

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

RADICACIÓN No. : 76001-23-31-000-2000-2757-01(20823)

FECHA : Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos
mil dos (2002)

CONSEJERO PONENTE : JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS

ACTOR : SOCIEDAD INSELEC LTDA

DEMANDADO : EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI -
EMCALI EICE-

TEMA : APELACION AUTO EJECUTIVO

Se decide la apelación presentada por la parte actora contra el auto de 23 de noviembre de 2000, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca se abstuvo de librar mandamiento de pago en contra de EMCALI EICE.

ANTECEDENTES PROCESALES

La Sociedad INSELEC LTDA., mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción ejecutiva contractual, solicitó librar mandamiento ejecutivo en su favor y en contra de EMCALI EICE, por los siguientes conceptos:

- a) Por \$15'634.695, correspondientes a la sanción pecuniaria por incumplimiento del contrato GE-040-97, establecida en su cláusula DECIMA QUINTA y equivalente al veinte por ciento (20%) del valor estimado del contrato.
- b) Intereses moratorios sobre el valor de la sanción, en porcentaje equivalente al doble de la tasa indicada por la Superintendencia Bancaria para octubre de 1998, desde cuando el deudor se constituya en mora hasta cuando cancele el monto total de la obligación.
- c) Las costas del proceso y los honorarios del abogado.

La sociedad Inselec Ltda. basó la solicitud del mandamiento pretendido, en el contrato de obra

que por valor de \$78'173.470. fue suscribió con EMCALI EICE, en el cual se incluyeron cláusulas exorbitantes. Afirma que como contratista cumplió cabalmente con sus obligaciones, mientras que la Administración las incumplió, principalmente por la corrupción imperante en la entidad y por la persecución desatada en su contra, circunstancias que le acarrearón graves dificultades de carácter financiero.

Que en repetidas oportunidades requirió a EMCALI EICE incluir en el acta final de liquidación el valor pactado en la cláusula penal, a manera de indemnización por los perjuicios derivados de su incumplimiento; y una vez vencido el término de liquidación del contrato insistió en ello sin obtener respuesta alguna, razón por la cual protocolizó mediante escritura pública las solicitudes presentadas, para constituir el silencio administrativo positivo.

Agregó la ejecutante, que en julio de 1998 solicitó la liquidación del contrato, la cual se llevó a cabo el 23 de octubre de ese mismo año; acta a la cual se anexaron las objeciones y otros documentos relativos a los derechos pretendidos por INSELEC LTDA. y que se derivan de la cláusula penal, cuya aplicación, afirma, es clara, expresa y exigible por estar contenida en los documentos de recaudo, como son el contrato GE-040-97 y las escrituras públicas números 0659 de 17 de abril de 1998 de la Notaría Quince de Cali y 0946 de 2 de junio siguiente, aclaratoria de la anterior, documentos que en criterio de la demandante, prestan mérito ejecutivo.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El a quo consideró que la aplicación de la cláusula penal representa la indemnización de unos perjuicios aparentemente recibidos durante la ejecución del contrato, pero no reconocidos en el acta final de liquidación, y por ello se abstuvo de librar el mandamiento de pago, para lo cual razonó así:

"El acta de liquidación definitiva prestará entonces mérito ejecutivo respecto de los valores que en ella se consignan a favor del contratista o de la entidad contratante. Empero, si en ella se han dejado salvedades o inconformidades en relación con los valores reconocidos o los que no han sido objeto de reconocimiento, lógicamente que no prestan mérito ejecutivo y la controversia que se genere con el objeto de obtener la correspondiente modificación del reconocimiento o la respectiva declaración debe manejarse a través de la acción de controversias contractuales en la que se controvierta precisamente la legalidad del acta de liquidación final del contrato suscrita con salvedades, a fin de que la justicia contenciosa defina si en ella debieron incluirse los valores pretendidos por el contratista"

Que los documentos protocolizados por INSELEC LTDA. a manera de silencio administrativo positivo tampoco prestan mérito ejecutivo porque se suscribieron con anterioridad a la fecha del acta final del contrato, la cual recoge la voluntad de los contratantes en relación con la liquidación del mismo.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la sociedad reiteró que el derecho reclamado se adquirió a través de un acto administrativo de contenido particular y concreto que llena los requisitos conceptuales, legales y de procedimiento señalados en el C.C.A., que no ha sido revocado directamente por la entidad contratante.

Que según lo ordena el artículo [58](#) de la Constitución Política, los derechos individuales merecen especial protección jurídica cuando son adquiridos conforme a la ley; y en consecuencia solicita se revoque la decisión del Tribunal y se libre el mandamiento ejecutivo a favor de la sociedad que representa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala considera que debe mantenerse la decisión apelada, por las siguientes razones:

1) El fundamento de la demanda ejecutiva presentada por INSELEC LTDA. es la protocolización del silencio administrativo positivo en que pudo incurrir EMCALI EICE, y que según la sociedad demandante se derivan del incumplimiento en la ejecución del contrato de obra pública GE-040-97.

En relación con la protocolización del silencio administrativo positivo, la Sala ha sostenido:

"2.- Efectos del Silencio Administrativo Positivo.

Por regla general, el silencio de la administración equivale a decisión positiva, solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales (Art. [41](#) C.C.A.)

La Ley 80 de 1993 consagró, en el capítulo II, los principios de la contratación estatal y, en tal sentido, reguló en el artículo [25](#) el principio de economía, el cual se refiere, entre otras a las siguientes actuaciones contractuales:

"**Art.16.-** En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguiente, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta Ley."

En desarrollo de esta norma el Decreto 679 de 1994, dispuso:

"**Art. 15.- Del silencio administrativo positivo.** De conformidad con el artículo [25](#), numeral 16, de la Ley 80 de 1993, las solicitudes que presente el Contratista en relación con aspectos derivados de la ejecución del contrato y durante el período de la misma, se entenderán resueltas favorablemente a las pretensiones del contratista si la entidad estatal contratante no se pronuncia durante los tres (3) meses a la fecha de presentación de la respectiva solicitud."

Conforme a lo anterior, para que se configure el silencio de la administración y el mismo surta efectos positivos a favor del contratista, no basta con la simple confrontación de las fechas que permitan deducir su ocurrencia, pues se requiere que la solicitud cumpla los requisitos señalados por la ley, se presente en el curso de la ejecución del contrato y se relacione con aspectos derivados de dicha ejecución y durante el tiempo de la misma.

Como lo precisó la jurisprudencia, el silencio contemplado en el artículo [25](#), numeral 16 de la Ley 80/93 "... habrá que interpretarse siempre con efectos restrictivos y no para entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el estatuto contractual, como sería la liquidación del contrato; etapa en la cual las partes podrán acordar los ajustes de precio, revisión y reconocimiento a que haya lugar..."(1)

Ante tales circunstancias no puede afirmarse que el silencio de la Administración, respecto a la

reclamación económica formulada por la demandante constituya título ejecutivo en contra de la entidad demandada. Además, el reconocimiento de gastos adicionales sufragados durante la ejecución del contrato, por su naturaleza, se obtiene mediante el acuerdo de voluntades de las partes, por disposición expresa de los artículos [27](#) y [60](#) , inciso 2º del Estatuto de Contratación Estatal y, en su defecto, por decisión judicial, previos los trámites correspondientes"(2).

Bajo las condiciones anteriores no procede la ejecución por vía ejecutiva en materia contractual cuando el título base del recaudo ejecutivo está integrado por la copia del contrato y la de la escritura pública mediante la cual se protocolizó el silencio positivo, ya que dicha presunción legal no puede sustituir actos definitivos como la liquidación del contrato que constituye una etapa especial dentro del desarrollo del mismo y porque dicho título no reúne las condiciones del artículo [488](#) del C.P.C. al no provenir directamente del deudor.

Además, en el Acta Final del contrato GE-040-97 (v. folios 48 a 53 c. ppal.) no se liquidó suma alguna correspondiente al contenido de la cláusula DECIMA QUINTA en favor del contratista sino, simplemente, éste observó que: "Se acepta esta Acta, pero integrando las OBJECIONES y demás aspectos de la comunicación dirigida por la apoderada de INSELEC LTDA. a EMCALI, fechada SEPT. 30 de 1998, relativos a los derechos que quedan pendientes. La aceptación no equivale a declaración de paz y salvo entre las partes.", de donde no se desprende por ese concepto, la existencia de una obligación clara, expresa y exigible en contra de EMCALI EICE.

2) En cuanto al criterio del apelante referido a la protección de los derechos adquiridos, la Constitución Política y la ley prevén otros mecanismos para su protección. En todo caso, como en el caso sub examen el derecho pretendido no es claro, expreso y exigible para ser reclamado por vía ejecutiva, al y como el mismo está inmerso en una relación contractual fácilmente determinable, el interesado debió recurrir a la acción contractual.

En efecto, en el acta de liquidación final del contrato GE-040-97 no aparece el reconocimiento de los derechos que reclama la demandante, los cuales resultarían representados en los valores derivados de la aplicación de la cláusula penal contractual, la acción a ejercer en este caso debe ser la ya mencionada para que el juez, con miras en la protección de los derechos que reclama la Sociedad INSELEC LTDA., de ser procedente, los declare y, ordene su reconocimiento y pago, o posteriormente sean reclamados por vía ejecutiva.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,
RESUELVE

CONFIRMAR el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 23 de noviembre de 2000, mediante el cual se negó el mandamiento de pago reclamado por la Sociedad INSELEC LTDA.

En firme esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RICARDO HOYOS DUQUE

Presidente de la Sala

JESÚS M. CARRILLO BALLESTEROS GERMAN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR

MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1 Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de 26 de septiembre de 1996 (Exp. Núm. 12.147; M.P.: Dr. Carlos Betancur J.).

2 Entre otros, Autos de 5 de abril de 2001 (Exp. Núm. 17947; actor: María Amparo Villa Sánchez) y 5 de julio de 2001 (Exp. Núm. 17242; actor: Salomón Melo Cepeda).



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

