

CONTRATO NO CUMPLIDO – Excepción

La parte demandada invocó la excepción de incumplimiento del contrato [...] frente al recibo incompleto del bien o servicio registrado en la etapa de liquidación, por virtud del debido proceso, la entidad contratante no puede tasar, por sí y ante sí, el valor de la prestación cumplida en forma parcial y establecer la compensación contra las cuentas pendientes de pago, sino que debe proceder con la audiencia previa del contratista, la práctica y contradicción de las pruebas en que se soporte para determinar la correspondiente deducción en la cuenta final de liquidación, así como debe exponer y sustentar la motivación que la lleva a concluir acerca de la respectiva compensación de cuentas, dentro del acto de liquidación [...] no hay lugar a la aplicación de la compensación por ministerio de la ley, prevista en el artículo 1715 del Código Civil, la cual opera de pleno derecho, toda vez que en el supuesto fáctico concreto no se dan los requisitos para que la compensación tenga lugar en forma automática, en cuanto que las obligaciones recíprocas no están expresadas ambas en dinero o en bienes de igual género, ni constituyen deudas líquidas y exigibles, sino que, de un lado, se encuentra la posición acreedora del contratista originada en su derecho a cobrar el precio en dinero y, del otro lado, se encuentra la posición deudora de la entidad contratante, consistente en la obligación de pagar el bien o servicio, empero la exigibilidad de tal obligación y la liquidación de su valor se discute por parte de la entidad estatal, ante la supuesta falencia del recibo a satisfacción.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá., D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-2002-00408-01(28729)

Actor: PROCESOS Y DESARROLLOS TERRITORIALES Y EMPRESARIALES PRODETEM LTDA.

Demandado: CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES -

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION CONTRACTUAL

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 23 de julio de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, la cual, en su parte resolutive, dispuso:

“PRIMERO: Declárase que entre la empresa Procesos y Desarrollos Territoriales y Empresariales “PRODETEM LTDA.” y la Caja de Previsión Social de Comunicaciones “CAPRECOM” se celebró el contrato de asesoría No. 004 de 1992.

SEGUNDO: Declárase el incumplimiento del contrato por parte de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones "CAPRECOM" por omisión en el pago de las sumas adeudadas al contratista.

TERCERO: Declárase la nulidad de la Resolución 00383 de 21 de febrero de 2000 por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato No. 004 de 1997, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones condénase a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones "CAPRECOM" a pagar a la empresa Procesos y Desarrollos Territoriales y Empresariales "PRODETEM LTDA" el valor de las sumas adeudadas en desarrollo del contrato 004 de 1997, debidamente actualizadas a la fecha de la sentencia.

QUINTO: Deniégase (sic) las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: sin condena en costas."

I.- ANTECEDENTES

1 Lo que se demanda.

Por medio de escrito presentado el día 20 de febrero de 2002 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la sociedad Procesos y Desarrollos Territoriales y Empresariales PRODETEM LTDA., por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo –C.C.A.–, demandó a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM-¹, con el propósito de que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

"I DECLARACIONES Y CONDENAS"

A. Pretensiones principales:

PRIMERA: Que se declare que entre mi poderdante y la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM", se celebró el Contrato de Asesoría No. 004 del 13 de febrero de 1997, con el objeto de: 1. Asesorar al Director General de la Entidad durante la vigencia del

¹ Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden nacional, vinculada inicialmente al Ministerio de Comunicaciones, de acuerdo con la Ley 314 de 20 de agosto de 1996, por la cual se reorganizó la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, CAPRECOM, entidad habilitada para operar como administradora del régimen de prima media con prestación definida establecido en la Ley 100 de 1993, y, posteriormente, vinculada al Ministerio de la Protección Social de acuerdo con el Decreto 205 de 2003.

contrato y evaluar los asuntos relacionados con la actividad de vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, analizar el entorno de los mismos, coordinar la presentación de materiales de trabajo y de los documentos a ser expedidos por la Entidad en su relación con la Superintendencia Bancaria. 2. Establecer los parámetros de comunicación y colaboración con la Superintendencia Bancaria. 3. Asesorar a CAPRECOM en la elaboración de los documentos a tramitar y de las gestiones a desarrollar ante la Superintendencia Bancaria. 4. Asesorar a la entidad en el diseño de las fórmulas de solución sugeridas a los asuntos observados o glosados por la Superintendencia Bancaria, por valor de Ciento Treinta y Nueve Millones Doscientos Mil Pesos (\$139'200.000,00) M/CTE incluido el 16% del IVA, y de acuerdo con el acervo probatorio que se agrega al presente escrito cuyo debido y cumplido contrato no ha reconocido ni pagado en su totalidad la entidad demandada y que se relaciona en las piezas allegadas, y en los documentos cuyos originales se incorporan al expediente administrativo que reposa en las dependencias de la entidad contratante.

SEGUNDA: Que en virtud de la declaración anterior la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM", incumplió el contrato cuya declaración de existencia se trata, y se determina en la pretensión anterior, y por no haber reconocido y pagado el valor de la asesoría debidamente realizada y cumplida, de acuerdo con los documentos anexos y la prueba testimonial y de inspección judicial que se recaudará en la oportunidad debida, no obstante haber presentado mi mandante las cuentas correspondientes para su reconocimiento y debido pago.

TERCERA: Que de la misma forma la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM", no obstante la indiscutible exigibilidad de los valores de las pretensiones anteriores, con la debida actualización, según estimación razonada de la cuantía, expidió la Resolución Número 00383 del 21 de febrero de 2.000 "Por medio de la cual se adopta en forma unilateral la liquidación del Contrato No. 004 de 1997", suscrito con la firma "PRODETEM LTDA" mediante la cual no reconoce suma diferente a la ya cancelada.

CUARTA: Que dicha liquidación es nula por cuanto no se fundamenta en razones de hecho ni de derecho.

QUINTA: Que una vez declarada la nulidad de la Resolución Número 00383 del 21 de febrero de 2.000 "Por medio de la cual se adopta en forma unilateral del Contrato No. 004 de 1.997", suscrito con la firma "PRODETEM LTDA" mediante la

cual no reconoce suma diferente a la ya cancelada, se ordene la liquidación correspondiente y se condene a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM", a pagar al actor, PRODETEM LTDA el valor de las sumas adeudadas y el valor de los perjuicios materiales ocasionados por el incumplimiento del contrato de cuya existencia se impetra en declaración jurisdiccional.

SEXTA: Que, a la sentencia que profiera accediendo a las pretensiones expresadas, se le dé cumplimiento dentro del término establecido por los artículos 176 y 177 del C.C.A: En caso de que así no lo hiciere, que se condenen a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM", al pago de los intereses moratorios correspondientes al interés corriente doblado, sobre las sumas debidas, a partir de la fecha en que se produzca la mora y hasta cuando se haga pago efectivo de ella.

B. Pretensiones Subsidiarias:

Que la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM", es responsable de los daños de toda índole imputables a su conducta omisiva, sufridos por el contratista por no haber pagado el valor de la prestación de servicios contratado, incluidas las cuentas presentadas y no pagadas, y a que se aluden en la primera pretensión principal de esta demanda, y por ausencia del trámite administrativo conducente al pago.

Que la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM", es responsable de los perjuicios irrogados al contratista, por el hecho de no haber liquidado y pagado el Contrato de Prestación de Servicios de Asesoría No. 004 el 13 de febrero de 1.997, según las sumas, las cuales se encuentran debidamente presentadas y relacionadas en las cuentas que se anexan al presente escrito de demanda.

Que la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM", se enriqueció sin causa legal alguna, a expensas del patrimonio del contratista, al beneficiarse con los servicios prestados a su favor, y el no pago de la suma pactada en el Contrato de Asesoría No. 004 el 13 de febrero de 1.997 lo cual se encuentra detallado, adicionado y relacionado en las cuentas según los anexos de la demanda, sin que hasta la fecha haya sido pagado lo adeudado al contratista.

Que, en consecuencia, se condene a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM", a reembolsar a mi poderdante el valor

actualizado de lo adeudado y en provecho del contratista, junto con los frutos que corresponda.

Que, para agilizar la administración de justicia y teniendo en cuenta que ya se practicó una audiencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 51 judicial, una vez concluida la etapa probatoria y si lo considera pertinente el Honorable Magistrado (a), con citación a las partes para conciliar las diferencias a que puede dar lugar el contrato de Prestación de Servicios de Asesoría No. 004 el 13 de febrero de 1.997 de que trata, teniendo en cuenta que tales cuestiones son susceptibles de transacción, proponiendo el señor Magistrado la fórmula que estime justa, en caso de que aquellas no lo hicieren.”

2. Los hechos.

2.1. La Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, suscribió con la sociedad Procesos y Desarrollos Territoriales y Empresariales PRODETEM LTDA., el Contrato de Prestación de Servicios de Asesoría No. 004 de febrero 13 de 1997, previo cumplimiento de los requisitos de contratación de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 855 de 1994².

2.2. Según narra el demandante, el objeto del contrato se cumplió a cabalidad y terminó en forma normal por vencimiento del plazo³.

2.3. El valor del contrato fue la suma de \$139'200.000,00 incluido un 16% correspondiente al IVA, el cual se obligó a pagar CAPRECOM mediante un anticipo del 25% y el 75% restante en tres pagos, así: 25% al término de los 60 días de iniciado el trabajo; 25% al término de 120 días previo reporte de cumplimiento del objeto del contrato expedido por parte del interventor y, el saldo final, dentro de los 30 días siguientes a la radicación de la respectiva cuenta de cobro, presentada con resultados finales del trabajo, revisados y aprobados por el interventor.

2.4. CAPRECOM no cumplió con el pago de las facturas No. 006, radicada con el No. 016533 de 22 de julio de 1997, por valor de \$26'123.200, correspondiente al segundo pago parcial y No. 008, radicada con el No. 023472 el 11 de octubre de 1997, por valor de \$26'123.200, correspondiente al saldo final, cuyos plazos están vencidos encontrándose en mora, teniendo en cuenta que además las facturas fueron presentadas con los informes y soportes correspondientes.

2.5. La sociedad demandante solicitó el pago de las citadas facturas y como CAPRECOM no atendió el mismo, la citó a una diligencia de conciliación ante la Procuraduría Delegada, en la cual no se llegó a acuerdo alguno, por cuanto CAPRECOM puso de presente las conclusiones de su Comité de

² En cuanto aplican a la adjudicación directa del contrato.

³ De acuerdo con el contrato No. 004 el plazo acordado fue de seis meses.

Conciliaciones acerca de que el objeto del contrato no estuvo delimitado y su valor le pareció excesivo.

2.6. CAPRECOM elaboró un proyecto de liquidación bilateral del contrato No. 004, con fecha 25 de agosto de 1.999, en el cual concluyó que no se podía reconocer suma adicional a la ya cancelada, por considerar que el trabajo realizado por la contratista estaba pago por la entidad.

2.7. PRODETEM LTDA., fue citada a suscribir la mencionada acta de liquidación del contrato No. 004, a lo cual se negó teniendo en cuenta su desacuerdo con el contenido del acta y dejó constancia de los motivos de inconformidad con su comunicación radicada ante CAPRECOM el 21 de octubre de 1999.

2.8. CAPRECOM expidió la resolución No. 383 de 21 de febrero de 2000 por la cual adoptó la liquidación unilateral del contrato No. 004 de 1997, sin suma alguna a pagar, en los términos del proyecto de acta ya mencionado.

3. Fundamentos de derecho de las pretensiones.

La parte actora invocó como fundamentos de derecho los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 23, 25, 29 y 90 de la Constitución Política de Colombia; los artículos 5 numeral 1, 14, 16, 17, 18, 23, 26 de la Ley 80 de 1993; los artículos 1495, 1498, 1501, 1546, 1602, 1603, 1609, 1613 a 1617 y 1653 del Código Civil y el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

Destacó que se cumplieron todos los requisitos legales de la etapa precontractual de acuerdo con las normas citadas y que en virtud de los principios de la buena fe contractual y la buena administración pública CAPRECOM debió definir el valor aproximado de los servicios objeto del contrato para realizar la invitación a contratar, lo cual constituye una responsabilidad que no puede trasladar al contratista, máxime cuando en su oferta PRODETEM LTDA., cumplió con todas las especificaciones contenidas en la invitación a contratar que fueron evaluadas y aceptadas por la Administración Pública y finalmente se pactó un precio global de acuerdo con las normas legales citadas.

Agregó que igualmente cumplió con la debida ejecución del contrato y destacó que no hubo indeterminación del objeto, si se tiene en cuenta que el interventor en su informe señaló claramente su satisfacción con la labor adelantada, durante los 127 de los 180 días que duró el contrato y que nunca realizó un pronunciamiento de incumplimiento en toda la duración del contrato y si hubiere habido cualquier cuestionamiento sobre el cumplimiento, la entidad contratante ha debido requerir al contratista para identificar la causa, en respeto del principio de la buena fe contractual consagrado en la Constitución Política y en Ley 80 de 1993.

Por todo lo anterior, la parte demandante indicó que la Resolución 00383 de 21 de febrero de 2000, fue falsamente motivada y solicitó su nulidad.

4. La actuación procesal.

4.1 Mediante auto de 21 de marzo de 2002, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda presentada por la sociedad PRODETEM LTDA., ordenó notificar a la entidad demandada y al Agente del Ministerio Público, a lo cual se procedió. (folios 47,48 y 51, cuaderno principal).

4.2. CAPRECOM contestó oportunamente el libelo introductorio del litigio, negó el hecho cuarto de la demanda acerca del valor de las facturas e indicó que las facturas citadas por el demandante le fueron devueltas; presentó las cifras de ejecución del contrato de acuerdo con el acta de liquidación e indicó que no existió constancia de cumplimiento del contrato para los 2 meses finales de ejecución, por lo cual a su juicio debe estarse a lo previsto en lo establecido en la citada acta de liquidación.

4.3. CAPRECOM presentó las siguientes excepciones: **i)** Inexistencia de la obligación por incumplimiento del objeto del contrato, en lo cual alegó que el contratista no cumplió por cuanto no entregó fórmulas de solución para los asuntos observados o glosados por la Superintendencia Bancaria, ni se siguió una metodología clara para buscar que CAPRECOM se ajustara a la Ley 100 de 1993, al paso que la entidad fue multada por la Superintendencia Bancaria cuatro meses después de la iniciación del contrato; **ii)** excepción de fondo según la Ley 419 de 1997⁴ y el decreto Reglamentario 712 de 1998, que hizo consistir en que el Ministerio de Hacienda asumió como deuda pública la deudas que tenía CAPRECOM a 31 de diciembre de 1997, de acuerdo con lo previsto en la normativa citada, a lo cual agregó que esta situación sobrevino como consecuencia de las irregularidades en la contratación adelantada por el ex Director de la entidad en la época del contrato, las cuales dieron origen a su retiro y las respectivas investigaciones por la Fiscalía, la Procuraduría y la Contraloría y, **iii)** las demás excepciones que resulten probadas.

4.4. Mediante providencia de agosto 1º de 2002 (folio 168, cuaderno principal), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó las pruebas solicitadas por las partes.

4.5. Vencido el término probatorio, el Tribunal *a quo* dispuso el traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo. En esa ocasión se pronunciaron las partes; la Agencia Fiscal guardó silencio.

4.6. La **parte actora** se refirió a los distintos testimonios recabados en el proceso; alegó que lo único que demuestran estas pruebas es que los testigos no conocían el contrato que era de asesoría a la Dirección General y que no le correspondía a la sociedad contratista adelantar los trámites ante la Superintendencia Bancaria. Se refirió al texto del acuerdo contractual y destacó que en la fase precontractual le correspondió a la entidad contratante observar las formalidades preparatorias del contrato

⁴ Por la cual se autoriza al Ministro de Hacienda y Crédito Público para reconocer como deuda pública de la Nación las obligaciones pendientes de pago de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, CAPRECOM.

establecidas en la ley y configurar las bases del contrato en forma óptima, racional y completa y agregó lo siguiente:

“Si ello no fue así, es una responsabilidad que no le puede trasladar al contratista, ya que la potestad unilateral otorgada a la administración para garantizar los fines del Estado, de aceptar o no la oferta, implica que su aceptación se haga porque considera que hay punto de equilibrio entre el interés público y el interés privado, ya que a partir de la suscripción del contrato ejercerá a plenitud sus privilegios exorbitantes frente al contratista, lo cual implica que éste como contrapartida sea tratado por la entidad contratante con fundamento en las exigencias éticas de lealtad, probidad y espíritu de cooperación, inherentes al postulado de la buena fe que debe inspirar la celebración del contrato.”

Alegó que el Director General de CAPRECOM, en su calidad de interventor, expidió un informe con fecha junio 18 de 1997 en el cual certificó que PRODETEM LTDA., asesoró a esa Dirección y a las demás dependencias de la empresa que lo requirieron sobre asuntos relacionados con la Superintendencia Bancaria y que según ese informe a partir de su asesoría se logró el restablecimiento de la cooperación con el organismo de control y vigilancia y se diseñaron fórmulas de solución de asuntos glosados, lo cual desvirtúa la afirmación de la entidad contratante acerca de que no hubo una metodología adecuada para el desarrollo del contrato.

Observó que no se le puede exigir la prueba de obligaciones no previstas en el contrato, como la realización de mesas de trabajo.

Acerca de la Ley 419 de diciembre 30 de 1997 manifestó que la excepción presentada es improcedente pues esa normativa se refiere a las obligaciones generadas por el régimen contributivo de salud y a obligaciones por hechos cumplidos sin contrato, lo cual no es el caso del contrato de asesoría No. 004.

4.7. CAPRECOM, a su turno, expuso en sus alegatos que las pretensiones de la demanda debían ser desestimadas, toda vez que a su juicio, de acuerdo con los testimonios y los informes aportados, no está demostrada la prestación del servicio a cabalidad, por lo cual ha de estarse a las cifras de ejecución contractual que se consideraron en el acto de liquidación y afirmó que no hay lugar a pago alguno.

Solicitó que se tengan en cuenta los informes y demás pruebas practicadas que demuestran la no prestación del servicio a cabalidad.

Concluyó que debe prosperar la excepción de incumplimiento de la obligación del objeto del contrato.

5. La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en Sala de Descongestión, declaró el incumplimiento del contrato No. 004 por parte de CAPRECOM y ordenó, en abstracto, la condena al pago de las sumas adeudadas, debidamente actualizadas a la fecha de la sentencia.

En la parte motiva de la sentencia realizó las consideraciones que se mencionan, en síntesis, a continuación:

i) No le asiste razón a la demandada por cuanto indudablemente la firma PRODETEM LTDA., tenía derecho al segundo pago parcial del contrato, toda vez que contó con autorización contenida en el oficio suscrito por el interventor y Director General de CAPRECOM, en el cual en su momento certificó que el contrato se estaba cumpliendo a cabalidad.

ii) Frente al presunto incumplimiento del contrato de asesoría No. 004, el Tribunal *a quo* observó que le correspondía al Estado adoptar las medidas para garantizar el cumplimiento o bien darlo por terminado, siguiendo un procedimiento previo de audiencia del contratista, garantizando así su derecho de conocer y participar en la decisión de la Administración Pública. Sobre el particular consideró lo siguiente:

“Así, la Sala considera que CAPRECOM contaba con suficientes herramientas para garantizar el cumplimiento y adecuada ejecución del contrato, comenzando con las multas frente a los incumplimientos parciales, hasta la posibilidad de hacer efectiva la póliza única de cumplimiento de las obligaciones adquiridas, pero todo ello siempre y cuando estuviera totalmente comprobado el incumplimiento por parte del contratista y siempre que se adoptara mediante actos administrativos debidamente motivados.”

El Tribunal *a quo* consideró que no quedó demostrado el incumplimiento del contrato No. 004 y que en el evento de existir tal incumplimiento no fue comunicado en su oportunidad al contratista, ni se adoptaron medidas tendientes a garantizar la efectividad del objeto contratado y de los fines estatales que el mismo perseguía.

iii) Acerca de la nulidad de la Resolución No. 383 de 2000, solicitada por la parte demandante, el Tribunal *a quo* observó que existió una falta o ausencia de motivación del acto dado que en las consideraciones del mismo CAPRECOM se limitó a afirmar que debido a la negativa de suscribir el acta de liquidación, procedía a adoptarla unilateralmente, sin proporcionar más explicación al respecto, al paso que frente a la motivación de inconveniencia

o excesiva onerosidad del contrato que se mencionó en el proyecto de acta de liquidación bilateral, el Tribunal *a quo* observó lo siguiente:

“Por lo tanto esta Sala considera que CAPRECOM no puede desligarse e incumplir con las obligaciones asumidas en el contrato, negándose a cancelar al contratista las sumas adeudadas, con el vago argumento de la inconveniencia, excesiva onerosidad e imposibilidad de evaluar los servicios prestados con ocasión del contrato 004 de 1997, cuando tales vicios escapan a la responsabilidad del contratista y son imputables a los funcionarios de la misma entidad encargados de efectuar los estudios previos al contrato.”

iv) Finalmente, El Tribunal *a quo* impuso la condena en abstracto de conformidad con el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo y dispuso la determinación de su valor a pagar mediante incidente, toda vez que observó, en relación con la factura distinguida con el No. 05515 de 3 de octubre de 1997, visible al folio 570 del cuaderno 2⁵, que ni la fecha ni el valor adeudado coinciden con lo afirmado por el demandante ni lo indicado por la entidad demandada y en relación con la factura distinguida como No. 12945⁶ de 11 de junio de 1997 el Tribunal observó que no puede liquidar la condena pues se aportó una copia de fecha 13 de febrero de 1997⁷, sin valor alguno.

6. El recurso de apelación.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandada presentó, en su oportunidad legal, el recurso de apelación en contra de la decisión tomada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En la sustentación del recurso de apelación, CAPRECOM solicitó que se revisen minuciosamente las pruebas y en especial el memorando SEPM 193 de 1998 de la Subdirección de Prestaciones Económicas de CAPRECOM en el cual se hace un análisis del contrato y de los informes de

⁵ El Tribunal *a quo* se equivocó en el número de radicación de la cuenta que de conformidad con este folio es 97/016355 el cual sí coincide con los hechos de la demanda y acerca de la fecha de la factura en cita, se observa que el día 3 de octubre de 1997 corresponde a la fecha del comprobante elaborado por CAPRECOM, no a la fecha de factura del contratista. Sobre las diferencias de valor volverá la Sala en el momento del análisis de la prueba, pero se anticipa que el monto indicado por el demandante, difiere del citado en el comprobante, por las retenciones fiscales que se pueden observar en el mismo comprobante.

⁶ Visible al folio 571 del cuaderno 2 aparece el comprobante elaborado por CAPRECOM con número de radicación, 97/023472 con fecha 16 de octubre de 1997, en el cual consta también la partida contraria por igual valor, que deja el saldo de esta cuenta en ceros, lo cual corresponde a la expresión “sin valor” que utiliza el Tribunal *a quo*.

⁷ Esta fecha es la que corresponde al día de la firma del contrato 004.

las distintas divisiones de la entidad acerca de la ejecución del contrato y las conclusiones del Comité de Conciliaciones de la entidad.

CAPRECOM reiteró lo expresado en la contestación de la demanda en cuanto que el demandante presentó las cuentas de cobro sin allegar el cumplimiento del objeto del contrato suscrito por el interventor y que tal como consta en el acto de liquidación esas cuentas fueron devueltas.

Por otra parte, solicitó tener en cuenta la cláusula quinta del contrato 004, la cual señala que *“el contratista renuncia expresamente al pago de intereses moratorios e indemnizaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de CAPRECOM.”*

La parte demandante presentó su alegato en el que solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia y advirtió que por su parte la entidad demandada no introdujo nuevo elemento de análisis, toda vez que se limitó a transcribir apartes de la contestación de la demanda y otros documentos aportados y controvertidos en la primera instancia.

El Ministerio Público guardó silencio en su oportunidad.

En consecuencia, procede la Sala a proferir sentencia, previo lo cual efectuará las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, en criterio de la Sala resulta necesario, con el fin de desatar el recurso interpuesto contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del presente proceso, adelantar el estudio de los siguientes temas: **1)** la competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto; **2)** el caudal probatorio obrante en el expediente; **3)** régimen legal del contrato de prestación de servicios de asesoría celebrado por CAPRECOM; **4)** la excepción de contrato no cumplido; **5)** consideraciones sobre la liquidación de perjuicios causados por el no pago del precio; **6)** el caso concreto y **7)** costas.

1) Competencia del Consejo de Estado.

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que:

i) La pretensión principal se estimó por la sociedad demandante en la suma de \$118'014.817, valor que resulta superior al exigido para que un proceso iniciado en el año 2002 tuviera vocación de doble instancia, esto es

\$36'946.000, de conformidad con las reglas de competencia establecidas en el Decreto 597 de 1988.

ii) La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del litigio entablado en relación con el contrato de asesoría No. 004 de 1997 en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993,⁸ el cual prescribe expresamente que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En el mismo sentido, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de ley 446 de 1998, vigente para el momento en que se presentó la demanda, establece que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas, con independencia del régimen legal de contratación de la respectiva entidad.

Sobre la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de las controversias originadas en contratos celebrados por entidades estatales se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado, así:⁹

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

*“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes***

⁸ Artículo 75, Ley 80 de 1993. *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”*

⁹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2012, radicado 8500123310002000001980, expediente 20.968, Demandante: Luis Carlos Pérez Barrera, Demandado Caja Nacional de Previsión

especiales', y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos."¹⁰ (Negrilla fuera del texto).

"De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado."

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable."¹¹

iii) Para concluir este punto, se observa que la demanda fue presentada el 20 de febrero de 2002, dentro de los dos años siguientes a la expedición de la Resolución 00383 de 21 de febrero de 2000, por medio de la cual se adoptó la liquidación unilateral del contrato No. 004 de 1997, notificada el 23 de marzo de 2000, y por lo tanto no operó la caducidad de la acción contractual impetrada, en los términos establecidos en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

2) El caudal probatorio obrante en el expediente.

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo¹² señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

¹¹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2012, radicado 8500123310002000001980, expediente 20.968, Demandante: Luis Carlos Pérez Barrera, Demandado Caja Nacional de Previsión.

¹² Artículo 168, C.C.A.: "PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de *prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.*"

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Por ello, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.¹³, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; **ii)** cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P. C.

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C.¹⁴, éste se reputará

¹³ Artículo 253, C. de P. C.: “Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”

¹⁴ El artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que se invoca en este caso para el análisis de las copias de documentos privados, corresponde al texto vigente para la fecha del auto que decretó las pruebas en el presente proceso. No obstante, se advierte que el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010, a cuyo tenor:

“En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva.”

De esta manera, las copias de los documentos privados se presumen auténticos bajo el nuevo régimen probatorio de acuerdo con la ley 1395 de 2010. No sobra anotar que el artículo 11 citado, aplica en forma inmediata, a partir de su vigencia, (julio 12 de 2010), teniendo en cuenta en cada caso la fecha en que fue decretada la respectiva prueba de conformidad con los artículos 39 y 40 de la Ley 153 de 1887, que prescriben, en su orden:

Artículo 39.” *Los actos o contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada la ley vigente al tiempo en que se rindiere.”*

Artículo 40 de la ley 153 de 1887, a su vez modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de agosto 17 de 2012:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”.

auténtico en los siguientes casos: **i)** cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; **ii)** cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; **iii)** cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; **iv)** cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y **v)** cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, puntualizó:

*“El artículo 25 citado se refiere a los **“documentos”** y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio, las normas acusadas versan sobre las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.*

“Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.

“De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

*“En tratándose de **documentos originales** puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.”*

Establecido el marco normativo para el análisis de los documentos dentro del proceso judicial, a continuación se relaciona el material probatorio

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuviesen iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

acopiado, cuya valoración resulta necesaria con el propósito de resolver los problemas jurídicos que se dejaron planteados en el recurso de apelación.

2.1. Los siguientes documentos fueron aportados por la entidad demandada con oficio No. 007633 del 22 de abril de 2002 suscrito por el Jefe de la División de Licitaciones y Contratos de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, en el cual indicó que corresponden a la carpeta del contrato No. 004 de 1997, los cuales obran en los folios 505 a 546 del cuaderno 2 del expediente y se consideran pruebas válidamente aportadas, en los términos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil¹⁵:

2.1.1. Contrato de prestación de servicios de asesoría No. 004 de 1997, suscrito por el Director General de CAPRECOM, la Subdirectora Jurídica de la citada entidad y el representante legal de PRODETEM LTDA., en el cual aparecen las siguientes cláusulas:

“OBJETO: El contratista se compromete con CAPRECOM a:

1. Asesorar al Director General de la Entidad durante la vigencia del contrato y evaluar los asuntos relacionados con la actividad de vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, analizar el entorno de los mismos, coordinar la presentación de materiales de trabajo y de los documentos a ser expedidos por la Entidad en su relación con la Superintendencia Bancaria. 2. Establecer los parámetros de comunicación y colaboración con la Superintendencia Bancaria. 3. Asesorar a CAPRECOM en la elaboración de los documentos a tramitar y de las gestiones a desarrollar ante la Superintendencia Bancaria. 4. Asesorar a la entidad en el diseño de las fórmulas de solución sugeridas a los asuntos observados o glosados por la Superintendencia Bancaria.

(...)

QUINTA: VALOR DEL CONTRATO: Para efectos fiscales el valor del presente contrato es de CIENTO TREINTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$139'200.000) MCTE, incluido el 16% de IVA de acuerdo a la propuesta presentada por el Contratista en enero de 1997, que forma parte integral del presente contrato.

SEXTA: FORMA DE PAGO: A la fecha de aprobación de la garantía única, CAPRECOM se obliga a pagar un anticipo del veinticinco (25%) del valor total del contrato previa presentación de la cuenta de cobro respectiva. El setenta y cinco por ciento (75%) restante se cancelará en tres (3) pagos así: El primero (sic) pago parcial del 25%, al término

¹⁵ De acuerdo con la norma ya citada, se establece el valor probatorio de las copias autorizadas por director de oficina administrativa, previa orden del Juez, donde se encuentre el original o copia autenticada.

de los sesenta (60) días de iniciado el trabajo, previa (sic) cumplimiento del objeto del contrato por parte del interventor; el segundo pago parcial del 25%, al término de los ciento veinte (120) días, previo cumplimiento del objeto del contrato expedido por parte del interventor; y el saldo dentro de los treinta días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro a la cual deberá anexarle copia de los resultados finales revisados y aprobados por el interventor de este contrato y en cumplimiento a lo dispuesto en la cláusula primera. PARAGRAFO: El contratista renuncia expresamente al pago de intereses moratorios e indemnizaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de CAPRECOM.

SEPTIMA: DURACIÓN DEL CONTRATO: El presente contrato tiene una duración de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de aprobación de la garantía única establecida en la cláusula novena de este contrato y se podrá adicionar tanto en el plazo como en el valor, antes de vencido su término, previo acuerdo entre las partes y conforme a lo preceptuado en la Ley 80 de Octubre de 1993 y demás normas concordantes.

(...)

DECIMA QUINTA: PRINCIPIOS: Este contrato queda sujeto a los principios de terminación, modificación e interpretación unilateral por parte de la entidad, según lo ordenado en los artículos 15. 16 y 17 de la Ley 80 de 1993.

