COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 08-001-2331-000-1994-08667-01 (57006)

Demandante: VESTIMOS DEL CARIBE LTDA.

Demandado: ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO.

Asunto: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.

Temas: CONTRATO DE SUMINISTRO – Obligaciones de las partes / Plazo establecido en la ley / Plazo pactado / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Fecha en que se configuró – Habilitación legal y contractual para su declaratoria por parte de Electranta / CLÁUSULA PENAL: Estipulada en el contrato para ser impuesta unilateralmente por la contratante / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO– Insuficiencia de presupuestos para examinar su alegada nulidad.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia proferida el 30 de marzo de 2015 por el Tribunal Administrativo del Atlántico - Subsección de Descongestión, que dispuso:

> *1.- DECLÁRASE probada la objeción por error grave formulada por ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A. E.S.P. LIQUIDADA, en contra del dictamen pericial practicado en el presente proceso, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.*
>
> *2.- DECLÁRASE la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución N° 733 del 15 de abril de 1993, Resolución N° 1154 del 4 de junio de 1993, Acta N° 01 del 8 de junio de 1993 y Acta N° 01 del 1° de julio de 2008 (sic), todos proferidos por ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A. E.S.P. LIQUIDADA, por los motivos expuestos en este proveído.*
>
> *3.- Como consecuencia de lo anterior, CONDÉNASE en abstracto a la ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A. E.S.P. LIQUIDADA a pagar a VESTIMOS DEL CARIBE LTDA. los perjuicios en la modalidad del lucro cesante causado con la declaratoria de incumplimiento del contrato.*
>
> *La parte actora deberá promover el respectivo incidente ante el Tribunal, dentro de la oportunidad temporal prevista por el artículo 172 del C.C.A., para cuya resolución se deberán atender los criterios expuestos en la parte considerativa de esta providencia.*

4.- NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda, de conformidad con los razonamientos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

6.- (sic) DÉSELE cumplimiento a este proveído por parte del ente oficial en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

7.- Sin condena en costas.

I. SÍNTESIS DEL CASO

En 1992, la Electrificadora del Atlántico S.A. -hoy liquidada- celebró con la firma Vestimos del Caribe Ltda. el contrato AL-064-92, para el suministro de uniformes. Tras varias contingencias presentadas en cuanto a los tiempos de entrega de la dotación y respecto de la calidad de varias prendas, la entidad contratante declaró, mediante las resoluciones acusadas, el incumplimiento del contrato y la orden de hacer efectiva la cláusula penal con cargo a la garantía respectiva. Posteriormente, dispuso liquidar el negocio jurídico en forma unilateral.

Vestimos del Caribe Ltda. demandó la nulidad de las decisiones así adoptadas por la mencionada electrificadora, lo que fue acogido en la sentencia apelada.

II. A N T E C E D E N T E S

1. La demanda

1.1. El 29 de abril de 1994, la sociedad Vestimos del Caribe Ltda. instauró demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales (fls. 7-40, c.1) contra la Electrificadora del Atlántico S.A. -hoy liquidada- (en adelante, Electranta), a efectos de que se acogieran las siguientes pretensiones:

PRETENSIONES PRINCIPALES

PRIMERA: Que es nula la Resolución N° 733 del 15 de abril de 1993, expedida por la Electrificadora del Atlántico S.A., por intermedio del gerente y su Secretario, por cuanto que por esta: 'RESUELVE: Artículo primero. Declárese el incumplimiento del contrato AL-064-92, celebrado entre la Electrificadora del Atlántico S.A. y la firma Vestimos del Caribe Ltda., cuyo representante legal es la señora Buena Susana Vellojin Hernández. Artículo segundo: Al tenor del artículo anterior, ordénese hacer efectiva la Póliza # 9318549 de cumplimiento de Seguros (sic) del Estado, equivalente al 20% del valor del contrato, o sea, la suma de $14'258.339,20 (…)'.

SEGUNDA: Que es nula la Resolución N° 1154 del 4 de junio de 1993, expedida por la Electrificadora del Atlántico S.A., por intermedio del Gerente y su Secretario, por cuanto que por esta: 'RESUELVE: Artículo primero. Confírmase en todas sus partes la Resolución N° 773 de abril 15 de 1993 (…)'.

TERCERA: Que es nula el Acta N° 01 de junio 28 de 1993, por medio de la cual se efectuó la liquidación del contrato AL-064-92, suscrito el 7 de diciembre de 1992 entre la Electrificadora del Atlántico S.A. y la firma Vestimos del Caribe Ltda (…), por haberse realizado extemporáneamente, de manera unilateral, con violación de las disposiciones legales y contractuales.

CUARTA: Que es nula el Acta N° 01 de julio (sic) 28 de 1993, por medio de la cual se efectuó la liquidación del contrato AL-064-92 (…), por haberse efectuado de manera ilegal y arbitraria, con violación de las disposiciones contractuales y legales.

QUINTA: Que se declare que el contrato de suministro N° 064-92 (…) terminó por decisión unilateral e ilegal o culpa de la Administración, al proferir de manera ilegal, arbitraria y por fuera de términos, los actos aquí demandados.

SEXTA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la Electrificadora del Atlántico S.A. a pagar a la sociedad Vestimos del Caribe Ltda. el valor de los perjuicios materiales causados por la violación del contrato AL-064-92; conforme a tasación pericial.

6.1. Perjuicios que comprenden el daño emergente y el lucro cesante y se estiman en suma no inferior a ciento cuarenta y cuatro millones de pesos ($144'000.000) M/cte.

6.2. Igualmente por los perjuicios causados a la buena imagen comercial y crediticia (buen nombre) de la empresa Vestimos del Caribe Ltda., que se estiman, por lo menos, en un mil gramos oro.

SÉPTIMA: Condenar a la Electrificadora del Atlántico S.A. al reconocimiento y pago a favor de la sociedad Vestimos del Caribe Ltda., con indexación, de las sumas de dinero a cuya cancelación se le obligue por razón de este proceso, conforme a lo prescrito en los artículos 117 a 179 del C.C.A.

2. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEXTA: Declarar que la electrificadora del Atlántico S.A. está obligada a reembolsar a la sociedad Vestimos del Caribe Ltda. el valor de la confección depositada, en la suma de setenta y dos millones cuatrocientos ochenta mil setecientos sesenta y dos pesos ($72'480.762) m/cte., o en cifra mayor que se determine en este proceso de acuerdo a la confección elaborada, con aplicación de la cláusula tercera del contrato AL-064-92, con los reajustes que procedan en uno u otro caso y con indexación o corrección monetaria, a más de los intereses moratorios.

1.2. Como fundamentos fácticos de la demanda la parte actora expuso, en síntesis, que, previa licitación pública, Electranta celebró con la sociedad Vestimos del Caribe Ltda. (en adelante, Vestimos del Caribe) el contrato de suministro AL-064-92, para la adquisición de 8.116 pantalones y 7.728 camisas, en un plazo de 45 días calendario contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del acuerdo de voluntades. Dado que la entidad contratante declaró *perfeccionado* el negocio jurídico mediante Resolución N° 2571 del 11 de diciembre de 1992, el mismo debía finalizar, según la demanda, el 26 de enero de 1993.

Señaló que, desde antes de iniciarse la ejecución del contrato, funcionarios de Electranta cometieron arbitrariedades contra Vestimos del Caribe Ltda., puesto que en oficio N° 137604 del 11 de noviembre de 1992, la directora de Desarrollo Humano de la entidad apremió a la contratista para que atendiera varias *"recomendaciones"* formuladas por la Junta de Compras, supuestamente orientadas a que la confección cumpliera con lo exigido en el pliego de condiciones, pero que en realidad modificaban las especificaciones fijadas en ese instrumento.

Para ejemplificar tal circunstancia refirió que, mientras el pliego de condiciones requería que la tela de los pantalones *blue jean* fuera 100% algodón de 14 onzas, en el oficio N° 137604 se exigió que el algodón fuera de 12 onzas, y que si bien el documento precontractual estableció que el logotipo fuera ubicado en la parte superior del bolsillo de las camisas, en el oficio mencionado se conminó a la contratista a poner el logotipo encima de dicho bolsillo. De igual manera refirió el requerimiento de certificaciones por parte de Fabricato y Coltejer, de las telas *supernaval kaki* y *jean azul*, respectivamente.

Afirmó que, por razón de los mencionados cambios no previstos en el pliego de condiciones, resultó afectado desde el comienzo el programa de confección trazado por Vestimos del Caribe, quien de todas formas se dispuso a atender las solicitudes de Electranta, para lo cual, contactó a varias agencias distribuidoras de Fabricato y Coltejer, a fin de adquirir las telas con las características exigidas en el oficio N° 137604 -a pesar de que no eran las previstas en el pliego de condiciones-, todo lo cual fue comunicado a la entidad el 10 de diciembre de 1992.

Manifestó que, pese a los esfuerzos, el programa no pudo ejecutarse en el término proyectado toda vez que las distribuidoras no contaban con las telas requeridas; sin embargo, el mismo 10 de diciembre de 1992 y el 19 de enero de 1993, Electranta conminó a Vestimos del Caribe para que atendiera las recomendaciones señaladas.

Expuso que sólo el 21 de enero de 1993, Vestimos del Caribe fue informada de que Fabricato entregaría 10.000 metros de *dril supernaval kaki* el 26 de febrero, en tanto que el 25 de enero de 1993, Electranta reiteró la exigencia de que las citadas telas fueran certificadas por Fabricato e impuso como fecha límite de cumplimiento de la entrega el 15 de febrero siguiente.

Según la actora, el 27 de enero de 1993, la agencia distribuidora de Fabricato le notificó a Electranta que el pedido efectuado por Vestimos del Caribe en diciembre de 1992 sería atendido en marzo de 1993, no obstante lo cual, el 8 de febrero de ese año, la entidad apremió a la contratista para que entregara el suministro el 15 de febrero siguiente, so pena de aplicar las *"medidas"* previstas *"en esos casos"*.

Indicó que, aunque solicitó la prórroga del contrato debido a las contingencias presentadas con la provisión de las telas, la entidad le indicó, en oficio N° 141924, que el plazo final para cumplir con el suministro sería el 10 de marzo de 1993, fecha en la cual la jefe del Departamento de Bienestar Social de Electranta visitó, junto con otros funcionarios, las instalaciones de Vestimos del Caribe, aduciendo como propósito verificar el estado del contrato.

Sostuvo que la mencionada supervisora, al constatar durante la visita el avance de los trabajos, recomendó *"enviar lo que hubiera en depósito"*; y que en atención a ello, Vestimos del Caribe despachó ese día 4.249 camisas azul claro, 4.318 pantalones en tela jean azul, y 639 camisas kaki, para un total de 9.206 piezas.

Agregó que, posteriormente, el 24 de marzo de 1993, hizo una segunda entrega de 5.786 prendas, entre camisas y pantalones kaki, quedando cumplido de esa manera, según sus palabras, el 95% del suministro.

Expresó que, teniendo en cuenta el informe de la supervisora, Electranta accedió a legalizar la prórroga del contrato hasta el 31 de marzo de 1993, y remitió el documento respectivo para la firma, mediante oficio N° 143781 del 16 de marzo de 1993.

De acuerdo con la demanda, en el otrosí contentivo de la prórroga se plasmó como fecha de suscripción el 25 de enero de 1993 y los requisitos de perfeccionamiento, previstos en la cláusula tercera contractual, fueron cumplidos íntegramente el 20 de abril de 1993, de suerte que el acuerdo aludido *"solo tendría validez"* a partir de esa fecha.

Agregó que, el 30 de marzo de 1993, el director de la División Comercial de Electranta le ordenó a la contratista retirar de inmediato la totalidad de los jeans azules y reponerlos sin defectos, a más tardar el 14 de abril de 1993, so pena de que la entidad hiciera efectivas las garantías del contrato.

Vestimos del Caribe -según la demandante- continuó con la ejecución del negocio jurídico y el 23 de abril de 1993 intentó hacer la entrega del saldo del suministro, es decir, el 5% de las cantidades contratadas, pero la mercancía fue rechazada por la funcionaria de Electranta, por evidenciar que la entidad había declarado, supuestamente, la *"caducidad del contrato"*. Así la contratista tuvo conocimiento de que, en realidad, se había proferido la Resolución N° 773 del 16 de abril de 1993, declarando el incumplimiento por no haber completado la totalidad del suministro el 31 de marzo de ese año.

Señaló que interpuso recurso de reposición contra el acto administrativo mencionado, después de que Electranta le negara una solicitud de reunión para precisar la forma como debía interpretarse el contrato, especialmente porque si debía tenerse por terminado el 31 de marzo de 1993, no se le debió exigir reposición de prendas hasta el 14 de abril siguiente, y se debía convocar a la liquidación definitiva del negocio jurídico.

Refirió:

> *Como consecuencia del recurso de reposición interpuesto, y quizá para encubrir sus propios errores, la directora de la División de Desarrollo citó a (…) Vestimos del Caribe, y con desconocimiento absoluto del procedimiento contractual (…) dispuso: 'en cumplimiento de la cláusula séptima del contrato (…)', realizar una inspección con el fin de obtener un concepto técnico emitido por expertos acerca de la calidad y cantidad del producto suministrado' (…). Para tal efecto, señaló la fecha 10 de mayo/93 (…).*

Imputó a Electranta otras varias irregularidades relacionadas con el arbitrario manejo -según la demandante- de los plazos para la entrega del suministro, la reposición de las prendas inicialmente devueltas y la finalización del contrato. Destacó que la entidad sometió las prendas a pruebas técnicas ante la empresa SGS Colombia S.A., quien hizo un análisis contradictorio, aprobando la calidad de los productos evaluados pero recomendando su rechazo por no *"ajustarse a las especificaciones"*. Afirmó que, en todo caso, ello evidenciaba que Electranta había procedido en forma irregular al ordenar el retiro y la restitución de los pantalones azules sin haber practicado dicho análisis, y al conservar finalmente una parte de las prendas evaluadas pese a la recomendación de SGS Colombia S.A.

Manifestó que Electranta confirmó el acto administrativo recurrido mediante Resolución N° 1154 del 4 de junio de 1993, en la que además ordenó la liquidación

del contrato. Con todo, el 17 de junio del mismo año la entidad devolvió otras prendas a la contratista.

Adujo que Vestimos del Caribe fue invitada a presentarse el 25 de junio de 1993 para liquidar el contrato, lo que fue rechazado por la contratista por no ajustarse a la cláusula décima tercera del negocio jurídico, de manera que la entidad procedió a liquidarlo unilateralmente el 28 de junio siguiente.

1.3. La parte actora refirió como normas violadas los artículos 29, 83, 90 y 333 de la Constitución Política, los artículos 1505, 1602, 1603, 1615 y otras normas del Código Civil, el Decreto 01 de 1984 -entre otros, el artículo 84- y el Decreto 222 de 1983. Asimismo, expuso como cargos de nulidad la *"falta de aplicación o aplicación indebida de las normas del estatuto contractual (…)"*, el cobro de lo no debido, la violación del contrato, el *"vicio de incompetencia por razón del tiempo"*, falsa motivación, desviación de poder, desconocimiento del derecho de audiencia, enriquecimiento sin causa de la Administración, falta de apoyo a la pequeña y mediante industria nacional, *"indemnización de perjuicios"* y desconocimiento del procedimiento de liquidación del contrato.

En particular, respecto de la aplicación indebida de las normas contractuales, señaló que Electranta no estaba habilitada legalmente para ordenar la liquidación del negocio jurídico sin antes declarar la caducidad del mismo *"en los términos previstos en los artículos 62, 63 y 64 del Decreto 222/83"*. Agregó que, de acuerdo con tal normativa, la caducidad operaba por el incumplimiento del contrato, de modo que debía declararse aquella para proceder a la liquidación del negocio jurídico.

Argumentó (fl. 30, c.1):

> *La declaratoria de incumplimiento del contrato, como facultad discrecional de la administración, contenida en la cláusula décima cuarta del contrato, y como prerrogativa exorbitante para imponer sanciones al contratista en los casos de mora o incumplimiento parcial, era para aplicar multas proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios sufridos, mas no para ordenar la liquidación del mismo"*.

En cuanto al vicio de incompetencia por razón del tiempo, manifestó que el incumplimiento del contrato debió declararse antes del 31 de marzo de 1993, por ser esta la fecha en que finalizaba su vigencia, luego de la cual la Administración,

según su dicho, *"no podía hacer uso de ninguna de las cláusulas exorbitantes"*. Asimismo, señaló que no se le debieron imponer obligaciones para ser cumplidas después de dicho plazo.

2. Trámite de primera instancia

2.1. El Tribunal Administrativo del Atlántico admitió la demanda en auto del 17 de abril de 1995.

2.2. Electranta se opuso a las pretensiones del libelo y se pronunció sobre los hechos en él expuestos, refutando los señalamientos hechos contra el proceder de los funcionarios de la electrificadora y señalando que no era cierto que se hubiera modificado lo exigido en el pliego de condiciones. Precisó que la contratista faltaba a la verdad al afirmar que había hecho el pedido de las telas el 8 de diciembre de 1992, pues la propia distribuidora de Fabricato -Comertex- rectificó esa información aclarando que la solicitud del insumo se había efectuado en enero de 1993, lo que evidenciaba el desorden administrativo de la contratista, su falta de previsión por no abastecerse oportunamente de la materia prima requerida para cumplir con el contrato y la desinformación en la que mantenía a Electranta.

Rechazó las demás exposiciones hechas en el libelo y defendió la legalidad de los actos acusados.

2.3. El 16 de noviembre de 1995 se desestimó la manifestación de impedimento hecha por el magistrado director de la causa (fl. 69, c.1) y el 16 de febrero de 1996 se dio apertura a la etapa probatoria del proceso (fl. 73).

2.4. El 27 de agosto de 1997, el Tribunal Administrativo del Atlántico denegó la solicitud presentada por la parte demandada para la declaratoria de perención del proceso, por evidenciar que la inactividad de éste no obedeció al silencio de la parte demandante sino a la falta de *"impulso secretarial"* (fls. 153-155, c.1).

2.5. El 27 de marzo de 1998, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto sobre la controversia (fl. 157, c.1).

2.6. El 28 de junio de 1999, el Ministerio Público solicitó que se denegaran las súplicas de la demanda, por considerar que Electranta había obrado con sujeción a las reglas del contrato y de las normas aplicables, en particular por haber efectuado visitas periódicas de inspección y por recordarle a la contratista las especificaciones técnicas del objeto del suministro, sin que en tales actividades, en su criterio, la entidad infringiera el debido proceso o el derecho de defensa de la sociedad demandante (fls. 168-171, c.1).

2.7. La entidad demandada manifestó en sus alegatos de conclusión, que en el proceso no se había desvirtuado la legalidad de las resoluciones en las que se declaró el incumplimiento del contrato y se liquidó el mismo, mientras que sí se evidenció que Vestimos del Caribe había desatendido sus obligaciones contractuales, especialmente por no haber hecho la debida planeación que le habría permitido obtener a tiempo las telas exigidas, cuestión que si bien se adujo en la demanda como derivada de circunstancias de fuerza mayor, obedeció a la negligencia de la contratista.

Señaló que el incumplimiento de Vestimos del Caribe no sólo se demostró con las confesiones hechas en la demanda, sino con los testimonios rendidos en el proceso y los oficios que en varias oportunidades remitió Electranta, poniendo de manifiesto las tardanzas de la contratista.

2.8. La parte demandante guardó silencio.

2.9. El 6 de julio de 2000, el Tribunal Administrativo del Atlántico decretó una prueba de oficio, consistente en la práctica de un dictamen pericial por parte de cuatro profesionales[1] en diseño textil de la Universidad Autónoma del Caribe (fl. 173, c.1).

2.10. El dictamen, rendido por dos de las cuatro profesionales referidas por el estamento educativo, fue allegado al proceso el 23 de octubre de 2000 (fl. 184, c.1) y objetado por Electranta durante el traslado correspondiente.

2.11. El 19 de junio de 2003, el Tribunal Administrativo del Atlántico decretó, en forma oficiosa, la elaboración de un segundo peritazgo, para lo cual designó a las

[1] Aunque la providencia dispuso solicitar a la Universidad Autónoma del Caribe que identificara a cuatro profesionales, de la lista enviada fueron seleccionadas dos, quienes practicaron la experticia.

dos profesionales restantes que figuraban en la lista entregada por la Universidad Autónoma del Caribe (fl. 202, c.1).

2.12. Sin que las indicadas diseñadoras se posesionaran como peritos, el 30 de junio de 2004 el expediente fue remitido al magistrado titular del nuevo despacho que para entonces había creado el Consejo Superior de la Judicatura, en el Tribunal Administrativo del Atlántico (fl. 205, c.1).

2.13. En ese mismo estado del proceso, éste fue remitido a la Subsección de Descongestión del indicado Tribunal, el 14 de febrero de 2014. El magistrado a quien se le asignó el asunto avocó su conocimiento el 18 de marzo de ese mismo año (fl. 216, c.1).

3. La sentencia impugnada

3.1. En sentencia del 30 de marzo de 2015, el Tribunal Administrativo del Atlántico - Subsección de Descongestión, accedió a las pretensiones de la demanda en la forma señalada en los antecedentes de esta providencia.

Comenzó por señalar que debía prosperar la objeción al dictamen pericial rendido en el juicio, por cuanto si bien dicha experticia determinó que los productos examinados cumplían con las especificaciones técnicas, no se precisaron las mismas ni se describió la metodología empleada para llegar a tal veredicto, de modo que la prueba no resultaba útil para establecer si el suministro entregado por Vestimos del Caribe satisfacía o no las exigencias de Electranta.

En cuanto al fondo de la controversia, dispuso analizar en primer lugar los cargos primero y quinto de nulidad, relativos a la *"falta de aplicación o indebida aplicación de las normas del estatuto contractual y del contrato"* y a la *"falsa o errónea motivación y desviación de poder"*.

Al respecto, señaló que a la luz del Decreto-ley 222 de 1983, la caducidad del contrato sólo podía declararse mientras estuviera vigente el mismo, mientras que el incumplimiento contractual únicamente podía ser declarado después del vencimiento del negocio jurídico, con la finalidad de hacer efectiva la cláusula penal prevista en el artículo 72 del indicado estatuto. En respaldo de tal planteamiento,

adujo que la jurisprudencia del Consejo de Estado tenía por establecido que mientras la declaratoria de caducidad daba lugar a que terminara en forma anticipada del contrato, la del incumplimiento se producía cuando éste ya hubiera culminado por cualquier causa, y que el propósito exclusivo de esta última decisión, era permitirle al ente estatal efectuar el cobro de la cláusula penal pactada en el contrato.

Con fundamento en ello, consideró que el problema jurídico de la causa se circunscribía a esclarecer *"si conforme lo arguye la actora, era procedente la declaratoria de caducidad del contrato y no declarar el incumplimiento contractual"*; y en orden a resolver tal interrogante, reseñó el contenido de varias pruebas documentales, deteniéndose de manera particular en el oficio -sin fecha legible- en el que Electranta le ordenó a su contratista el retiro inmediato de todos los pantalones jean azules para que fueran repuestos con las especificaciones del caso, a más tardar el 14 de abril siguiente.

Al respecto, el Tribunal afirmó que aun cuando el documento se apreciaba parcialmente ilegible, la circunstancia anotada fue expuesta en el hecho 13 de la demanda, aceptado como cierto por Electranta. En ese sentido, valorando tal confesión en conjunto con las otras probanzas, tuvo por establecido que el plazo máximo otorgado a Vestimos del Caribe para cumplir con la totalidad del suministro vencía el 31 de marzo de 1993, pero que era igualmente cierto que, de conformidad con la cláusula decimoséptima del contrato, en caso de devolución, la contratista contaba con 15 días hábiles para reponer las prendas rechazadas, término que en el caso concreto expiraba el 22 de abril de 1993, si se computaba el plazo desde la fecha del oficio respectivo.

Con base en esa premisa, el sentenciador de primer grado coligió que, para la fecha en la cual se declaró el incumplimiento del contrato, éste todavía se encontraba vigente, merced a que estaba pendiente la reposición de las piezas devueltas por Electranta el 30 de marzo de 1993 -de acuerdo con lo señalado en la demanda y aceptado como cierto por la demandada-, de manera que no se ajustaba a derecho el acto administrativo de incumplimiento expedido por el ente demandado, pues tal inobservancia sólo podía ser declarada por la Administración después de que expirara definitivamente el acuerdo de voluntades.

Agregó que, en ese contexto, si lo pretendido por la entidad contratante era finiquitar el negocio jurídico por la incuria de la contratista, debió declarar la caducidad en los términos del artículo 62 del Decreto-ley 222 de 1983 y liquidar el contrato en el estado en que se encontrara, pues no se daban los presupuestos para declarar el incumplimiento, según lo previamente expresado por el Tribunal.

Adicionalmente, expuso (fl. 244):

> *Es de anotar que el parágrafo de la cláusula novena (fl.13) del contrato objeto del presente proceso estipuló la prohibición para el interventor de ordenar trabajo alguno que traiga consigo modificaciones en el plazo (…) sin que mediara autorización escrita de Electranta, y como quiera que mediante comunicación del 30 de marzo de 1993 se le ordenó la reposición de ítems defectuosos al contratista por parte del jefe de la División Comercial de la entidad demandada, habrá de asumirse que lo hizo mediante autorización del contratante, pues no se puede olvidar que el hecho se aceptó como cierto en la contestación de la demanda, conforme se dejó sentado líneas atrás (…).*
> *De esta forma, le asiste razón al demandante en el cargo elevado cuando sostiene que la vía adecuada para terminar el vínculo contractual era la caducidad del contrato y no la declaratoria de incumplimiento (…).*

Seguidamente, dispuso abstenerse de examinar los restantes cargos de nulidad formulados en la demanda, por haber prosperado los planteamientos así analizados en la sentencia.

Con respecto a los perjuicios, denegó los que se solicitaron a título de daño emergente -que aludían al valor de los uniformes no recibidos por Electranta- así como el reconocimiento del daño supuestamente causado a la imagen comercial de la firma demandante, por considerar que ninguno de tales aspectos fue debidamente demostrado en el juicio.

Sin embargo, accedió a condenar a Electranta al pago de la utilidad dejada de percibir por Vestimos del Caribe Ltda., en razón del no pago del contrato y el interés del capital invertido y no pagado.

En punto de ello, precisó (fl. 245):

> [D]*ado que las pruebas aportadas y recaudadas en el plenario no aportan suficientes elementos de juicio para cuantificar* [los mencionados perjuicios]*, en la medida en que en el contrato no se estimó un porcentaje de utilidad y el mismo no se puede deducir* [de] *los otros documentos arrimados (…), la Sala impondrá una condena en abstracto, para que en incidente posterior se*

> *establezca por diferentes medios probatorios, el monto del lucro cesante dejado de percibir por la contratista.*

3.2. La sentencia mencionada tuvo un salvamento de voto. El magistrado disidente manifestó como razón de su discrepancia el hecho de que, conforme a las reglas aplicables, una de las causas de terminación del contrato era el *"vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato"*, supuesto que se había configurado en el caso examinado puesto que efectivamente el negocio jurídico había finalizado el 31 de marzo de 1993, lo que habilitaba a Electranta para declarar el incumplimiento, como lo hizo. Agregó que la simple comunicación de rechazo de los productos entregados no podía asumirse como una prórroga del contrato, como lo sustentó la Sala de primera instancia, puesto que ello afectaba el principio de *pacta sunt servanda.*

4. La apelación

La entidad demandada -Electranta S.A. E.S.P. en liquidación- interpuso recurso de apelación contra la indicada sentencia y solicitó que se revocaran *"los numerales 2 y 3"* de tal proveído. En sustento de tal solicitud, comenzó por reprochar el hecho de que hubieran transcurrido más de 21 años entre la interposición de la demanda y su resolución en fallo de mérito, circunstancia que, en sentir de la impugnante, ponía en riesgo el patrimonio público, dado el desmesurado incremento del valor de la condena por el amplio tiempo transcurrido.

Señaló que en la causa judicial estaban demostrados los incumplimientos de la contratista, y que no era cierto que en la fecha de expedición de la Resolución N° 733 -es decir, el 15 de abril de 1993- estuviera vigente el contrato de suministro, pues este no fue prorrogado, sino que, tras evidenciarse el incumplimiento de Vestimos del Caribe Ltda., sólo se le concedió inicialmente un plazo adicional para la entrega de todas las prendas, y luego, se otorgó un término específico para corregir las piezas devueltas por defectos técnicos, evento éste que no podía ser considerado como una prórroga del acuerdo de voluntades, menos como un beneficio para la contratista incumplida.

De igual manera sostuvo que, bajo las pautas del Decreto-ley 222 de 1983, la declaratoria de incumplimiento era una institución prevista para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, y en el caso concreto, la inobservancia de la contratista

tuvo ocurrencia durante el término de ejecución contractual, de suerte que su declaratoria, contenida en las resoluciones acusadas, se produjo en la oportunidad legal, resultaba ajustaba a derecho y no era violatoria del estatuto aplicable.

5. Trámite en segunda instancia

5.1. El recurso de apelación fue concedido el 12 de abril de 2016 y admitido por esta Corporación el 7 de junio del mismo año (fls. 267-292).

5.2. El 12 de julio de 2016 se corrió el traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 294).

5.3. En esta oportunidad procesal, la parte demandada reiteró los argumentos expuestos en la apelación, mientras que los demás sujetos procesales guardaron silencio.

5.4. Por auto del 1 de septiembre de 2022, se dispuso la vinculación oficiosa de Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR de la extinta Electranta.

5.5. La mencionada sociedad fiduciaria se pronunció sobre el contenido y alcance del contrato de fiducia mercantil Nº 3-1-0069 del 20 de mayo de 2005, por el cual fue constituido el patrimonio autónomo de Electranta, guardando silencio sobre la forma como esa entidad fue representada en el proceso después de que entró en liquidación.

II.- CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

1.1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente proceso en segunda instancia, puesto que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto 2304 de 1989 –en vigor para la fecha de interposición de la demanda-, estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos

originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas. En efecto, en esta oportunidad se someten a consideración de la Sala los actos en los que la hoy liquidada Electrificadora del Atlántico S.A. -sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado[2] por tener participación accionaria íntegramente estatal[3]- tuvo por incumplido el contrato de suministro AL-064-92 de 1992 y lo liquidó unilateralmente.

Ahora, la controversia ostenta vocación de doble instancia, puesto que la cuantía fijada en la demanda es superior a los $2’195.200, establecidos en el artículo 132 – numeral 8 del C.C.A., vigente en la fecha en que fue incoado este proceso[4]. En efecto, en la fijación de la cuantía de la demanda se señaló como valor de la pretensión mayor la suma de $55’522.800, correspondiente al precio de las telas con las que se confeccionaron las prendas no pagadas por Electranta.

1.2. Oportunidad para demandar

En lo que respecta a la caducidad, en el *sub judice* debe aplicarse el artículo 136, inciso sexto, del C.C.A., modificado por el Decreto Extraordinario 2304 de 1989, por ser la norma bajo la cual comenzó a correr el término respectivo, ya que era la disposición que se encontraba vigente en las fechas de notificación de las decisiones censuradas en la demanda. Así entonces, de conformidad con la

---

[2] De conformidad con el parágrafo del artículo 1° del Decreto 1050 de 1968, vigente en la época de celebración del contrato y en la fecha de presentación de la demanda, *“Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta están vinculadas a la administración y sujetas a su orientación, coordinación y control, en los términos de las leyes y estatutos que las rijan”.*

[3] De acuerdo con el documento Conpes 3013 de 1998, la Nación poseía el 86.50% de la participación accionaria de Electranta, y Corelca, el 11.91%. Disponible en el enlace chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3013.pdf, consultado el 24 de agosto de 2022. Ver, igualmente, el contrato materia de controversia, visible a fl. 41 del cuaderno 4.

[4] Norma entonces modificada por el Decreto 597 de 1988, y que establecía: *“Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (…). 8. De los referentes a contratos administrativos, interadministrativos, y de los de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, celebrados por la Nación, las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de tres millones quinientos mil pesos ($ 3.500.000)”*. A su vez, el artículo 267 del C.C.A., en la versión modificada por el indicado Decreto y vigente para la época de la demanda, señalaba: *“Los valores expresados en moneda nacional por este código, se reajustarán en un cuarenta por ciento (40%), cada dos años, desde el primero (1) de enero de mil novecientos noventa (1990), y se seguirán ajustando automáticamente cada dos años, en el mismo porcentaje y en la misma fecha. Los resultados de estos ajustes se aproximarán a la decena de miles inmediatamente superior.*
La vigencia de los aumentos porcentuales a que se refiere el inciso anterior, no afectará la competencia en los asuntos cuya demanda ya hubiese sido admitida.”.

indicada norma, *"*[l]*as* [acciones] *relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento".*

En el presente caso, la demanda fue presentada el 29 de abril de 1994, sin que para esa fecha hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la Resolución N° 1154 del 4 de junio de 1993 -decisión de cierre en la que Electranta refirió el incumplimiento del contrato-, diligencia que se llevó a cabo el 11 de junio de 1993 (fl. 89 c.3), ni desde la expedición del Acta N° 01 del 28 de junio de 1993 (fl. 46, c.3), contentiva de la liquidación unilateral del negocio jurídico. Por tanto, se concluye que en el *sub judice* la acción se instauró oportunamente y no operó en ella el fenómeno de la caducidad.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos del recurso de apelación, le corresponde a la Sala establecer si debe revocarse el fallo impugnado, en cuanto declaró nulos los actos reprochados en la demanda y le impuso a Electranta una condena en abstracto, para indemnizar el lucro cesante que, según el *a quo*, se causó por el no pago *"del contrato"*.

2.1. Hechos probados en la actuación

Las pruebas que obran en la presente causa, legalmente aportadas por las partes, permiten tener por acreditados los siguientes hechos relevantes:

-. En 1992, Electranta publicó unos pliegos de condiciones para abrir la que denominó *"Licitación Pública N° 16-92"*, convocada para contratar *"el suministro de uniformes y calzado"* para el personal masculino de la entidad (fls. 3-40, c.4).

Al señalar las cantidades y las especificaciones del suministro, refirió como primer ítem la compra de pantalones, a razón de 4.318 unidades en tela jean azul 100% algodón de 14 onzas y 3.798 prendas en tela dril super naval color kaki.

El segundo ítem se hizo consistir en dos lotes de camisas; el primero debía constar de 4.278 unidades de color azul en tela dacrón, y el segundo, de 3.450 camisas color kaki, en tela dril super naval. Todas las mencionadas prendas del ítem N° 2

debían reunir los requisitos indicados en el pliego, entre estos, la ubicación del logotipo de la empresa *"en la parte superior izquierda, arriba del bolsillo"*.

Finalmente, el tercer ítem comprendió la adquisición de 1.515 botas sencillas de cuero y 457 botas media caña (fl. 22, c.4).

Los proponentes debían suministrar las muestras de las prendas ofrecidas, las cuales serían evaluadas junto con los demás requisitos establecidos en el pliego de condiciones.

En el numeral 1.10 del instrumento licitatorio, Electranta se reservó el derecho de adjudicar parcialmente el contrato o de *"dividir la adjudicación entre varios proponentes"*, conforme a lo que más le conviniera a la entidad (fl. 15, c.4).

-. La entidad estableció, en la licitación, que el plazo máximo de entrega del suministro sería de sesenta (60) días calendario, contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del contrato (fl. 16, c.4).

-. En el capítulo 4 del pliego de condiciones se plasmó la minuta del contrato de suministro, que incluyó la facultad de la entidad para *"imponer"* una *"sanción"* pecuniaria en caso de incumplimiento del contrato, sin perjuicio del derecho que le asistiera a la contratante para demandar los demás perjuicios que le ocasionaran las inobservancias de la contratista (fl. 37, c.4).

-. Agotada la mencionada licitación, Electranta celebró con la sociedad Vestimos del Caribe Ltda. el contrato de suministro AL-064-92. No se indicó la fecha de su suscripción, aunque la entidad, en comunicación separada, lo tuvo por perfeccionado el 11 de diciembre de 1992, como se precisará más adelante (fl. 41, c.4).

Se indicó como objeto del contrato, el suministro de 8.116 pantalones y 7.728 camisas para el personal masculino de Electranta y se precisó el número de prendas requeridas por talla, de modo que quedó pactada la entrega en los siguientes términos:

DESCRIPCIÓN	TALLA	CANTIDADES	VALOR UNITARIO	VALOR FINAL
Pantalones tipo blue jean	28	38	$ 4.700	$ 178.600
	30	240		$ 1’128.000
	32	950		$ 4’465.000
	34	1.310		$ 6’157.000
	36	1.080		$ 5’.076.000
	38	500		$ 2’350.000
	40	150		$ 705.000
	42	50		$ 235.000
	SUBTOTAL	**4.318**	SUBTOTAL	**$ 20’294.600**
Pantalones en dril super naval kaki	32	941	$ 4.300	$ 4’046.300
	34	1.443		$ 6’204.900
	36	971		$ 4’175.300
	38	343		$ 1’474.900
	40	100		$ 430.000
	SUBTOTAL	**3.798**	SUBTOTAL	**$ 16’331.400**
Camisas en dacron azul	14 1/2	756	$ 2.850	$ 2’154.600
	15 1/2	1.915		$ 5’457.750
	16 1/2	1.533		$ 4’369.050
	17	74		$ 210.900
	SUBTOTAL	**4.278**	SUBTOTAL	**$ 12’192.300**
Camisas en dril super naval kaki	15 1/2	1.988	$ 4.300	$ 8’548.400
	16 1/2	1.422		$ 6’114.600
	17	40		$ 172.000
	SUBTOTAL	**3.450**		**$ 14’835.000**
TOTAL PRENDAS		**15.844**	TOTAL PRECIO	**$71’291.696**

De acuerdo con la cláusula quinta, el plazo de entrega de las unidades sería de 45 días calendario, contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del contrato; por su parte, la cláusula novena indicó que la interventoría respectiva sería ejercida por el Departamento de Bienestar Social y Laboral de la entidad (fls. 44-45, c.4).

En la cláusula décima primera pactaron las partes que Vestimos del Caribe no sería responsable por daños o demoras en la entrega del suministro, cuando se dieran por eventos de fuerza mayor *“o caso fortuito debidamente comprobados”*, lo cual se reconocería y sería cubierto por Electranta si la contratista daba aviso a más

tardar dentro de las 48 horas siguientes a la ocurrencia de los hechos, los cuales serían evaluados por la contratante.

Con todo, el contrato también incluyó en la cláusula décima séptima, la siguiente previsión:

> *Pruebas en fábrica: Electranta procederá según* [las] *normas citadas en los pliegos, a practicar las pruebas que estime necesarias para establecer que los suministros solicitados sí cumplen con los términos de las especificaciones y de la propuesta. En caso de no cumplir con las especificaciones establecidas o que al proveedor no reponga el suministro defectuoso dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de entrega para su sustitución, ELECTRANTA deducirá el valor de dichos suministros del precio convenido en este contrato y/o hará efectiva cualquiera de las garantías estipuladas.*

Los firmantes del contrato previeron, en la cláusula décima tercera, la facultad de Electranta para declarar la caducidad del contrato mediante *"resolución motivada"*, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 62 del Decreto-ley 222 de 1983, y por las causales expresadas en el mismo acuerdo de voluntades. En el parágrafo segundo respectivo, se advirtió que una vez declarada la caducidad o la terminación del contrato, la entidad procedería a su inmediata liquidación en el estado en que se encontrara.

Asimismo, en las cláusulas décima octava, décima novena y vigésima, se previó a favor de Electranta el ejercicio de las potestades de terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato (fl. 48, c.4).

En la cláusula décima cuarta, las partes dispusieron:

> *Cláusula penal pecuniaria: En caso de declaratoria de caducidad administrativa* ***o de incumplimiento del contrato****, el proveedor se hará acreedor a una multa penal pecuniaria, equivalente al diez por ciento (10%) de este contrato, multa que se hará efectiva directamente por Electranta. La suma de dinero deducida por tal concepto se considerará como pago parcial pero definitivo (sic) de los perjuicios sufridos por Electranta. Si lo anterior no fuere posible, el monto de la cláusula penal pecuniaria impuesta se tomará de la garantía constituida y si tampoco fuere posible, se cobrará por jurisdicción coactiva* (destaca la Sala)*.*

Por último, en cuanto al perfeccionamiento del contrato, se indicó que se entendería concretado al concurrir los requisitos de: i) constitución y aprobación de las garantías, ii) pago de la publicación del contrato en el Diario Oficial, iii) pago del impuesto de Timbre Nacional, iv) autenticación de la firma de la contratista ante

autoridad competente y, v) el registro presupuestal *"efectuado en la forma señalada en el artículo 46 del Decreto 222 de 1983"* (fl. 49, c.4).

-. El 13 de noviembre de 1992, la directora de la División de Desarrollo de Electranta le solicitó a la contratista que atendiera las *"recomendaciones propuestas por la Junta de Compras"*, a fin de que la confección cumpliera íntegramente con las especificaciones del pliego de condiciones. Al respecto reiteró, en efecto, lo señalado en el instrumento precontractual, si bien refirió a la colocación del logotipo de la empresa en la *"parte superior del bolsillo izquierdo"* de las camisas. En cuanto a la tela jean de los pantalones, aparece en la misiva la exigencia de que fuera 100% algodón, pero es ilegible la referencia a las onzas.

Las indicadas recomendaciones fueron reiteradas por la contratante el 19 de enero de 1993, en oficio mediante el cual se exigió, además, una certificación de calidad expedida por Coltejer para los jeans azules, y una certificación de calidad proveniente de Fabricato para los *"uniformes kaki"* (fl. 23,c.3).

-. En oficio del 11 de diciembre de 1992, Electranta le comunicó a Vestimos del Caribe que en esa fecha había quedado perfeccionado el contrato de suministro AL-064-92, tras la aprobación de la póliza N° 9318549, *"constituida a través de la compañía de Seguros del Estado S.A., con vencimiento en febrero 16 de 1993"* (fl. 19, c.3).

Con todo, en misiva del 25 de enero de 1993 la entidad manifestó:

> *Como es de su conocimiento, con la aprobación de la garantía de cumplimiento, consignada en la Póliza N° 9318549 (…) quedó perfeccionado el contrato 064-92 (…). En ese contrato, se estableció el serio compromiso de Vestimos del Caribe Limitada, de confeccionar los uniformes masculinos para el personal operativo de la Electrificadora, determinándose como fecha límite de entrega el próximo 15 de febrero (…).*
> [E]*s importante anotar que (…) los uniformes kaki deberán elaborarse en tela dril super naval, referencia que sólo elabora en Colombia Fabricato, razón por la cual se insiste en que su confección se realice en esa* [término ilegible] *y por ello se exige certificación de calidad.*

-. El 27 de enero de 1993, la sociedad Comertex Ltda. le comunicó a Electranta que se encontraba gestionando la entrega del pedido de tela dril super naval, efectuado

en diciembre de 1992[5] por Vestimos del Caribe, *"para amparar"* el contrato suscrito con esa entidad pública; y que de acuerdo a la programación hecha por Fabricato, la entrega del insumo mencionado se efectuaría en marzo de 1993 (fl. 26, c.3).

-. Con ocasión de ese informe, el 10 de febrero de 1993 Electranta solicitó a la firma Fabricato S.A. que precisara si sus sedes habían cerrado durante diciembre de 1992, y si ello ocasionó la postergación de la entrega de las telas solicitadas por Comertex hasta marzo de 1993 (fl. 44, c.5).

En oficio del 19 de febrero de 1993, Comertex aclaró (fl. 43, c.5):

> *Haciendo referencia a nuestra carta de enero 27, les informamos que en realidad Fabricato no recibió el pedido en diciembre, puesto que para esa fecha no estaba en capacidad de entregar la tela. Por consiguiente, el pedido se hizo en enero, para entrega en marzo. Hasta la fecha se han entregado 4.700 metros de los 10.000 que nos pidió Vestimos del Caribe.*

-. El 9 de febrero de 1993, Vestimos del Caribe solicitó la prórroga del contrato y señaló como primer motivo que, si bien realizó el pedido de las telas ante Coltemundo y Comertex desde antes del perfeccionamiento del contrato, Coltemundo sólo ofreció dril super naval fabricado por Coltejer, cuando Electranta exigía que proviniera de Fabricato, por lo cual la contratista, el 8 de diciembre de 1992, pidió ante Comertex ser incluida en el programa de pedidos de Fabricato y que dicha distribuidora aclarara ante la entidad pública las razones de la no entrega oportuna.

Expuso (fl. 45, c.5):

> [P]*or fuerza mayor y como tela exclusiva como lo es el super naval, este está sujeto (sic) a entrega de Fabricato por intermedio de su distribuidor Comertex, quien nos suministra la materia prima.*
>
> *Se hicieron las gestiones necesarias para adelantar la entrega de la tela directamente con Fabricato para que no se nos entregase por medio del distribuidor, la respuesta que tenemos es que apenas se termine un programa de exportación se nos tiene en cuenta a partir del 25 de febrero de 1993.*

Sostuvo que, para la fecha del oficio, había elaborado el 60% de los pantalones azules, y estimaba que la totalidad de ese subítem estaría lista el 5 de marzo de

[5] El día exacto es ilegible en el documento.

1993, por haberse recibido la tela correspondiente sólo el 22 de enero de ese año. Asimismo, indicó que las camisas azules estaban terminadas en un 99%, ya que sólo hacía falta el estampado de 1.000 unidades.

Con respecto a las prendas kaki, reiteró que se tenían los patrones listos pero no se había iniciado la confección por las razones ya explicadas. En tal virtud, formuló propuesta de los tiempos de prórroga teniendo en cuenta las fechas de entrega de tela por parte de Fabricato y Comertex, de manera que la contratista se comprometió a cumplir con la totalidad del suministro el 31 de marzo de 1993, por ser esa la fecha estimada para la terminación de la confección *"desde el momento en que se recibe la materia prima"*.

-. Las partes suscribieron el *"contrato adicional AL-064-92"*. Aunque en el documento se indicó como fecha de firma el 25 de enero de 1993, en las motivaciones se refirió la solicitud de prórroga presentada por Vestimos del Caribe el 9 de febrero de esa anualidad y se recalcó que, dada la situación expuesta por la contratista, se aceptaba la ampliación del término contractual.

En tal virtud, se dispuso (fl. 49, c.5):

> *PRIMERO: ELECTRANTA cancelará al contratista, a partir del 1 de enero de 1993, la suma correspondiente al catorce por ciento (14%) del valor del contrato, por concepto de I.V.A.*
>
> *SEGUNDA: Prorrogar por el término estipulado en la cláusula quinta del contrato AL-064-92, a partir del día 25 de enero de 1993 hasta el día 31 de marzo de 1993.*
>
> *TERCERA: El presente documento requiere para su validez lo siguiente:*
> *a) La autenticación de la firma del representante legal de la sociedad proveedora ante funcionario competente.*
> *b) La publicación en el diario oficial.*

-. El 25 de febrero de 1993, el jefe de la División Comercial de Electranta requirió a la contratista para que cumpliera con el suministro a más tardar el 10 de marzo siguiente, so pena de aplicar la multa pactada en el contrato (fl. 33, c.3).

-. En comunicación del 10 de marzo de 1993, Vestimos del Caribe refirió la visita efectuada por la jefe del Departamento de Bienestar Laboral de Electranta y señaló que dicha funcionaria había constatado que el retraso en la entrega de las prendas kaki obedeció a las contingencias surgidas en el aprovisionamiento de las telas.

-. En esa misma fecha, la contratista expidió un formato de remisión de mercancía (número ilegible) con destino a la planta de Electranta, en el que refirió el despacho de 4.249 camisas dacrón azul (de 4.278 contratadas), 4318 pantalones azules (la totalidad contratada) y 639 camisas en dril super naval kaki (de 3.450 adeudadas).

-. El 24 de marzo de 1993, Vestimos del Caribe suscribió un formato de remisión de 2.946 pantalones en dril super naval kaki (de 3.798 adeudados), las 2.811 camisas en dril super naval kaki que se encontraban pendientes y las 29 camisas en dacrón azul no referidas en el formato de despacho inicial (fl. 36, c.3).

No obstante, ninguna de las aludidas remisiones presentó firma, sello ni manifestación de recibido por parte de Electranta.

En las indicadas minutas quedó pendiente referir la pretendida entrega de 852 pantalones en dril super naval kaki, los que si bien fueron despachados por Vestimos del Caribe el 23 de abril de 1993, no fueron recibidos por la almacenista de Electranta -según la anotación hecha en el formato de remisión-, por existir *"caducidad"* del contrato (fl. 44, c.3).

-. En memorando del 6 de abril de 1993, la directora de la División de Desarrollo Humano de Electranta comunicó que en esa fecha no se había recibido la dotación correspondiente a los uniformes kaki, y que si bien los uniformes azules fueron entregados por Vestimos del Caribe, sólo se recibieron a satisfacción las camisas, mientras que los pantalones fueron rechazados por no cumplir con las especificaciones establecidas. Agregó que, pese a que se le notificó a la firma proveedora la devolución de tales prendas, el personal de la contratista no había retirado la mercancía del Almacén General de la Planta La Loma (fl. 52, c.5).

-. El 15 de abril de 1993, Electranta expidió la Resolución N° 733, en la que declaró el incumplimiento del contrato AL-064-92 y ordenó hacer efectiva la garantía de cumplimiento, en la suma de $14'258.339,20, como monto equivalente al 20% del valor del contrato (fls. 50-52, c.4).

Señaló la entidad que, previa solicitud de prórroga por parte de Vestimos del Caribe, Electranta le concedió para la entrega del suministro un plazo adicional que expiraba el 31 de marzo de 1993, pese a lo cual, si bien la contratista hizo entrega

de dos ítmes (pantalones y camisas azules), uno de ellos fue rechazado en su totalidad por no reunir las condiciones exigidas en el pliego de condiciones, por lo que se apremió a la firma proveedora para que en el término de 15 días procediera a su restitución.

Agregó que, pese al vencimiento del plazo otorgado hasta el 31 de marzo de 1993, la contratista no cumplió con la entrega de los ítems restantes, correspondientes a las camisas y pantalones kaki, por lo que resultaba necesario hacer efectiva la garantía que se había constituido para afianzar el negocio jurídico.

-. Vestimos del Caribe interpuso recurso de reposición contra el acto mencionado y señaló que la devolución de los pantalones azules no fue hecha por la interventora del contrato sino por una dependencia de Electranta diferente a la señalada en las cláusulas, y que en todo caso, las pruebas pertinentes no se hicieron sobre la totalidad de la mercancía rechazada sino sólo en algunas prendas, evidenciándose además que las distintas tonalidades de la tela, cuestionadas por Electranta, obedecían a las características normales del insumo.

Manifestó que, pese al otorgamiento del plazo adicional, las telas solicitadas directamente a Fabricato no se estaban entregando en las fechas estipuladas, lo que era de conocimiento de la interventoría, y que si bien se hizo entrega de las prendas faltantes, el personal de almacén se negó a recibir dicho saldo aduciendo la supuesta declaratoria de caducidad. Adicionalmente, adujo que se había mantenido en disposición de cumplir con el objeto contractual, y que se encargaría de hacer en tiempo breve las restituciones solicitadas por Electranta.

Por otro lado, señaló que el incumplimiento del contrato sólo podía declararse para proceder a la imposición de multas, puesto que por lo demás, únicamente operaba como causal de declaratoria de caducidad del contrato.

-. En Resolución N° 1154 del 4 de junio de 1993, Electranta confirmó la decisión recurrida y reprochó nuevamente el hecho de que, al 31 de marzo de ese año, la contratista no hubiera cumplido con la totalidad del suministro.

Señaló que la razón para declarar el incumplimiento sin imponer multa fue el hecho de haber otorgado a la contratista, previamente, un plazo adicional para la entrega

de las prendas objeto del contrato, sin que al vencimiento de dicho término adicional se evidenciara una respuesta positiva de Vestimos del Caribe S.A.

Además de confirmar el acto recurrido, en la Resolución N° 1154 de 1993 Electranta ordenó *"la liquidación del contrato AL-064-92"*, para lo cual designó a la directora de la División de Desarrollo Humano, a quien se le indicó que debía seguir el trámite previsto en los artículos 287 y siguientes del Decreto 222 de 1983.

-. El 7 de mayo de 1993, Electranta convocó a la gerente de Vestimos del Caribe para que acudiera a la indicada planta de la contratante el 10 de mayo siguiente, a efectos de practicar las pruebas de muestreo y niveles de aceptación del suministro entregado (fl. 60, c.5).

En efecto, el 10 de mayo de 1993 las partes levantaron un acta en la que hicieron constar su comparecencia y la de la sociedad SGS Colombia S.A., para efectuar la inspección o prueba prevista *"en la cláusula décima séptima del contrato"*. Según el documento, la gerente de la firma contratista manifestó que Vestimos del Caribe ya había sido notificada previamente sobre la detección de defectos en los elementos suministrados (fl. 60, c.4).

-. El 20 de mayo de 1993, la firma SGS Colombia S.A. emitió un certificado de inspección de calidad a 3.450 camisas kaki, 4.318 pantalones azules y 3.798 pantalones kaki entregados por la contratista y almacenados en las instalaciones de Electranta. El concepto emitido fue desfavorable para todos los lotes, por lo que se recomendó su rechazo (fls. 61-65, c.5).

En acta del 17 de junio de 1993, las partes hicieron constar la devolución de 4.318 pantalones azules, 3.798 pantalones kaki y 3.450 camisas kaki, a Vestimos del Caribe S.A.

Adicionalmente, se indicó (fl. 94, c.3):

> *De las cantidades arriba anotadas y por autorización de la Div. Desarrollo Humano, se quedan en el Almacén General Loma, en custodia, las siguientes piezas: pantalones blue jeans, 9 (nueve); pantalones en dril kaky (sic), 5 (cinco); camisas en dril kaky (sic) manga larga, 4(cuatro). Estas piezas serán devueltas una vez culmine el proceso judicial.*

-. El 28 de junio de 1993, Electranta emitió el *"Acta N° 01"*, en la cual liquidó en forma unilateral el contrato AL-064-92. Señaló que el valor de los elementos entregados por la contratista y aceptados por la entidad -consistentes en 4.278 camisas azules- era de $13'899.222, y que a su vez, la cuantía de las prendas retenidas y conservadas por la electrificadora después de las diligencias de inspección de calidad era de $158.802, lo cual implicaba que el costo total de las dotaciones cumplidas por Vestimos del Caribe era de $14'058.024 (fls. 96-99, c.3).

Agregó que, al no haber recibido la entidad la totalidad del suministro contratado, debió adquirir la dotación restante con otro proveedor, lo que representó un costo adicional de $11'027.881; a la par con ello, reiteró que el valor cobrado por Electranta con cargo a la garantía de cumplimiento fue de $14'258.339,20, por lo cual la cuantía total de los perjuicios causados a la entidad era de $25'286.220,20.

De la indicada suma, la contratante restó el valor del suministro debidamente entregado por Vestimos del Caribe ($14'058.024), de manera que obtuvo como saldo a favor de la empresa estatal, la suma de $11'228.196,20.

-. El 8 de julio de 1993, las partes suscribieron un acta en la que dejaron constancia de no acuerdo sobre el balance final del contrato, contenido en el Acta N° 01 del 28 de junio de 1993 y puesto a consideración de Vestimos del Caribe (fls. 106-107, c.3).

-. En Resolución N° 1540 del 11 de agosto de 1993, la entidad hoy demandada *"aprobó"* la liquidación del contrato AL-064-92, efectuada mediante Acta N° 01 del 28 de junio de 1993 (fls. 72-77, c.5).

2.2. Análisis de la Sala

Considera la parte apelante que, contrario a lo señalado por el Tribunal de primera instancia en el fallo impugnado, para la fecha de expedición de los actos enjuiciados ya había terminado el contrato de suministro AL-064-92, por lo que la entidad estatal se encontraba habilitada para declarar el incumplimiento del negocio jurídico, con miras a hacer efectiva la cláusula penal en él pactada. Ello, según la demandada, al margen de que se le hubiera otorgado a la firma Vestimos del Caribe un plazo posterior al 31 de marzo de 1993 para restituir las prendas que le habían

sido devueltas por defectos de calidad y carencia de las debidas especificaciones técnicas, pues el curso de dicho plazo especial no implicaba que durante el mismo continuara vigente el término fijado en las cláusulas.

Al respecto, la Sala precisa lo siguiente:

En lo que atañe al contrato de suministro y al momento en el que debe darse por configurada su terminación, el Código de Comercio señala en su artículo 977 que *"si no se hubiere estipulado la duración del suministro, cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato, dando a la otra preaviso en el término pactado o en el establecido por la costumbre o, en su defecto, con una anticipación acorde con la naturaleza del suministro".* Hizo el legislador esta previsión teniendo en cuenta la definición misma que el estatuto comercial hace del contrato del suministro, en el cual, según la norma respectiva (artículo 968), *"una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios".*

Es decir, se refiere el Código de Comercio, al aludir al suministro, a un pacto de prestaciones periódicas o continuas, con lo que presupone el acuerdo de más de una entrega o prestación, de forma que el plazo de cada una de ellas se encuentra inmerso naturalmente en todo el término de vigencia del negocio jurídico, aunque con consecuencias importantes para los contratantes frente al momento en que debe cumplirse cada entrega, v.gr., aquella que establece en el artículo 973 del indicado estatuto, que *"el incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos"*, o la advertencia del artículo 972 *ibídem*, en el sentido de que *"si las partes fijan el plazo para cada prestación no podrá ser variado por voluntad de una sola"*.

A la luz de las citadas normas se advierte que, bajo el ordenamiento comercial, basta la falta o el defecto de una sola prestación para tener por incumplido el contrato de suministro, aunque se encuentren pendientes las entregas restantes; y tal incumplimiento parcial puede incluso dar lugar a la eventual terminación del

negocio jurídico -si se dan las demás condiciones previstas en la norma- y a que se puedan reclamar los subsiguientes perjuicios.

Bajo el indicado marco jurídico es preciso advertir, con todo, que en el presente caso el contrato AL-064-92 previó una sola prestación, pues se estipuló en él una sola entrega de todas las prendas requeridas por Electranta, en los distintos grupos o ítems, y se fijó un solo plazo para ese suministro: 45 días calendario contados a partir del perfeccionamiento del contrato.

Posteriormente, los mismos firmantes del negocio jurídico suscribieron un adicional en el que prorrogaron el término pactado y fijaron una fecha cierta para su cumplimiento: el 31 de marzo de 1993, lo que significaba que era ese el plazo máximo con el que contó Vestimos del Caribe para hacer entrega de todas las prendas contratadas, bajo las especificaciones establecidas en el clausulado mismo y en el pliego de condiciones que de él hizo parte según lo acordado también en el instrumento contractual. Así, si bien en los contratos de suministro, de compraventa y en otros que el Estado está facultado para celebrar, el plazo de cumplimiento de las obligaciones puede no coincidir con el de vigencia del negocio jurídico, en el caso *sub examine* se estableció un solo término para ambos eventos -entrega y terminación-, tanto en el contrato inicial como en el adicional en el que se dispuso su prórroga, por lo que los plazos y fechas pactados por las partes en tales acuerdos eran los que, simultáneamente, le daban vigencia al contrato y le otorgaban a Vestimos del Caribe una única oportunidad (luego postergada) para que entregara los elementos requeridos.

Sin perjuicio de lo hasta ahora dicho, es del caso tener en cuenta que, por asemejarse el suministro materia de controversia a la compraventa de mercancías -ya que la prestación debió cumplirse con una sola entrega-, bien puede resultar pertinente lo previsto en el artículo 924 del Código de Comercio para esa clase de contrato, en cuanto a que *"el vendedor deberá hacer la entrega de la cosa dentro del plazo estipulado"*.

Pues bien, teniendo en cuenta este panorama, se tiene que las partes previeron, en la cláusula décima cuarta contractual, la posibilidad de que Electranta declarara el incumplimiento del contrato, a fin de hacer efectiva la pena pecuniaria igualmente acordada en el mismo apartado contractual. Tal declaratoria se efectuó a través de

la denominada Resolución N° 733, expedida el 15 de abril de 1993, es decir, con posterioridad al 31 de marzo de 1993, fecha ésta que era el límite de la prórroga del contrato, acordada por las partes en el instrumento adicional antes señalado.

Ahora, el incumplimiento contractual encuentra su definición fundamental en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, en cuanto establecen que la indemnización de perjuicios tiene lugar, *"ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el incumplimiento"*; que el daño emergente es la pérdida *"que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su incumplimiento",* y que el lucro cesante es la ganancia que deja de reportarse a consecuencia de tales eventualidades; todo lo cual se demarca por un punto temporal de referencia, cual es la fecha o el plazo en que la obligación debía cumplirse, ya que en armonía con ello, el artículo 1608 del Código Civil indica que el deudor está en mora, entre otras, *"cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora"*.

En ese sentido, habiendo sido el contrato de suministro AL-064-92 de una sola prestación, resultó incumplido íntegramente cuando al vencimiento de su plazo -31 de marzo de 1993- no se entregó la totalidad de los ítems contratados -y adicionalmente, varios elementos que sí se suministraron resultaron defectuosos-. Téngase en cuenta, en este punto, que en memorando del 6 de abril de 1993, Electranta advirtió a la contratista que en esa fecha no había recibido los uniformes kaki, y había devuelto los pantalones azules por no cumplir con las especificaciones técnicas.

En armonía con las comunicaciones y actos en que Electranta afirmó no haber recibido oportunamente el suministro, examinados los hechos probados, reseñados de manera precedente, se advierte que la sociedad Vestimos del Caribe no demostró, por su parte, haber cumplido con el contrato dentro del plazo límite por ella misma aceptado en el acuerdo adicional, tiempo que finalizaba, se reitera, el 31 de marzo de 1993; pues si bien se aportaron al plenario unos formularios o proformas adiadas el 10 de marzo de ese año, en las que se hizo referencia al despacho de los uniformes, no se probó que los mismos hubieran sido recibidos

por Electranta en ninguna fecha, por lo que no se desvirtuó el incumplimiento señalado por la entidad en los actos enjuiciados.

En torno a ello, no desconoce la Sala que en este juicio se demostró que Electranta hizo devolución de varias prendas azules por establecer que las mismas no cumplían con las especificaciones técnicas, y que le otorgó a la contratista el término de 15 días para su restitución con el lleno de los requisitos. Sin embargo, por una parte, es palmario que el incumplimiento que la entidad tuvo por establecido al emitir la aludida Resolución N° 733 no fue la no restitución de los uniformes defectuosos, sino el hecho de que al 31 de marzo de 1993 no se hubieran entregado las camisas ni los pantalones color kaki, que también eran objeto del contrato -así lo expresó Electranta en las decisiones reprochadas, al indicar que, *"pese al vencimiento del plazo otorgado hasta el 31 de marzo de 1993, la contratista no cumplió con la entrega de (…) las camisas y pantalones kaki, por lo que resultaba necesario hacer efectiva la garantía que se había constituido para afianzar el negocio jurídico"*; y en sede del recurso de reposición, cuestionó nuevamente que al 31 de marzo de 1993, la contratista no hubiera cumplido con la totalidad del suministro-. Por otro lado, los días adicionales concedidos a Vestimos del Caribe para restituir las prendas rechazadas no implicaban ampliación del plazo general que se había previsto para el cumplimiento de la obligación principal, vale decir, para el suministro de todos los uniformes, pues se había estipulado, con aceptación expresa de la contratista, que el negocio se prorrogaría únicamente hasta el 31 de marzo de 1993.

Para la Sala, la sola circunstancia de que Electranta hubiera evidenciado que los pantalones azules no se ajustaban a los requerimientos técnicos tras la realización de las pruebas pactadas en el contrato -respecto de las cuales se previó que la entidad podía practicar las que *"estime necesarias"*- entrañó un incumplimiento que no podía traducirse en una ampliación del plazo del negocio a favor de la contratista incumplida y en detrimento de la entidad ya desfavorecida con la inobservancia inicial, esto es, tanto por la no entrega de las prendas kaki, como por el suministro defectuoso de los elementos azules. Por tanto, no le era dable a Vestimos del Caribe alegar en su favor la supuesta ampliación de la vigencia del contrato, para todas sus obligaciones, durante el lapso que se le otorgó más allá de la fecha final de la prórroga, únicamente para que restituyera los uniformes devueltos por la entidad por encontrarlos con imperfecciones.

En cuanto a la oportunidad para la operabilidad de la cláusula penal -cuya imposición unilateral por parte de Electranta fue también prevista en el contrato-, evidencia la Sala que ese aspecto se ajustó a derecho, pues en los términos del artículo 1595 del Código Civil, *"el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva"*, presupuesto que se cumplió en el *sub judice* por haber vencido el plazo fijado con expiración al 31 de marzo de 1993 sin que se cumpliera con el suministro contratado, y continuar dicho incumplimiento el 6 de abril de ese año, cuando Electranta reprochó a la contratista por no haber efectuado la entrega de todos los ítems solicitados.

Finalmente, en lo que respecta a la liquidación unilateral del contrato, contenida en el Acta N° 01 del 28 de junio de 1993, expedida por Electranta con fundamento en la cláusula décima tercera contractual, advierte la Sala que si bien esa decisión entrañó un incumplimiento de lo pactado en el negocio jurídico -como se expondrá- no existe mérito para acoger las pretensiones que, respecto de esa decisión, formuló la parte demandante, en particular porque de la indicada liquidación hecha por Electranta no se derivaron perjuicios patrimoniales para Vestimos del Caribe.

En efecto; ciertamente, las partes previeron en la cláusula tercera del negocio jurídico, la facultad para la entidad estatal de liquidarlo de manera unilateral, aunque establecieron como condición para ello que previamente se declarara la caducidad del contrato, potestad exorbitante que no fue ejercida por la Administración en el presente caso -dejando a salvo además los reparos que procedería formular respecto del ejercicio de esa facultad en el contrato materia de controversia-, por lo que resulta acreditado que Electranta desatendió los presupuestos pactados en el contrato para que procediera la indicada liquidación unilateral.

No obstante lo anterior, se evidencia que no existe mérito para concluir que esa Acta de Liquidación, enjuiciada en el caso *sub examine*, hubiera afectado patrimonialmente a Vestimos del Caribe o le hubiera lesionado un derecho para restablecer, pues no se demostró que la firma contratista, hoy demandante, hubiera efectuado pago alguno derivado de dicho balance de cuentas expedido por Electranta.

En esa medida, no existiendo daño ni perjuicio derivado del acto jurídico emitido por Electranta para liquidar el contrato, no se dan los elementos para entrar examinar si el mismo adoleció de vicio alguno que conduzca a declarar su nulidad bajo las normas aplicables. Por tanto, será revocada la sentencia impugnada, igualmente en cuanto juzgó nula la indicada acta de liquidación.

3. Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –aplicable en el *sub lite*-, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena en costas. Toda vez que en el presente caso no se evidencia que alguna de las partes haya actuado temerariamente o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

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 y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia de primera instancia, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico - Subsección de Descongestión, el 30 de marzo de 2015.

SEGUNDO: NIÉGUENSE, por consiguiente, las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar

la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado Electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado Electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF