

CONTRATO DE COMPRAVENTA – Objeto – No entrega

Aparece demostrado que el 10 de febrero de 1997, la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital y la sociedad Ramonerre S.A., suscribieron el contrato de compraventa No 01, en donde el contratista se comprometía a entregar a la Secretaría a título de venta dos [2] carrotanques bomberos marca S&S, modelo Competitor con capacidad para el tanque de agua de 3.000 galones, bomba de 750 GPM y accesorios, montada sobre un chasis marca Navistar International 4900, 6 X4, motor de 300 HP de acuerdo con la oferta presentada el 8 de noviembre de 1996, la cual hacía parte integrante del contrato.

RECURSO DE APELACIÓN – Competencia – Doble instancia

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 y el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988- aplicables en el sub examine, la cuantía exigida para que un asunto de esta naturaleza fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, para la época de presentación de la demanda - 5 de mayo de 1999 –, era de \$ 18.850.000.00 y en el presente caso, la parte actora estimó la cuantía de sus pretensiones en la suma de \$ 34.000.000., equivalentes al valor de la multa impuesta a la parte actora.

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Aplicación

Se concluye que las cláusulas excepcionales o el uso de las mismas, solo es posible pactarlas o ejercerlas, cuando existan normas legales consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que expresamente las autoricen.

POTESTADES EXCEPCIONALES – Legalidad – Terminación unilateral – Caducidad– Cláusulas prohibidas

La regla general es que las potestades excepcionales – terminación unilateral – caducidad - no se pueden pactar dentro de un contrato, salvo cuando la ley lo autorice o presuma que ellas hacen parte integral del contrato. Como en este caso, el Contrato de Compraventa materia de controversia, no tiene por objeto «el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra», no era posible jurídicamente – ni en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes – pactar dichas cláusulas, por ser cláusulas prohibidas y por tanto viciadas de nulidad absoluta, por lo que la Sala así lo declarará, en razón a que el numeral 2º del citado artículo 14 de la ley 80 de 1993 no incluye al contrato de compraventa entre aquellos en los que se pueda pactar, y al estar prohibida no produce ningún efecto entre las partes.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Prohibición legal – Prohibición constitucional - Invalidez – Finalidad – Principio de planeación – Desarrollo jurisprudencial – Finalidad – Desarrollo jurisprudencial

Como quiera que las cláusulas décima quinta y décima sexta «no se refieren a los elementos estructurales» del contrato de compraventa, la nulidad de ella no se extiende a todo el contrato, sino única y exclusivamente a las referidas cláusulas, lo cual debió hacer el juzgador de instancia, y como no lo hizo de esa manera, sino que hizo pronunciamiento de fondo, la Sala modificará la sentencia, en el sentido de declarar la nulidad absoluta de las cláusulas las cláusulas décima quinta y décima sexta contenidas en el contrato de compraventa No 01 del 10 de febrero de 1997, suscrito entre la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital y la sociedad Ramonerre S.A.; y como consecuencia de lo anterior confirmará los numerales segundo, cuarto y quinto de la parte resolutoria de la sentencia recurrida; y actualizará la suma consignada en el numeral 3º de la citada providencia.

MODIFICACIÓN DE LIQUIDACIÓN CONTRATO DE COMPRAVENTA – Procedencia – Moneda extranjera

Advierte la Sala que no es procedente acceder a la modificación de la liquidación que reclama la parte actora en su escrito de apelación, en el sentido de considerar que el valor total descontado a la sociedad demandante, no fue la suma de \$ 13.822.560.00, sino la suma de \$ 29.258.487.00 pesos, suma que al ser liquidada en Dólares Americanos, lo justo es que su reintegro debe hacerse en esa misma moneda, a la tasa de cambio vigente al momento de hacerse el pago, porque tal

como lo entendió el a quo la suma que efectivamente se descontó a la sociedad demandante como consecuencia de la multa impuesta fue de \$ 13.822, 560.00 pesos, como se demuestra con el documento visible a folios 76 y 77 del cuaderno No 2 de pruebas, allegados oportunamente al expediente; sin que fuese válida la valoración del documento aportado por la parte actora con el escrito en que solicita adición y aclaración de la sentencia – folios 88 a 92. C. 2ª instancia - en razón a que la prueba carecía de valor probatorio por ser incorporada al expediente por fuera de las oportunidades procesales para allegar pruebas; tal como lo hace saber el a quo al momento en que no accede a la aclaración que se le solicita. Como tampoco, es jurídico pretender que la suma a reintegrar se haga en dólares americanos liquidada a la tasa de cambio vigente al momento de hacerse el pago, porque con esa conducta el actor pretende modificar el petitum de su demanda lo cual no es acertado.

CUANTIA DE LA MULTA – Actualización – Sanción impuesta

La Sala, en consecuencia no accederá a la petición que formula la parte actora en el escrito en que sustenta el recurso de apelación, y en su lugar, se limitará a actualizar a la fecha de esta sentencia, la suma consignada en el numeral 3 de la parte resolutive de la misma, es decir, la suma de \$ 17.357.706.00. [...] Actualizado el valor reconocido por él a quo, esta Sala condenará al Distrito Capital de Bogotá a título de restablecimiento del derecho, a pagar a la sociedad RAMONERRE S.A., **la suma de veintisiete millones trescientos setenta y siete mil doscientos treinta y tres pesos [\$27'377.233]** por concepto de la sanción impuesta – multa a través de la resolución No 651., con ocasión de la terminación unilateral del contrato.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-1999-01154-01(24742)

Actor: SOCIEDAD RAMONERRE S.A.

Demandado: DISTRITO CAPITAL SANTAFE DE BOGOTA

Referencia: ACCION CONTRACTUAL - APELACION SENTENCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del veintinueve (29) de enero de dos mil tres (2003), pronunciada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, mediante la cual se dispuso:

“1. Niegase la excepción de Ineptitud de la demanda.

2. Declarase la nulidad de la resolución No 651 de 1998, por medio de la cual el Secretario de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá determinó el incumplimiento del contrato 01 de 1997, así como la de su confirmatoria, la resolución 1375 de 23 de julio de 1998.

3. Como restablecimiento del derecho, condenar al Distrito Capital de Bogotá, a pagar a la sociedad Ramonerre S.A., la suma de Diecisiete Millones Trescientos Cincuenta y Siete Mil Setecientos Seis Pesos MCTE (\$ 17.357.706.00).

4. Sin costas

5. Dese cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo (sic) 177 y 178 del C.C.A

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 5 de mayo de 1999¹ se solicitaron las siguientes,

1.1. DECLARACIONES

1. *Que se declare nula la resolución No 651 de 1998, donde se declara el incumplimiento del contrato 01 de 1997 suscrito por la Secretaría de Gobierno del Distrito y la sociedad Ramonerre S.A. y se impone una multa a esta última.*

2. *Que se declare nula la resolución No 1375 de 23 de julio de 1998, que confirmó la anterior.*

3. *Que como consecuencia de esta nulidad, se declare que la actora no está obligada a pagar a la Secretaría de Gobierno del Distrito suma alguna por concepto de esas multas.*

4. *Que en el evento en que la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital haya descontado suma alguna por concepto de dichas multas a Ramonerre S.A., se declare que la Secretaría está en la obligación de pagar a la Sociedad Ramonerre S.A., las sumas que haya obtenido, con los respectivos intereses a partir de la fecha de su recepción.*

5. *Que en el remoto evento en que la Secretaría de Gobierno obtenga mediante jurisdicción coactiva o proceso ejecutivo suma alguna por concepto de dichas multas a Ramonerre S.A., se declare que la Secretaría está en la obligación de pagar a la sociedad Ramonerre S.A., las sumas que haya obtenido, con los respectivos intereses a partir de la fecha de su recepción.*

6. *Solicito se de aplicación a la sentencia en los términos de los artículos 177 y 178 del C.C.A.*

7. *Se condene en consideración a la equidad, en caso de variar la jurisprudencia o por actitud negligente o poco seria en las etapas de conciliación del proceso, a pagar las costas del proceso.*

8. *Que se condene en costas al demandado de conformidad con el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.*

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

La Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá., por medio de la resolución No 2610 de 24 de diciembre de 1994 adjudicó la licitación pública No 004 de 1996.

El día 10 de febrero de 1997, la Secretaría de Gobierno y la sociedad Ramonerre S.A., suscribieron el contrato de compraventa No 01, estableciéndose en la cláusula primera

¹ Folios 1 a 12. C. 1.

del contrato, el objeto del mismo, en donde *“el contratista se compromete a entregar a la Secretaría a título de venta dos (2) carrotanques bomberos marca S&S, modelo Competitor con capacidad para el tanque de agua de 3.000 galones, bomba de 750 GPM y accesorios, montada sobre un chasis marca Navistar International 4900, 6 X4, motor de 300 HP de acuerdo con la oferta presentada el 8 de noviembre de 1996, la cual hace parte integrante de este contrato y que contiene las demás especificaciones técnicas que cumplieron con el pliego de condiciones y las normas NFPA 1903. El objeto de este contrato incluye la prestación de servicios de mantenimiento preventivo durante un (1) año²”*.

2.2.1. En la Cláusula Sexta del contrato se acordó el plazo general y de entrega del contrato, así: *“La vigencia de este contrato es de veinticinco (25) meses contados a partir de la fecha de perfeccionamiento. El contratista se obliga a entregar en funcionamiento los bienes objeto de este contrato en un término de 270 días contados a partir del recibo de la carta de crédito, y a prestar el servicio de mantenimiento preventivo durante un (1) año contado a partir de la fecha de recibo a satisfacción.*

2.2.2. El valor y forma de pago del contrato, se estipuló en la cláusula cuarta del contrato, en los siguientes términos: *“FORMA DE PAGO: El valor de este contrato se pagara así: a) El 100% del valor FOB, o sea la suma de Cuatrocientos Quince Mil Seiscientos Dólares de los Estados Unidos (US \$ 415.600.00) mediante carta de crédito irrevocable y confirmada, pagadera a la vista contra presentación de documentos de embarque a favor de ENGINEERING EQUIPMENTS COMPANY, con una validez de 300 días...”*.

El 17 de abril de 1998 el Secretario de Gobierno mediante la resolución No 651, declaró el incumplimiento por parte de la firma Ramonerre S.A., y en consecuencia estableció el pago de la multa por valor de US \$ 2.125.00 diarios, contados a partir del 25 de abril de 1998 hasta por el término de diez días consecutivos.

Contra dicho acto administrativo, la actora interpuso recurso de reposición, el cual es confirmado a través de la resolución No 1375 del 23 de julio de 1998.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

La parte actora invoca como vulneradas la ley 80 de 1993 y demás normas reglamentarias y complementarias. Alega que el plazo del contrato se encontraba dividido en dos partes:

“a.- Un término para la entrega en funcionamiento de las máquinas de 270 días calendario, contados a partir de la fecha de recibo de la carta de crédito...ya que el Distrito estaba obligado a pagar mediante este procedimiento una suma de dinero y, por consiguiente, las obligaciones que se derivaban de la forma de pago eran del resorte del Distrito. b.- Un término adicional supremamente holgado de 16 meses de vigencia, dentro del cual se incluía un año de mantenimiento preventivo. Queda claro entonces, que de conformidad con el contrato, las máquinas debían entrar en funcionamiento 270 días después de expedida la carta de crédito por parte del Distrito y, en todo caso, si se tiene en cuenta la fecha del perfeccionamiento del contrato, el 17 de abril de 1997, significa que la duración del mismo se extendía hasta el 17 de mayo de 1999. No obstante lo anterior, la Administración considera que este plazo fue modificado por el OTROSI No 1 de julio 24 de 1997, a través del cual tan solo y únicamente se contempló la modificación de la forma de pago y de ninguna forma una modificación del plazo de ejecución del contrato principal.

² Folio 19. C. 1.

“(...)

El plazo no podía modificarse en el sentido querido por la Resolución., por cuanto lo importante era conservar el término de cumplimiento de la carta de crédito que hacía posible la importación y ulterior entrega de las máquinas y sus respectivos accesorios, término que se consideró en 270 días con posterioridad a la entrega de la carta de crédito a que estaba obligada la Administración contratante.

“(...)

...también está errada en considerar un nuevo plazo a partir del 25 de abril, habida consideración de que el OTROSI del 24 de julio tan solo tenía validez a partir de la publicación por cuenta del Contratista en el Registro Distrital pago que hizo Ramonerre S.A., para su publicación el mismo 24 de julio de 1997.

“(...)

2. Falsa o errada motivación de hecho

Ahora bien, si es claro que el término del contrato para la entrega de las máquinas es de 270 días a partir de la entrega de la Carta de Crédito...cabe preguntarse cuando ocurrió este hecho y lo que es más importante aún para determinar un eventual incumplimiento: a quien correspondía la obligación de expedir y entregar la carta de crédito?

Ramonerre S.A., propuso como forma de pago la simple entrega del documento crediticio que garantiza un pago de bienes importados, esto es, mediante la expedición de una “Carta de Crédito irrevocable y confirmada por el 100% del valor FOB Puerto de Embarque, pagadera a la vista...a favor de Engineering Equipment Company...con una validez de 300 días”.

Obviamente al ser aceptada la propuesta y suscribirse el respectivo contrato se deduce en forma evidente que correspondía a la Administración Distrital la obligación de tramitar y expedir la respectiva Carta de Crédito que determinaba el pago y, por consiguiente, el debido cumplimiento del contrato y así mismo habría de condicionar el término para la entrega de los equipos Y tan solo el 12 de febrero de 1998 el Distrito procede a pagar lo que estaba obligado a hacer desde la suscripción del contrato.

“(...)

En este orden de ideas, es evidente que el plazo de entrega debe ser contado a partir del momento en que el Distrito cumple con su obligación de entrega de la Carta de Crédito, ya que al Contratista se le hacía imposible cumplir con sus obligaciones sin esta condición de pago; de allí que el término para la entrega habrá de vencerse tan solo el día 10 de noviembre de 1998.

“(...)

En este orden de ideas, es incongruente la resolución a expresar en sus considerandos que “se tendrá como fecha de entrega de los bienes la del 10 de agosto de 1998 propuesta por el Contratista, en consideración a que los elementos deben ser importados” y posteriormente en los resolviendos (sic) se estima la fecha de entrega el 25 de abril de 1998...

Diligencia para el cumplimiento del objeto contractual

...no era viable imponer una multa a Ramonerre S.A., por el incumplimiento de un plazo que no se encontraba vencido....además, si realmente se hubiera configurado el incumplimiento, este no sería imputable a Ramonerre S.A., puesto que el despacho de los Chasises...fue incumplida por parte de Navistar International, no obstante que – la actora- adelantó las gestiones que estaban a su alcance para normalizar esta situación...y que constituyen una fuerza mayor que fue debidamente comunicada a la Entidad contratante en su oportunidad ...que no obstante el acaecimiento de esta fuerza mayor el contratista se encontraba dentro del término para la entrega de los Carrotaques...”³.

4.- Actuación Procesal

4.1.- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, por auto de 9 de julio de 1999,⁴ admite la demanda, dispone la notificación personal al Alcalde Mayor de Bogotá, al Agente del Ministerio Público., ordena la fijación en lista y reconoce personería al apoderado judicial de la parte demandante.

4.2.- Por auto de fecha 7 de febrero de 2000⁵, se abre el periodo probatorio y el 19 de febrero de 2001⁶, se profiere auto corriendo traslado a las partes para que aleguen de conclusión.

4.2.1.- La parte demandante en escrito presentado el 9 de marzo de 2001,⁷ alega de conclusión reiterando lo dicho en su escrito de demanda.

4.2.2.- La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

5. Contestación de la demanda

Oportunamente el representante legal del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda⁸. Con relación a los hechos aceptó unos y habla de inexactitud respecto de; al igual que se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento factico y jurídico. Considera la parte demandada, entre otras razones, que *“...El Distrito Capital...actuó plenamente amparado por el principio de legalidad al declarar el incumplimiento del contrato por la parte actora...toda vez que la sociedad Ramonerre S.A., dio lugar con su conducta a la adopción de tal medida y a la imposición de la multa contemplada como sanción en la cláusula décima del contrato de compraventa No 01 de 1997...”*.

6.- La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en sentencia proferida el 29 de enero de 2003⁹, accedió a las pretensiones de la demanda.

El a quo, luego de relatar los antecedentes del proceso, de analizar el material probatorio existente en el proceso, fundamenta su fallo diciendo que *“(...) la entrega de la carta de crédito es el punto de partida para contabilizar los 270 días que establecerán el cumplimiento o no, del contrato, así como la forma en la que se debería pagar el otro 50% restante.*

³ Folios 5 a 11. C. 1.

⁴ Folio 26, ib.

⁵ Folio 45, ib.

⁶ Folio 51, ib.

⁷ Folios 52 a 58, ib.

⁸ Folios 35 a 40, ib.

⁹ Folios 64 a 85. C. 2ª instancia.

Por consiguiente, la cláusula que modificó la forma del pago, no afectaba el plazo, por cuanto si bien ambas están relacionadas con la expedición de la carta de crédito, eran situaciones que establecían aspectos diferentes, por tanto el término para satisfacer la obligación de la entrega, se mantenía incólume. Si tanto en el libelo (folio 9 c. 1) como en las resoluciones atacadas (folio 94 c. 3), se afirma que la carta de crédito fue recibida el 12 de febrero de 1998, es a partir de este momento y no de otro, donde a la actora le empiezan a correr el plazo de 270 días, luego, para cuando se expidió la resolución No 651, el 17 de abril de 1998, apenas habían transcurrido 43 días...En conclusión para la época de expedición de tal resolución, la demandante no se encontraba en mora de cumplir con su obligación contractual.

“(....)”

Es evidente que en el sub lite se halla configurada según el artículo 84 del C.C.A., una de las causales de nulidad de los actos administrativos, como es la falsa motivación, toda vez que existe disconformidad de los hechos invocados como fundamento de la misma con los que han sido probados. Esta situación nos releva del estudio del tercer cargo...Una vez se ha concluido en la ilegalidad de los actos administrativos que impusieron al contratista la multa, debe ordenarse el restablecimiento del derecho, disponiendo que las sumas que se le descontaron a título de dicha sanción, le sean restituidas con la debida indexación...”

6.1. El 10 de febrero de 2003, la parte actora solicita aclaración y adición de la sentencia,¹⁰ al considerar que existió un error aritmético en la parte resolutive de la sentencia, al decir, que el valor descontado a la sociedad demandante, por concepto de multa, no fue la suma de \$ 13.822.560.00, sino la suma de \$ 29.258.487.00.

6.2. El 26 de febrero de 2003¹¹ el Tribunal niega la aclaración y adición de la sentencia proferida el 29 de enero, al considerar “que la providencia en comento se encuentra acorde con el principio de congruencia establecido en el artículo 305 del C. de P.C., y es consonante con los medios probatorios válidamente incorporados al proceso.”

7.- El recurso de apelación

El 5 de febrero y 6 de marzo de 2003, tanto la parte demandada, como demandante, respectivamente¹², interponen el recurso de apelación. Esta Corporación por auto de 26 de mayo de 2003,¹³ corre traslado a las partes para que sustenten el recurso. Es así como en sendos escritos presentados el 09 de junio de 2003,¹⁴ ambas partes sustentan el recurso. La primera solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia y en su lugar se desestimen las pretensiones de la demanda; y el segundo solicita se modifique la liquidación efectuada por el a quo, en razón a que el valor total descontado a la sociedad demandante, no fue la suma de \$ 13.822.560.00, sino que aquella asciende a la suma de \$ 29.258.487.00 y que “si la sanción que impuso el Demandado a su poderdante fue en Dólares Americanos, liquidados y descontados a este a la tasa de cambio vigente al momento del pago, lo justo y equitativo es que la orden de restitución que la jurisdicción provea, deba ser en el mismo orden de ideas. Es decir, la restitución en Dólares Americanos, liquidados a la tasa de cambio vigente al momento de hacer el pago”.

8. Actuación en segunda instancia.

¹⁰ Folio 88 a 91, ib.

¹¹ Folios 95 a 97. C. 2ª instancia.

¹² Folios 87 y 98, ib.

¹³ Folio 105, ib.

¹⁴ Folios 106 a 113, ib.

8.1. El recurso fue admitido el 15 de julio de 2003¹⁵ y luego por auto de 28 de agosto de 2003 se ordenó correr traslado a las partes para alegar,¹⁶ término dentro de cual la parte demandante el día 16 de septiembre de 2003 alega de conclusión,¹⁷ reiterando las razones expuestas en el escrito en que se sustentó el recurso de apelación.

8.2. El Ministerio Público guardó silencio.

9.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia del tribunal a quo, pero por las razones que se exponen a continuación para lo cual examinará los siguientes aspectos: 9.1. Competencia y 9.2. Problemas jurídicos y el análisis del caso concreto.

9.1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 y el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988- aplicables en el *sub examine*, la cuantía exigida para que un asunto de esta naturaleza fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, para la época de presentación de la demanda - 5 de mayo de 1999¹⁸ -, era de \$ 18.850.000.00 y en el presente caso, la parte actora estimó la cuantía de sus pretensiones en la suma de \$ 34.000.000¹⁹., equivalentes al valor de la multa impuesta a la parte actora.

9.2. Problemas jurídicos y análisis del caso concreto

Surge el siguiente interrogante: Si se analiza el contrato de compraventa suscrito entre el Distrito Capital – Secretaría de Gobierno y la sociedad Ramonerre S.A., el cual hemos relacionado en otro parte de esta providencia, en la cláusula decima quinta se pactó lo siguiente: “*APLICACIÓN DE LAS CLAUSULAS EXCEPCIONALES: A este contrato le son aplicables, por pacto expreso, las cláusulas de interpretación, modificación, terminación unilaterales y caducidad, de acuerdo con lo establecido por la Ley 80 de 1993. Y en la cláusula décima sexta, se pactó la de “Caducidad, en la cual se dice que “La Secretaria podrá declarar la caducidad administrativa de este contrato por resolución motivada, o el incumplimiento total o parcial, con lo cual declarará terminado el contrato y ordenará su liquidación, por cualquiera de las siguientes causales:...”*”²⁰.

A partir de esta formulación, surgen los siguientes interrogantes: (i) ¿Tienen algún efecto jurídico las cláusulas excepcionales terminación unilateral y de caducidad pactada en el referido contrato? (ii) ¿Se pueden pactar tales estipulaciones bajo la égida de la Ley 80 de 1993?, y (iii) ¿O Si por el contrario aquellas carecen de todo efecto?.

Para desatar los interrogantes anteriores, primeramente debemos acudir a lo que establece la ley 80 de 1993, sobre la materia. En efecto dispone el artículo 14 de la citada ley lo siguiente:

¹⁵ Folio 121, ib.

¹⁶ Folio 123, ib.

¹⁷ Folios 124 a 128, ib.

¹⁸ Fecha presentación demanda. Folio 12 vuelto. C. 1.

¹⁹ Folio 23. C. 1.

²⁰ Folios 2 y 3. C No 2 de pruebas.

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

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

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

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

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

Por su parte el artículo 17 ídem, establece lo siguiente:

Artículo 17º.- De la Terminación Unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2o. *Por muerte o incapacidad física permanente²¹ del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.*

3o. *Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista.*

4o. *Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.*

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio”.

De las disposiciones transcritas se concluye que las cláusulas excepcionales o el uso de las mismas, solo es posible pactarlas o ejercerlas, cuando existan normas legales consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que expresamente las autoricen.

Así las cosas, la regla general es que las potestades excepcionales – terminación unilateral – caducidad - no se pueden pactar dentro de un contrato, salvo cuando la ley lo autorice o presuma que ellas hacen parte integral del contrato. Como en este caso, el Contrato de Compraventa materia de controversia, no tiene por objeto **“el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra”**., no era posible jurídicamente – ni en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes – pactar dichas cláusulas, por ser cláusulas prohibidas y por tanto viciadas de nulidad absoluta, por lo que la Sala así lo declarará., en razón a que el numeral 2º del citado artículo 14 de la ley 80 de 1993 no incluye al contrato de compraventa entre aquellos en los que se pueda pactar, y al estar prohibida no produce ningún efecto entre las partes.

En reciente jurisprudencia la Subsección C, analizó un caso similar, sentencia que por su importancia y trascendencia, transcribimos algunos apartes de la misma. En efecto dijo la lo siguiente:

“(…)

2. El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional²² o con abuso o desviación de poder.²³

Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa

²¹El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 454 de 1994, en la medida en que la incapacidad física permanente impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista.

²² Numeral 2º.

²³ Numeral 3º.

prohibición sea explícita,²⁴ razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.

En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso.

Ahora, el artículo 47 de esa misma ley prevé que la nulidad de una cláusula de un contrato no determina la invalidez del todo el negocio jurídico a menos que este no pueda subsistir sin ella.

Con otras palabras, la nulidad de una cláusula contractual solamente vicia a todo el contrato cuando la cláusula nula corresponde a una que contiene alguno, varios o todos los elementos estructurales del esquema negocial de que se trata.

3. *El artículo 365 de la Constitución Política señala que “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado,” que es deber de éste “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional,” que “podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares” y que “en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.”*

Esta preceptiva superior encuentra cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, al disponer que “los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”²⁵

De otro lado la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley.²⁶

Pues bien, de este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos y que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general.

Así que entonces, una vez celebrado el contrato, la ejecución del objeto contractual resulta siendo la finalidad que debe ser atendida primordialmente por las partes contratantes y es por esto que resulta contrario a la prestación del servicio público y por ende al interés general la posibilidad de terminar los contratos estatales unilateralmente y de manera discrecional o ad nutum.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324.

²⁵ Esta es la redacción con que quedó la norma después de la modificación que le introdujo el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

²⁶ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tesis Doctoral. El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Universidad Carlos III de Madrid. <http://hdl.handle.net/10016/8339>.

Con otras palabras, las estipulaciones para dar por terminado el contrato unilateralmente y de manera discrecional, que hoy en día encuentran cabida con mayor vigor en el derecho privado,²⁷ no son admisibles en los contratos estatales porque la prestación del servicio público y el interés general lo impiden

Aún más, pactar en un contrato estatal la posibilidad de darlo por terminado de manera discrecional o “a conveniencia” de una de las partes (así se haya convenido sólo a favor de la entidad contratante) también pone en evidencia que para celebrar ese negocio jurídico, la Administración desatendió el principio de la planeación.

En efecto, si, de acuerdo con la normatividad, se persigue que los contratos del Estado deben ser “debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público,”²⁸ un pacto semejante resulta siendo el mejor indicativo de la improvisación.

Y es que “la ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales.

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.”²⁹

Así que las terminaciones unilaterales y discrecionales de los contratos estatales no son admisibles y esta afirmación se corrobora fácilmente con sólo repasar las normas de la contratación estatal, en especial los artículos 17, 18 y 45 de la Ley 80 de 1993, de donde se desprende que la potestad que tiene la Administración para dar por terminado unilateralmente el contrato no es discrecional sino que está reglada, como toda actividad administrativa, y que debe ejercerse con fundamento en las expresas y precisas causas, y solo en ellas, que están previstas en la ley.

Sobre estos aspectos el Consejo de Estado ha expresado:

“En lo atinente a la terminación unilateral del contrato, si bien la ley otorga a las entidades públicas la potestad de actuar en ejercicio de una facultad exorbitante, les impone el cumplimiento de presupuestos de forzosa aplicación y a la vez restringe la

²⁷ Sobre las nuevas tendencias en torno a la terminación unilateral de los contratos en el derecho privado véase: R. Molina Morales. *La terminación unilateral del contrato ad nutum*. En Revista de Derecho Privado, No. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 125-158; F. Navia Arroyo. *La terminación unilateral del contrato de derecho privado*. En Revista de Derecho Privado, No. 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 35-67; E. Rengifo García. *La Terminación y la Resolución Unilateral del Contrato*. Estudios de Derecho Privado, Tomo II, Universidad del Rosario, 2009; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de agosto de 2011, expediente 1999-01957-01.

²⁸ J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública*. En *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma contractual*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 42.

²⁹ *Ibidem*.

medida a los eventos previstos en la misma.

Efectivamente, para declarar la terminación unilateral se requiere i) que la manifestación de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo, ii) que dicho acto debe ser el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato, es decir, debe estar debidamente motivado y iii) que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley ha dispuesto.”³⁰

Con otras palabras, todo lo anterior significa que la potestad exorbitante que tiene la Administración de dar por terminado el contrato no es una facultad discrecional sino que debe cimentarse en las causales previstas en la Ley y por consiguiente en ningún caso puede soportarse la decisión en una cláusula contractual que no tenga correspondencia con una causa legalmente prevista.

Y como la determinación que haya de tomar la Administración debe verterse en un acto administrativo, éste no sólo debe ser comunicado sino que además debe ser debidamente motivado y en su producción ha debido hacerse efectivo el debido proceso permitiendo la audiencia y la defensa del contratista.

“(…)

Ahora, como para dar por terminado unilateralmente el contrato la Administración debe proferir un acto administrativo que así lo disponga, se sigue que si la cláusula que prevé la potestad de terminación unilateral es nula por haberse pactado contra expresa prohibición legal, también son nulos los actos administrativos que se fundamenten o apoyen en ella.

Luego, mal puede cualquiera de las partes contractuales aducir que la “autonomía de la voluntad” convalida semejante pacto y actuación pues admitir esto equivale a aceptar que la voluntad de los destinatarios de las normas prevalece sobre el querer imperativo de la ley.

“(…)”

Aplicando los postulados anteriores al caso sub lite, aparece demostrado que el 10 de febrero de 1997, la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital y la sociedad Ramonerre S.A., suscribieron el contrato de compraventa No 01, en donde el contratista se comprometía a entregar a la Secretaría a título de venta dos (2) carrotanques bomberos marca S&S, modelo Competitor con capacidad para el tanque de agua de 3.000 galones, bomba de 750 GPM y accesorios, montada sobre un chasis marca Navistar International 4900, 6 X4, motor de 300 HP de acuerdo con la oferta presentada el 8 de noviembre de 1996, la cual hacía parte integrante del contrato.³¹

Como se indicó en otro aparte de esta providencia, en la cláusula decima quinta se pactó lo siguiente: “**APLICACIÓN DE LAS CLAUSULAS EXCEPCIONALES:** A este contrato le son aplicables, por pacto expreso, las cláusulas de interpretación, modificación, terminación unilaterales y caducidad, de acuerdo con lo establecido por la Ley 80 de 1993. Y en la cláusula décima sexta, se pactó la de “Caducidad, en la cual se dice que “La Secretaría podrá declarar la caducidad administrativa de este contrato por resolución motivada, o el incumplimiento total o parcial, con lo cual declarará terminado el contrato y ordenará su liquidación, por cualquiera de las siguientes causales:…”³².

³⁰ Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de abril de 2011, Expediente 19483.

³¹ Folios 19. C. 1; y 1 a 4. C. 2 de pruebas.

³² Folios 2 y 3. C No 2 de pruebas.

En consecuencia, como la regla general es que las potestades excepcionales – terminación unilateral – caducidad - no se pueden pactar dentro de un contrato, salvo cuando la ley lo autorice o presuma que ellas hacen parte integral del contrato; y como en este caso, el Contrato de Compraventa materia de controversia, no tiene por objeto **“el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra”**., no era posible jurídicamente – ni en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes – pactar dichas cláusulas, porque como lo tiene sentado la jurisprudencia, *“las estipulaciones para dar por terminado el contrato unilateralmente y de manera discrecional, que hoy en día encuentran cabida con mayor vigor en el derecho privado,³³ no son admisibles en los contratos estatales porque la prestación del servicio público y el interés general lo impiden... Así que las terminaciones unilaterales y discrecionales de los contratos estatales no son admisibles y esta afirmación se corrobora fácilmente con sólo repasar las normas de la contratación estatal, en especial los artículos 17, 18 y 45 de la Ley 80 de 1993, de donde se desprende que la potestad que tiene la Administración para dar por terminado unilateralmente el contrato no es discrecional sino que está reglada, como toda actividad administrativa, y que debe ejercerse con fundamento en las expresas y precisas causas, y solo en ellas, que están previstas en la ley”³⁴*; por lo que dichas cláusulas están viciadas de nulidad absoluta, tal como lo señalan los numerales 2º y 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por lo que la Sala así lo declarará.

Y como quiera que las cláusulas décima quinta y décima sexta “no se refieren a los elementos estructurales” del contrato de compraventa, la nulidad de ella no se extiende a todo el contrato, sino única y exclusivamente a las referidas cláusulas, lo cual debió hacer el juzgador de instancia, y como no lo hizo de esa manera, sino que hizo pronunciamiento de fondo, la Sala modificará la sentencia, en el sentido de declarar la nulidad absoluta de las cláusulas décima quinta y décima sexta contenidas en el contrato de compraventa No 01 del 10 de febrero de 1997, suscrito entre la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital y la sociedad Ramonerre S.A.; y como consecuencia de lo anterior confirmará los numerales segundo, cuarto y quinto de la parte resolutive de la sentencia recurrida; y actualizará la suma consignada en el numeral 3º de la citada providencia.

Finalmente, advierte la Sala que no es procedente acceder a la modificación de la liquidación que reclama la parte actora en su escrito de apelación, en el sentido de considerar que el valor total descontado a la sociedad demandante, no fue la suma de \$ 13.822.560.00, sino la suma de \$ 29.258.487.00 pesos, suma que al ser liquidada en Dólares Americanos, lo justo es que su reintegro debe hacerse en esa misma moneda, a la tasa de cambio vigente al momento de hacerse el pago, porque tal como lo entendió el a quo la suma que efectivamente se descontó a la sociedad demandante como consecuencia de la multa impuesta fue de \$ 13.822, 560.00 pesos, como se demuestra con el documento visible a folios 76 y 77 del cuaderno No 2 de pruebas, allegados oportunamente al expediente; sin que fuese válida la valoración del documento aportado por la parte actora con el escrito en que solicita adición y aclaración de la sentencia – folios 88 a 92. C. 2ª instancia - en razón a que la prueba carecía de valor probatorio por ser incorporada al expediente por fuera de las oportunidades procesales para allegar pruebas³⁵; tal como lo hace saber el a quo al momento en que no accede a la aclaración que se le solicita.

³³ Sobre las nuevas tendencias en torno a la terminación unilateral de los contratos en el derecho privado véase: R. Molina Morales. *La terminación unilateral del contrato ad nutum*. En Revista de Derecho Privado, No. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 125-158; F. Navia Arroyo. *La terminación unilateral del contrato de derecho privado*. En Revista de Derecho Privado, No. 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 35-67; E. Rengifo García. *La Terminación y la Resolución Unilateral del Contrato*. Estudios de Derecho Privado, Tomo II, Universidad del Rosario, 2009; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de agosto de 2011, expediente 1999-01957-01.

³⁴ Ut Supra

³⁵ Art. 174 C. de P.C. “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

Como tampoco, es jurídico pretender que la suma a reintegrar se haga en dólares americanos liquidada a la tasa de cambio vigente al momento de hacerse el pago, porque con esa conducta el actor pretende modificar el petitum de su demanda lo cual no es acertado.

La Sala, en consecuencia no accederá a la petición que formula la parte actora en el escrito en que sustenta el recurso de apelación, y en su lugar, se limitará a actualizar a la fecha de esta sentencia, la suma consignada en el numeral 3 de la parte resolutive de la misma, es decir, la suma de \$ 17.357.706.00

La anterior cantidad se actualizará a la fecha de esta sentencia utilizando la fórmula usualmente señalada por la Sala:

$$Ra = Rh \frac{\text{Índice final (octubre 2013)}}{\text{Índice inicial (enero 2003)}}$$

$$Ra = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

$$Ra = \$17'357.706 \frac{113,92928}{72,23341} = \$27'377.233$$

Actualizado el valor reconocido por él a quo, esta Sala condenará al Distrito Capital de Bogotá a título de restablecimiento del derecho, a pagar a la sociedad RAMONERRE S.A., **la suma de veintisiete millones trescientos setenta y siete mil doscientos treinta y tres pesos (\$27'377.233)** por concepto de la sanción impuesta – multa a través de la resolución No 651., con ocasión de la terminación unilateral del contrato.

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

F A L L A

MODIFÍCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 29 de enero de 2003, la cual quedará así:

PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD ABSOLUTA de las cláusulas décima quinta y décima sexta contenidas en el contrato de compraventa No 01 del 10 de febrero de 1997, suscrito entre la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital y la sociedad Ramonerre S.A.

SEGUNDO: CONFIRMAR los numerales 1º, 2º, 4º y 5º de la parte resolutive de la sentencia de 29 de enero de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B.

TERCERO: MODIFICAR el numeral 3º de la parte resolutive de la referida providencia, el cual quedará así:

CONDENASE al Distrito Capital de Bogotá a título de restablecimiento del derecho, a pagar a la sociedad RAMONERRE S.A., **la suma de veintisiete millones trescientos setenta y siete mil doscientos treinta y tres pesos (\$27'377.233).**

CUARTO: Ejecutoriada esta sentencia **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