(...)

DECIMA NOVENA: INTERVENTORÍA: La interventoría del presente contrato será ejercida por el Director General de CAPRECOM.”

2.1.2. Recibo de caja correspondiente al pago del impuesto de timbre del contrato No. 004 de 1997 de fecha 20 de febrero de 1997.

2.1.3. Comprobante de consignación del Banco Colmena con fecha 15 de febrero de 1997, a la cuenta de la Imprenta Nacional, correspondiente a la publicación del contrato No. 004/97. (Folio 325, cuaderno 2).

2.1.4. Póliza única de seguro de cumplimiento expedida por Latinoamericana de Seguros S.A., para amparar el cumplimiento del contrato No. 004 de 1997, con fecha 17 de febrero de 1997 y vigencia a partir del 18 de febrero de 1997. (Folio 326 cuaderno 2).

2.1.5. Comunicación suscrita por el Director General de CAPRECOM, de fecha 18 de junio de 1997, dirigida al Subdirector Financiero de la entidad

en la cual certifica que el objeto del contrato No. 004 de 1997 “se ha cumplido a cabalidad durante la ejecución del mismo”.

2.1.6. Memorando de 8 de octubre de 1997, dirigido por el Subdirector Financiero Encargado de CAPRECOM al Revisor Fiscal de la entidad, mediante el cual avisa que se abstuvo de autorizar el pago del comprobante presentado por \$34'800.000 dentro del contrato No. 004/97, de acuerdo con las averiguaciones hechas a funcionarios de la Subdirección, así:

“De acuerdo con las averiguaciones hechas a funcionarios de la Subdirección que manejan asuntos del Fondo de Pensiones y respuestas a los requerimientos de la Superintendencia Bancaria fui informado que la firma contratista, al menos recientemente no ha adelantado gestiones a nombre de CAPRECOM frente al organismo de control.

Mientras he estado al frente de la Subdirección se han respondido tres requerimientos de la Superintendencia Bancaria y la documentación ha sido tramitada por funcionarios de la Subdirección. Por consiguiente es dable pensar que la firma contratista no ha prestado los servicios en forma cabal.” (Folio 538, cuaderno 2).

2.1.7. Comunicación No. 024869 del Jefe de Control Interno de CAPRECOM dirigida al Subdirector Jurídico de la entidad, con radicado de 6 de noviembre de 1997, en la cual encomienda adelantar las acciones de seguimiento del cumplimiento del contrato y requerir al contratista el informe de las gestiones adelantadas en ejecución del contrato No. 004 de 1997.

2.1.8. Memorando de la Directora General de CAPRECOM, dirigido al Subdirector Jurídico de la entidad con fecha 7 de noviembre de 1997, en el cual solicita que se analicen las acciones a seguir en relación con las observaciones formuladas por la Revisoría Fiscal frente al contrato No. 004 de 1997.

2.1.9. Memorando S.P.E. - M – 183 de 27 de abril de 1998 dirigido al Subdirector Jurídico de CAPRECOM por parte de la Subdirectora de Prestaciones Económicas, obrante en los folios 540 a 546 del cuaderno 2, en el cual realizó un análisis del informe de ejecución del contrato No. 004 de 1997, transcribió la respuesta obtenida de la División de Prestaciones Económicas acerca de la asesoría verbal recibida por dos funcionarios en el mes de marzo de 1997 e indicó que del informe sólo se deducen dos oficios dirigidos a la Superintendencia Bancaria, con fechas de 19 de junio de 1997 y 16 de julio de 1997, que constituyeron productos efectivamente prestados.

En el aludido memorando se concluyó que la asesoría se prestó en forma dispersa y se identificó la necesidad de consultar al área financiera como dependencia que a su juicio tuvo mayor interacción con la firma citada.

Acerca del costo del servicio prestado, se concluyó en la siguiente forma:

“El valor del contrato en relación con las acciones que desarrolló y en lo que respecta a la evaluación efectuada por esta Subdirección, reiterando la necesidad de establecer con el área financiera si, además de lo ya señalado en éste análisis existen otras actividades a evaluar, en mi criterio fue sobredimensionado.”

2.1.10. Comunicación de junio 24 de 1998 dirigida por el asesor externo de CAPRECOM a la Directora General de la citada entidad, en la cual consideró viable proceder a liquidar el contrato reconociendo como máximo la suma que ya había recibido el contratista.

2.1.11. Acta de liquidación del contrato No. 004 de 1997, suscrita por la Subdirectora Jurídica de CAPRECOM, con fecha 25 de agosto de 1999, sin firma del representante legal de PRODETEM LTDA., ni del Director General de CAPRECOM, en el cual se hizo constar el estado de cuentas del contrato con un saldo a favor del Contratista por la suma de \$23'.200.000¹⁶ y se agregó lo siguiente:

“Que revisado el expediente contractual se encontró informe de la interventoría suscrito por el Director General de Caprecom en junio 20 de 1997, en el cual se dice: “La interventoría conceptúa que el objeto del contrato se viene desarrollando a satisfacción de CAPRECOM”. (Folio 41 y 42) Este informe solo cobija los 4 primeros meses de ejecución del Contrato 004 de 1997, quedando sin cumplido los 2 meses siguientes de ejecución.

Que con el fin de verificar su cumplimiento y proceder así a la liquidación del contrato No. 004 de 1997, el Subdirector Jurídico de CAPRECOM ofició a las diferentes Subdirecciones y estas a su vez solicitaron a las dependencias a su cargo, para que informen sobre el análisis efectuado “a los productos entregados por el Contratista frente al objeto del contrato” (folio 78), y “...Qué asesorías o servicios se recibieron por parte de la Compañía en mención durante la ejecución del objeto contractual” (folio 98), obteniéndose respuesta por parte de la Subdirección de Prestaciones Económicas (folio 78), Jefatura del Departamento de Salud Ocupacional (folio 86), Jefatura de Salud Ocupacional EPS (folio 87), Departamento de Promoción y Prevención (folio 88), Departamento de Planeación Operativa IPS (folio 89), Jefatura de División de Calidad y Costos (folio 90) Subdirección IPS (folio 91), Subdirección de Prestaciones Económicas (folio 97), Subdirección Financiera (folio 99) Revisoría Fiscal (folios 101 y 102), y Asesor de Dirección (folio 108).

¹⁶ folio 512 cuaderno 2.

De los anteriores informes se concluye que el objeto del contrato no estaba claramente delimitado, lo que no permitía una evaluación específica y concreta, que no hubo una metodología adecuada para el desarrollo total del objeto contractual frente a las necesidades de la Entidad, así como su inoperancia en cuanto a su montaje y funcionamiento. También se refleja el desconocimiento de las diferentes dependencias de las labores efectuadas por el Contratista, además de su excesivo costo representado en \$139'200.000,00 M/cte, lo cual inclusive conllevó a que Subdirector Financiero mediante oficio 688 de octubre 8 de 1997, folio 99, no autorizara su pago.

(...)

Que de acuerdo con lo planteado anteriormente la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, CAPRECOM, no puede reconocer suma diferente a la ya cancelada, por considerar que el trabajo realizado por el contratista está pago por la Entidad.” (Folios 511 a 515, cuaderno 2).

2.1.12. Cuadro de ejecución presupuestal del Contrato 04/97, anexo al acta de liquidación anterior, elaborado por la Subdirección Financiera de CAPRECOM, con los vistos buenos de las Jefaturas de Tesorería, Presupuesto y Cuentas en el cual aparece el resumen de liquidación del contrato con fecha 25 de agosto de 1999, que presenta un saldo a favor del contratista por la suma de \$23'200.000, una vez descontado el anticipo por amortizar, y con una nota sobre la devolución de la cuenta No. 023472 por la suma de \$46'400.000, en la cual consta que *“fue devuelta al proveedor por falta de cumplido”*. (Folio 514 cuaderno 2).

2.1.13. Comprobante de reconocimiento de la cuenta # 97/016533 del contrato No. 004 de 1997 por valor total incluido IVA de \$46'400.000, de fecha 3 de octubre de 1997, con firma de la Subdirección Financiera de CAPRECOM, en el cual aparece un saldo neto a pagar por la suma de \$27'400.000, que resulta después de aplicar las retenciones por concepto de IVA, retención en la fuente, retención de ICA y la amortización de anticipo (Folio 521 cuaderno 2).

2.1.14. Comunicación de octubre 13 de 1999 mediante la cual la Jefe de División de Contratos de CAPRECOM cita al representante legal de PRODETEM LTDA., a suscribir el acta de liquidación del contrato 004 de 1997. (Folio 507, cuaderno 2).

2.1.15. Comunicación del 22 de Octubre de 1999 suscrita por el representante legal de PRODETEM LTDA., dirigida a la Jefe de la División de Licitaciones y Contratos de CAPRECOM, en la cual manifestó que habiendo revisado el acta a través de su apoderada, no estaba de acuerdo con la decisión de CAPRECOM de no reconocer suma diferente a la ya cancelada y en consecuencia manifestó la imposibilidad de suscribir el acta de liquidación del contrato. (Folio 506, cuaderno 2).

2.1.16. Carta del 5 de septiembre de 2002 suscrita por la Jefe del Departamento de Atención al Proveedor a la Secretaria General de CAPRECOM, con la cual remitió los comprobantes de reconocimiento de las siguientes cuentas: No. 016533 de 3 de octubre de 1997 por \$46'400.000 incluido IVA, con un saldo neto a girar de \$27'400.000 después de amortización de anticipo y retenciones y comprobante y No. 0234724 de 16 de octubre de 1997, por valor bruto de \$46'400.000 con saldo neto a pagar de \$0, toda vez que en el mismo comprobante se registra la partida contraria por igual monto.

2.1.17. Nota interna SG 101 del 18 de septiembre de 2002, suscrita por el Jefe de relaciones de CAPRECOM (folio 548 cuaderno 2), mediante la cual allega el acta de posesión de los siguientes funcionarios de CAPRECOM, documentos que se aportaron al proceso en atención a la prueba solicitada por la sociedad demandante acerca de los cargos de los aludidos funcionarios, en cuanto que las comunicaciones expedidas por ellos se mencionaron en el acta de liquidación del contrato:

<i>Nombre</i>	<i>Cargo</i>	<i>Fecha del Acta de Posesión</i>
Uldarico Orozco	Martínez Jefe de Sección de Salud Ocupacional de la Subdirección de Servicios de Salud	Enero 7 de 1991
Margarita de Guillot	Landecker Médico General de la Regional Bogotá	16 de febrero de 1979
Silvestre Silva	Granados Odontólogo General	22 de marzo de 1995
Luz Dary Barrera	Castillo Profesional Universitario del Grupo Laboratorio	14 de julio de 1988
Luis Jaime Puentes	Romero Jefe División de prevención y promoción de la subdirección entidad promotora de salud E.P.S.	30 de mayo de 1997 Se adjuntó también Resolución de 4 de diciembre de 1998 que contiene la declaración de insubsistencia. (folio 553, cuaderno 2)

María Marcela Herrera Subdirector General de la 9 de septiembre
Luján Entidad – Subdirección de de 1997.
Prestaciones de Salud IPS Se adjuntó
también resolución
de 21 de
diciembre de 1998
mediante la cual
se acepta la
renuncia.

2.2. Copias simples aportadas por la sociedad demandante que a su vez fueron requeridas y no allegadas por la entidad demandada.

La sociedad demandante aportó todos los documentos anexos a su demanda en fotocopia simple, pero en el acápite de las pruebas solicitó ordenar a la entidad demandada la remisión con destino al proceso de todo el expediente de antecedentes administrativos relativos al contrato No. 004, a lo cual procedió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante el oficio correspondiente.

CAPRECOM dio respuesta al requerimiento para aportar los documentos con el oficio que obra en el expediente al folio 505 del cuaderno 2, no obstante lo cual esa entidad dejó de remitir el acto administrativo de liquidación del contrato No. 004 y el informe final del contratista, los cuales se encontraban allegados al expediente en copia simple.

En relación con estas pruebas aportadas en copia simple la Sala advierte que los respectivos documentos serán valorados teniendo en cuenta la jurisprudencia reiterada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en cuanto que tales pruebas fueron requeridas por el Tribunal *a quo* y no allegadas por la entidad demandada aunque evidentemente se encontraban en sus archivos por corresponder a actos de la propia entidad o recibidos por ella y se agrega que se trata de documentos que obraron como medios de convicción en el proceso y, por lo tanto, respecto de los mismos se surtió el principio de contradicción, máxime si se advierte que CAPRECOM se refirió a tales actos y alegó sobre el contenido de los mismos para su defensa.

Acerca de la valoración de las copias simples la Sección Tercera del Consejo de Estado decidió aceptar su valoración bajo los supuestos que consideró en la siguiente forma:

“cuando una de las partes no cumple con el deber de aportar la copia auténtica de un documento cuyo original se encuentra en su poder o legalmente bajo su guarda y archivo, corre con el riesgo y los efectos que con su conducta omisiva pretendió

evitar, que, en el presente caso, se concreta en tener como susceptible de valoración la copia remitida por la parte que desplegó todas las gestiones que estuvieron dentro de su esfera material y jurídica para que la misma fuera remitida al proceso en las condiciones formales requeridas, y dado que el estudio de la misma interesa al proceso en su conjunto.”¹⁷

Una vez se hizo claridad en esta postura de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corporación ha sostenido en forma consistente que se impone el deber de valorar las copias simples como corolario del principio de la buena fe procesal siempre que se den los siguientes supuestos: **i)** la parte que dispone de los originales o copias auténticas omite la entrega de los respectivos documentos pese a haber sido requerida para ello y **ii)** las copias simples han sido allegadas al proceso y sobre ellas ha sido posible la contradicción de la prueba.¹⁸

En consecuencia se tendrán como pruebas debidamente aportadas al proceso las siguientes:

2.2.1. La Resolución No. 00383 de 21 de febrero de 2000, suscrita por el Director General de CAPRECOM, con constancia de notificación al representante legal de PRODETEM LTDA., de fecha 23 de marzo de 2000, en la cual resuelve:

“Adoptar en forma unilateral el proyecto de acta de liquidación del contrato No. 004 de febrero 13 de 1997, efectuado el día 25 de agosto de 1999.”

2.2.2. El informe final de ejecución contractual de 14 de agosto de 1997 suscrito por PRODETEM LTDA., enviado al Director encargado de CAPRECOM con los anexos correspondientes a las comunicaciones de CAPRECOM con la Superintendencia Bancaria hasta 31 de julio de 1997, los borradores de las cartas que fueron corregidos por PRODETEM LTDA, entre abril y mayo de 1997, la entrega del recurso de reposición contra la resolución 590 de 1997, presentado el julio 21 de 1997. (Prueba documental 27, folios 132 a 504, cuaderno 2).

2.3. Otras pruebas.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de abril de 2007, exp. n°. AG-25000-23-25-000-2002-00025-02, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En sentido similar: sentencia de 27 de octubre de 2011, exp. n.º 05001232500019950154-01 (20.450), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, 10 de marzo de 2011, radicación número: 52001-23-31-000-1996-07742-01(15666), actor: Segundo Fabián Eraso Burbano, demandado: Municipio de Chachagüí-Nariño. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, 1º de febrero de 2012, radicación número: 05001-23-25-000-1994-02119-01(20106), actor: Joaquín Emilio Correa y otros, Demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, referencia: Acción de reparación directa

2.3.1. Testimonio de la señora María Beatriz Saade quien declaró sobre la revisión que realizó a la ejecución del contrato No. 004/97, en su condición de Subdirectora de Prestaciones Económicas de CAPRECOM, labor que según su declaración realizó a principios de 1998 con base en el informe final de la empresa contratista y los archivos de la correspondencia sostenida con la Superintendencia Bancaria a cargo de esa Subdirección, en la cual no encontró documentos que permitieran soportar la prestación de los servicios en cuanto a mecanismos y fórmulas de solución referidos en el contrato; concluyó que las actividades del contratista fueron dispersas, sin metodología previamente determinada; manifestó que nunca tuvo que ver con la liquidación del contrato y afirmó que lo adelantado por su parte fue un estudio sobre sus “*apreciaciones* en relación con el objeto contractual y ejecución del mismo.”

2.3.2. El señor Edgar Rodríguez Ñustes, contador público que para la época de los hechos laboraba en la División de Contabilidad de CAPRECOM, manifestó que durante su permanencia en la entidad se pudo dar cuenta de lo siguiente:

“Los asesores de la firma PRODETEM sólo se limitaban a recoger los requerimientos de la Superbancaria contra CAPRECOM y los entregaban al Subdirector Financiero para que el jefe de contabilidad del fondo de pensiones lo contestara, lo cual yo lo asesoraba y se lo ayudaba a contestar, esa respuesta se la pasaban a los señores de PRODETEM quienes la revisaban y le cambiaban una que otra palabra y luego se lo devolvían a la contadora del fondo para correcciones.”

Preguntado acerca de la hoja de cálculo para la valoración de inversiones, que PRODETEM LTDA., dijo en su informe que fue elaborada con su asesoría, manifestó el contador Rodríguez que la formulación de la misma era de su autoría y no de PRODETEM LTDA., y agregó que le correspondió asistir personalmente a la Superintendencia Bancaria con el cuadro de valoraciones para atender el requerimiento que se les presentó sobre esa información.

2.3.3. Testimonio del abogado Ignacio Arévalo Buitrago, quien manifestó que durante casi todo el año de 1998 prestó una asesoría externa a CAPRECOM; indicó que no se acordaba del contrato con PRODETEM LTDA, y declaró que se atenía a su informe fechado 24 de junio de 1998.

2.3.4. Testimonio del señor Gonzalo Zerda Noriega, quien manifestó que laboró en la tesorería de CAPRECOM pero que no es cierta su participación en las reuniones para revisar la hoja de cálculo de valoración de inversiones, por cuanto no conocía las fórmulas ni manejaba el sistema.

3) Régimen legal del contrato de prestación de servicios de asesoría celebrado por CAPRECOM.

El contrato No. 004 de 1997, se rigió por las normas de la Ley 80 expedida en 1993, en atención a la condición de la entidad estatal contratante, en este caso, CAPRECOM, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 1 y 2 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor:

“ARTÍCULO 1o. DEL OBJETO. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

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

Igualmente el contrato No. 004 de 1997 se encontró sometido a los principios de la contratación estatal previstos en la referida Ley 80, en cuanto se refiere a la definición de las condiciones necesarias para el objeto contractual y la interpretación de las reglas contractuales, a cuyo tenor:

ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

(...)

5. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

(...)

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

(...)

*Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia **y de los contratos** que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan*

renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.” (La negrilla no es del texto).

(...)

“ARTÍCULO 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. *En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.”*

Ahora bien, en la citada Ley 80 se contempló el contrato de prestación de servicios bajo la siguiente descripción:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. *Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.”¹⁹

Por su parte, en relación con las notas características del contrato de prestación de servicios, la sección Tercera del Consejo de Estado²⁰ ha observado las siguientes:

a) “Pueden ser celebrados por cualquier entidad estatal que tenga capacidad para contratar, según lo previsto en el artículo 2 numeral 1 de la Ley 80 de 1993.

¹⁹ Mediante Decreto 165 de 1997 se adicionó un párrafo en el cual se exigió anexar certificación del jefe de la entidad acerca de la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretenda contratar, pero el Decreto fue declarado inexecutable por sentencia C-132 de 19 de marzo de 1997.

²⁰ Se citan las notas características del contrato tomadas de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 22.822, 16 de agosto de 2012, Actor: Carlos Ernesto Pérez Garzón, Demandado: Empresa Nacional de Telecomunicaciones –TELECOM–.

b) *Es posible su celebración con personas naturales o con personas jurídicas. Con personas naturales, cuando se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad que no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Y, no obstante que la norma no lo señala, es conforme a derecho concluir que también es admisible suscribir este tipo de contratos con personas jurídicas, como así lo indica el artículo 24, numeral 1º, letra d), en el cual se señala la posibilidad de acudir a los mismos “[p]ara la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas.”*

(...)

c) *Tienen por objeto desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones a cargo de la entidad contratante, con la condición de que tales actividades o funciones no puedan cumplirse con el personal de planta por ser insuficiente o porque se requieran conocimientos especializados.*

d) *La relación que se genera entre entidad contratante y contratista no goza del carácter de relación laboral.*

e) *No pueden pactarse por término indefinido, sino por el plazo estrictamente necesario e indispensable (inciso 2o. del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993).*

Precisamente, la naturaleza excepcional de este negocio jurídico de la administración y las dos últimas características anotadas previenen que no se utilice el contrato de prestación de servicios para establecer plantas paralelas con carácter permanente en las entidades públicas, en desconocimiento del régimen laboral, tal y como lo ha advertido esta Corporación al recalcar que no puede suplirse la vinculación de los servidores públicos a los cuadros del servicio oficial a través de estos contratos.”²¹

²¹ En este punto se cita la nota original de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 1 de noviembre de 1994, Exp. 7960. También la Corte Constitucional, en Sentencia C-154 de 1997, al declarar exequible el numeral 3º del inciso 2º del artículo 32, en el cual distinguió los contratos de prestación de servicios de los laborales y precisó que los primeros podían devenir en los segundos cuando se presentaran sus elementos (contrato realidad: subordinación, dependencia, etc), cualquiera que fuera la denominación que le haya dado la entidad pública. Sobre las limitaciones al contrato de prestación de servicios véase la sentencia del Consejo de Estado, Sala de la Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 15 de junio de 2011, Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10), Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Actor: Manuel Alejandro Fula Rojas. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil,

Finalmente, se considera importante anotar que la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia, no introdujo para CAPRECOM, en ese momento, modificación alguna a la ley de contratación aplicable.

La Sala deja expuesto el anterior marco legal en cuanto corresponde al aplicable al contrato No. 004 de 1997, celebrado entre las partes de este proceso.

4). La excepción de contrato no cumplido.

Teniendo en cuenta que la parte demandada invocó la excepción de incumplimiento del contrato, resulta útil traer a colación el artículo 1609 del Código Civil cuyos términos definen:

“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras que el otro no cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debido”.

El Consejo de Estado ha admitido de tiempo atrás la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en el régimen de contratación estatal, en desarrollo de los principios de equidad y buena fe en la ejecución contractual y a partir de la expedición de la Ley 80 abandonó por completo la discusión acerca de la procedencia de la aplicación del aludido artículo 1609 del Código Civil a los contratos estatales, toda vez que el artículo 13 del Estatuto de Contratación Estatal determinó que la normativa aplicable a los contratos estatales se integra con las disposiciones comerciales y civiles pertinentes en los asuntos no regulados por la misma ley, de manera que para el caso concreto se corrobora que el incumplimiento de una de las partes puede dar lugar a la excepción de contrato no cumplido, invocada por la parte cumplida, sin perjuicio de lo que se menciona a continuación.

Esta Corporación ha puntualizado –y así lo reafirma ahora- que la procedencia de la excepción de contrato no cumplido debe evaluarse frente a las circunstancias específicas de cada caso, amén de que se exigen algunos supuestos para su aplicación, toda vez que su ejercicio se debe concatenar necesariamente con los principios de la contratación estatal y la prevalencia del interés general a cuya satisfacción debe apuntar el objeto de todo contrato estatal, tal como lo ponen de presente los fines de la contratación pública definidos en el artículo 3º de la Ley 80, lo cual debe armonizarse con el principio del contratista colaborador de la Administración Pública, hoy recogido de manera positiva en el citado artículo 3º, así:

“ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. 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.”

En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha reconocido la aplicación de la excepción de contrato no cumplido con sujeción a los siguientes supuestos²²:

“a) La existencia de un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas; b) El no cumplimiento actual de obligaciones a cargo cada una de las partes contratantes; y c) Que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir en el contratista.

Se agrega a lo anterior que esa figura permite a la parte contratista no ejecutar su obligación mientras su co-contratante no ejecute la suya. El análisis de este presupuesto fue planteado por la Corporación dentro de los siguientes parámetros:

“(…) es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de su obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 Constitución Política), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual”²³.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, agosto 11 de 2011, radicación: 5000-12-33-1000-1993-04237-01, expediente: 18.336, actor: Zulma Moreno de Tapias, demandado: Lotería Del Meta

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2000, exp. 13530, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Finalmente, debe señalarse que la Sala en la sentencia proferida el 16 de febrero de 1984²⁴, precisó además que a una parte contratante que incumple un deber que es primero en el tiempo, no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto que su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo (artículo 83 de la Constitución Política).”

La Sala observa ahora que la figura de la excepción de contrato no cumplido resulta aplicable para cualquiera de las partes, no sólo para el particular contratista; claro está, bajo los supuestos referidos en la Jurisprudencia de esta Corporación, teniendo en cuenta la bilateralidad del contrato y los deberes que se imponen a la Administración Pública dentro del marco de los principios de la función administrativa y de la contratación estatal.

Igualmente se agrega que la excepción de contrato no cumplido también puede ser invocada por la entidad contratante en relación con el saldo a pagar en la etapa de liquidación final del contrato estatal, en la cual precisamente se persigue establecer el finiquito de las cuentas contractuales de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80, bien sea en forma bilateral, incluyendo los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes, o mediante el acto administrativo de liquidación unilateral cuya expedición autoriza el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, a lo cual se agrega el imperativo de aplicar y respetar, también en la etapa de liquidación, las garantías del debido proceso y del derecho de defensa del contratista, consagrados en el artículo 29 de la Constitución Nacional y en las regulaciones del Código Contencioso Administrativo, por lo cual frente al recibo incompleto del bien o servicio registrado en la etapa de liquidación, por virtud del debido proceso, la entidad contratante no puede tasar, por sí y ante sí, el valor de la prestación cumplida en forma parcial y establecer la compensación contra las cuentas pendientes de pago, sino que debe proceder con la audiencia previa del contratista, la práctica y contradicción de las pruebas en que se soporte para determinar la correspondiente deducción en la cuenta final de liquidación, así como debe exponer y sustentar la motivación que la lleva a concluir acerca de la respectiva compensación de cuentas, dentro del acto de liquidación, amén de que si el incumplimiento de las obligaciones a compensar es de tal naturaleza que conlleva el incumplimiento del contrato, la Administración Pública ha de tener en cuenta la restricción de sus facultades exorbitantes, toda vez que en vigencia de la Ley 80 de 1993 no se concedió a la entidad contratante la atribución de declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato, por lo cual se concluyó que en los eventos regidos por esa normativa compete a la Jurisdicción Ordinaria decidir acerca del referido incumplimiento contractual²⁵.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de febrero 16 de 1984, exp. 2509. C.P. José Alejandro Bonivento Fernández.

²⁵ La facultad de decretar el incumplimiento se reconoció en vigencia del artículo 72 del Decreto 222 de 1983, que dispuso: “Artículo 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”. Sin embargo, la Ley 80 de 1993 no se refirió a la

Se advierte que en el caso que ahora se examina no hay lugar a la aplicación de la compensación por ministerio de la ley, prevista en el artículo 1715 del Código Civil, la cual opera de pleno derecho, toda vez que en el supuesto fáctico concreto no se dan los requisitos para que la compensación tenga lugar en forma automática, en cuanto que las obligaciones recíprocas no están expresadas ambas en dinero o en bienes de igual género, ni constituyen deudas líquidas y exigibles, sino que, de un lado, se encuentra la posición acreedora del contratista originada en su derecho a cobrar el precio en dinero y, del otro lado, se encuentra la posición deudora de la entidad contratante, consistente en la obligación de pagar el bien o servicio, empero la exigibilidad de tal obligación y la liquidación de su valor se discute por parte de la entidad estatal, ante la supuesta falencia del recibo a satisfacción.

5) Consideraciones sobre la liquidación de perjuicios causados por el no pago del precio.

La Ley 80 de 1993 consagró la responsabilidad en la contratación estatal, en concordancia con el principio constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado²⁶, así:

“ARTÍCULO 50. DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.”

Acerca perjuicio ocasionado por el no pago del precio del contrato se observa que tal perjuicio constituye una afectación patrimonial derivada del incumplimiento, la cual es propiamente el objeto de la responsabilidad contractual y se agrega que para determinar el valor del perjuicio en comento, el demandante puede acudir a: **i)** demostrar la afectación patrimonial efectivamente causada por el no pago con un medio de prueba

facultad de declarar el incumplimiento del contrato como poder autónomo y unilateral de la Administración Pública, la cual se incorporó nuevamente en la legislación para el propósito de hacer efectiva la cláusula penal con apoyo en la Ley 1150 de 2007 que estableció: “Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.” (La subraya no es del texto).

²⁶ ARTICULO 90.C.P. “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

idóneo o **ii)** invocar la aplicación del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, que dispone:

“ARTÍCULO 4º.- DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

(...)

8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.”

La citada norma da lugar a la liquidación del perjuicio con base en el interés moratorio pactado en el contrato o, a falta de pacto, el demandante podrá pedir: **i)** el valor del precio actualizado, como sucedió en el presente litigio, o **ii)** el valor del precio actualizado más intereses, caso en el cual los mismos se liquidarán con el doble del interés legal civil, esto es 12%, sobre el valor del precio actualizado, tal como se encuentra reglamentado en el Decreto 674 de 1994.

6) El caso concreto.

6.1. La vigencia de las cláusulas de objeto y precio en el contrato No. 004.

En el caso concreto no ha existido discusión acerca de la existencia del contrato No. 004 de 1997, además de que el mismo se probó en debida forma.

El debate procesal del recurso de apelación se centra en el incumplimiento del contrato.

En primer lugar habrá de tenerse en cuenta, una vez más, que el contrato es una ley para las partes, en los términos del artículo 1602 del Código Civil y, en segundo lugar, en lo particular se advierte que las cláusulas contractuales de objeto, precio y forma de pago de la contratada prestación de servicios del contrato No. 04 de 1997 no fueron desvirtuadas en el presente proceso, ni se encuentra en ellas una violación de la ley para fundar decisión alguna que desconozca el acuerdo contractual, ni la eficacia o validez de tales cláusulas, por las siguientes razones:

i) La Ley 80 de 1993, en su artículo 24, exige que el contrato se encuentre definido con precisión en cuanto al costo y calidad de los servicios, desde la etapa precontractual, con el fin de garantizar la transparencia en la contratación. En este caso específico se contrató la prestación de servicios de asesoría en asuntos relacionados con la actividad de vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, los cuales fueron determinados con base en la enumeración de los siguientes compromisos a cargo de la sociedad contratista: 1. Asesorar al Director General en la actividad de la entidad con la Superintendencia Bancaria; 2. Establecer parámetros de comunicación y colaboración con la Superintendencia Bancaria; 3. Asesorar a CAPRECOM en la elaboración de documentos a tramitar y gestiones a desarrollar ante la citada Superintendencia y 4. Asesorar a la entidad en el diseño de fórmulas de solución referidas a los asuntos observados o glosados.

En la anterior enumeración la Sala encuentra una determinación suficiente y además precisa del objeto contratado, la cual no resulta vaga o indeterminada, pues delimita la prestación del servicio tanto en el campo de acción como en las actividades que se debían desplegar por el contratista.

ii) Por otra parte, la Sala advierte que le asiste la razón a la sociedad demandante en el sentido de que tal objeto fue definido por la propia entidad contratante y se agrega que las actuaciones respectivas se encuentran amparadas por la presunción de cumplimiento de los principios de la contratación que le fijó la Ley 80 y que se encuentra probado que la sociedad contratista ejecutó el objeto contractual sin que hubiere habido reparos de CAPRECOM acerca de incumplimiento o de la forma de ejecución, mientras el contrato estuvo vigente y que habiendo transcurrido los primeros cuatro meses de prestación del servicio el propio Director de la entidad expidió una certificación acerca de su cumplimiento, la cual no se desvirtuó en esta *litis*.

Por lo anterior, resulta inaceptable que la entidad contratante decida, en la etapa de la liquidación del contrato, descalificar su propia definición del objeto contratado e imputar fallas en la forma en que se prestó el servicio, so pretexto de que no se concretaron las metodologías de trabajo, pues esa conducta de la entidad contratante atentaría contra la buena fe contractual, amén de que no se le pueden trasladar al contratista eventuales fallas en la

planeación contractual, la cual constituye una carga de la entidad contratante, de acuerdo con los principios del artículo 23 de la Ley 80 de 1993 y las actividades descritas en el artículo 25, numeral 7, de la misma Ley.

iii) Por el contrario, es claro que en este caso CAPRECOM contrató una asesoría para una actividad específica de la entidad que se determinó en el contrato y se observa que se pueden admitir razones para ello si se tiene en cuenta la regulación a la que quedó sometida CAPRECOM a partir de la Ley 100 de 1993 y la reestructuración de la entidad dispuesta por la Ley 314 de 1996, como administradora del régimen de prima media con prestación definida en materia de pensiones, a lo cual se suma que la entidad se encontró formalmente requerida por la Superintendencia Bancaria por el incumplimiento de la aludida regulación, según se observa en la revisión del informe de ejecución levantado por la Subdirección de Prestaciones Económicas de CAPRECOM, en cuanto se refirió a la sanción de la Superintendencia Bancaria, la cual se originó en las glosas levantadas en la visita practicada a la entidad entre el 24 y el 31 de julio de 1996 y dio inicio a una investigación y pliego de cargos por el presunto incumplimiento de múltiples normas aplicables a la nueva actividad, escenario en el cual se formalizó el contrato de prestación de servicios de asesoría No. 004 de 1997, situación atendida en su momento con la asesoría de la sociedad contratista y se encontró probado también que la sanción impuesta en la Resolución 590 de 16 de junio de 1997 fue atacada mediante el recurso de reposición presentado por la abogada de la propia contratista, de manera que se entiende que CAPRECOM tenía razones sólidas para contratar una asesoría con el fin de atender la situación que enfrentaba y que el objeto de la misma se encontró definido en el Contrato No. 004 de 1997, independientemente de cuál haya sido la suerte de la sanción impuesta, la cual como se anotó obedeció a las actividades ejecutadas por CAPRECOM en época anterior a la contratación de la sociedad contratista, las cuales precisamente se generaron por la actividad desarrollada con el personal de planta, de manera que hasta donde este aspecto fue allegado al proceso, se aprecia el ajuste del objeto contractual a los supuestos legales requeridos para el contrato de prestación de servicios.

iv) Acerca del precio contratado, el cual a juicio de los funcionarios de CAPRECOM al momento de la liquidación del contrato pareció alto, no es un asunto que pueda definirse en este proceso ni menos en esta instancia, toda vez que, como advirtió la sociedad demandante, evidentemente el precio del contrato se determinó partiendo de la definición de la propia entidad contratante y de las disponibilidades presupuestales asignadas por CAPRECOM al servicio requerido, sin que se hubiera presentado pretensión ni excepción que permita entrar a valorar la complejidad ni el volumen de las materias asesoradas en relación con el precio del servicio y, por lo tanto, dado que el precio del contrato forma parte de la ley para las partes, debe ser respetado bajo el principio del “*pacta sunt servanda*”, siguiendo en ello la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre el particular, a cuyo tenor:

“La inobservancia o violación de los principios “lex contractus, pacta sunt servanda” y buena fe en la ejecución de contratos, consagrados positivamente en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, que suponen el carácter y la fuerza vinculante para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato existente y válido, hace caer en responsabilidad a la parte que comete la infracción al contenido del título obligacional, y en tal caso, la ley impone el deber de reparar integralmente a la parte cumplida el daño causado, y para ello la faculta para exigir las obligaciones insatisfechas y defender los derechos que emanan del contrato en procura de satisfacer el objeto primario del mismo o, en su defecto por no ser éste posible en el tiempo (causa oportuna), su equivalente, y obtener el resarcimiento de todos los perjuicios sufridos. En tal virtud, los efectos del incumplimiento contractual por violación a la ley del contrato concretamente consisten en que, de una parte, el deudor incumplido queda expuesto a ser compelido o constreñido judicialmente a cumplir con su objeto o su equivalente y a indemnizar los daños y perjuicios y, de otra parte, surge el derecho correlativo del perjudicado a obtener ante el juez del contrato la realización de la prestación debida de ser ello posible o perseguir su subrogado y el resarcimiento por la lesión o perturbación a su derecho de crédito.”²⁷

²⁷ Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. 14 de Abril de 2010, Radicación Número: 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214), actor: Federico Saúl Sánchez Malagón, demandado: Distrito Capital de Bogotá-Secretaría de Obras Públicas-

v) Por otra parte, se advierte que debe tenerse por ineficaz el párrafo de la cláusula sexta del contrato No. 004 de 1997 en el cual se dispuso lo siguiente:

“PARAGRAFO: El contratista renuncia expresamente al pago de intereses moratorios e indemnizaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de CAPRECOM.”

Lo anterior toda vez que esta cláusula dispuso la renuncia general y previa a indemnización de perjuicios en caso de incumplimiento de obligaciones por parte de la entidad contratante, frente a lo cual la Sala considera aplicable el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que establece:

*“Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia **y de los contratos** que contravengan lo dispuesto en este numeral, **o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados**²⁸.”*

Por lo anterior, se concluye que los argumentos de la entidad demandada acerca de la supuesta indeterminación del objeto del contrato y del costo elevado del contrato, así como la cláusula de renuncia al derecho de reclamar indemnización por el incumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante no son procedentes para fundar revocatoria alguna a la sentencia de primera instancia.

6.2. La improcedencia de la excepción de contrato no cumplido en este caso.

El Tribunal *a quo* destacó que en relación con la segunda cuota del precio del contrato, existió constancia expresa acerca de la prestación del servicio recibido a satisfacción, como en efecto se encontró probado con la certificación expedida por el propio Director General, sin que hubiera sido desvirtuada en este proceso.

Además, la Sala observa que en el acta de liquidación del contrato No. 004, levantada el 25 de agosto de 1999, tal cuenta se incluyó dentro del balance final del contrato como causada a favor de la sociedad contratista, en la cual se estableció un saldo de \$23'200.000 a favor de la misma, que luego CAPRECOM pasó a desconocer en la citada acta, no siendo admisible tal decisión que no resulta admisible si se tiene en cuenta la prueba destacada por el Tribunal *a quo* acerca de que el servicio correspondiente fue recibido a satisfacción.

Por otra parte, en relación con la cuenta presentada por la sociedad contratista para cobrar la tercera y última cuota del contrato No. 004, se

²⁸ Este artículo establece las reglas del principio de la transparencia en la definición del contrato estatal..

encontró que fue devuelta por cuanto a juicio de la entidad contratante el servicio no fue prestado “a cabalidad”, como consecuencia de lo cual CAPRECOM registró la partida contraria para reflejar la devolución de la cuenta mencionada, dejando el saldo de la misma en ceros, según el respectivo comprobante, de fecha 16 de octubre de 1997.

Se tiene por otra parte probado que ante el retiro del Director General, quien a su vez fue el interventor del contrato, CAPRECOM se encontró sin la certificación de cumplimiento para los dos últimos meses de vigencia del mismo y entró a determinar la prestación del servicio con base en el informe final del contratista de 14 de agosto de 1997, evaluado por la Subdirección de Prestaciones Económicas.

En el referido informe de la Subdirección de Prestaciones Económicas, cuyo análisis minucioso rogó CAPRECOM en su recurso de apelación, se encuentra que la entidad demandante concretó la asesoría con dos comunicaciones dirigidas a la Superintendencia Bancaria, consideradas en el informe como productos entregados, una de fecha 19 de junio de 1997 y otra de 16 de julio de 1997 y se advierte que esta última precisamente se ubicó dentro del período final de vigencia del contrato, por lo cual, a juicio de la Sala, se debe tener por suficiente para acreditar la prestación del servicio en la época no cubierta por la certificación del interventor, toda vez que no existía en el contrato un número mínimo de trámites o de documentos para causar el derecho al pago del precio, amén de que la complejidad de los temas en las glosas atendidas no se puede descalificar por la simple apreciación del costo, tal como se realizó en el informe de la Subdirección citada.

En relación con la prueba correspondiente al memorando de octubre 8 de 1997, emitido por el entonces nuevo Subdirector Financiero de CAPRECOM, después de haber transcurrido más de un mes de la terminación del plazo contractual, se advierte que encontró que no se estaban adelantando las asesorías “recientemente” y agregó que el valor pactado en el contrato se apreciaba como elevado. Este memorando dio lugar a las recomendaciones de las dependencias de control interno y revisoría fiscal para proceder a la liquidación del contrato, lo cual en efecto era lo pertinente habiendo terminado el contrato pero no necesariamente implicaba desconocer la obligación de pago del saldo adeudado, por lo cual la Sala considera que este informe del Subdirector Financiero tampoco constituye prueba para soportar los argumentos del recurso de apelación presentado por CAPRECOM.

En relación con las comunicaciones de los seis (6) funcionarios que indicaron no haber recibido servicios de la sociedad contratista, se destaca que de acuerdo con la documentación aportada al proceso, los cargos referidos en las actas de posesión allegadas no guardan relación con los temas de las comunicaciones de la Superintendencia Bancaria que eran relacionadas con el ámbito de control en la administración de pensiones, mientras que los funcionarios laboraban en el área de los servicios de salud, tal como lo puso de presente la sociedad demandante.

Tampoco se encontró prueba del incumplimiento en la prestación del servicio por parte de PRODETEM LTDA., para soportar la excepción de incumplimiento del contrato invocada por CAPRECOM y desestimada en la sentencia de primera instancia, sino que por el contrario, asistió la razón al Tribunal *a quo* cuando concluyó que la entidad demandada se apoyó en la apreciación de sus funcionarios acerca de la sobredimensión del precio pactado, lo cual no equivale a prueba del incumplimiento en la prestación del servicio, ni constituye causa para extinguir la obligación de pago del precio, de manera que no procedía la excepción invocada por CAPRECOM, tal como se dispuso en la sentencia de primera instancia.

Finalmente, si bien se encuentra probado que un aspecto del servicio reseñado en el informe final del contrato presentado por la sociedad demandante no fue preciso, cuando se indicó la supuesta participación de la misma en la formulación de la hoja de cálculo de la valoración de inversiones, respecto de lo cual dos testigos de las áreas encargadas coincidieron en que no tuvieron una interacción con los funcionarios de PRODETEM LTDA., para la definición de este cuadro de cálculo, la Sala considera que no se logró probar con ello que se hubiera configurado un incumplimiento por parte de la sociedad demandante, pues éste era sólo un aspecto referido a una de las glosas, además de que el contador público a cargo de dicho cálculo, indicó que no requería asesoría en la formulación del cuadro utilizado para valorar las inversiones, el cual era de su autoría, al paso que este testigo desestimó los servicios de la sociedad asesora por considerar que los funcionarios de la empresa contratista participaban en la elaboración de las respuestas pero solamente "*cambiaban una que otra palabra*", asunto que describe la participación del asesor en las respuestas a juicio del testigo, pero cuyo dicho no resulta idóneo para fundar la revocatoria de la sentencia de primera instancia en cuanto que no por ello se probó el incumplimiento del contrato, toda vez la apreciación del testigo no es prueba del mismo.

En este estado se puede observar que en cumplimiento de la distribución de la carga de la prueba, establecida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, correspondía a la entidad demandada probar el supuesto de hecho de la excepción presentada, acerca de lo cual se limitó a solicitar que se evaluaran minuciosamente las pruebas, asunto que correspondió al Tribunal *a quo* y en relación con el cual la Sala ha repasado prueba a prueba, encontrando que debe confirmar la sentencia de primera instancia.

En igual sentido la Sala concluye, de acuerdo con el Tribunal *a quo*, que CAPRECOM incurrió en una falsa motivación en el acto de liquidación del contrato No. 004 de 1997, al considerar que no se causaba el derecho a pago adicional y aplicar, por sí y ante sí, una compensación de las cuentas de la segunda y tercera cuota del contrato, con lo cual dejó el saldo del contrato en ceros y se declaró a paz y salvo, sin fundamento fáctico ni legal alguno.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia también en cuanto a la nulidad del acto de liquidación del contrato No. 004, conforme fue decretada por el Tribunal *a quo*.

Ahora bien, de acuerdo con el *petitum* de la demanda se dispondrá y se efectuará la liquidación del contrato No. 004 de 1997 en sede judicial, en la cual se incorporará entonces el valor de la condena como saldo adeudado al contratista, a título de indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, también declarado en la sentencia de primera instancia.

6.3. Diferencias en el valor de las cuentas presentadas.

Acerca del valor de las cuentas cuyo pago se reclamó en la demanda a título de indemnización de perjuicios, la Sala encuentra claridad con base en la cláusula de precio del contrato No. 004 de 1997 y la comparación de los valores presentados por las partes, por lo siguiente:

Cada cuota de pago del precio correspondía al 25% del valor del contrato de acuerdo con la cláusula sexta del mismo y se debía pagar previa constancia de cumplimiento del objeto contratado; adicionalmente, se pactó un anticipo desembolsado al inicio del contrato, por el 25% del valor del mismo, el cual se debía amortizar o descontar en cada uno de los tres contados pactados, para determinar el valor a girar al contratista.

Por lo anterior, resulta claro que el valor de cada cuota del precio –previa deducción del anticipo- era la suma de \$34'800.000, según se observa en el siguiente cuadro:

Valor del contrato	\$139'200.000
Valor del Anticipo (25% del valor del contrato)	\$34'800.000
Valor de cada una de las tres cuotas (25% del valor del contrato)	\$46.400.000
Menos amortización del anticipo en cada cuota (\$34'800.000/3)	\$11'600.000
Valor a pagar por concepto de cada cuota (antes de retenciones fiscales).	\$34'800.000

Acerca de las diferencias que registró el Tribunal *a quo* entre el valor informado por el demandado y los comprobantes que aportó CAPRECOM, se advierte que tales diferencias estriban en las retenciones fiscales que se aplicaron a cada cuota de pago de acuerdo con las normas sobre retención en la fuente, retención de IVA y retención de ICA. Por una parte se observa que la sociedad demandante estimó retenciones fiscales en cada cuenta por

\$8'676.800 cuyo valor no incluyó en su reclamación de perjuicios y presentó por ello en la demanda un valor neto de \$26'123.200 por cada cuota (\$34'800.000 menos \$8'676.800), al paso que en el proceso se encontró que en el comprobante de CAPRECOM se relacionaron retenciones por la suma de \$7'400.000, diferencia que se advierte por cuanto CAPRECOM tomó el valor del contrato *sin IVA* para aplicar las retenciones, al paso que PRODETEM LTDA., incluyó el valor del IVA en la base del cálculo, lo cual explica que el valor neto a pagar al contratista según el comprobante de CAPRECOM fuera la suma de \$27'400.000. (\$34'800.000 menos \$7'400.000), superior al que liquidó y sirvió de base para la demanda de PRODETEM LTDA.

Dado que los valores se encuentran establecidos según el contrato y que las diferencias en las cifras se pueden considerar aclaradas, además de que es menor el valor reclamado en la demanda por la sociedad demandante que el liquidado en el comprobante de CAPRECOM, la Sala concluye que se debe tener en cuenta la suma que fue pretendida en la demanda, como base para liquidar la condena en concreto, esto es la suma de \$52'246.400. (\$26'123.200 x 2 cuotas)

Ahora bien, acerca de la fecha en que debió hacerse el pago, para efectos de liquidar la reclamada actualización de valor, la Sala concluye que se debe considerar la fecha que aparece en los comprobantes de CAPRECOM, debidamente aportados al proceso, por lo cual tomará el mes de octubre de 1997 como base para la actualización del valor teniendo en cuenta además que para ese mes ya se encontraban más que vencidos los plazos establecidos en el contrato para el pago del precio.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que le asisten los elementos de prueba suficientes para proceder a la liquidación en concreto de la condena, la Sala adicionará la sentencia con la decisión correspondiente.

6.4. Liquidación de la condena.

Dando aplicación al criterio prohiado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en supuestos análogos al del asunto *sub lite*, la indemnización que se ordenará pagar será liquidada con base en el valor reclamado por la sociedad demandante, debidamente ajustado o actualizado, desde la fecha en que se probó la presentación de las cuentas hasta la fecha de la sentencia.

Así las cosas, se actualizará el valor reclamado por la obligación incumplida con el índice de precios al consumidor, de acuerdo con los datos de las series de empalme publicadas por el DANE y la siguiente fórmula que corresponde a la adoptada en la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado:

$V_a : V_h \times \text{Índice final} / \text{índice inicial}$

V_a: Valor actualizado

Vh: Valor histórico de la obligación.

Índice final: el último índice de variación del IPC publicado por el DANE a la fecha de la sentencia.

Índice Inicial: el índice aplicable en el mes en que se hizo exigible la obligación, de acuerdo con los comprobantes acreditados en el proceso, esto es octubre de 1997:

$$Va = 52'246.400 \times 113,48^{29} / 43,14^{30}$$

$$Va = \$137'434.433,75$$

6.5. Liquidación del contrato No. 004 de 1997

A continuación se dispone la siguiente liquidación del contrato No. 004

i) Ejecución contractual

Valor del Contrato (incluido IVA)	\$139'200.000,00
(menos) Valor ejecutado	\$139'200.000,00
Saldo por ejecutar	\$0.00

ii) Liquidación del anticipo

Valor del anticipo desembolsado	\$34'800.000,00
(menos) Valor del anticipo amortizado	\$11'600.000,00
Valor del anticipo por amortizar	\$23'200.000,00
Valor pagado al contratista	\$46'400.000,00
Valor dejado de pagar ³¹	\$92'800.000,00
(menos) Descuento del anticipo por amortizar	\$23'200.000,00
Saldo del anticipo por amortizar	\$0.00

iii) Cuenta final de liquidación final en sede judicial

Saldo en la liquidación inicial a favor del contratista ³²	\$69'600.000,00
---	-----------------

²⁹ Mayo de 2013, fuente: www.dane.gov.co, índice de precios, series de empalme.

³⁰ Octubre de 1997, fuente: www.dane.gov.co, series de empalme, y variaciones porcentuales 1997.

³¹ \$139'200.000 menos \$46'400.000

Indemnización por incumplimiento	\$137'434.433,75
(menos) Valor cancelado y sustituido por la indemnización de perjuicios	\$69'600.000,00
Saldo final a pagar al contratista	\$137'434.433,75

7) Costas.

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998, ley aplicable en este caso, establece que sólo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente, cosa que no ocurrió en el *sub lite*, en el presente asunto no habrá lugar a imponer condena alguna por dicho rubro.

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

FALLA:

PRIMERO: Confírmase la sentencia apelada, esto es la proferida el 23 de julio de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera Sala de Descongestión, mediante la cual se declaró la existencia del contrato de asesoría No. 004 de 1997 entre la empresa Procesos y Desarrollos Territoriales y Empresariales PRODETEM LTDA., y la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM y se decretó el incumplimiento del mismo por parte de ésta última entidad, así como se decretó la nulidad de la Resolución 383 de 21 de enero de 2000 por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato No. 004 de 1997 y se ordenó a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM el pago de las sumas adeudadas por razón del contrato No. 004 de 1997.

SEGUNDO.- Adiciónase la sentencia proferida el 23 de julio de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera Sala de Descongestión con las siguientes declaraciones y condenas

1. **Dispóngase** la liquidación del contrato No. 004 de 1997 en los términos contenidos en esta sentencia.

³² \$92'800.000 menos \$23'200.000, éstos montos se toman por su valor a la fecha del contrato, sin que sea necesaria la actualización de las cifras la cual se aplicará directamente sobre el valor neto resultante, lo que se considera procedente en este caso, si se tiene en cuenta que los perjuicios se demandaron en relación con el valor neto que habría recibido el demandante después de descuentos.

2. **Condénase** a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM a pagar a la sociedad Procesos y Desarrollos Territoriales PRODETEM LTDA., la suma de CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (\$137'434.433,75) M/CTE.

TERCERO: Dése cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto-ley 001 de 1984.

CUARTO: Niéganse las demás pretensiones de la demanda

QUINTO: Sin condena en costas.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA