacer efectiva directamente en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total de las obligaciones.

Y efectivamente así fue pactada en la cláusula novena del contrato en el caso *sub lite:*

*CLÁUSULA NOVENA – PENAL PECUNIARIA: En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total de las obligaciones contraídas con ocasión del presente contrato, LA CAJA exigirá directamente al CONTRATISTA a Título de Cláusula Penal, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del Contrato, que se considera como pago parcial de los perjuicios que LA CAJA reciba de dichos casos, ésta cantidad podrá ser de la garantía constituida, o descontada de las cuentas que por cualquier concepto se de al contratista; si esto no fuere posible se cobrará por jurisdicción coactiva.*

Sobre esta materia, la jurisprudencia sostuvo reiteradamente que, en vigencia del Decreto 222 de 1983, la administración podía declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez vencido el plazo de ejecución del contrato, por constituir una valoración anticipada de los perjuicios, establecida por las partes frente al incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista[[31]](#footnote-31):

*En efecto, tal y como lo estableció la jurisprudencia de la Sala[[32]](#footnote-32) al interpretar el contenido de la norma, el artículo 72 del Decreto Ley 222 de 1983[[33]](#footnote-33) autorizaba a las entidades estatales para declarar el incumplimiento del contrato una vez había vencido el plazo estipulado para su ejecución, para los solos efectos de proceder al cobro de la cláusula penal pecuniaria.*

La evidencia probatoria da cuenta de que al tiempo de la declaración de incumplimiento el contratista había entregado los bienes vendidos en un porcentaje correspondiente al 92% ($223.626.519.00) del valor total contratado ($241.667.000,00), faltando únicamente el equivalente a $18.050.482.00, esto es, al 8% del total de la compra, que el contratista se rehusó a entregar. Comportamiento este último que tuvo que ver con el ejercicio abusivo de la interpretación unilateral del contrato, realizada por la entidad contratante.

Ahora bien, esta Corporación ha señalado, con fundamento en la *exceptio non adimpleti contractus* prevista en el artículo 1609 del Código Civil, que cuando la entidad contratante incumple gravemente el contrato pierde la facultad de declarar el incumplimiento del contratista, quedando este último legitimado para no ejecutar la obligación a su cargo.

Conforme a esta jurisprudencia, la excepción del contrato no cumplido i) opera en los contratos sinalagmáticos o que crean obligaciones recíprocas, ii) cuando el incumplimiento de la administración sea cierto, real, grave, determinante y de gran significación[[34]](#footnote-34), de tal manera que se traduzca en una razonable imposibilidad de cumplir para el contratista y iii) siempre y cuando este último no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo*[[35]](#footnote-35).*

Y en cuanto a la excepción de contrato no cumplido en relación con el ejercicio de los poderes exorbitantes de la administración, ha dicho esta Sección[[36]](#footnote-36) –se destaca-:

*En el evento de que se prueben las condiciones que configuran la excepción de contrato no cumplido a favor del contratista, se desdibuja el incumplimiento del contratista que justifica el ejercicio de algunos de los poderes exorbitantes, como lo son la declaratoria de incumplimiento, la caducidad del contrato, la imposición de multas, etc; toda vez que, conforme lo establece el artículo 1609 del C.C., el contratista no está obligado a ejecutar sus prestaciones cuando la otra parte incumplió las propias.*

*Se tiene entonces que cuando se cumplen los supuestos de hecho que representan la existencia real de la excepción de contrato no cumplido, y se concluye que el contratista no estaba obligado a cumplir la prestación que pendía de un comportamiento contractual de la Administración,* ***ésta pierde la facultad de declarar el incumplimiento del contrato*** *o la caducidad del mismo, si el motivo determinante de esta decisión lo era precisamente el incumplimiento del contratista[[37]](#footnote-37).*

Los medios de convicción obrantes en el proceso demuestran que la entidad contratante i) desde antes del inicio de la ejecución del contrato impuso condiciones abusivas al contratista, ii) no cumplió los deberes relativos al recibo y almacenamiento de los elementos comprados como se lo exigía la buena fe contractual; iii) durante la ejecución del contrato le impuso al contratista la ampliación del plazo en varias oportunidades y la suspensión del contrato ocasionando que la ejecución se extendiera en 36 meses adicionales a los 6 inicialmente convenidos –además de las suspensiones durante 13 meses y 10 días-, privándolo de obtener el precio dentro del plazo inicialmente previsto y iv) no le reconoció al contratista los mayores costos en que lo hizo incurrir durante el plazo adicional que se tomó para recibir los materiales comprados. Comportamientos éstos abusivos, contrarios a la buena fe debida, que constituyen grave incumplimiento del contrato por parte de la entidad contratante.

Mientras que respecto de las conductas del contratista, la evidencia probatoria demuestra que i) durante la ejecución del contrato se adhirió a las condiciones que le impuso la entidad contratante, aunque estas variaron sustancialmente el sitio y los plazos pactados para la entrega, dilatando, a costa de su patrimonio, el recibo del precio; ii) se allanó a cumplir, como efectivamente lo hizo con el 92% del valor total del contrato que ejecutó a pesar de las condiciones impuestas por la entidad contratante; y iii) antes de la interpretación unilateral del contrato de que la administración adoptó mediante la Resolución n.° 481 de 1992, el actor se allanó a cumplir el 8% restante, como lo demuestran los reiterados ofrecimientos de entrega y requerimientos que hizo a la contratante para que le recibiera la totalidad de los materiales vendidos.

Siendo así, debe concluirse que ante el incumplimiento grave por los reiterados abusos en que incurrió la entidad contratante desde el inicio y durante la ejecución del contrato, el contratista estaba legitimado para no cumplir el 8% restante del contrato, pues las exigencias de la buena fe contractual y de colaboración, no pueden llevarse al extremo de imponer al contratista la renuncia a sus derechos, ni de favorecer represalias por parte de la entidad contratante frente al ejercicio legítimo de los derechos de su contratista.

Dado que en el *sub lite* está demostrado que no hubo incumplimiento total de las obligaciones a cargo del contratista y que, por el contrario, la administración lo puso en imposibilidad de cumplir el 8% faltante del objeto, a partir del incumplimiento grave del Contrato 003 de 1989 y su adicional 02 de 1990 en que incurrió la Caja de la Vivienda Popular, esta entidad carecía de facultad para declarar el incumplimiento del contratista de que trata la Resolución 071 de 1994 demandada. Por tanto, procede anular este acto.

* 1. **La liquidación unilateral del contrato efectuada por la entidad demandada**

El actor pide la nulidad de la Resolución número 192 del 22 de mayo de 1995, que la Caja de la Vivienda Popular expidió para liquidar unilateralmente el contrato 003 de 1989, adicionado por el contrato 02 de 1990, en tanto esa entidad no le reconoció los perjuicios ocasionados con el incumplimiento del contrato y solicita que se proceda a la liquidación con el reconocimiento de la indemnización debida.

El acto demandado contiene la siguiente liquidación:

|  |  |
| --- | --- |
| *Gerente* | *ORLANDO SEPÚLVEDA CELY* |
| *Objeto* | *Suministro de 4000 puertas de madera de 2.10x0.80 mts, 2000 puertas de madera de doble hoja de 2.10x0.80 mts y 8000 marcos metálicos de 2.10 x0.80 mts. Programa Ciudad Bolívar* |
| *Valor Inicial* | *$ 161.118.200,00* |
| *Valor Anticipo (40%)*  | *$ 64.447.200,00* |
| *Valor Ant. Adicional (50%)*  | *$ 80.559.000,00* |
| *Valor Final del Contrato* | *$ 40.279.500,00* |
| *Valor del material recibido y entregado* | *$ 241.667.000,00* |
| *Valor del material dejado de recibir* | *$ 18.050.482,00* |
| *Plazo Inicial*  | *Ciento ochenta (180) días*  |
| *Fecha de Iniciación*  | *20 de junio de 1989* |
| *Fecha de terminación inicial* | *17 de diciembre de 1989* |
| *Primera Prórroga* | *10 meses* |
| *Segunda fecha de terminación* | *17 de octubre de 1990* |
| *Segunda Prórroga* | *4 meses* |
| *Tercera fecha de terminación* | *17 de febrero de 1991* |
| *Tercera Prórroga* | *90 días* |
| *Cuarta fecha de terminación* | *17 de mayo de 1991* |
| *Primera Suspensión* | *1 marzo de 1991* |
| *Tiempo suspendido* | *30 días* |
| *Fecha de reiniciación* | *1 de abril de 1991* |
| *Quinta fecha de terminación* | *18 de junio de 1991* |
| *Cuarta Prórroga* | *6 meses* |
| *Sexta fecha de terminación* | *17 de diciembre de 1991* |
| *Segunda suspensión* | *18 de junio de 1991* |
| *Tiempo de suspensión* | *12 meses 10 días* |
| *Fecha de reiniciación* | *24 de junio de 1992* |
| *Fecha de terminación* | *14 de marzo de 1993* |
| *Interventor inicial* | *Arq. Leonardo Barrero J.* |
| *Segundo Interventor* | *Arq. Rafael Mogollón R.* |
| *Tercer Interventor* | *Arq. Luis A. Carrera* |
| *Cuarto Interventor* | *Arq. Oscar Germán Lee T.* |
| *Interventor Liquidador inicial* | *Arq. Rafael Mogollón R.* |
| *Interventor Liquidador final* | *Arq. Álvaro Camacho Rosas* |

*DESARROLLO DEL CONTRATO.*

*Según anexo No1. Adjunto a la Resolución.*

*VALORES PENDIENTES DE PAGO.*

|  |  |
| --- | --- |
| *Valor a favor de la Caja de la Vivienda Popular, en cumplimiento de la Resolución No. 071 del 23 de febrero de 1994. ……………………........................................* | *$ 24.167.700,00* |
| *Valor dejado de cobrar por el Contratista, según el numeral segundo de esta liquidación………………………………………* | *$ 8.553.00* |
| *Valor total que adeuda Cartagena Caribe Representaciones, a favor de la Caja de Vivienda Popular……………………………..................* | *$ 24.159.147.00* |

***SON: VEINTICUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MIL CIENTO CUARENTA Y SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE.***

*El anterior valor se hará exigible le según (sic) los Artículos Tercero y Quinto de la Resolución No. 071 del 23 de febrero de 1994* –fls. 4 y 5, cdn. 8-.

Y el anexo con el *“desarrollo del contrato”* contiene los elementos entregados por el contratista y pagados por la contratante, por un valor total de $223.517.965.00 –fls. 8 y 9, cdn. 8-.

Dado que la entidad demandada liquidó el contrato como consecuencia del incumplimiento declarado mediante la Resolución número 071 de 1992 y demostrado, como está, que al liquidar incluyó la suma de $24.167.700 por concepto de la cláusula penal que ordenó hacer efectiva y no le reconoció al contratista los mayores costos que le impusieron por el retardo en el recibo de los elementos comprados y en el pago del precio, procede declarar la nulidad parcial de la Resolución número 192 del 22 de mayo de 1995 para excluir el valor de la cláusula penal e incluir las indemnizaciones debidas al contratista.

* 1. **Conclusión**

La entidad demandada incurrió en incumplimiento grave del Contrato 003 de 1989, adicionado por el Contrato 02 de 1990, celebrado con el señor Orlando Sepúlveda Cely, para la compraventa de puertas de madera y sus marcos metálicos, porque desde antes del inicio y durante su ejecución actuó con abuso del derecho imponiendo condiciones inequitativas que alteraron el equilibrio económico y declaró el incumplimiento del contratista sin estar facultada para ello. Por tanto, se impone infirmar la sentencia de primer grado, declarar el incumplimiento de la Caja de Vivienda Popular, la nulidad de las resoluciones demandadas y proceder a la liquidación del contrato.

1. **Liquidación del contrato**
	1. **Lo ejecutado**

Dado que no existen reclamaciones pendientes por el pago de los precios pactados y los elementos entregados y recibidos, la Sala mantendrá en la liquidación los valores correspondientes a los valores del contrato, de los anticipos y de los elementos recibidos, determinados por la contratante y excluirá el valor de la cláusula penal impuesta mediante la Resolución 071 de 1994. Asimismo, procederá a establecer las indemnizaciones a que tiene derecho el contratista por el incumplimiento de la entidad demanda.

* 1. **Indemnizaciones a favor del contratista**
1. **El no pago oportuno del anticipo ocasionó pérdida de su poder adquisitivo no reconocido al actor**

En la demanda el actor solicita que se le indemnicen los perjuicios consistentes en la pérdida de valor ocasionada por la mora en el pago del anticipo. Como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, el no pago oportuno del anticipo impone costos financieros adicionales al contratista que le deben ser reconocidos por la administración, mediante el pago de los intereses moratorios.

Según el material probatorio que obra en el expediente, al celebrar el Contrato 003 de1989 y el adicional 002 de 1990, la Caja de la Vivienda Popular y Orlando Sepúlveda Cely pactaron el pago de anticipos reembolsables. Está acreditado que, conforme a lo pactado, el anticipo inicial se debía pagar el 16 de marzo de 1989, no obstante, la entidad lo pagó el 2 de junio de 1989, por hechos que no son imputables al contratista.

Por tal razón se reconocerá al contratista el interés legal (0,5% mensual), sobre $64.447.200, correspondiente al valor del anticipo, durante los 2,5 meses de mora, lo cual arroja la suma de $805.590, que se actualizará tomando la fecha en que la entidad demandada efectuó la liquidación del contrato, así:

Valor Presente (VP) = Suma a actualizar x Índice Final

 Índice Inicial

VP = $805.590 x 110.76 (marzo/2012)

 29.40 (mayo /1995)

VP = $ 3.034.937,02

A= Indemnización por mora en el pago del anticipo = $ 3.034.937

1. **Sobrecostos por retardo en el recibo de los materiales comprados**

El actor pide que se le reconozcan los mayores costos en que incurrió durante las prórrogas que le impuso la entidad contratante. Y efectivamente, está acreditado que las partes convinieron un plazo fijo, que no se cumplió por hechos atribuibles a la entidad contratante.

El dictamen pericial da cuenta de que entre el mes de julio de 1989 y hasta la fecha en que la entidad contratante pagó cada una de las entregas de los muebles comprados, se produjeron variaciones en los costos de los materiales que inciden en el precio de los bienes objeto de la compraventa. Y en función de tales variables calculó el correspondiente ajuste de precios, para cada uno de los pagos de las cantidades pactadas en el contrato inicial y en el adicional, incluyendo el valor de las no entregadas por el vendedor. Tuvo en cuenta la fecha en que la entidad contratante efectuó el pago.

Considera la Sala que en tanto el material probatorio da cuenta de que las partes convinieron expresamente un ajuste de precios para las cantidades del contrato adicional, que fue aplicado sobre los pagos de estas cantidades entregadas, procede reconocer solamente el ajuste sobre los pagos correspondientes a las cantidades pactadas en el contrato inicial y que, que corresponden a los renglones 2 a 11 del Cuadro No. 1 del dictamen pericial y ascienden a $44.329.817.oo, a septiembre de 1993. La Sala tomará este valor en tanto los peritos fundamentan sus cálculos en los incrementos que efectivamente se presentaron en los costos de los materiales que inciden en el precio pactado, durante el periodo señalado; en las sumas pagadas y las fechas de los pagos efectuados por la entidad contratante y el dictamen no fue objetado. Esta suma se actualizará hasta la fecha de este fallo, con el índice de precios al consumidor, así:

Valor Presente (VP) = Suma a actualizar x Índice Final

 Índice Inicial

VP = $ 44.329.817,00 x 110.76 (marzo/2012)

 29.40 (mayo/1995)

VP = $ 167.005.800

B = Indemnización debida por concepto de ajustes de precios: $167.005.800

Los peritos también determinaron sobrecostos por concepto de mayor permanencia de maquinaria, equipo y de personal administrativo y operativo, para el periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 1990 y diciembre de 1992; empero, para la Sala, el contrato de compraventa no obligó a que el contratista destinara la maquinaria, el equipo y el personal exclusivamente a la ejecución del negocio celebrado con la demandante.

Por lo anterior, solo procede el reconocimiento de mayores costos por concepto de arrendamiento de bodega, pues la entidad contratante estaba obligada a recibir en la oportunidad inicialmente pactada y correlativamente el vendedor debió incurrir en esos costos durante el plazo adicional que la entidad demanda impuso para el recibo de la mercancía y que fue determinado por los peritos en $76.550.000,00. En tanto este valor lo establecieron los peritos a partir de los documentos que acreditan los pagos efectuados por el contratista por concepto de arrendamiento de bodega para almacenar los elementos del contrato y el dictamen no fue objetado, la Sala lo reconocerá, actualizado con el índice de precios al consumidor, así:

Valor Presente (VP) = Suma a actualizar x Índice Final

 Índice Inicial

VP = $76.550.000,00 x 110.76 (marzo/2012)

 29.40 (mayo/1995)

VP = $ 288.390.408

C= Indemnización debida por concepto de bodegaje: VP = $ 288.390.408

Total indemnización por concepto de daño emergente (A+B+C) = $ 458.431.145

1. **Lucro cesante**

El actor pide que se le reconozca el lucro cesante *“(...) por no haber recibido en las oportunidades previstas los precios correspondientes a los elementos producidos, ni haber recibido la compensación de los sobrecostos generados por la demora en el desarrollo del contrato, teniendo en cuenta las tasa de interés legal que han regido en el país”.*

Los peritos determinaron que el lucro cesante en este caso es *“la falta de rendimiento”* de las sumas no pagadas y corresponde al interés legal del 6% anual, aplicado sobre el valor del daño emergente actualizado.

La Sala ha señalado que la mora es una infracción en la que el incumplido incurre día a día, causando intereses con esta misma periodicidad razón por la cual, al tenor del artículo 38 de la Ley 153 de 1887[[38]](#footnote-38), se deben considerar las tasas de interés aplicables según las leyes que hayan estado vigentes durante el incumplimiento. Dado que la entidad contratante liquidó el contrato el 22 de mayo de 1995, fecha en que estaba vigente la Ley 80 de 1.993, se aplicará entonces el 12% anual previsto en el artículo 4º, numeral 8, de esta Ley[[39]](#footnote-39), conforme a lo dispuesto por el Decreto 697 de 1994, a cuyo tenor, a la suma debida por cada año de mora se debe aplicar el incremento de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior, o por fracción de año en caso de que no haya transcurrido un año completo y el valor actualizado se multiplica por el doble del interés legal civil -12% anual-. El resultado obtenido es el siguiente:

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Periodo a liquidar** | **Capital histórico** | **IPC inicial** | **IPC final** | **Valor actualizado** | **Tasa de interés** | **Interés moratorio** |
| May-22-95 a Dic.31-95 | $ 121.685.407,00 | 29,40 | 31,24 | 129.301.092 | 7% | 9.051.076 |
| Ene.01-96 a Dic.31-96 | $ 129.301.092,34 | 32,02 | 38,00 | 153.449.141 | 12% | 18.413.897 |
| Ene.01-97 a Dic.31-97 | $ 153.449.141,44 | 38,63 | 44,72 | 177.640.321 | 12% | 21.316.839 |
| Ene.01-98 a Dic.31-98 | $ 177.640.321,12 | 45,52 | 52,18 | 203.630.755 | 12% | 24.435.691 |
| Ene.01-99 a Dic.31-99 | $ 203.630.754,75 | 53,34 | 57,00 | 217.603.169 | 12% | 26.112.380 |
| Ene.01-00 a Dic.31-00 | $ 217.603.168,74 | 57,74 | 61,99 | 233.620.028 | 12% | 28.034.403 |
| Ene.01-01 a Dic.31-01 | $ 233.620.028,24 | 62,64 | 66,73 | 248.873.954 | 12% | 29.864.874 |
| Ene.01-02 a Dic.31-02 | $ 248.873.954,09 | 67,26 | 71,40 | 264.192.690 | 12% | 31.703.123 |
| Ene.01-03 a Dic.31-03 | $ 264.192.689,89 | 72,23 | 76,03 | 278.091.793 | 12% | 33.371.015 |
| Ene.01-04 a Dic.31-04 | $ 278.091.793,06 | 76,70 | 80,21 | 290.818.028 | 12% | 34.898.163 |
| Ene.01-05 a Dic.31-05 | $ 290.818.027,65 | 80,87 | 84,10 | 302.433.487 | 12% | 36.292.018 |
| Ene.01-06 a Dic.31-06 | $ 302.433.487,39 | 84,56 | 87,87 | 314.271.884 | 12% | 37.712.626 |
| Ene.01-07 a Dic.31-07 | $ 314.271.884,31 | 88,54 | 92,87 | 329.641.178 | 12% | 39.556.941 |
| Ene.01-08 a Dic.31-08 | $ 329.641.177,95 | 93,85 | 100,00 | 351.242.598 | 12% | 42.149.112 |
| Ene.01-09 a Dic.31-09 | $ 351.242.597,71 | 100,59 | 102,00 | 356.166.070 | 12% | 42.739.928 |
| Ene.01-10 a Dic.31-10 | $ 356.166.069,86 | 102,70 | 105,24 | 364.974.851 | 12% | 43.796.982 |
| Ene.01-11 a Dic.31-11 | $ 356.166.069,86 | 106,19 | 109,15 | 366.094.044 | 12% | 43.931.285 |
| Ene.01-12 a Abr.30-12 | $ 364.974.850,94 | 109,95 | 110,76 | 367.663.615 | 4% | 14.706.545 |
| **Total intereses moratorios** | **$ 558.086.900,00** |

D = Indemnización debida por lucro cesante: $ 558.086.900

**Total indemnización debida (A+B+C+D) = $ 1.016.518.045**

* 1. **Liquidación final**

Conforme a los cálculos anteriores, la liquidación final del contrato 003/89, adicionado por el contrato 02/90, celebrado entre la Caja de Vivienda Popular y el contratista Orlando Sepúlveda, es la siguiente:

|  |
| --- |
| **Liquidación final** |
| **1. Ejecución del contrato** |
| Valor inicial  | $161.118.200,00  |
| Valor anticipo (40%) | $ 64.447.200,00 |
| Valor anticipo adicional (50%) | $ 80.559.000,00 |
| Valor material entregado  | $ 241.667.000,00  |
| Total no ejecutado | **$ 18.050.482,00** |
| **2. Indemnizaciones a favor del contratista** |
| Daño emergente | $ 458.431.145 |
| Lucro cesante | $ 558.086.900 |
| **Total indemnización debida** | **$ 1.016.518.045** |

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

**FALLA:**

**REVOCAR** la sentencia proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 8 de junio de 2000 y en su defecto se dispone:

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de la Resolución número 071 del 23 de febrero de 1994, expedida por la Caja de la Vivienda Popular con el objeto de terminar unilateralmente el contrato 003 de 1989 celebrado con el actor Orlando Sepúlveda Cely y de hacer efectiva la cláusula penal y la garantía respectiva.

**SEGUNDO:** En consecuencia, **DECLARAR** la nulidad de la Resolución número 192 del 22 de mayo de 1995 que expidió la Caja de la Vivienda Popular para liquidar unilateralmente el contrato número 003 de 198 y su adicional 02 de 1990, celebrado con el señor Orlando Sepúlveda Cely.

**TERCERO: CONDENAR** a la Caja de Vivienda Popular a devolver, a título de restablecimiento del derecho, el valor que hubiere recibido por concepto de la cláusula penal pecuniaria impuesta con las resoluciones anuladas, debidamente actualizado con el Índice de Precios al Consumidor desde la fecha en que lo recibió hasta la fecha en que haga efectiva la devolución.

**CUARTO: DECLARAR** que la Caja de Vivienda Popular incumplió el contrato 003 de 1989, adicionado con el contrato 02 de 1990, celebrado con Orlando Sepúlveda Cely.

 **QUINTO: DECLARAR** liquidadoel contrato número 003 de 1989, adicionado con el contrato 02 de 1990, celebrado por la Caja de Vivienda Popular con Orlando Sepúlveda Cely, en la siguiente forma:

|  |
| --- |
| **Liquidación final** |
| **1. Ejecución del contrato** |
| Valor inicial  | $161.118.200,00  |
| Valor anticipo (40%) | $ 64.447.200,00 |
| Valor anticipo adicional (50%) | $ 80.559.000,00 |
| Valor material entregado  | $ 241.667.000,00  |
| Total no ejecutado | **$ 18.050.482,00** |
| **2. Indemnizaciones a favor del contratista** |
| Daño emergente | $ 458.431.145 |
| Lucro cesante | $ 558.086.900 |
| **Total indemnización debida** | **$ 1.016.518.045** |

**SEXTO: CONDENAR** a la Caja de Vivienda Popular a pagar al señor Orlando Sepúlveda Cely la indemnización correspondiente a la liquidación del contrato número el contrato 003 de 1989 y su adicional contrato 02 de 1990, por valor de un mil dieciséis millones quinientos dieciocho mil cuarenta y cinco pesos ($ 1.016.518.045).

**SÉPTIMO:** Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y 115 del C.P.C. Para el efecto, expídanse copias de esta sentencia con destino a partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

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

Ejecutoriada esta providencia, devuélvaseel expedienteal Tribunal de origen.

**CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Presidente de la Subsección

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

Magistrada

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

Magistrada

1. Estos procesos **fueron acumulados,** por auto de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca proferido el 28 de marzo de 1996. Folios 231 a 236, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-1)
2. Demanda presentada el 19 de diciembre de 1994. [↑](#footnote-ref-2)
3. Demanda presentada el 25 de septiembre de 1995. [↑](#footnote-ref-3)
4. Según se desprende de este sello, la actora presentó su alegato de conclusión el 3 de mayo de 1999. El auto que ordenó el traslado se notificó por estado del 19 de abril anterior y el término venció el día 10 de mayo siguiente–folio 321 vuelto, cuaderno principal-. [↑](#footnote-ref-4)
5. El recurso fue interpuesto el 29 de junio de 2000 -folios 353 y 360 a 370, cuaderno principal-. [↑](#footnote-ref-5)
6. El 19 de diciembre de 1994, cuando se presentó la demanda, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa se conociera en segunda instancia era de $ 9 610 000,00 artículos 129 y 132 del C.C.A. subrogados por el Decreto 597/88- y la mayor de las pretensiones de la demanda fue estimada por el actor en la suma de $300 000 000. [↑](#footnote-ref-6)
7. Acuerdo número 6 de 1985, del Concejo Distrital de Bogotá. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sobre la naturaleza de la Caja de la Vivienda Popular, esta Corporación ha señalado: *“(…) la creación de la Caja de Vivienda Popular corresponde a la de un establecimiento público, ya que fue creada por el Concejo Municipal de Bogotá, mediante el acuerdo No. 20 de 1942, como una persona jurídica autónoma encargada del* ***servicio público*** *de suministro de viviendas a los trabajadores, de conformidad con las leyes 46 de 1918, 99 de 1922, 19 de 1932, 61 de 1936, 23 de 1940 y el decreto extraordinario 380 de 1942, y asumió una obligación del Municipio en este campo conferida por las leyes mencionadas. (…) La naturaleza jurídica de establecimiento público se corrobora con el hecho de que el acto de creación de la Caja, al determinar que ésta reemplazaba el Instituto de Acción Social de Bogotá, que no tenía fin lucrativo, le confirió el mismo carácter, y además, la calificó como una institución exclusivamente técnica. (…) Esta naturaleza jurídica de establecimiento público, en el momento actual, no se encuentra modificada por otro acuerdo del Concejo del Distrito Capital, de tal suerte que está vigente”.* Cfr.Sala de Consulta y del Servicio Civil, 18 de octubre de 2001, consejero ponente César Hoyos Salazar, radicación 1372. [↑](#footnote-ref-8)
9. Conforme al artículo 4 del Acuerdo 06 de 1985, el Código Fiscal del Distrito Capital se aplica a la Administración Descentralizada, que comprende “…*los establecimientos públicos, las Empresas Industriales y Comerciales, las Sociedades de Economía Mixta del orden distrital y los Fondos Rotatorios constituidos como Entidades Descentralizadas. Los demás Fondos Rotatorios pertenecientes a las Entidades Descentralizadas forman parte de las mismas”.* [↑](#footnote-ref-9)
10. Este Código Fiscal fue expedido por el Concejo Distrital en ejercicio de las facultades que le otorgó el ordinal 16 del artículo 13 del Decreto ley 3133 de 1968, para *“[d]ictar los códigos para el Distrito en materia de policía, fiscal, de tránsito y transportes, de construcción y administración”.* [↑](#footnote-ref-10)
11. El artículo 301 del Código Fiscal dispone que, *“[l]a aplicación de estos principios en el ámbito distrital se hará conforme a lo dispuesto en el Título IV del Decreto Ley 222 de 1983”.* [↑](#footnote-ref-11)
12. Norma que reproduce el contenido del Artículo 72 del Decreto ley 222 de 1983. [↑](#footnote-ref-12)
13. Sección Tercera, sentencia del 21 de junio de 1999, consejero ponente Daniel Suárez Hernández, expediente 14943. [↑](#footnote-ref-13)
14. Conforme al artículo 1863 del Código Civil, la compraventa *““[p]uede hacerse a plazo para la entrega de las cosas o del precio”.* [↑](#footnote-ref-14)
15. *“ARTICULO 303. DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN DISTRITAL. Son contratos administrativos de la Administración Distrital los previstos como tales en la Ley y en especial:1. De obras públicas. 2. De consultoría. 3. De prestación de servicios. 4. De suministros. 5. De concesión. 6. De empréstito.7. Los interadministrativos que tengan estos mismos objetos”.* [↑](#footnote-ref-15)
16. *ARTÍCULO 304. DE LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN DISTRITAL. Son contratos de derecho privado de la Administración Distrital los no contemplados en el artículo anterior, y en sus cláusulas y efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos. Sin embargo, en estos contratos podrá incluirse la cláusula de caducidad administrativa y los principios previstos en el Capítulo X de este Título, cuando ello fuere conveniente”.*  [↑](#footnote-ref-16)
17. El artículo 301 del Código Fiscal dispone que, *“[l]a aplicación de estos principios en el ámbito distrital se hará conforme a lo dispuesto en el Título IV del Decreto Ley 222 de 1983”.* [↑](#footnote-ref-17)
18. Según el artículo 460 del Código Fiscal del Distrito Capital, “*[L]os contratos que celebren los establecimientos públicos distritales se someterán en su trámite y perfeccionamiento a las normas del presente Acuerdo”.* [↑](#footnote-ref-18)
19. Al tenor del artículo 1880 del Código Civil*, “[l]as obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida. La tradición se sujetará a las reglas dadas en el título VI del libro II”.*  [↑](#footnote-ref-19)
20. Establecen los artículos 1928 y 1929 de la codificación Civil, que*“[l]a principal obligación del comprador es la de pagar el precio convenido”, “…en el lugar y el tiempo estipulados, o en el lugar y el tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario”.*  [↑](#footnote-ref-20)
21. Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, magistrado ponente Mauricio Fajardo Gómez, expediente 15469. [↑](#footnote-ref-21)
22. Dávila Vinueza, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Editorial Legis, 2003, página 662. [↑](#footnote-ref-22)
23. Escobar Gil, Rodrigo, Teoría General de los contratos de la Administración Pública, Editorial Legis, Bogotá, 2000, página 459. Sentencia de 29 de agosto de 2007, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 15469. [↑](#footnote-ref-23)
24. Sentencia T-375 de 1997, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-24)
25. *Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de octubre 19 de 1994, magistrado ponente Carlos Esteban Jaramillo Schloss, expediente 3972, reiterada en sentencia del 9 de agosto de 2000, magistrado ponente Jorge Antonio Castillo Rugeles, Expediente 5372.* [↑](#footnote-ref-25)
26. Conforme a este precepto constitucional, *“el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades”* y son deberes de la persona *“respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.* [↑](#footnote-ref-26)
27. En virtud de esta norma, *“[e]l que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.*  [↑](#footnote-ref-27)
28. Según esta norma, *“[c]cuando la ley subordine el perfeccionamiento de un contrato a la aprobación o revisión de un organismo o autoridad superior, la adjudicación no producirá otro efecto que el de obligar a la entidad contratante y al adjudicatario a cumplir los demás requisitos establecidos para el caso”.*  [↑](#footnote-ref-28)
29. Conforme a esta norma, cuando el contrato está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales “(…) *sin ellas no produce ningún efecto civil”.* [↑](#footnote-ref-29)
30. Existen, entre otras, las comunicaciones enviadas por el contratista a la entidad contratante, el 12 de julio y 24 de octubre de 1989; en junio de 1990; el 19 de febrero, el 25 de julio, 12 y 15 de agosto y el 12 de noviembre de 1991, el 7 y 21 de mayo de 1992, solicitándole el reajuste de precios y reclamándole por los demás sobrecostos ocasionados. [↑](#footnote-ref-30)
31. Sección Tercera, Sentencia del 23 de julio de 2010, consejero ponente Mauricio Fajardo Gomez, radicación 17667. [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencias del 29 de enero de 1988, Expediente 3616, M.P.: Carlos Betancur Jaramillo; del 29 de enero de 1989, Expediente 3615, actor: Darío Vargas Sanz, M.P.: Carlos Betancur Jaramillo; del 30 de septiembre de 1994, Expediente 9280, actor: Evelio Ramírez M., M.P.: Daniel Suárez Hernández; del 7 de octubre de 1997, Expediente 10874, actor: Sociedad Medical Internacional de Colombia Ltda.., M.P.: Daniel Suárez Hernández. [↑](#footnote-ref-32)
33. “**Art. 72.- *De la cláusula penal pecuniaria.-***  En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.

La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.

El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pargo parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante”. [↑](#footnote-ref-33)
34. *Así lo precisó la Sala en sentencia proferida el 21 de febrero de 1992, expediente 5857.* [↑](#footnote-ref-34)
35. *Así lo precisó la Sala en sentencia proferida el 16 de febrero de 1984, expediente 2509. Actor: Cadavid Herrera Limitada.*  [↑](#footnote-ref-35)
36. Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 2001, c*onsejera ponente María Elena Giraldo Gómez, Radicación número: 52001-23-31-000-1993-5282-01(12722).* [↑](#footnote-ref-36)
37. *En igual sentido se pronunció la Sala en sentencia proferida el 15 de marzo de 2001; expediente 13415; actor: Hernán Ruiz Bermúdez.*  [↑](#footnote-ref-37)
38. *“****ARTICULO 38.*** *En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. // Exceptúanse de esta disposición: // 1o. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y // 2o. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido”* –se destaca-. [↑](#footnote-ref-38)
39. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, entre otras, sentencias del 11 de septiembre de 2003, expediente 14781 de 2003, del 29 de enero de 2004, expediente 10779 y del 5 de diciembre de 2006, expediente 13750.

 [↑](#footnote-ref-39)