

CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Objeto – Obra – No procede – Conciliación

Previo el cumplimiento del procedimiento de Licitación ordenado mediante la Resolución No. 0030 del 2 de marzo de 2000 expedida por el Departamento del Magdalena, entre Carlos Vengal Pérez y la citada entidad territorial se suscribió el Contrato de Obra No. 043 el 2 de mayo de 2000, el cual se celebró en cumplimiento del acto de adjudicación contenido en la Resolución No. 0059 de la misma fecha, con el objeto de realizar las obras civiles de mejoramiento de la vía Salamina – Pivijai. [...] El contrato se debió iniciar el 5 de julio de 2000, sin embargo se presentaron demoras imputables al Departamento del Magdalena en la entrega del anticipo y sólo se inició el 24 de julio de 2000. (...) Carlos Vengal Pérez ejecutó todas sus obligaciones, no obstante lo cual el contrato fue suspendido en dos ocasiones por causas imputables de manera directa al Departamento del Magdalena y fue necesario suscribir dos (2) otrosíes con adición de plazo y modificar la cláusula de revisión de precios pactada, en el sentido de que la revisión de precios se debía reconocer con el índice de ajuste correspondiente al mes anterior a aquel en que se debió ejecutar inicialmente el contrato. [...] El contratista terminó la obra y le fue recibida a satisfacción, con certificado de ejecución total del contrato expedido por el interventor del contrato, esto es la U.T. I.C.E. LTDA., – BATEMAN INGENIERIA LTDA., presentándose la situación de que hubo mayores obras necesarias las cuales no se pagaron y se adeudan junto con el valor correspondiente a las actas de ajuste de precios No. 1 a No. 6. [...] El demandante narró que procuró la liquidación bilateral la cual no pudo realizarse por motivaciones imputables al Departamento del Magdalena. [...] De acuerdo con la demanda, el Departamento del Magdalena le adeuda a Carlos Vengal Pérez la suma de \$595'641.309.89 M/L según la liquidación que se adjuntó a la demanda, más los costos imputables por demoras y los causados por las reclamaciones administrativas, conciliatorias y judiciales que tuvo que adelantar el demandante

PACTO ARBITRAL – Definición – Cláusula compromisoria – Compromiso – Definición - Momento – Efectos jurídicos – Existencia – Requisitos – Solemnidad – Forma escrita

La Sala encuentra pertinente advertir la presencia de siguiente cláusula contenida en el Contrato No. 043 suscrito en la ciudad de Santa Marta el 2 de mayo de 2000 [...] resulta pertinente tener presente que el Decreto 1818 de 1998, vigente para la época en que se suscribió el Contrato No. 043, definió el pacto arbitral como el acuerdo de las partes por medio del cual se decide someter a la decisión de particulares, en su condición de árbitros, el conocimiento de una determinada controversia [...] la cláusula compromisoria debe pactarse antes de que llegue a surgir cualquier tipo de conflicto entre las partes que celebran el contrato que le da origen a la estipulación, ya sea incluyéndola en el contrato o en acto separado y la misma deberá contener básicamente la decisión de someter la diferencia al procedimiento del arbitraje, toda vez que en caso de falta de otras reglas aplican las disposiciones supletivas que estableció el Decreto 1818 de 1998 y, en tratándose de la cláusula compromisoria pactada en documento separado, se exigió especificar la designación de las partes y la determinación del contrato respectivo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 120 ibídem: «La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato al que se refiere» [...] El Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples providencias acerca de la naturaleza del pacto arbitral y sobre el particular ha concluido que el mismo siempre debe ser expreso, puesto que no es viable presumirlo dado que su finalidad, de trascendental importancia, consiste en habilitar la competencia de los árbitros» y consecuentemente, derogar competencia de los jueces institucionales o permanentes. [...] la Sala reitera la jurisprudencia de esta Corporación en cuanto que el pacto arbitral no puede presumirse y su existencia no puede deducirse por vía interpretativa.

CLAUSULA COMPROMISORIA – Renuncia tácita – Modificación – Naturaleza autónoma

En la decisión de unificación que se acaba de referir, la Sala se detuvo en el análisis de la evolución jurisprudencial y fundamentó su decisión en varios aspectos legal y jurisprudencialmente definidos para la cláusula compromisoria, los cuales la llevaron a concluir –en jurisprudencia que se reitera en la presente oportunidad- que resulta improcedente la renuncia tácita de la cláusula compromisoria, teniendo en cuenta los siguientes fundamentos: i).- el carácter solemne y expreso que por mandato legal caracteriza a la cláusula compromisoria; ii).- la naturaleza autónoma de la cláusula compromisoria; iii).- los efectos procesales que el correspondiente pacto arbitral está llamado a generar; iv) el respeto a los principios de planeación e igualdad precontractual: v).- la facultad-deber del juez de lo contencioso administrativo de declarar oficiosamente los hechos que constituyen una excepción

RENUNCIA TACITA DE CLAUSULA COMPROMISORIA – Cambio de jurisprudencia – Improcedencia – Procedencia – Patológica

La Sala advierte que si bien la misma se encuentra bajo el título de «cláusula compromisoria», lo cierto es que su contenido evidencia, sin lugar a la menor hesitación, que ella no contiene la voluntad de las partes encaminada a definir que sus diferencias se resuelvan a través del mecanismo del arbitramento, toda vez que en tal estipulación apenas si se hace referencia a una «oficina» a la que debían acudir las partes para resolver sus diferencias, pero nada se indicó acerca de la modalidad o alternativa de solución de conflictos que las partes estaría acordando [...] por medio de las normas invocadas por las partes en la referida cláusula contractual se regulan diversos «mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales», disposiciones que se refirieron, entre otros aspectos, a la figura de la conciliación o la de la amigable composición y a la del arbitraje, por lo tanto no es posible concluir en el presente caso la existencia de un acuerdo expreso entre las partes para someter sus diferencias a la competencia de Árbitros designados por la Cámara de Comercio de Santa Marta, en tanto ese alcance no aparece en parte alguna de la cláusula en examen

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA – Competencia – Obra – Naturaleza – Objeto

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la citada Ley 80, 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, por cuanto el demandado Departamento del Magdalena es un ente territorial de carácter departamental, dotado de personería jurídica y patrimonio propio, medida en la cual tiene el carácter de entidad estatal en los términos de la citada ley 80. [...] el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y define el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA – Procedencia – No limitación

En el estado en que se encuentra el proceso, bajo el grado jurisdiccional de consulta la Sala no estaría limitada por el principio de la no reformatio in pejus y por lo tanto podría estudiar todos los extremos de la controversia y no únicamente aquellos referidos en el recurso de apelación que se promovió por la parte demandante. [...] En este punto la Subsección considera necesario poner de presente la postura jurisprudencial unificada por la Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia del 9 de febrero de 2012, expediente 21060, oportunidad en la cual se pronunció acerca del asunto planteado [...] de acuerdo con la Sentencia de Unificación transcrita, resulta perfectamente claro que en el presente caso el Consejo de Estado no cuenta con competencia para revisar y menos para modificar la sentencia de primera instancia en grado jurisdiccional de consulta, en aspectos que no fueron objeto del recurso presentado por el apelante único. [...] en el caso sub iudice la competencia de la Sala se contrae exclusivamente a aquellos puntos que fueron objeto de la apelación del demandante, esto es los numerales 3 y 4 de la sentencia de primera instancia, en cuanto se denegó la condena en costas solicitada por el actor.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., nueve (9) de octubre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 47001-23-31-000-2003-00777-01(28031)

Actor: CARLOS VENGAL PEREZ

Demandado: DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION CONTRACTUAL

Conoce la Sala del recurso de apelación presentado por la parte demandante y, por otra parte, en grado jurisdiccional de consulta, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, el veintidós (22) de abril de dos mil cuatro (2004), mediante la cual se dispuso:

“1.- DECLÁRASE la liquidación judicial del contrato de obras No. 043 del año 2.000 suscrito entre el Departamento del Magdalena y Carlos Vengal Pérez cuyo objeto fue el mejoramiento de la vía Salamanca – Pivijai.

2.- CONDÉNASE al Departamento del Magdalena a pagar a favor del aquí accionante la suma de seiscientos ochenta y seis millones veintiocho mil cuatrocientos setenta y ocho pesos (\$686'028.478) de conformidad a las consideraciones de este proveído.

3.- DENIÉGANSE las demás pretensiones del libelo.

4. DÉSELE cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A. por parte del ente oficial.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 17 de julio de 2003, el señor Carlos Vengal Pérez, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“3.1. Se condene a la Gobernación del Magdalena al pago del incumplimiento de las actas de ajustes de precio del contrato No. 043 por la suma de quinientos ochenta millones ochocientos veinte y dos mil trescientos sesenta y siete pesos con sesenta y siete centavos (\$580'822.367,67).

3.2. Al pago de una indemnización del pago (sic) por mora o incumplimiento de las obligaciones, de las garantías establecidas en el contrato de obra No. 043 del año 2.000.

*3.3. Al pago [de la] indexación según certificado del **DANE** desde el momento que mi representada presentó o requirió al ente territorial demandado para que le cancelaran los ajustes del precio del contrato de obra en mención, hasta el momento que por medio de ese honorable Tribunal decreta la sentencia.*

3.4. Que a la entidad demandada según las reglamentaciones de la Ley 80 del 93 y 446 del año 98 se le condene al pago de los intereses de las sumas antes mencionadas desde el momento que dejó de cumplir con su obligación hasta el momento real y efectivo del pago de la obligación a razón de la tasa bancaria efectiva o certificación del DANE al momento de la sentencia.

3.5. Que de acuerdo a la regulación de las leyes del párrafo anterior se le condene a la entidad demandada al pago de los gastos y costos del proceso.”

Mediante escrito radicado el 6 de agosto de 2003, el demandante presentó *“ampliación y sustitución de demanda contractual”* con las siguientes pretensiones:

1. Que se realice la liquidación judicial del contrato de Obras No. 043 del año 2.000 suscrito entre el Departamento del Magdalena y Carlos Vengal Pérez y cuyo objeto fue el mejoramiento de la vía Salamina – Pivijay.

2. Que en la liquidación final del contrato No. 043 de 2.000 celebrado entre el Departamento del Magdalena y Carlos Vengal Pérez se reconozca lo siguiente:

a.-) Que Carlos Vengal Pérez ejecutó las obras civiles descritas en el Contrato No. 043 del 2.000.

b.-) La ejecución de las obras civiles por parte de Carlos Vengal Pérez se realizó de conformidad con los plazos, especificaciones y de todos los requisitos convenidos y que igualmente cumplió con todas las

obligaciones contractuales y que está a paz y salvo con el Departamento del Magdalena.

c.-) Que el Departamento del Magdalena le adeuda a Carlos Vengal Pérez por concepto de reajuste en el pago de las actas parciales de obras la suma de Quinientos Noventa y Cinco Millones Seiscientos Cuarenta y Un Mil Trescientos Nueve Pesos con Ochenta y Nueve Centavos Moneda Legal Colombiana (\$595'641.309.89 M/L) al momento de presentar la demanda.

d.-) Que igualmente el Departamento del Magdalena debe ser condenado a reconocer y pagar la reparación integral de los perjuicios ocasionados al contratista particular, entre ellos los costos procesales y las agencias en derecho.

Condenas:

- 1. Que el Departamento del Magdalena sea condenado a pagarle de manera inmediata a Carlos Vengal Pérez la suma de Quinientos Noventa y Cinco Millones Seiscientos Cuarenta y Un Mil Trescientos Nueve Pesos con Ochenta y Nueve Centavos Moneda Legal Colombiana (\$595'641.309.89 M/L) y que esa suma de indexe conforme a las tablas de precios del I.P.C. y se reconozcan y cancelen intereses desde el momento en el cual se presentó la demanda y hasta que se realice el pago real y efectivo de la obligación.*
- 2. Que la demandada sea condenada a reconocer y pagar la reparación integral de los perjuicios ocasionados al contratista particular, entre ellos, los costos procesales y agencias en derecho a Carlos Vengal Pérez.”*

2. Los hechos.

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

2.1. Previo el cumplimiento del procedimiento de Licitación ordenado mediante la Resolución No. 0030 del 2 de marzo de 2000 expedida por el Departamento del Magdalena, entre Carlos Vengal Pérez y la citada entidad territorial se suscribió el Contrato de Obra No. 043 el 2 de mayo de 2000, el cual se celebró en cumplimiento del acto de adjudicación contenido en la Resolución No. 0059 de la misma fecha, con el objeto de realizar las obras civiles de mejoramiento de la vía Salamina – Pivijai.

2.2. El contrato se debió iniciar el 5 de julio de 2000, sin embargo se presentaron demoras imputables al Departamento del Magdalena en la entrega del anticipo y sólo se inició el 24 de julio de 2000.

2.3. Carlos Vengal Pérez ejecutó todas sus obligaciones, no obstante lo cual el contrato fue suspendido en dos ocasiones por causas imputables de manera directa al Departamento del Magdalena y fue necesario suscribir dos (2) otrosíes con adición de plazo y modificar la cláusula de revisión de precios pactada, en el sentido de que la revisión de precios se debía reconocer con el índice de ajuste correspondiente al mes anterior a aquel en que se debió ejecutar inicialmente el contrato.

2.4. El contratista terminó la obra y le fue recibida a satisfacción, con certificado de ejecución total del contrato expedido por el interventor del contrato, esto es la U.T. I.C.E. LTDA., – BATEMAN INGENIERIA LTDA., presentándose la situación de que hubo mayores obras necesarias las cuales no se pagaron y se adeudan junto con el valor correspondiente a las actas de ajuste de precios No. 1 a No. 6.

2.5. El demandante narró que procuró la liquidación bilateral la cual no pudo realizarse por motivaciones imputables al Departamento del Magdalena.

2.6. De acuerdo con la demanda, el Departamento del Magdalena le adeuda a Carlos Vengal Pérez la suma de \$595'641.309.89 M/L según la liquidación que se adjuntó a la demanda, más los costos imputables por demoras y los causados por las reclamaciones administrativas, conciliatorias y judiciales que tuvo que adelantar el demandante.

3. Actuación procesal.

3.1. El Tribunal Administrativo del Magdalena admitió la demanda por auto de 5 de agosto de 2003 (folio 58, cuaderno 1).

3.2. Se ordenó la práctica de pruebas según auto de 3 de octubre de 2003, en el cual el Tribunal *a quo* decretó las pruebas documentales aportadas por las partes (folio 70, cuaderno 1).

3.3. El 5 de diciembre de 2003 se llevó a cabo la audiencia de conciliación judicial, en la cual se dejó constancia de que no existió ánimo conciliatorio.

3.4. Contestación de la demanda.

En la contestación a la demanda el Departamento del Magdalena indicó que las actas de ajuste de precios no fueron pagadas debido a que el Departamento se acogió a la Ley 550 de 1999 y le fue aceptada la solicitud de promoción para el acuerdo de reestructuración de pasivos el día 23 de junio de 2000, o sea en fecha posterior a la firma del contrato No. 043 de 2 de mayo de 2.000, así como informó que el acuerdo de reestructuración de pasivos fue firmado el 23 de julio de 2001 y no cobijó el pago de dichas actas de ajuste.

Agregó que la obra se recibió a satisfacción y que el Departamento no se comprometió a cancelar el valor de los ajustes de mayores obras y que como consecuencia del Acuerdo de Reestructuración realizado de conformidad con la Ley 550 de 1999, esas actas suscritas por las partes han debido ventilarse en otra jurisdicción, de conformidad con lo previsto en la Ley 550 de 1999 (folios 62 a 64, cuaderno 2).

3.5. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En la primera instancia, la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión al paso que la parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en su oportunidad.

La **parte demandante** alegó que la entidad demandada debe ser condenada a liquidar el contrato de obra; que el no pago constituye un daño antijurídico que no se hubiese producido si el Departamento del Magdalena hubiese cumplido con su deber y que por lo tanto debe ser condenado al pago de los perjuicios causados, con base en las actas de ajuste y las cuentas de cobro que fueron debidamente probadas en el proceso.

3.6. La sentencia impugnada.

El Tribunal *a quo* profirió sentencia el 22 de abril de 2004, en la cual declaró la liquidación judicial del contrato y estableció los valores adeudados por capital partiendo del reconocimiento de las obras adicionales por la suma de \$22'638.226,04 y del valor de ajustes de las actas No. 1 a 6, por monto de \$410'065.966,99, los cuales fueron debidamente actualizados y adicionados con los intereses moratorios de acuerdo con la liquidación de perjuicios que se realizó en la sentencia, la cual arrojó la suma total de \$686'028.478 pesos moneda corriente como valor de la condena impuesta a cargo del Departamento del Magdalena.

En las consideraciones de la sentencia es necesario destacar las siguientes:

“CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

(...)

Ahora bien delineado lo anterior advierte la Sala que en los folios 15 a 17¹ funge copia auténtica de un escrito intitulada “Acta de liquidación oficial del contrato de obra No. 043-00” acta esta signada por los señores Ingeniero Carlos Donado Henríquez a la sazón representante legal de la firma interventora del contrato en examen y Carlos Vengal Pérez contratista y aquí accionante. De suerte, pues, que se pregunta la Sala: Si el referido documento reviste la virtualidad para ser tenido como acta de liquidación del contrato? Para la colegiatura resulta indubitable que no. En efecto, para despejar tal tópico resulta por demás ilustrativa la cláusula séptima del contrato sub iuris atinente a las funciones del interventor que básicamente eran: “a) Velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato, tanto para el contratista como para el Departamento, b) Velar por la correcta ejecución del contrato (...)g) Suscribir actas de obra.”

Como se infiere de la presente transcripción resulta por demás palmar inferir que el interventor designado para la contratación subexámene no se le asignó la facultad de poder efectuar y suscribir actas liquidatorias puesto que tal atribución era privativa del ente oficial contratante. Tan cierto es ello que en el proyecto de acta adjunta figura que la misma debía ser signada tanto por el Secretario de Desarrollo de Infraestructura Departamental como por el representante legal del Departamento, de tal suerte que fuera (sic) concluir que en momento alguno se produjo la liquidación de consuno de tal contrato y mucho menos lo efectuó el ente territorial encausado siendo ello así le compete a esta colegiatura en vía judicial llevar a cabo la misma máxime si se considera que en el contrato se pactó tal previsión.

¹ Acta de liquidación final del contrato de obra No. 043-00 de fecha 24 de agosto de 2.001, suscrita entre el interventor y el contratista.

Pues bien está suficientemente acreditado que la demandada al negarse de común acuerdo a liquidar bilateralmente el contrato No. 043 de 2.000 ha asumido una conducta antijurídica desde el mes de julio de 2.001 fecha en que se cumplió el plazo contractual y el actor entregó la obra que fue recibida a satisfacción (...).

En tal virtud infiérese que deberá accederse a las pretensiones del libelo en razón precisamente de la actitud reprochable de la demandada que se ha constituido en la talanquera para que pueda el actor acceder al logro del provecho económico que esperaba obtener por motivo de la contratación celebrada.

LOS PERJUICIOS.

(...)

En la situación sub iuris los perjuicios derivan fundamentalmente del hecho de no haber pagado en oportunidad el precio convenido y en particular las actas de ajuste No. 1,2,3,4,5 y 6. Aparte de un acta adicional de mayores cantidades de obra de carpeta asfáltica, actas estas que incluso declara haber recibido y convalidado el ente oficial, empero, las cuales no han sido objeto de cancelación bajo el entendido de haberse acogido al acuerdo de reestructuración de pasivos normado en la Ley 550/99. En efecto, las actas en mención se relacionan así:

<i>Acta de ajuste definitivo del acta No. 1</i>	<i>\$18'405.546,01</i>
<i>Acta de ajuste definitivo del acta No. 2</i>	<i>\$26'791.001,72</i>
<i>Acta de ajuste definitivo del acta No. 3</i>	<i>\$19'865.099,73</i>
<i>Acta de ajuste provisional del acta No. 4</i>	<i>\$204'037.111,63</i>
<i>Acta de ajuste definitivo del acta No. 5</i>	<i>\$34'182.319,68</i>
<i>Acta de ajuste definitivo del acta No. 6</i>	<i>\$105'371,582,86</i>
<i>TOTAL AJUSTES</i>	<i>\$410'065.966,99</i>

“Amén de aflorar un acta en la cual se hace constar la realización de obras adicionales por valor de veintidós millones seiscientos treinta y ocho mil doscientos pesos con cuatro centavos (\$22'638.226,04)”

“Sumas estas que deberán serle reconocidos intereses moratorios en términos del numeral 8º del artículo 4º del al Ley 83 de 1990 (sic) en concordancia con el artículo 1º del decreto 679 de 1994, esto es se indexarán las sumas dinerarias adeudadas y se le aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal por el cual se procede así: (...)”

A continuación se presenta el resumen de la liquidación de perjuicios realizada por el Tribunal a quo:

Capital (\$22'638.226,04) actualizado más intereses:	\$ 35'484.491,00
Capital (\$410'065.960,00) actualizado más intereses:	\$650'543.977,00
Suma total:	\$686'028.478,00

3.7. Los recursos de apelación.

Las partes impugnaron la sentencia de primera instancia, pero solamente la parte demandante sustentó su recurso, por lo cual mediante auto del 4 de marzo de 2004 se declaró desierto el recurso interpuesto por el Departamento del Magdalena.

El demandante acotó su recurso a la solicitud de modificación de los numerales 3 y 4 de la parte resolutive de la sentencia en cuanto que a su juicio el Tribunal a quo ha debido condenar también en costas, teniendo en cuenta la temeridad de la conducta de la entidad territorial demandada, haciéndola consistir en que la demandada se resistió a la demanda sabiendo que no le asistía razón alguna. (Folios 102 a 105, cuaderno 2).

En el citado recurso precisó que los servidores públicos que se negaron a liquidar el contrato objeto del proceso incurrieron en una conducta pasible de acción disciplinaria de conformidad con el artículo 50 del Código Disciplinario Único.

El **Ministerio Público** guardó silencio en su oportunidad.

3.8. Grado jurisdiccional de consulta.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo y la cuantía de la condena impuesta por el Tribunal de origen, esta Corporación resolvió ordenar el trámite de la doble instancia en grado jurisdiccional de consulta, mediante auto del 28 de julio de 2005.

El **Ministerio Público** rindió concepto con fecha 21 de marzo de 2006, en el cual consideró que la sentencia debe ser confirmada respecto de la liquidación judicial del contrato y el pago debidamente actualizado, únicamente sobre el valor de las actas No. 1 y 2 y revocada en todo lo demás, por falta de prueba idónea de las otras actas y así mismo consideró que no procede la condena en costas, toda vez que no se encontró una conducta reprochable, dilatoria o abusiva de la parte

demandante, la cual se exigió para sustentar una condena en costas, en los términos del artículo 55 de la Ley 448 de 1998 (folios 159 a 161, cuaderno 2).

3.9. Audiencia de conciliación en segunda instancia.

Las partes se hicieron presentes a la audiencia de conciliación citada por ésta Corporación en la segunda instancia, en la cual la parte demandada propuso un acuerdo en los términos del concepto emitido por el Ministerio Público, el cual no fue aceptado por el accionante.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** la cláusula compromisoria; **2)** la competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto; **3)** ejercicio oportuno de la acción; **4)** facultades del Consejo de Estado en grado jurisdiccional de consulta; **5)** garantía de la *no reformatio in pejus* e inoperancia de la consulta; **6)** las pruebas aportadas al proceso; **7)** el caso concreto y **8)** costas.

1. De la cláusula compromisoria.

La Sala encuentra pertinente advertir la presencia de siguiente cláusula contenida en el Contrato No. 043 suscrito en la ciudad de Santa Marta el 2 de mayo de 2000:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA: CLÁUSULA COMPROMISORIA. Cualquier diferencia que surja entre las partes en relación a la ejecución de este contrato, se resolverá en la Oficina de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de ésta ciudad de conformidad con la Ley 23 de 1991 y el Decreto 2651 de 1991.”

Al respecto resulta pertinente tener presente que el Decreto 1818 de 1998, vigente para la época en que se suscribió el Contrato No. 043, definió el pacto arbitral como el acuerdo de las partes por medio del cual se decide someter a la decisión de particulares, en su condición de árbitros, el conocimiento de una determinada controversia.

Así dispuso el artículo 118 del Decreto en cita:

“CLÁUSULA COMPROMISORIA. Se entenderá por cláusula

compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.

Si las partes no determinan las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal.

Parágrafo. La cláusula compromisoria es autónoma respecto de la existencia y validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente”.

Del contenido de la anterior disposición se puede concluir que la cláusula compromisoria encuentra su fuente en un contrato y que tiene por objeto solucionar eventuales litigios entre las partes que lo celebran, mediante la decisión de árbitros instituidos como jueces transitorios especializados que cuentan con competencia para resolver el litigio.

Es igualmente dable deducir que la cláusula compromisoria debe pactarse antes de que llegue a surgir cualquier tipo de conflicto entre las partes que celebran el contrato que le da origen a la estipulación, ya sea incluyéndola en el contrato o en acto separado y la misma deberá contener básicamente la decisión de someter la diferencia al procedimiento del arbitraje, toda vez que en caso de falta de otras reglas aplican las disposiciones supletivas que estableció el Decreto 1818 de 1998² y, en tratándose de la cláusula compromisoria pactada en documento separado, se exigió especificar la designación de las partes y la determinación del contrato respectivo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 120 ibídem: *“La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato al que se refiere”*

El Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples providencias acerca de la naturaleza del pacto arbitral y sobre el particular ha concluido que el mismo siempre debe ser expreso, puesto que no es viable presumirlo dado que su finalidad, de trascendental importancia, consiste en habilitar la competencia de los árbitros”³ y consecuentemente, derogar competencia de los jueces

² El Decreto 1818 de 1998 reguló los Centros de Conciliación y Arbitraje a los cuales exigió definir su propio reglamento; definió el procedimiento arbitral, las facultades del Tribunal de Arbitramento, así como determinó el número de árbitros en caso del silencio de las partes.

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 838 del 24 de junio de 1995, Roberto Suárez Franco.

institucionales o permanentes.

La Sección Tercera también profundizó sobre la naturaleza y el alcance del pacto arbitral y ha establecido en reiterados pronunciamientos que la existencia de la cláusula compromisoria, como una de las modalidades del pacto arbitral, excluye la competencia de esta Jurisdicción. En providencia del 8 de junio de 2006, señaló:

*“A este mecanismo alterno, patrocinado por la Constitución Política en su artículo 116⁴ y desarrollado en un régimen jurídico particular compilado en su mayoría en el citado Decreto 1818 de 1998 -conocido como el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos-, se llega en virtud de pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, y por cuya inteligencia **las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces permanentes** (artículo 115 de la Ley 446 de 1998, compilado en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998)”⁵ (Resalta la Sala)*

Siguiendo la misma línea, mediante providencia del 20 de febrero de 2008, la Sala precisó:

*“Se tiene entonces que mediante la estipulación de una cláusula compromisoria⁶ las partes acuerdan someter “eventuales diferencias” que puedan surgir con ocasión de la suscripción de un contrato, de donde resulta evidente que: **i). La cláusula compromisoria contiene una renuncia anticipada, ex ante, que las partes convienen respecto de la jurisdicción permanente ante la eventualidad de un futuro conflicto entre ellas, por tanto, está llamada a aplicarse en relación con diferencias surgidas a partir de su celebración, aspecto que se denominará requisito temporal ii).** Esta cláusula está concebida desde el momento de su celebración, por tanto, para operar en caso de “eventuales diferencias”, sin que de manera concreta pueda anticiparse la existencia cierta de las mismas, es decir, no se fijan extremos de la controversia pues los conflictos son **futuros e inciertos**, aunque necesariamente deben estar directamente vinculados con el objeto del contrato que las origina, en estricto sentido **material**, de lo cual se colige que en ningún caso la cláusula compromisoria podría tener efectos en relación con materias no previstas o ajenas por completo a la relación jurídica de origen, como tampoco está llamada a generar, en principio, efectos retroactivos.*

⁴ ART. 116.—Modificado. A. L. 03/2002, art. 1º. “...Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley...”. Disposición concordante con los artículos 8 y 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2006. Expediente 32.398, Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ Artículo 118 del Decreto 1818 de 1998.

(...)

*Así las cosas, la interpretación que realice el operador judicial en relación con la **cláusula compromisoria** debe consultar la voluntad de las partes y a ella le son aplicables, por igual, las demás reglas de interpretación de los contratos, sin que el juez respectivo -arbitral o de anulación-, pueda sustituir el consentimiento que le da origen, condición que impone una valoración rigurosa de su contenido (...)"⁷.
(La subraya no es del texto).*

Con fundamento en las disposiciones legales analizadas y en la jurisprudencia de esta Corporación, hay lugar a concluir que la cláusula compromisoria requiere una manifestación expresa de las partes, en cuyo contenido reflejen su voluntad de someter al conocimiento y decisión de la justicia arbitral los conflictos que entre ellas puedan surgir con ocasión del contrato que celebran, "*voluntad ésta que es distinta de la voluntad contractual y por lo tanto se expresa dentro del mismo instrumento o acto jurídico, o por separado*"⁸, razón por la cual la Sala reitera la jurisprudencia de esta Corporación en cuanto que el pacto arbitral no puede presumirse y su existencia no puede deducirse por vía interpretativa.

En cuanto a viabilidad de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria, la Sala en su providencia de unificación del 18 de abril de 2013 recogió la tesis que había sostenido hasta el momento, así:

"Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, por el hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio de cada parte la escogencia de la jurisdicción que va a decidir el conflicto entre ella presentado, a pesar de haber convenido, en forma libre y con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, e implicaría admitir, también, la existencia de dos jurisdicciones diferentes y con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que sólo una de ellas pueden conocer y decidir sobre el particular."⁹

En la decisión de unificación que se acaba de referir, la Sala se detuvo en el análisis de la evolución jurisprudencial y fundamentó su decisión en varios aspectos legal y jurisprudencialmente definidos para la cláusula compromisoria, los cuales la llevaron a concluir –en jurisprudencia que se reitera en la presente

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2008, Expediente. 33. 670.

⁸ Sentencia del 16 de febrero de 2001. Expediente 18.063. Consejero Ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 18 de abril de 2013, expediente 17.859, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

oportunidad- que resulta improcedente la renuncia tácita de la cláusula compromisoria, teniendo en cuenta los siguientes fundamentos: i).- el carácter solemne y expreso que por mandato legal caracteriza a la cláusula compromisoria; ii).- la naturaleza autónoma de la cláusula compromisoria; iii).- los efectos procesales que el correspondiente pacto arbitral está llamado a generar; iv) el respeto a los principios de planeación e igualdad precontractual: v).- la facultad-deber del juez de lo contencioso administrativo de declarar oficiosamente los hechos que constituyen una excepción.

Ahora bien, regresando al caso concreto de la disposición contractual comentada, la Sala advierte que si bien la misma se encuentra bajo el título de “cláusula compromisoria”, lo cierto es que su contenido evidencia, sin lugar a la menor hesitación, que ella no contiene la voluntad de las partes encaminada a definir que sus diferencias se resuelvan a través del mecanismo del arbitramento, toda vez que en tal estipulación apenas si se hace referencia a una “oficina” a la que debían acudir las partes para resolver sus diferencias, pero nada se indicó acerca de la modalidad o alternativa de solución de conflictos que las partes estaría acordando, a lo cual debe agregarse que el acuerdo en examen consistió entonces en determinar un lugar para resolver las diferencias, pero tal “oficina” corresponde a una entidad que presta los servicios tanto de conciliación como de arbitraje.

Adicionalmente se advierte que por medio de las normas invocadas por las partes en la referida cláusula contractual se regulan diversos “*mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales*”, disposiciones que se refirieron, entre otros aspectos, a la figura de la conciliación o la de la amigable composición y a la del arbitraje, por lo tanto no es posible concluir en el presente caso la existencia de un acuerdo expreso entre las partes para someter sus diferencias a la competencia de Árbitros designados por la Cámara de Comercio de Santa Marta, en tanto ese alcance no aparece en parte alguna de la cláusula en examen, por lo cual, sin que por ello se modifique la tesis unificada en la providencia de 18 de abril de 2013, acerca de la improcedencia de la renuncia tácita a la cláusula compromisoria se concluye que en la presente litis la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha mantenido siempre su competencia para conocer del asunto por cuanto –se reitera- la cláusula citada no asignó competencia alguna a la institución arbitral.

2. Competencia del Consejo de Estado.

El contrato en cuyo seno se generaron los actos administrativos y las controversias planteadas en el presente proceso es un contrato de obra celebrado entre el Departamento del Magdalena y el señor Carlos Vengal Pérez, el día 2 de mayo de 2000, es decir en vigencia de las normas del Estatuto de Contratación Estatal contenido en la Ley 80 expedida en el año de 1993, el cual dispuso las reglas y principios de los contratos estatales y definió cuáles se han de tener como entidades estatales para efectos de la citada Ley, definición en cuyo contenido se encuentra cobijado el Departamento del Magdalena como entidad territorial, por disposición del artículo 2 de la citada Ley, amén de que el contrato de obra fue tipificado como contrato de carácter estatal de acuerdo con las voces del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Así pues, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75¹⁰ de la citada Ley 80, 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, por cuanto el demandado Departamento del Magdalena es un ente territorial de carácter departamental, dotado de personería jurídica y patrimonio propio, medida en la cual tiene el carácter de entidad estatal en los términos de la citada ley 80.

Se precisa que de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se definieron los contratos estatales con un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato, así:

“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 (...)”¹¹

¹⁰ 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.”*

¹¹ Según este artículo, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

Adicionalmente se tiene en cuenta que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y define el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

“Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

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

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

“Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.”

La norma legal transcrita, al definir el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, determinó que a la misma le compete “juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”, en lugar de “juzgar las

“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.

(...).”

controversias y litigios administrativos”, como disponía el anterior artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

Respecto de su alcance se pronunció la Sala mediante auto de febrero 8 de 2007, radicación 30.903, en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, señaló:

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

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

Por otra parte, precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión mayor se estimó por valor mayor a \$580'000.000, suma superior a la exigida para que un proceso iniciado en el año 2003 tuviera vocación de doble instancia, esto es \$36'946.000 de conformidad con las reglas de competencia aplicables en su oportunidad según lo dispuesto en el Decreto 597 de 1988.

3. Ejercicio oportuno de la acción.

Igualmente verifica la Sala que la acción contractual impetrada se instauró el día 17 de julio de 2003, dentro del término de dos (2) años establecido en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que el acta de liquidación del Contrato de Obra No. 043 de 2000 –la cual se encuentra *sub judice*- se suscribió el 24 de agosto de 2001 –entre el interventor y el contratista- en consecuencia la demanda se presentó oportunamente, esto es dentro de los dos (2) años siguientes a la liquidación del contrato, antes de que hubiera operado la caducidad judicial de la acción contractual.

Ahora bien, si se desestimara el acta de liquidación referida, en tanto ha sido desconocida como acto de liquidación en la sentencia de primera instancia, se tendría que el acta de recibo final de la obra lleva la fecha de fecha 27 de julio de

2001¹², con base en lo cual el Contrato de Obra No. 043 de 2000 ha debido liquidarse de mutuo acuerdo dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación, de conformidad con el término previsto en la Ley 80 de 1993, aplicable a falta de un plazo contractual para el efecto y de conformidad con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, a lo cual debe agregarse que *“si la Administración no liquidare el contrato durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes, o en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”*, por manera que en este caso el término de la caducidad judicial empezó a correr a partir del 27 de enero de 2002 –seis(6) meses después de la terminación contractual- y venció el 27 de enero de 2004, con lo cual se concluye igualmente por esta vía que la demanda se registró oportunamente, el 17 de julio de 2.003 y, por lo tanto, no hubo lugar a la caducidad de la acción.

4. Facultades del Consejo de Estado en grado jurisdiccional de consulta.

La Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-090/02, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, por el cual se modificó el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo¹³ en relación con el grado jurisdiccional de consulta y en su oportunidad declaró la exequibilidad de la norma en cita, con las siguientes consideraciones acerca del propósito de la consulta como mecanismo de protección de los intereses del Estado, así:

“8. Por el contrario, en el procedimiento administrativo, el propósito de la consulta es otro, pues allí busca garantizarse el cumplimiento de la ley y la protección de los intereses de las entidades del Estado. Ésta es la razón por la cual, el artículo 184 del código contencioso administrativo establece un supuesto de hecho restrictivo, al disponer que la consulta sólo procede cuando una sentencia impone una condena a cargo de una entidad pública que no ha ejercido defensa de sus intereses.

Por consiguiente, prima facie puede afirmarse que las diversas regulaciones sobre consulta no entran en contradicción, básicamente porque, como ha sido mencionado, establecer cuándo y cómo procede ésta, es una cuestión que debe ser determinada por el legislador. No

¹² De acuerdo con la certificación expedida por el secretario de Infraestructura Departamental del Departamento del Magdalena, que obra al folio 34 del cuaderno 1.

¹³ Derogado por la Ley 1437 de 2011 en la cual se eliminó el grado jurisdiccional de consulta.

prever su existencia o no instituir los mismos presupuestos de procedibilidad, no conlleva necesariamente a una inexecutable de su contenido.”

Ahora bien, corresponde aclarar ahora si resulta procedente conocer de manera simultánea del recurso de apelación del demandante y del grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad territorial demandada, de conformidad con lo que fue dispuesto dentro del presente proceso mediante auto del 28 de julio de 2005.

Lo anterior toda vez que en el estado en que se encuentra el proceso, bajo el grado jurisdiccional de consulta la Sala no estaría limitada por el principio de la *no reformatio in pejus* y por lo tanto podría estudiar todos los extremos de la controversia y no únicamente aquellos referidos en el recurso de apelación que se promovió por la parte demandante.

En este punto la Subsección considera necesario poner de presente la postura jurisprudencial unificada por la Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia del 9 de febrero de 2012, expediente 21060, oportunidad en la cual se pronunció acerca del asunto planteado con las consideraciones que se transcriben *in extenso* a continuación:¹⁴

“Procede la Sección Tercera de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a unificar su Jurisprudencia en relación con i) la competencia del Juez ad quem con ocasión del recurso de apelación y ii) la improcedencia del grado jurisdiccional de consulta cuando la sentencia sea apelada, ello dentro de la resolución del recurso de alzada que dentro del presente caso interpuso la parte demandante contra la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo del Meta, día el 2 de mayo de 2001, mediante la cual se decidió lo siguiente:

(...)

2.2. La competencia de la Sala en el sub iudice y la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, tras la entrada en vigor de la Ley 446 de 1.998, cuando la sentencia condenatoria de primera instancia es apelada.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, expediente. 21060, radicación No.:500012331000199706093 01 (21.060), actor: Reinaldo Idárraga Valencia y otros, demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército, referencia: Sentencia de Unificación Jurisprudencial. En reiteración de esta jurisprudencia véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, 11 de julio de 2013, radicación número: 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252), actor: Luis Alberto Quilindo Alegría, demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – Inpec, referencia: acción de reparación directa.

La modificación que introdujo la Ley 446 de 1998 a la regulación normativa del grado jurisdiccional de consulta resulta aplicable al presente proceso, toda vez que el artículo 164 del mencionado cuerpo normativo establece lo siguiente:

«En los procesos iniciados ante la jurisdicción contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación».

Si bien la norma legal en cita no hace alusión expresa al trámite del grado jurisdiccional de consulta, resulta claro que en otras ocasiones la Sala ha considerado que el mencionado grado jurisdiccional debe entenderse también previsto en ella por aplicación analógica¹⁵, de manera que al haberse proferido la sentencia de primera instancia el día 2 de mayo de 2001 y surtido todo el procedimiento relacionado con su ejecutoria e impugnación, como es obvio, con posterioridad a dicha fecha, resulta aplicable al presente asunto el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, el cual entró en vigor el día 8 de julio de 1998¹⁶, esto es, antes de haber sido emitido el fallo por parte del a quo y antes de haberse remitido el proceso al Consejo de Estado para llevar a cabo el trámite de la segunda instancia.

Pues bien, el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo establece los presupuestos que deben concurrir para que proceda el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de primera instancia:

“Art. 184.- Consulta. *Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.
(...)”*

Del tenor de la norma transcrita se desprende que los requisitos cuya concurrencia se precisa a efectos de que deba tramitarse el grado jurisdiccional de consulta en relación con la sentencia de primera instancia, son los siguientes:

1. Que el proceso tenga vocación de doble instancia, en razón de su cuantía;

¹⁵ En tal sentido puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinticuatro (24) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Referencia: 13.108; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de agosto de dos mil seis (2006); Radicación número: 7007-23-31-000-951105046-01; Expediente No. 16.765.

¹⁶ La mencionada Ley 446 de 1998 fue publicada en el Diario Oficial No. 43.335, de 8 de julio de 1998.

2. Que la condena impuesta por el a quo en la sentencia, a cargo de una entidad pública, sea superior a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales o que la sentencia se haya proferido en contra de una persona que hubiere sido representada en el proceso judicial por curador ad litem y

3. Que la sentencia de primera instancia no haya sido apelada.

La tercera de las exigencias en cuestión es aquella en la cual la Sala habrá de centrar su atención en esta oportunidad a efectos de dilucidar si no habiendo presentado recurso de apelación la entidad demandada –y condenada en primera instancia–, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta a pesar de que contra el fallo del Tribunal Administrativo del Meta hubiere sido interpuesto, debidamente sustentado y, en su momento, admitido el recurso de alzada por parte del extremo demandante.

En este punto resulta de la mayor importancia destacar que el mencionado requisito fue modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, comoquiera que antes de la mencionada reforma, el artículo 184¹⁷ del Código Contencioso Administrativo establecía que toda sentencia o auto sobre liquidación de condenas a cargo de la Administración debían ser consultados, aún cuando no fueran apeladas por la entidad pública condenada, sin embargo parte de la modificación que se introdujo a la norma en examen consistió en suprimir el requisito de que no hubiere sido “la administración” la que hubiere interpuesto el recurso de apelación para que se debiere tramitar el correspondiente grado jurisdiccional de consulta y, por tanto, la exigencia legal se amplió para efectos de puntualizar entonces que a dicho revisión oficiosa del fallo de primer grado únicamente habría lugar cuando la sentencia respectiva no hubiere sido apelada.

Y en relación con este asunto, la Sala reitera la postura que en ocasión anterior ha sostenido –y alrededor de la cual ahora unifica su Jurisprudencia– en el sentido de que cuando la sentencia de primera instancia por la cual se impone una condena superior a 300 SMLMV a cargo de una entidad pública ha sido apelada por alguna de las partes, no procede tramitar el grado jurisdiccional de consulta, después de la entrada en vigor de la modificación introducida al artículo 184 del Código Contencioso Administrativo por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998. En esta dirección se ha expresado lo siguiente¹⁸:

“Vale la pena anotar que esta situación no puede presentarse, en ningún caso, en los procesos regidos por la Ley 446 de 1998, dado que, según lo dispuesto en su artículo 57, que modificó el 184 del Código Contencioso Administrativo, sólo deberán consultarse con el superior las sentencias que no fueren apeladas, de manera que la interposición del recurso de alzada por cualquiera de las partes excluye el trámite de la consulta. Cosa distinta sucede con los

¹⁷ “Así se evidencia con claridad del examen comparativo de los textos legales en mención: (...)”

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de mayo de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; Expediente: 15.170 (R-00292); Actor: Jorge Alberto Vargas Buitrago y otros.

procesos que, como éste, se rigen por la norma anterior, según la cual la consulta procedía siempre que la sentencia respectiva no hubiere sido apelada por la administración¹⁹” (énfasis añadido).

Respecto de la interpretación que debe dársele al artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado:

“En apoyo de la posición que en relación con este extremo asume la Sala, además de la razón derivada de la interpretación exegética del artículo 57 de la Ley 446 de 1.998 militan, cuando menos, dos argumentos adicionales:

(i) La Ley 446 de 1998 es un cuerpo normativo expedido con el claro propósito de propender, entre otros objetivos, por la mayor agilidad —celeridad— y eficacia de la Administración de Justicia. Así se desprende, de forma palmaria, de los planteamientos consignados en su Exposición de Motivos, en la cual puede leerse lo siguiente:

«En efecto, resulta posible pensar que muchas personas, para quienes la justicia tradicional no actúa de manera ágil y efectiva o no responde eficazmente a su necesidad de solucionar problemas de carácter jurídico, acudan a soluciones ajenas a la institucionalidad y, en muchas ocasiones, generadoras de mayores conflictos. Por lo anterior, se evidencia la necesidad, cada vez mayor, de dotar al Estado y a los particulares de medios que les permitan encarar sus conflictos en forma más positiva, ya que, desde antiguo se ha reafirmado que la ley del talión no debe encontrar eco dentro de las sociedades civilizadas.

(...)

Por tal virtud, se deben adoptar nuevos mecanismos que conjuguen los fines esenciales del Estado con las garantías consagradas en favor de todos los ciudadanos y en favor de la eficiencia que debe caracterizar a la Administración de Justicia.

(...)

Siguiendo este derrotero, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, fijó dentro de los principios que han de regir esta función pública los siguientes:

(...)

- La celeridad.

Según el cual la Administración de Justicia debe ser pronta y cumplida, lo que implica que los Jueces deben resolver de manera imparcial, efectiva y diligente las diversas situaciones que las personas someten a su conocimiento, en los precisos términos y oportunidades que señala el ordenamiento. Es, pues, el derecho fundamental de las personas a tener un proceso ágil y sin retrasos indebidos tal como lo ordena el artículo 228 de la Constitución Política.

¹⁹ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 2000, expediente: 11.898, actor: José Francisco Montero Ballén, C.P: Alier Eduardo Hernández Henríquez.

- La eficiencia.

Bajo el entendido de que, además de la observancia de los términos señalados en la ley —celeridad—, los jueces deben ser diligentes en la sustanciación de los procesos y atender con calidad y efectividad los asuntos a su cargo»²⁰.

En consonancia con lo anterior, cualquier duda interpretativa que la normatividad introducida por la Ley 446 de 1.998 suscite, debe despejarse optando por la alternativa hermenéutica que resulte más proclive a la materialización de los objetivos recién referidos, lo cual, tratándose de la regulación que el antecitado artículo 57 del cuerpo normativo en mención efectúa del grado jurisdiccional de consulta, conduce al juzgador a interpretarla de manera que dicho trámite procesal solamente debe surtirse en los precisos términos y en las estrictas condiciones señaladas por la norma, pues, en los demás eventos, deben hacerse prevalecer la agilidad en la instrucción del expediente y la eficiencia en la decisión de fondo de los asuntos.

(ii) La modificación introducida por el artículo 57 de la Ley 446 de 1.998 al artículo 184 del Código Contencioso Administrativo refuerza la idea-principio de acuerdo con la cual, si bien es cierto que resulta usual que una de las partes en los litigios de los cuales conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sea el Estado o alguna de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, no lo es menos que, de cara al proceso, el Juez ocupa una posición de tercero imparcial, respecto del cual el Estado —las más de las veces, la Administración— no ostenta —ni puede ostentar— posición de preeminencia o exorbitancia alguna, de manera que es la propia entidad pública demandada y no el Juez de lo Contencioso Administrativo, aquella que tiene la responsabilidad de asumir la defensa de los intereses que gestiona, que no son otros, dicho sea de paso, que los intereses generales.

En línea con cuanto se viene sosteniendo, aún cuando en relación con el cuestionamiento efectuado ante el Juez de lo Contencioso Administrativo en torno a la legalidad de un acto administrativo, se ha señalado, con razón, que la distinción constitucional de funciones entre Ramas del Poder Público impide que el Juez supla la falta de fundamentación o de motivación del acto censurado, llevando a cabo, en sede judicial, la ponderación entre la pluralidad de principios, derechos o intereses jurídicos que entran en colisión en el caso concreto y que debieron ser acopiados y tenidos en cuenta por la Administración a lo largo de la instrucción del procedimiento administrativo previo a la adopción de su decisión, pues el control judicial “no se articula para el servicio objetivo del interés general, función que corresponde a la Administración”, con lo cual, “una sentencia que tal cosa hiciera estaría, a nuestro

²⁰ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley número 234 de 1.996, Cámara, “por la cual se dictan normas sobre eficiencia y descongestión en la justicia y se promueve el acceso a la misma”; Gaceta del Congreso, número 621, 24 de diciembre de 1.996, pp. 21-24.

entender, excediendo el ámbito de sus posibilidades constitucionales²¹.

Si se trasladan los aludidos razonamientos al extremo del cual se ocupa la Sala en el presente apartado, resulta menester concluir que una instancia judicial que asumiera, de manera oficiosa y sin respaldo expreso y explícito en un mandato contenido en el ordenamiento jurídico —lo cual, de suyo, conllevaría un evidente desconocimiento del principio de legalidad—, la defensa de los intereses gestionados por la Administración Pública, irrumpiría, de manera indebida, en la esfera competencial de otra Rama del Poder Público que se encuentra constitucional y legalmente compelida, por lo demás, a asumir, motu proprio, dicha tarea, al punto que la inobservancia de la referida obligación debería traducirse en la deducción de la correspondiente responsabilidad disciplinaria a aquellos quienes desatienden el llamado que el ordenamiento formula a los servidores públicos en el sentido de defender, de la mejor manera posible, los intereses —patrimoniales o de cualquiera otra índole— a los cuales sirve la entidad pública de la cual se trate.

Por consiguiente, un Juez de lo Contencioso Administrativo que de trámite al grado jurisdiccional de consulta en supuestos no previstos de manera expresa por el ordenamiento jurídico no sólo desconoce el principio de legalidad de la actuación de las autoridades públicas sino que, adicional e indebidamente, incursiona dentro de la órbita competencial de otra Rama del Poder Público, con el consecuente detrimento que ello supone para el principio de separación de poderes, tan caro a los fundamentos consustanciales al Estado Social y Democrático de Derecho diseñado por la Constitución Política²².

Aunado a lo anterior, la Sala considera pertinente resaltar que en la Constitución Política se le impone al juez el deber de actuar con absoluta independencia, al someterlo exclusivamente al imperio de la ley (artículo 230), cuestión que constituye una garantía fundamental para las partes, como lo son también los principios constitucionales de igualdad y de imparcialidad (artículo 209) que naturalmente obligan también a los jueces de la República y que comportan la necesidad de que dichos jueces brinden idéntico trato a las partes de cada proceso, salvo cuando exista norma expresa que contenga determinaciones en sentido diverso; de lo anterior se concluye que el objetivo del proceso contencioso, en la actualidad, consiste en obtener la verdad procesal a partir de la igualdad de las partes en cuanto deben disponer de las mismas oportunidades e instrumentos para controvertir las decisiones proferidas a lo largo del procedimiento, sin que alguna de ellas ostente una condición prevalente que limite o restrinja los derechos de los demás sujetos procesales o de los terceros intervinientes.

Así lo ha señalado la Corte Constitucional en su jurisprudencia:

²¹ Cfr. PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2.001, pp. 787 y 788.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2008, expediente No, 16.739.

*“La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrado en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la **igualdad ante la ley** y la **igualdad de protección y trato por parte de las autoridades**. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley.”²³*

“El artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Por su intermedio, se le otorga a los individuos una garantía real y efectiva, previa al proceso, que busca asegurar la realización material de éste, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de indefensión frente a la inminente necesidad de resolver las diferencias o controversias que surjan entre los particulares -como consecuencia de sus relaciones interpersonales-, o entre éstos y la propia organización estatal.”²⁴

*Síguese de lo anterior que en **el asunto sub examine**, toda vez que la sentencia de primera instancia fue apelada por la parte actora, no procede surtir el grado jurisdiccional de consulta. Ello se traduce en que la Sala en principio solo tiene competencia para revisar el fallo del a quo en relación con los aspectos objeto del recurso interpuesto y no respecto de todos los elementos que dieron lugar a la imposición de la condena en contra de la entidad demandada y a favor de esta, de suerte que no procede modificar dicho pronunciamiento sin limitación alguna, aún agravando la situación del apelante, dado que el trámite exclusivo del recurso de alzada impone la aplicación del aludido principio de la non reformatio in pejus en favor del impugnante único, en virtud de lo preceptuado por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.”*

Así las cosas, de acuerdo con la Sentencia de Unificación transcrita, resulta perfectamente claro que en el presente caso el Consejo de Estado no cuenta con competencia para revisar y menos para modificar la sentencia de primera instancia

²³ Corte Constitucional, M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-836-01, 9 de agosto de 2001.

²⁴ Corte Constitucional, M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-426-02, 29 de mayo de 2002.

en grado jurisdiccional de consulta, en aspectos que no fueron objeto del recurso presentado por el apelante único.

Todo cuanto antecede se pone de presente en orden a concluir que en el caso *sub iudice* la competencia de la Sala se contrae exclusivamente a aquellos puntos que fueron objeto de la apelación del demandante, esto es los numerales 3 y 4 de la sentencia de primera instancia, en cuanto se denegó la condena en costas solicitada por el actor.

5. Garantía de la no reformatio in pejus e inoperancia de la consulta.

En Sentencia de Unificación SU 1722 de 2000 la Sala Plena de la Corte Constitucional estudió la tensión existente entre el principio constitucional de la *no reformatio in pejus* contenido en el artículo 31 de la Constitución Política, según el cual se proscribe la agravación de la condena en contra del apelante único y el principio de legalidad contenido en el artículo 29 de la misma Carta Constitucional, frente al caso del condenado asistido en calidad de apelante único pero procesado por un delito sometido al grado jurisdiccional de consulta, evento en el cual concluyó que prima el principio de la *no reformatio in pejus*, así:

“Admitir interpretación en contrario, es decir, aceptar que el operador jurídico puede entrar a aumentar la condena en los casos de apelante único por el sólo evento del grado de consulta, es introducir una cláusula interpretativa que no admite la norma del inciso 2º del artículo 31 constitucional, conforme al cual "el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único". En los casos que son objeto de revisión, tanto el extinto tribunal nacional, como la Sala de Casación Penal introdujeron una excepción a la norma constitucional que el propio texto constitucional no prevé, pues la previsión del artículo 31 es plena, clara, explícita, al establecer las condiciones modales que impiden el aumento de la pena.

Más aún, y por sólo gracia de discusión, aún en el evento en el que hubiese argumentos interpretativos para pensar que la consulta puede aumentar el monto de la condena, estos habrán de ser desechados pues adicionalmente contraviene el principio de favorabilidad.

Más adelante la Corte Constitucional reafirmó la jurisprudencia vigente y destacó el carácter de derecho fundamental de la *no reformatio in pejus*, en la siguiente forma:

“La proscripción de la reforma en perjuicio del condenado que es apelante único es un derecho fundamental. Y lo es en múltiples dimensiones. Lo es formalmente en cuanto ha sido dotado por el constituyente, de manera expresa, de esa calidad. Lo es materialmente porque se trata de un derecho del individuo que se ha transformado en derecho constitucional positivizado. Y lo es procesalmente en cuanto se trata de un derecho cuya formulación jurídica no está al alcance de los poderes jurídicos constituidos. La no reformatio in pejus, como derecho fundamental, afianza un ámbito de realización del ser humano en un espacio concreto y, de forma correlativa, delimita el espacio de acción estatal. Si bien el Estado, tras la comisión de un delito, se halla legitimado para adelantar un proceso, demostrar la responsabilidad que les asiste a los autores o partícipes y someterlos a una pena, no puede hacerlo de cualquier manera pues debe respetar las barreras de contención impuestas por el constituyente. Y entre tales barreras se encuentran los derechos fundamentales de los individuos y, para lo que aquí interesa, aquél que le garantiza a un condenado que su pena no será agravada si está asistido de la calidad de apelante único²⁵.

Ahora bien, la *no reformatio in pejus* constituye una garantía para al apelante único en cuanto no se podrá agravar su situación, en tanto la otra parte se abstuvo de sustentar inconformidad alguna para con la sentencia impugnada, de manera que se entiende en firme todo aquello que no fue materia del recurso, tal como se observa claramente del artículo 212 del Código Contencioso Administrativo, en el cual se advierte la consecuencia de la falta de sustentación en cuanto dispone que *“si el recurso no se sustenta oportunamente, se lo declara desierto y ejecutoriada la sentencia objeto del mismo”*, por manera que como consecuencia del principio de la *no reformatio in pejus* el apelante único goza de la firmeza de la decisión en los aspectos que no han sido materia de apelación, lo cual se asegura también por la vía del principio de congruencia en cuanto en el recurso de apelación la competencia del Juez se debe circunscribir a los asuntos materia del mismo, en los términos del artículo 175 del Código de Procedimiento Civil.²⁶

Acerca de este punto el Consejo de Estado se ha pronunciado en reiteradas oportunidades para efectos de resaltar que la garantía de la *no reformatio in pejus*

²⁵ Sentencia T-1186/03, Magistrado Ponente: Doctor Jaime Córdoba Triviño.

²⁶ En este sentido se ha pronunciado la presente Subsección, en diversas oportunidades, Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, 10 de febrero de 2011, radicación número: 63001-23-31-000-1997-04685-01(16306), actor: Consorcio Distrimundo, demandado: Municipio de Armenia-Quindío, referencia: acción de nulidad y restablecimiento del derecho

tiene el carácter de límite respecto de la competencia del Juez de segunda instancia, así:

“Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez ad quem, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia la constituye la garantía de la non reformatio in pejus, por virtud de la cual no resulta válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia. Dicha garantía, que le imposibilita al juez de la segunda instancia agravar la situación del apelante o resolverle en su perjuicio y que se circunscribe a los eventos en los cuales el cuestionamiento del fallo proviene de quien ha de aparecer como apelante único, encuentra expresa consagración constitucional en el artículo 31 de la Carta Política.”²⁷

Por lo anterior se concluye que, en respeto del principio de la *non reformatio in pejus* que asiste al apelante único, en el presente caso la Sala no puede pronunciarse sobre las decisiones de primera instancia que se encuentran en firme por no haber sido materia de recurso de apelación, lo cual quiere decir que en esta providencia no se estudiará el cumplimiento o incumplimiento en los pagos originados en el contrato No. 043, ni su estatus frente a la situación de la Ley 550 de 1990, como tampoco se emitirá pronunciamiento acerca de la liquidación del contrato No. 043 y de la suma determinada como saldo a cargo del Departamento del Magdalena en la sentencia de primera instancia, razón por la cual la decisión de segunda instancia se debe acotar exclusivamente a los asuntos materia de la apelación presentada por el demandante como apelante único, en este caso los referidos a la condena en costas que fue negada por el Tribunal a quo, sin perjuicio de la actualización del valor de la condena impuesta en primera instancia.

6. Las pruebas aportadas al proceso.

6.1. Los siguientes documentos fueron aportados por el demandante en copia autorizada por la Secretaría de Gestión Administrativa Integral del Departamento

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 13 de febrero de 2013, radicación número: 50001-23-31-000-1999-00165-01(25310), actor: Ana Tilde Ortiz de Bernal, demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, referencia: apelación sentencia, acción de reparación directa. En el mismo sentido véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera Ponente: Stella Conto Diaz Del Castillo, sentencia de 30 de enero de 2013, radicación número: 18001-23-31-000-1999-00278-01(22060), actor: José Antonio Cárdenas Rojas, demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, referencia: apelación sentencia - acción de reparación directa; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 14 de abril de 2010, radicación número: 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214), actor: Federico Saúl Sanchez Malagón, demandado: Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Obras Públicas, referencia: acción contractual.

del Magdalena y, por lo tanto, de acuerdo con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, se tienen como pruebas idóneas:

6.1.1. Contrato de Obra No. 043 suscrito el 2 de mayo de 2000 entre el Departamento del Magdalena y el señor Carlos Vengal Pérez.

6.1.2. Contrato Adicional No. 2 al Contrato de Obra No. 043 de 2000, suscrito el 22 de marzo de 2001 entre el Departamento del Magdalena y el señor Carlos Vengal Pérez.

6.1.3. Acta de Liquidación Final del Contrato de Obra No. 43-00, de fecha 24 de agosto de 2001, suscrita por el Interventor del Contrato y el señor Carlos Vengal Pérez, en la cual se anuncia el visto bueno del Secretario de Desarrollo de Infraestructura y la firma de "El Departamento", los cuales no aparecen en el documento aportado.

6.1.4. Cuadro de liquidación de valor a pagar por concepto del Acta No. 01 del contrato No. 043 (folio 18, cuaderno 1).

6.1.5. Acta de Ajuste de Precios del Acta de Obra No. 1 del Contrato No. 043- 00, la cual arrojó un valor de ajuste de \$18'045.546,01 calculado con base en el valor ejecutado por la suma de \$600'607.455,19, con corte al mes de octubre de 2000; documento que se presentó con la firma del contratista, señor Carlos Vengal Pérez, el representante legal de la UNIÓN TEMPORAL I.C.E. LTDA., BATEMAN INGENIERIA LTDA., - interventora del contrato-, el Director de Interventoría de la mencionada unión temporal y el Secretario de Desarrollo de la Gobernación del Magdalena, sin fecha de elaboración o de radicación del acta (folio 19 cuaderno 1).

6.1.6. Cuadro de liquidación del valor a pagar por concepto de Acta No. 02 del Contrato No. 043 (folio 20, cuaderno 1).

6.1.7. Acta de Ajuste de Precios del Acta de Obra No. 2 del Contrato No. 043- 00 la cual arrojó un valor de ajuste de \$26'791.001,72 calculado al mes de octubre de 2000, documento que se presentó

con la firma del contratista, señor Carlos Vengal Pérez, el representante legal de la UNIÓN TEMPORAL I.C.E. LTDA., BATEMAN INGENIERIA LTDA., -interventora del contrato- el Director de Interventoría de la mencionada unión temporal y el Secretario de Desarrollo de la Gobernación del Magdalena, sin fecha de elaboración o radicación del acta (folio 22 cuaderno 1).

6.1.8. Cuadro de liquidación del valor a pagar por concepto de Acta No. 03 del Contrato No. 043 (folio 21, cuaderno 1).

6.1.9. Certificación expedida por el Secretario de Infraestructura Departamental del Magdalena, con fecha 14 de enero de 2002, en la cual certificó que:

“El Ingeniero CARLOS VENGAL PÉREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 7’456,295 de Barranquilla (Atlántico), ejecutó el contrato No. 043 de fecha mayo 2 del 2.000 cuyo objeto es el MEJORAMIENTO DE LA VIA SALAMINA – PIVIJAI (13 KMS) EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA.

VALOR DE LAS OBRAS EJECUTADAS: CUATRO MIL NOVENTA MILLONES SETESCIENTOS NOVENTA Y UN MIL SETESCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS CON 84/100 M.L. (\$4.090’791.791,84).

FECHA DEL ACTA DE RECIBO FINAL: JULIO 27 DE 2.001 INTERVENTOR UNION TEMPORAL INGENIEROS CIVILES ESPECIALISTAS – BATEMAN INGENIERIA LTDA.“

6.2. Las siguientes facturas de venta fueron aportados con firma original de la parte demandante, las cuales se tienen como prueba, en términos del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto se refiere a la emisión de la respectiva factura:

6.2.1. Factura de venta No. 276 con fecha de expedición de julio 30 de 2001, por concepto de actas de ajuste No. 1 a No. 5, por valor total de \$408’652.661, 63, sin fecha de vencimiento, ni constancia de radicación o aceptación por parte del Departamento del Magdalena.

6.2.2. Factura de venta No. 287 con fecha de expedición de julio 26 de 2001, por concepto de acta de recibo de obra No. 6, por valor total

de \$3'912.644,97, sin fecha de vencimiento, con constancia de recibido impresa a mano con la firma del señor Alex Mejía V. –sin identificación alguna de cargo o entidad- con nota que dice: “*para su estudio no significa aceptación*”, documento que se presentó sin radicación o aceptación por parte del Departamento del Magdalena.

6.2.3. Factura de venta No. 275 con fecha de expedición de julio 30 de 2001, por concepto de acta de recibo de obra No. 5 por valor total de \$284'450.562,27, sin fecha de vencimiento, ni constancia de radicación o aceptación del Departamento del Magdalena.

6.2.4. Factura de venta No. 449 con fecha de expedición de abril 21 de 2003, por concepto de acta de reajuste de precios provisional por valor total de \$16'712.782,57 sin fecha de vencimiento, ni constancia de radicación o aceptación del Departamento del Magdalena.

7. El caso concreto.

7.1. La condena en costas.

Habida cuenta que el recurso de apelación se contrae al tema de la condena en costas, la Sala procede al siguiente análisis:

Para el momento en que se dicta este fallo, aplica el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 el cual dispuso que sólo habría lugar a la imposición de costas teniendo en cuenta “*la conducta asumida por las partes*”, acerca de lo cual la jurisprudencia del Consejo de Estado estableció que la condena en costas resulta procedente en tanto se encuentre una conducta temeraria, “claramente verificable” acerca de la dilación o abuso de los derechos de la parte vencida²⁸, por lo cual la Sala advierte que el hecho de presentar argumentos de defensa no puede ser en caso alguno entendido como actitud temeraria o dilatoria, como pretende el demandante.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 18 de febrero de 1999, Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque, expediente 10.755; acerca del criterio subjetivo de valoración de las costas en la norma de la Ley 446 de 1998, se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-43 de enero 27 de 2004, Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra.

Por el contrario, en este caso el Departamento de Magdalena esgrimió en su defensa argumentos puntuales acerca de la situación de improcedencia del cobro de las cuentas y los pagos respectivos, frente a la circunstancia de encontrarse en su momento bajo el régimen de la Ley 550 de 1999, norma que en efecto somete a la entidad territorial a un régimen particular acerca de los pagos, con lo cual invocó una defensa de carácter legal, independientemente de que a la postre ello no hubiera prosperado en la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, acerca de la afirmación sobre la posible responsabilidad disciplinaria de los funcionarios –no identificados- que supuestamente se negaron a acceder a la solicitud de liquidación bilateral del contrato, la Sala no encuentra prueba ni indicio de tal negativa, amén de que en este caso se aportó un acta de liquidación con firma del contratista y del interventor del contrato, sin encontrar al respecto constancia o documento alguno de la presentación de salvedades o de requerimientos por parte del contratista en relación con dicha acta, por manera que se concluye que la afirmación del citado recurso no identificó una causa que pueda dar lugar a traslado a la autoridad competente para investigación disciplinaria, toda vez que no pasó de ser una mera invocación del demandante utilizada para reforzar la solicitud de revocar la ausencia de condena en costas dentro del proceso, sin que se encuentre hecho alguno acerca de la supuesta renuencia o negativa en la actuación de los funcionarios del Departamento del Magdalena.

7.2. Actualización de la condena

En la sentencia de primera instancia la liquidación de la condena se realizó de conformidad con el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, cuyo cumplimiento fue invocado específicamente dentro de las obligaciones del Departamento en la letra d) de la cláusula quinta del Contrato No. 043.

En este sentido el Tribunal *a quo* procedió a aplicar la tasa equivalente al doble del interés legal civil, del 12% anual, sobre el valor histórico actualizado, hasta la fecha de la sentencia, esto es 22 de abril de 2004, lo cual arrojó una suma de \$686'028.478.

En consecuencia el monto de la condena debe actualizarse en la misma forma, hasta la fecha de la presente sentencia, con base en lo previsto por el artículo 1 del Decreto 679 de 1994, sustituido con idéntico texto por el artículo 36 del Decreto 1510 de 2013²⁹.

7.2.1. Actualización del valor histórico.

Con base en la variación del índice de precios al consumidor, publicado por el DANE, se aplicará la siguiente fórmula:

$$V_p = \frac{V_h \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

V_p: Corresponde al valor actualizado

V_h: Es el valor histórico o inicial, en este caso el de la sentencia de primera instancia.

Índice Final: Corresponde la índice de variación de IPC vigente a la fecha de este fallo, es decir 114,23³⁰.

Índice inicial: Es el índice de variación a la fecha de inicio, en este caso abril de 2004, esto es 78,74³¹.

$$V_p = \$ 686'028.478. \times 114,23 / 78,74$$

$$V_p = \$ 995'237.910,10$$

7.2.2. Intereses moratorios.

²⁹ "Artículo 36. De la determinación de los intereses moratorios. Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4°, numeral 8° de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos".

³⁰ Fuente: dane.gov.co, índice de precios, series de empalme, último índice publicado: septiembre de 2013.

³¹ Fuente: dane.gov.co, índice de precios, series de empalme, índice publicado para el mes de abril de 2004.

De conformidad con la norma sobre intereses moratorios vigentes se actualizará el monto correspondiente con el 12% anual o proporcional por fracción de tiempo, de acuerdo con la fórmula tradicionalmente utilizada por el Consejo de Estado, siguiendo los dictados del artículo 1º del Decreto 679 de 1994, hoy sustituido por el artículo 36 del Decreto 1510 de 2013, la cual arroja el siguiente resultado:

VALOR INICIO PERIODO	AÑO	IPC	VALOR DEL INCREMENTO CON BASE EN EL IPC (valor inicial x ipc/100)	VALOR ACTUALIZADO AL CIERRE DEL PERIODO (valor inicial + valor del incremento)	INTERESES DE 12% ANUAL O PROPORCIONAL (valor actualizado x 12 /100, o proporcional al número de meses)
\$ 686.028.478,00	2004	3,65 ³²	\$ 25.040.039,45	\$711.068.517,45	\$ 63.996.166,57
\$ 711.068.517,45	2005	4,85	\$ 34.486.823,10	\$745.555.340,55	\$ 89.466.640,87
\$ 745.555.340,55	2006	4,48	\$ 33.400.879,26	\$778.956.219,81	\$ 93.474.746,38
\$ 778.956.219,81	2007	5,69	\$ 44.322.608,91	\$823.278.828,72	\$ 98.793.459,45
\$ 823.278.828,72	2008	7,67	\$ 63.145.486,16	\$886.424.314,88	\$ 106.370.917,79
\$ 886.424.314,88	2009	2,00	\$ 17.728.486,30	\$904.152.801,18	\$ 108.498.336,14
\$ 904.152.801,18	2010	3,17	\$ 28.661.643,80	\$932.814.444,98	\$ 111.937.733,40
\$ 932.814.444,98	2011	3,73	\$ 34.793.978,80	\$967.608.423,78	\$ 116.113.010,85
\$ 967.608.423,78	2012	2,44	\$ 23.609.645,54	\$991.218.069,32	\$ 118.946.168,32
\$ 991.218.069,32	2013	2,16 ³³	\$ 21.410.310,30	\$1.012.628.379,62	\$ 91.136.554,17
TOTAL INTERESES					\$998.733.733,92

7.3. Valor actualizado de la condena.

De acuerdo con los montos anteriores, se tiene que el valor actualizado de la condena se establece por la sumatoria del valor histórico ajustado con la variación del IPC, más los intereses moratorios, así:

Valor actualizado =	\$ 995'237.910,10
Intereses de mora =	\$ 998'733.733,92
Total =	\$ 1.993'971.640,02

³² El IPC certificado para 2004 fue de 5.50%, se deduce la proporción reconocida en la sentencia de primera instancia.

³³ Fuente: dane.gov.co, IPC año 2013 - 09

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, sin condena en costas, tal como lo dispuso el Tribunal *a quo* y actualizará el valor de la misma a la fecha de la sentencia, de conformidad con la liquidación antes citada.

8. Condena en costas.

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo 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,

F A L L A

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, el veintidós (22) de abril de dos mil cuatro (2004), en todas sus partes.

SEGUNDO.- ACTUALIZAR el monto de la condena establecida en numeral segundo del fallo, el cual quedará así:

CONDÉNASE al **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** a pagar a favor de **CARLOS VENGAL PÉREZ** la suma de MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS CON DOS CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$1.993'971.640,02).

TERCERO.- Sin condena en costas.

CUARTO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA