**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – La exceptio non adimpleti contractus**

El artículo 1609 del Código Civil, establece que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Esta figura fue concebida como un medio de defensa para el contratista que ve peligrar la ejecución de la contraprestación a cargo de la otra parte. (…) Se trata entonces de restablecer por este medio, junto con la acción resolutoria, el equilibrio de los intereses de las partes, realizando el principio de simetría contractual derivado de la reciprocidad y correlación de las obligaciones contraídas en el negocio jurídico y de la necesidad de aplicar el principio de la buena fe y de respetar la causa de dichas obligaciones. (…) observa la Sala que el contrato celebrado por las partes, cuyo objeto fue la emisión, por parte del contratista, de la tarjeta profesional de abogado y la creación y manejo de la base de datos correspondiente, no contempló como contraprestación a cargo de la entidad contratante, pago alguno a favor de aquel, pues su remuneración, se acordó que provendría de la cancelación que efectuara cada abogado interesado en la expedición del referido documento, mediante la consignación de su valor en una cuenta bancaria, a nombre de la sociedad Power Vision de Colombia S.A.; en consecuencia, la entidad no podía incumplir una obligación inexistente, como era la del pago del valor de expedición de las tarjetas profesionales. (…) La Sala considera que la entidad incurrió en un incumplimiento de su obligación contractual, que no se encuentra justificado por el que le atribuye a su contratista y que más bien pudo contribuir con el mismo, afectando de esta manera la ecuación contractual que surgió al momento de celebrarse el negocio jurídico.

**EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS – Requisitos**

Son requisitos de la excepción i) la simultaneidad de la exigibilidad de las obligaciones, puesto que *“(…) si la prestación a cargo del demandado debió ejecutarse con anterioridad a aquella a cargo del demandante, mal podría aquel oponer la excepción de incumplimiento o inejecución”*;ii) la conexidad entre las prestaciones, pues debe tratarse de las propias del contrato y no de obligaciones adicionales o complementarias; iii) la gravedad del incumplimiento, pues la excepción de inejecución debe constituir una respuesta proporcionada, ya que el acreedor no puede invocar un incumplimiento de poca significación o de una prestación de menor relevancia ni mucho menos, alegar una situación que obedezca a su propia conducta

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00412-01(30727)**

**Actor: POWER VISIÓN DE COLOMBIA S.A.**

**Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (SENTENCIA)**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el 5 de enero de 2005, por medio de la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, la cual será modificada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La Nación-Consejo Superior de la Judicatura celebró el contrato 060 de 1996 con la firma Power Vision de Colombia S.A., para la elaboración y expedición de las tarjetas profesionales de abogado y de la respectiva base de datos, con una duración de 5 años. A pesar de que se estipuló que a partir de enero de 1998 el valor unitario de dicha tarjeta sería reajustado en la misma proporción del incremento del costo de vida, la entidad contratante, competente para ello, no ordenó este reajuste.

# ANTECEDENTES

**I. Lo que se demanda**

1. El 14 de febrero de 2003, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del C.C.A, la sociedad Power Vision de Colombia S.A. presentó demanda en contra de la Nación-Consejo Superior de la Judicatura, en cuyas pretensiones solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (f. 1 a 12, c. 1):

1. *Que se declare nula la Resolución 2258 del 27 de octubre de 2000 por la cual se liquida unilateralmente el Convenio 060 del 25 de noviembre de 1996, por violación de las normas constitucionales, legales y reglamentarias en que debía fundarse.*
2. *Que por las mismas razones se declare nula la Resolución 1526 del 8 de febrero de 2001, notificada el 14 de febrero del mismo año, por medio de la cual se confirma la Resolución 2258 de 27 de octubre de 2000.*

1. *Como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la entidad a restablecer el equilibrio económico del contrato, de acuerdo a las siguientes cifras:*
2. *Reconocer los incrementos debidos por el valor de las tarjetas profesionales de abogado así:*

*Tarjetas producidas por el contratista entre 1998 y 2000*

1. *1998 34.785 tarjetas*
2. *1999 5.591 tarjetas*
3. *2000 1.048 tarjetas*

*Variación del índice de precios al consumidor (IPC) en los años en que se debió reajustar el valor de las Tarjetas de Abogado:*

1. *Con vigencia en enero de 1998 17.68%*
2. *Con vigencia en enero de 1999 16.70%*
3. *Con vigencia en enero de 2000 9.23%*

*Valores en que se debió reajustar las Tarjetas de Abogado:*

1. *1996 y 1997 valor $ 8.302 + IVA $ 1.308*

*Total $ 9.630*

1. *1.998 valor $ 9.770 + IVA $1.563*

 *Total $ 11.323*

***Diferencia entre lo pagado y lo legal $ 1.703***

1. *1999 valor $ 11.402 + IVA 1.824*

*Total $13.226*

***Diferencia entre lo pagado y lo legal $ 3.596***

1. *2000 valor $ 12.454 + IVA $ 1.868*

*Total $ 14.322*

***Diferencia entre lo pagado y lo legal $ 4.692***

*Sumas que dejó de percibir Power Vision de Colombia S.A. dejó de percibir* (sic)*:*

1. *1998 34.785 tarjetas por $ 1.703 total $ 59.238.855*
2. *1999 5.591 tarjetas por $ 3.596 total $ 20.105.236*
3. *2000 1.048 tarjetas por $ 4.692 total $ 4.917.216*

***Total dejado de percibir $ 84.261.307***

1. *El lucro cesante de las máquinas retenidas en las instalaciones del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, una vez terminado el contrato por caducidad. Pues las mismas tenían una capacidad de producción de ciento cincuenta (150) tarjetas diarias de 150, que equivale a 3.000 tarjetas por mes. El costo promedio de las tarjetas que se hubieran podido elaborar para otras compañías se aproximaba a $ 12.600.*

*Siendo así:*

*12.600 Valor de cada tarjeta x 3.000 Tarjetas/mes x 4,5 meses =* ***$ 170.100.000.oo*** *aprox.*

1. *Los intereses de mora y la indexación de las cifras anteriores con el IPC mes a mes.*

2. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la demandante dio cuenta de la celebración entre las partes, del contrato n.o 060 del 25 de noviembre de 1996, cuyo objeto fue la emisión, durante el tiempo de vigencia del convenio (5 años), de un documento de identificación denominado Tarjeta Profesional de Abogado, con un valor unitario de $ 8 300 sin IVA y $ 9 630 IVA incluido, que debía ser cancelado por cada uno de los solicitantes de la tarjeta, en la cuenta destinada por Power Vision D.A. para ello.

2.1. En el contrato se acordó que el valor unitario de las tarjetas se mantendría sin modificación alguna hasta el 31 de diciembre de 1997 y que a partir del 1º de enero de 1998, debía ser reajustado por la Nación-Consejo Superior de la Judicatura en la misma proporción del incremento del IPC decretado por el gobierno nacional, no obstante lo cual, a pesar de la estipulación contractual y las reiteradas solicitudes del contratista, la entidad contratante no aumentó el valor de las tarjetas.

2.2. La Nación-Consejo Superior de la Judicatura, aduciendo injustificadamente el incumplimiento contractual de la contratista, declaró la caducidad del contrato mediante Resolución 064 del 26 de enero de 2000, confirmada por Resolución 650 del 7 de abril del mismo año –que fueron demandadas ante esta jurisdicción-, acto administrativo en el que ordenó la liquidación del contrato.

2.3. Mediante Resolución 2258 del 27 de octubre de 2000, la entidad demandada liquidó unilateralmente el contrato y dedujo a cargo de Power Vision de Colombia S.A. y a favor del Consejo Superior de la Judicatura, la suma de $ 62 837 161.

2.4. Contra el anterior acto se interpuso recurso de reposición, en el que se explicó que era equivocado el número de tarjetas a elaborar que se incluyó en el acto, que la entidad no ajustó el valor de las mismas con el IPC como lo ordenaba el contrato y no incluyó en la liquidación el lucro cesante derivado de la retención de los equipos del contratista –cuatro sistemas de producción de tarjetas- durante 4 meses y 28 días ni los intereses por estos conceptos, siendo confirmada la liquidación unilateral mediante Resolución 1526 del 8 de febrero de 2001.

2.5. La demandante adujo que el acto administrativo demandado es violatorio de los artículos 58, 83 y 209 de la Constitución Política, por cuanto se vulneró su derecho a la propiedad privada, al desconocer la entidad su obligación de reajustar el precio unitario de las tarjetas profesionales en la forma estipulada en el contrato y se desconocieron principios de la función administrativa como los de eficacia, moralidad y el de la buena fe, que debió observar en la relación contractual; así mismo, planteó la vulneración de los artículos 4 numeral 8, 5, 25, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, relativos al deber de mantener las condiciones económicas originales del contrato, el derecho del contratista a recibir la remuneración pactada y a que se conserve el valor intrínseco de la misma, así como el equilibrio económico del contrato y el deber de tomar las medidas necesarias para restablecerlo.

**II. Actuación procesal**

3. Admitida mediante auto del 22 de mayo de 2003 (f. 24, c. 1), la Nación-Consejo Superior de la Judicatura presentó **contestación de la demanda,** en la cualse opuso a las pretensiones, por cuanto consideró que la reclamación de Power Vision S.A. no es procedente, ya que esta firma no solicitó la actualización del valor de las tarjetas profesionales, que además era ella quien lo cobraba y recibía directamente; y que no lo hizo porque no lo necesitaba, pues desde el primer momento incumplió el contrato respecto de la entrega oportuna de las tarjetas, a pesar de lo cual los abogados sí consignaban a tiempo el dinero en las cuentas de la contratista; que no se rompió el equilibrio económico del contrato, porque tal y como lo dijo la entidad en la liquidación unilateral, el impuesto al valor agregado IVA bajó del 16% al 15% a partir del 1º de noviembre de 1999, a pesar de lo cual el contratista siguió cobrando la tarifa inicial a 1933 abogados, lo que le representó un mayor valor de $ 159 859, lo que compensaba *“su propia omisión de no solicitar en forma oportuna los aumentos que se encontraban pactados en el convenio …”* y reiteró que el contratista incumplió desde el principio el contrato y fue por eso que no pidió el reajuste en cuestión (f. 37, c. 1).

4. En la oportunidad para alegar de conclusión, la actora reiteró los argumentos de la demanda y la demandada, por su parte, sostuvo que en el plenario estaba probado el incumplimiento contractual de la sociedad Power Vision S.A. que motivó la declaratoria de caducidad del contrato, incumplimiento que se dio desde el principio de la ejecución contractual y frente al cual no resultaba procedente incrementar el valor; en consecuencia, adujo que no se presentó irregularidad alguna en el acto de liquidación unilateral del contrato y pidió que se denegaran las pretensiones de la demanda (f. 61 y 67, c. 1).

5. En **sentencia** proferida el 5 de enero de 2005, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, puesto que declaró la nulidad de las Resoluciones 2258 de octubre (sic) de 2000 y 1526 del 8 de febrero de 2001 y ordenó el pago a favor de la firma Power Vision S.A., de la suma de $ 11 129 417 (f. 74 a 95, c. ppl.).

5.1. La decisión del tribunal obedeció a que encontró acreditado que el contrato celebrado por las partes contempló en su cláusula séptima que a partir de diciembre de 1997, el valor del documento –tarjeta profesional de abogado- sería reajustado en la misma proporción del incremento del costo de vida decretado por el gobierno nacional, de tal manera que este aumento de acuerdo con el I.P.C., debía darse en forma automática, sin necesidad de que el contratista lo solicitara y sin que pudiera unilateralmente proceder él mismo a aplicar tal aumento, puesto que ello le correspondía hacerlo al Consejo Superior de la Judicatura.

5.2. Manifestó así mismo el *a-quo,* que no era de recibo el argumento de la entidad demandada en cuanto afirmó que el incumplimiento contractual del contratista, que motivó la declaratoria de caducidad del contrato, relevaba a la entidad contratante de su deber de reconocer en la liquidación del negocio jurídico, el reajuste del valor de las tarjetas profesionales pactado desde el contrato y que nunca durante su ejecución fue reconocido y en consecuencia, procedió a efectuar la correspondiente liquidación de lo debido por la entidad, que arrojó un saldo a favor de la demandante de $ 11 129 417, por concepto de la diferencia entre el valor unitario de las tarjetas profesionales y el que debieron tener después de reajustarlo con la aplicación del I.P.C.

6. Inconformes con lo decidido, las partes interpusieron **recurso de apelación[[1]](#footnote-1)**:

6.1. La demandante pidió que se corrigiera la liquidación de perjuicios efectuada por el *a-quo,* que a su juicio utilizó una fórmula equivocada que arrojó así mismo un resultado erróneo, pues el monto de los perjuicios, con la liquidación correcta, daría una suma de $ 79 840 420; además, el tribunal no se pronunció sobre la pretensión por concepto de lucro cesante, proveniente de la no devolución de los equipos de propiedad de la demandante, que de acuerdo con el dictamen pericial, ocasionó perjuicios por valor de $ 189 256 007 (f. 97, c. ppl.).

6.2. La parte demandada solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia y en su lugar absolver al Consejo Superior de la Judicatura, ya que su actuación al proferir los actos administrativos demandados fue legal y conforme a derecho. Adujo que fue el contratista quien no solicitó el reajuste del valor unitario de las tarjetas profesionales, seguramente por lo que se hallaba en mora en el cumplimiento de sus propias obligaciones desde el primer momento de la ejecución del contrato. Agregó que según la cláusula séptima, el incremento debía darse a partir del 1º de enero de 1998, pero para esa fecha ya el contratista se hallaba en mora respecto de su obligación de elaborar y entregar las tarjetas profesionales de abogado, es decir que estaba incurso en incumplimiento, y por lo tanto no puede aducir que fue la falta de aumento del valor en cuestión la causa del mismo, alegando el contenido del artículo 1609 del Código Civil, de conformidad con el cual en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. En consecuencia, el Consejo Superior de la Judicatura no incurrió en incumplimiento, como sí lo hizo el contratista y por lo tanto no se encuentra en la obligación de cancelar dinero alguno a su favor, cuando fue la entidad la que sufrió perjuicios por el incumplimiento de la demandante (f. 99, c. ppl.).

**CONSIDERACIONES**

**I. La competencia**

7. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por las partes, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 y el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988- aplicables en el *sub examine*, la cuantía exigida en 2003 para que un asunto fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, era de $ 36 950 000 y en el presente caso, la mayor de las pretensiones asciende a $ 170 100 000, por concepto de lucro cesante (f. 6, c. 1).

**II. Hechos probados**

8. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis[[2]](#footnote-2):

8.1. El 25 de noviembre de 1996, la Nación-Consejo Superior de la Judicatura, a través de su directora ejecutiva de administración judicial, suscribió el convenio n.o 060 de 1996 con la sociedad Power Vision de Colombia S.A., del cual se resaltan las siguientes estipulaciones (fl. 1, c. 2 y f. 5, c. 3).

***PRIMERA-OBJETO:*** *La emisión durante el tiempo de vigencia de este convenio de un documento de identificación denominado Tarjeta Profesional de Abogado, que acredite al portador como abogado titulado y debidamente inscrito. El documento estará dotado de las mayores medidas de seguridad que garanticen en máximo grado su inviolabilidad, con base mínima en las características previstas en el Acuerdo 180 de 1996 y en la presentación que la firma Power Vision de Colombia S. A. hizo en julio 14 del presente año, que se anexa. Así mismo, la creación, manejo, permanente disponibilidad y entrega a la finalización del convenio, de la Base de Datos e imágenes digitalizadas a todo color y con altísima resolución, que contendrá el Registro Nacional de Abogados. (…)* ***CLÁUSULA QUINTA – LUGAR DE TRABAJO:*** *Para el desarrollo del presente Convenio,* ***POWER VISION DE COLOMBIA S.A.****, ubicará, en las dependencias de la Unidad de Registro Nacional de Abogados, los equipos y el personal necesarios. La Unidad de Registro Nacional de Abogados proveerá, para tal efecto, un espacio cerrado dotado de teléfono y los utensilios de soporte distintos a los equipos de cómputo, procesamiento de datos y de impresión, y en general, de aquellos necesarios para el cumplimiento del objeto del convenio.* ***CLÁUSULA SEXTA – PROCEDIMIENTO:*** *La Unidad de Registro Nacional de Abogados entregará de manera periódica a* ***POWER VISION DE COLOMBIA S.A.****, un diskette con la información de los abogados inscritos, en formato establecido al respecto, acompañado de las fotografías de los mismos, identificadas por el reverso con el número de cédula del abogado. Con esta información* ***POWER VISION DE COLOMBIA S.A.*** *procederá a la alimentación de la Base de Datos que habrá sido específicamente creada para tal fin, así como a la digitalización de la fotografía, la cual quedará ligada “sin costuras” al respectivo registro. Dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes,* ***POWER VISION DE COLOMBIA S.A.*** *devolverá al Registro las tarjetas impresas, correspondientes a los Abogados (sic) listados en el diskette, troqueladas y listas para ser laminadas. Entregará, igualmente, listado de stickers con el fin de ser enviados a través del sistema de mensajería. El personal dispuesto, para tal efecto, por la Unidad de Registro Nacional de Abogados, procederá a laminar cada documento, empleando para ello los elementos suministrados por* ***POWER VISION DE COLOMBIA S.A. CLÁUSULA SÉPTIMA- VALOR DEL DOCUMENTO:*** *El valor del documento, incluida creación de Base de Datos, digitalización, impresión y sello AdvantageTM con numeración consecutiva, es de Ocho Mil Trescientos dos Pesos M/cte ($8.302.oo), sin incluir IVA; Nueve Mil Seiscientos treinta Pesos M/cte ($9.630.oo), con IVA incluido. Se deja expresa constancia que dentro del valor estipulado se encuentran cubiertos el total de costos y gastos para la emisión del documento, y que, por ende, ni El Consejo Superior de la Judicatura ni la Unidad de Registro Nacional de Abogados asumen ninguna responsabilidad al respecto.* ***PARÁGRAFO-VIGENCIA:*** *El valor anteriormente citado se mantendrá, sin modificación alguna, por parte de la firma* ***POWER VISION DE COLOMBIA S.A.*** *hasta el día 31 de diciembre de 1997. A partir de esa fecha, el valor del Documento será reajustado en la misma proporción del incremento del costo de vida, decretado por el Gobierno Nacional.* ***CLÁUSULA OCTAVA – FORMA DE PAGO:*** *El Consejo Superior no asume ningún costo por la emisión de la Tarjeta Profesional de Abogado. El abogado que solicite la expedición de su documento, deberá consignar en una Cuenta Nacional, que se indicará, a favor de la firma* ***POWER VISION DE COLOMBIA S.A.****, en cualquier sucursal del País, la suma contemplada en la Cláusula Séptima del presente convenio.* ***CLÁUSULA NOVENA-DURACIÓN****: La duración del presente convenio será por un término de cinco años contados a partir de la fecha de su suscripción (…).*

8.2. La entidad contratante llamó la atención al contratista en varias oportunidades por el incumplimiento de sus obligaciones, en el sentido de que no se estaba acatando el plazo de entrega de las tarjetas profesionales pactado en el contrato, especialmente en el primer semestre del año 1998, cuando se le puso de presente la premura, dado que según el Acuerdo 204 de 1997 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el nuevo formato de las mismas debía obtenerse antes del 30 de junio de ese año, prorrogado hasta el 30 de septiembre siguiente[[3]](#footnote-3); así se advierte en comunicaciones de diciembre de 1997[[4]](#footnote-4), enero, abril, mayo, junio, agosto y octubre de 1998, enero, febrero, abril, mayo, septiembre y noviembre de 1999, en las que se advierten los perjuicios que está sufriendo el servicio a cargo de la entidad por no poder entregar oportunamente las tarjetas profesionales a los abogados, lo que ha motivado inclusive la presentación de varias tutelas en su contra (f. 232, 296, 300, 315, 317, 322, 324, 328, 343, 347, 360, 371, 377, 381, 383, 384, c. 3).

8.3. La sociedad Power Vision de Colombia S.A., reclamó en múltiples oportunidades por el reajuste según el IPC del valor de las tarjetas profesionales de abogados, contractualmente pactado a partir de enero de 1998, como consta en comunicaciones del 1º de junio y 12 de agosto de ese año; en el recurso de reposición que interpuso en contra de la multa impuesta, en el que se alegó como una de las causas de los retrasos; en comunicación del 11 de noviembre de 1999, en la cual le manifiesta a la directora ejecutiva de administración judicial, que el no reajuste del precio en la forma acordada le ha ocasionado enormes perjuicios al no haber podido recaudar más de $ 70 millones, pues *“(…) esta suma cubre el valor de la materia prima requerida para la elaboración de la tarjeta durante mas de un año”;* el 30 de noviembre de 1999, cuando le reitera que el incumplimiento presentado a esa fecha, que representa menos del 3.5% del total realizado, se debe exclusivamente al no reajuste del valor de las tarjetas, contemplado en el convenio, a pesar de que ha sido solicitado reiteradamente; el 13 de enero de 2000, en la que manifiesta que la entidad es quien le ha incumplido el contrato al no haber permitido el reajuste en los precios durante los últimos 3 años; el 18 y el 26 de enero de 2000, en similares términos (f. 189, 194, 206, 209, 216, 273, 347, 369, c. 3).

8.4. La entidad contratante, luego de verificar que no existía causal alguna para la terminación unilateral del contrato, según informó el director legal -que recomendó liquidarlo de común acuerdo-, adelantó negociaciones con el contratista para lograr la cesión del negocio jurídico, con el fin de que otra firma que se seleccionara, continuara prestando el servicio de expedición de las tarjetas profesionales de abogado, tal y como se desprende de comunicación enviada al representante legal de Power Vision de Colombia S.A. por la directora ejecutiva de administración judicial el 12 de noviembre de 1999. En esta comunicación, ante la reclamación del contratista para que mediante una conciliación se le retribuyeran en parte los dineros dejados de recaudar por la falta de ajuste del precio de las tarjetas profesionales, la funcionaria respondió que la entidad no asumió ninguna obligación pecuniaria con el contratista y que no figura rubro presupuestal para tal efecto (f. 213 y 218, c. 3).

8.5. El 22 de diciembre de 1999, la directora de la Unidad de Registro Nacional de Abogados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura le contesta al representante legal de Power Vision de Colombia S.A., la reclamación sobre el reajuste pedido, manifestándole que la misma debió tramitarse ante la dirección ejecutiva de administración judicial y no ante esa unidad, pues según lo dispuesto por la ley, la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual es del jefe o representante legal de la entidad; además, que no presentó un informe estadístico en donde se demostrara los enormes perjuicios que dice haber sufrido y en el que se equilibraran éstos con los ocasionados a los abogados litigantes que consignaron el valor de su tarjeta sin que se les hubiera cumplido con la entrega, presentándose en ocasiones mora superior a 6 meses; agregó que si bien en el convenio se acordó el reajuste del valor del documento anualmente, en el mismo *“no se estableció procedimiento para aplicarlo y el interesado en tal incremento como es Power Vision jamás formuló a la entidad ni a la Unidad de Registro Nacional de Abogados petición en ese sentido, por lo tanto, al no haber requerimiento alguno en las respectivas vigencias anuales, se aceptó en forma implícita que el contratista podía satisfacer el objeto del contrato con los mismos parámetros pactados inicialmente (…)”* (f. 206, c. 3)*.*

8.6. Mediante Resolución n.o 1141 del 4 de mayo de 1999, la directora ejecutiva de administración judicial declaró el incumplimiento parcial e impuso una multa al contratista Power Vision de Colombia S.A., por haber presentado de forma reiterada incumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio 060 de 1996, acto administrativo que fue confirmado por Resolución n.o 1841 del 27 de julio de 1999 (f. 242 y 293, c. 3).

8.7. El 28 de diciembre de 1999, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, impartió instrucciones a la directora ejecutiva de administración judicial para que procediera a terminar unilateralmente el convenio 060 de 1996 debido a su grave incumplimiento, teniendo en cuenta que la expedición de las tarjetas profesionales de abogado constituye la prestación de un servicio público y en consecuencia, las cláusulas excepcionales de contratación estatal se entienden pactadas en el referido convenio (f. 201, c. 3).

8.8. El 7 de enero de 2000, la directora de la Unidad del Registro Nacional de Abogados le manifestó al presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que el incumplimiento contractual de Power Vision de Colombia S.A. se agravó notoriamente en el año de 1999, en cuyos meses de junio, julio y octubre no se elaboró ninguna tarjeta y en febrero sólo 15, continuando la mínima producción en lo que iba corrido del 2000 (f. 197, c. 3).

8.9. El director ejecutivo de administración judicial, mediante Resolución n.o 0064 del 26 de enero de 2000, declaró la caducidad del Convenio n.o 060 del 25 de noviembre de 1996, la cual fue notificada personalmente el 15 de febrero del mismo año; en este acto administrativo se ordenó la liquidación del negocio jurídico dentro de los 2 meses siguientes a la fecha de ejecutoria de la resolución y de no llevarse por mutuo acuerdo en este término, dispuso su liquidación unilateral, conforme a las disposiciones legales pertinentes (f. 177 a 181, c. 3).

8.10. Power Vision de Colombia S.A., interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del anterior acto administrativo, el cual fue confirmado por la Resolución 0650 del 7 de abril de 2000. En este acto administrativo se reiteró que el contratista incurrió en incumplimiento de sus obligaciones desde el inicio de la ejecución del contrato y por lo tanto la entidad no estaba obligada a tramitar los reajustes al valor de la tarjeta profesional; además, que no se rompió el equilibrio económico del contrato, puesto que el contratista recibió anticipadamente, de los abogados interesados en la expedición del documento, la consignación del valor de las tarjetas profesionales, a pesar del retraso que presentó en su elaboración y entrega, con grave perjuicio en la continuidad del servicio de expedición de este documento y habiendo obtenido los rendimientos financieros provenientes de tales consignaciones, que compensaron suficientemente el valor reclamado por concepto de reajustes (f. 114 y 150, c. 3).

8.11. El 26 de julio de 2000, el representante legal de Power Vision de Colombia S.A., le solicitó a la directora ejecutiva de Administración Judicial incluir en la liquidación del convenio 060 de 1996, como obligación a su favor, la suma de $ 84 385 668, por concepto de la diferencia que dejó de ganar por el no reajuste del valor de las tarjetas profesionales en la forma pactada en el convenio, durante los años 1998, 1999 y 2000, así como la suma de $ 43 067 855, por concepto de intereses (f. 89, c. 3).

8.12. La entidad contratante respondió a Power Vision de Colombia S.A. la anterior solicitud, recordándole lo expresado en los actos administrativos contentivos de las sanciones que por incumplimiento le fueron impuestas: multa y declaratoria de caducidad del contrato, así como en los actos que resolvieron los recursos interpuestos en contra de dichas decisiones (f. 85, c. 3).

8.13. Mediante oficio del 6 de septiembre de 2000, la directora de la unidad de registro nacional de abogados informó al director de la unidad de asistencia legal de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que durante el tiempo de vigencia del convenio 060 de 1996, a la empresa Power Vision de Colombia, los abogados a nivel nacional, le consignaron lo correspondiente a un total de 87 499 solicitudes de tarjeta, lo que ascendía a la suma de $ 842 615 370, de los cuales $ 116 198 672, correspondieron al IVA; y que de estos valores y hasta la declaratoria de caducidad del convenio, 5 605 abogados faltaban para la elaboración de la correspondiente tarjeta profesional (derechos que los solicitantes consignaron previamente), equivalente a la suma de $ 53 976 150,oo, cantidad que fue depositada en la cuenta que la citada empresa dispuso para tal fin, y cuyas tarjetas no fueron elaboradas, aclarando que de esos dineros, $ 7 445 234,oo, correspondían a lo consignado desde el mes de marzo de 1999 hasta el 12 de abril de 2000, fecha de terminación del convenio. Agregó que de conformidad con las normas tributarias, desde el 1º de noviembre de 1999 el IVA bajó al 15% y que revisados los archivos, se verificó que 1 933 abogados consignaron el valor de la tarjeta en fecha posterior, sin tener en cuenta esta disminución, lo que se tradujo en una suma consignada de más a la empresa, de $ 82,70 por cada tarjeta, para un total de $ 159 859 (f. 78, c. 3).

8.14. Durante el año 2000, las partes intercambiaron múltiples comunicaciones relacionadas con el deber del contratista de hacer entrega de la base de datos y demás elementos y documentación en la forma en que se comprometió a elaborarlos para la contratante, con el fin de proceder a la liquidación del convenio (f. 57, 63, 66, 71, 73, 77, 80, 82, 94, 95, 100, 104 y 107, c. 3).

8.15. El 28 de septiembre de 2000, representantes de la entidad contratante y del contratista, suscribieron un acta en la que consta la entrega y salida de las instalaciones de la primera, de equipos y bienes de propiedad de la segunda, que allí son relacionados (f. 47, c. 3).

8.16. Mediante comunicación del 20 de octubre de 2000, el representante legal de Power Vision de Colombia S.A., actuando en calidad de liquidador de dicha sociedad *“en liquidación”[[5]](#footnote-5)*, le manifestó a la directora ejecutiva de Administración Judicial su inconformidad con el proyecto de liquidación del Convenio 060 de 1996, explicando las razones por las cuales no la compartía. La entidad dio respuesta a estas objeciones, desestimándolas, el 27 de octubre de 2000 (f. 41, c. 3).

8.17. La entidad liquidó unilateralmente el Convenio n.o 060 de 1996 suscrito entre la Nación-Consejo Superior de la Judicatura y la firma Power Vision de Colombia S.A., a través de la Resolución n.o  2258 del 27 de octubre de 2000 (f. 38, c. 2).

8.17.1. En los considerandos de esta decisión, se tuvo en cuenta i) la declaratoria de caducidad del convenio por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; ii) el hecho de que éste no entregó en los términos acordados la base de datos e imágenes digitalizadas a todo color y con altísima resolución, que contuviera el registro nacional de abogados, tal y como se comprometió en la cláusula primera de dicho convenio, pues respecto de los 7 discos enviados, se encontraron inconsistencias y por lo tanto la información no reunía los requerimientos técnicos que debía tener la base de datos, sin que a la fecha el contratista hubiera cumplido con esta obligación, a pesar de los múltiples requerimientos; iii) que en los elementos devolutivos que le fueron facilitados por la entidad para el cumplimiento de su labor, faltaba un teléfono digital con placa de inventario 01-00295; iv) que en la ejecución del convenio se hicieron 89 846 solicitudes de tarjetas profesionales, radicadas en la Unidad de Registro Nacional de Abogados, que hubo 2 384 solicitudes sin consignación bancaria a la fecha y por lo tanto, el total de solicitudes radicadas con consignación por los abogados a favor de Power Vision, fue de 87 499, con un valor unitario de $ 9 630 y un valor total de $ 842 615 370; v) que el total de tarjetas elaboradas por el contratista fue de 81 894, que corresponden a un valor de $ 788 639 220, por lo que quedaron faltando un número de 5 605, que equivalen a un valor de $ 53 976 150; vi) que se liquidan intereses *“como retribución al valor de oportunidad, por cuanto dichos valores fueron consignados en la cuenta abierta con ocasión del convenio por la empresa Power Vision de Colombia S.A. y el producto final, es decir, la Tarjeta Profesional no fue entregada dentro de los términos convenidos, mientras que el contratista se lucra de eso depósitos”;* vii) que a partir del 1º de noviembre de 1999 se redujo la tarifa del IVA del 16% al 15% y después de esa fecha, 1933 abogados consignaron en la cuenta del contratista el valor de la tarjeta profesional con un IVA del 16%, por lo que aquel recibió un mayor valor de $ 82,70 por cada consignación efectuada, suma equivalente a $ 159 859; viii) que el 13 de octubre de 2000 se remitió al contratista el acta de liquidación de común acuerdo y se le fijó un plazo de 5 días para su firma, pero que éste manifestó por escrito su desacuerdo con dicha acta y le formuló objeciones que la entidad desestimó también por escrito dirigido a Power Vision.

8.17.2. La liquidación arrojó un monto a cargo del contratista y a favor de la Nación-Consejo Superior de la Judicatura por $ 62 837 161,72, resultante de la sumatoria de los siguientes rubros: Tarjetas profesionales pagadas y no elaboradas por el contratista: 5 605, por un valor de $ 53 976 150; intereses: $ 8 834 995,35; valor teléfono prestado y no devuelto por el contratista: $ 26 016,37.

8.17.3. En el acto liquidatorio también se dispuso que el contratista debía entregar dentro de los 5 días hábiles siguientes a su notificación, i) la base de datos e imágenes digitalizadas a todo color y con altísima resolución y ii) una certificación en la cual conste que el “*Sello Advantage TM”* diseñado y producido en forma exclusiva para la Nación-Consejo Superior de la Judicatura no ha sido ni será utilizado a partir de la terminación del convenio y que todo el material de laminación con el diseño del Consejo Superior de la Judicatura, fue entregado a esta entidad.

8.18. Mediante Resolución n.o 1526 del 8 de febrero de 2001 –notificada personalmente el 14 de febrero siguiente al representante legal-, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial resolvió el recurso de reposición interpuesto por Power Vision de Colombia S.A. en contra del anterior acto administrativo confirmándolo, por cuanto consideró que los argumentos del recurrente no eran suficientes para desvirtuar lo decidido y concluyó que no resultaba procedente reconocer al contratista valores adicionales por concepto de incrementos en el valor de la tarjeta profesional ni a pago alguno de intereses, por cuanto la entidad no es responsable pecuniariamente de los pretendidos ingresos del contratista por la falta de ejecución total del convenio, pues de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, si se declara la caducidad del contrato no habrá lugar a indemnización para el contratista (f. 44 y 55, c. 2 y f. 15 y 16, c. 3).

**III. El problema jurídico**

9. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación interpuesta por ambas partes, deberá la Sala establecer si el acto administrativo de liquidación unilateral proferido por la entidad demandada está viciado de nulidad, como lo sostuvo la parte actora, por no incluir en él todos los reconocimientos que debió hacer a su favor y que el *a-quo* no incluyó en su sentencia, o si, por el contrario, se trata de una decisión válida, cuya legalidad no fue desvirtuada.

**IV. Análisis de la Sala**

10. Se observa en primer lugar, que la presente controversia gira exclusivamente en torno de la legalidad de las Resoluciones 2258 del 27 de octubre de 2000 y su confirmatoria 1526 del 8 de febrero de 2001, acto administrativo mediante el cual se liquidó unilateralmente el contrato 060 de 1996, celebrado por la Nación-Consejo Superior de la Judicatura con la sociedad Power Vision de Colombia S.A., como consecuencia de la declaratoria de caducidad, que se produjo mediante la Resolución 064 del 26 de enero de 2000, confirmada por Resolución 0650 del 7 de abril del mismo año, acto administrativo que no fue demandado en el *sub-lite.*

11. La declaratoria de caducidad del contrato, proferida en un acto administrativo vigente y cuya legalidad se presume, impide al juzgador analizar y estudiar lo concerniente al cumplimiento de las obligaciones derivadas de ese negocio jurídico, por cuanto ello implicaría desconocer dicha presunción que cobija a la decisión administrativa. Por lo tanto, ninguna cuestión que ponga en tela de juicio lo decidido por la administración en su acto, puede ser objeto de revisión por el juez cuando aquel no ha sido demandado, pues la presunción de legalidad también opera frente a él y por lo tanto, debe partir del reconocimiento de la existencia de esa decisión y resolver la controversia sometida a su conocimiento, bajo el entendido de que lo establecido en ella es cierto.

12. En el presente caso, no obstante, se observa que la declaratoria de caducidad del contrato 060 de 1996, según lo manifestó la misma parte actora en la demanda, sí fue impugnada en otro proceso, respecto del cual el Consejo de Estado conoció en segunda instancia y profirió sentencia el 1º de julio de 2015[[6]](#footnote-6), en la que declaró la nulidad de las Resoluciones 064 del 26 de enero de 2000 y 0650 del 7 de abril del mismo año[[7]](#footnote-7), por considerar que la entidad demandada no tenía competencia para declarar la caducidad del contrato, pues contrario a lo afirmado por ella en el acto administrativo en el que lo hizo, el celebrado no fue un contrato de prestación de un servicio público en el que debiera entenderse pactada la facultad excepcional de declarar su caducidad. Sostuvo la sentencia, que no analizó lo relativo al cumplimiento o incumplimiento del contrato:

*(…) es evidente para la Subsección que en el convenio 060 existe un objeto dual; el primero el suministro de las tarjetas profesionales de abogado, y el segundo la prestación del servicio, consistente en llevar una base de datos, luego entonces existe una coligación negocial de tipo funcional, pues si bien las partes no acordaron expresamente una interdependencia entre ambos vínculos contractuales, en virtud del objeto de estos, se establece dicha conexidad.*

*Como quiera que de acuerdo con lo prescrito en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, en los contratos de suministro y de prestación de servicios, la inclusión de las cláusulas excepcionales debe realizarse de manera expresa, teniendo en cuenta que el mencionado artículo menciona la expresión “podrán pactar”, dando así facultad a la entidad contratante de incluirlas o no en los contratos de suministro y de prestación de servicios, y como en el convenio 060 de 1996, no fue pactada de manera expresa la cláusula de caducidad, forzoso es concluir que el Consejo Superior de la Judicatura no poseía competencia para declararla en los actos demandados.*

13. Por lo tanto, al no mediar la presunción de legalidad de esa decisión, que hacía presumir así mismo la veracidad y exactitud de sus aseveraciones, desaparece el impedimento para hacer referencia a los cumplimientos o incumplimientos contractuales presentados en la ejecución del negocio jurídico y que sean necesarios para efectos de determinar, así mismo, la procedencia de las pretensiones en este caso.

**La liquidación unilateral**

14. Como se dijo, el Tribunal *a-quo* declaró la nulidad del acto de liquidación unilateral del contrato, por cuanto consideró que en los cálculos efectuados en él, la entidad no tuvo en cuenta el verdadero valor que debieron tener las tarjetas profesionales en los años 1998 y siguientes, de acuerdo con lo establecido en la cláusula séptima del convenio y que debió ser reconocido por la entidad durante su ejecución.

15. Por su parte, la entidad demandada apeló, sosteniendo que el acto administrativo es legal, puesto que al contratista le correspondía solicitar el reajuste del valor unitario de las tarjetas profesionales y que se abstuvo de hacerlo, precisamente porque estaba incurso en incumplimiento de sus obligaciones, circunstancia que, a su vez, relevaba a la entidad de cualquier incumplimiento que en tal sentido le imputara el contratista.

16. Quiere decir lo anterior, que la entidad adujo dos argumentos distintos y contradictorios: i) Que no era obligación suya llevar a cabo el reajuste del valor unitario de las tarjetas profesionales, ya que ella no adquirió ninguna obligación de pago frente al contratista, puesto que la misma recaía en cada abogado que solicitara la expedición de la nueva tarjeta, que tenía que efectuar la cancelación de su valor en la cuenta bancaria abierta para ello por el mismo contratista y que debió ser éste, por lo tanto, quien adelantara o solicitara tal reajuste; y ii) que la entidad no estaba obligada a tramitar reajuste alguno del valor de la tarjeta profesional, ya que desde el principio de la ejecución del contrato y desde antes de enero de 1998, fecha a la que se refiere la cláusula séptima del mismo como momento a partir del cual debía reajustarse dicho valor según el IPC, el contratista presentó retrasos e incumplimientos de las obligaciones a su cargo, porque las tarjetas profesionales no fueron entregadas oportunamente en la forma pactada. Y que en consecuencia, fue esta la razón por la que no solicitó el reajuste del valor unitario de las mismas, no correspondiéndole, en tales circunstancias, a la entidad contratante, proceder a modificarlo.

17. En cuanto a lo primero, advierte la Sala que no le asiste razón a la entidad cuando afirma que no era su deber proceder al reajuste del valor unitario de las tarjetas profesionales en la forma dispuesta en la cláusula séptima del acuerdo de voluntades, ya que si bien quien recibía el pago de parte de los interesados en obtenerla era el contratista, la llamada a fijar ese valor, era precisamente la entidad.

18. Es así como el artículo 4º del Acuerdo n.o 180 del 6 de agosto de 1996 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura[[8]](#footnote-8), dispuso (fl. 155, c. 3):

***ARTICULO CUARTO:*** *Autorízase a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para celebrar el convenio de elaboración de las nuevas Tarjetas Profesionales de abogado con la empresa que garantice estricto cumplimiento en cuanto al formato, características técnicas y condiciones de seguridad que, como política sobre la materia, adopta la Sala Administrativa según el Artículo Segundo del presente Acuerdo.*

***Parágrafo Primero:*** *La empresa seleccionada deberá garantizar que en el proceso de elaboración del documento participe, en cuanto a las normas finales de seguridad, la Unidad de Registro Nacional de Abogados del Consejo Superior de la Judicatura.*

***Parágrafo Segundo:*** *El costo de la nueva Tarjeta lo asumirá el profesional, mediante la consignación de su importe en una cuenta del proveedor. Su valor será fijado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.*

19. Entonces, dada la claridad del parágrafo segundo de la norma, no queda duda alguna de que la obligación relacionada con la variación del valor unitario de la tarjeta profesional, sí recaía en la entidad, no sólo por la disposición que se acaba de relacionar, que le atribuyó tal competencia, sino por lo dispuesto en el contrato, que estableció dicha obligación, al estipular que –cláusula séptima-, a partir de enero de 1998, el valor inicial de $ 9 630 IVA incluido, debía reajustarse *“en la misma proporción del incremento del costo de vida, decretado por el Gobierno Nacional”,* siendo imposible entender, como lo hace la demandada, que dicho reajuste dependiera de que el contratista lo solicitara, o incluso, que unilateralmente lo aplicara.

20. No es de recibo, por lo tanto, la afirmación de la demandada en el sentido de que debió ser el contratista quien llevara a cabo dicho reajuste, como tampoco es cierto que no lo hubiera solicitado reiteradamente, porque consta en el plenario lo contrario.

**La exceptio non adimpleti contractus**

21. El artículo 1609 del Código Civil, establece que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

22. Esta figura fue concebida como un medio de defensa para el contratista que ve peligrar la ejecución de la contraprestación a cargo de la otra parte. Como excepción, tiene efectos de naturaleza transitoria, en tanto apunta a paralizar bien sea la acción ejecutiva del contendor, o la misma resolutoria ejercida por éste, para que sea decidido más adelante lo relativo a la ejecución voluntaria o la resolución del contrato, según corresponda. *“La parte insatisfecha se ve así protegida frente a una ejecución de lo de su cargo que le acarrearía el riesgo de insolvencia de su contraparte, y de esa manera mantiene cierto equilibrio en la relación sinalagmática:* te cumplo si me cumples, no te cumplo porque no me haz cumplido: non servanti fidem non est fides servanda[[9]](#footnote-9)”.

23. Se trata entonces de restablecer por este medio, junto con la acción resolutoria, el equilibrio de los intereses de las partes, realizando el principio de simetría contractual derivado de la reciprocidad y correlación de las obligaciones contraídas en el negocio jurídico y de la necesidad de aplicar el principio de la buena fe y de respetar la causa de dichas obligaciones, como los móviles determinantes de ese negocio. *“De esa manera, cuando un contratante no ejecuta su obligación el otro no se encuentra ante el dilema de demandar la resolución o emplear las vías judiciales de ejecución forzada. Tiene un tercer camino: rehusar, provisionalmente, la ejecución hasta el día en que la otra parte ejecute su obligación, o, en otras palabras: no ejecutar sino “dando y dando”[[10]](#footnote-10).*

24. Para que este medio de defensa resulte procedente, se requiere que la obligación incumplida por la contraparte sea primera en el tiempo y condicione realmente la prestación a cargo del contratante que lo alega[[11]](#footnote-11), es decir que es necesario establecer a quién le correspondía cumplir en primer lugar con su propia obligación y si lo hizo o no, y así mismo, de haberse abstenido esta parte de ejecutar la prestación a su cargo, deberá dilucidarse si ese incumplimiento fue determinante a su vez, del incumplimiento de la parte que alega la *exceptio non adimpleti contractus,* pues existiendo diversas clases de compromisos que pueden surgir de una misma relación contractual, no todas con la misma entidad e importancia, no se puede admitir que el incumplimiento de cualquiera de ellas pueda autorizar a su vez, el incumplimiento de la otra parte.

25. Son requisitos de la excepción i) la simultaneidad de la exigibilidad de las obligaciones, puesto que *“(…) si la prestación a cargo del demandado debió ejecutarse con anterioridad a aquella a cargo del demandante, mal podría aquel oponer la excepción de incumplimiento o inejecución”*;ii) la conexidad entre las prestaciones, pues debe tratarse de las propias del contrato y no de obligaciones adicionales o complementarias; iii) la gravedad del incumplimiento, pues la excepción de inejecución debe constituir una respuesta proporcionada, ya que el acreedor no puede invocar un incumplimiento de poca significación o de una prestación de menor relevancia ni mucho menos, alegar una situación que obedezca a su propia conducta[[12]](#footnote-12).

26. De acuerdo con lo anterior, las partes de un contrato no pueden escudarse injustificadamente en la excepción de contrato no cumplido para dejar de ejecutar las prestaciones a su cargo, puesto que están obligadas a actuar con corrección, con lealtad y buena fe. Y sólo en el evento en que se verifiquen los requisitos para su procedencia, será viable esa abstención en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

27. En el *sub-lite*, observa la Sala que el contrato celebrado por las partes, cuyo objeto fue la emisión, por parte del contratista, de la tarjeta profesional de abogado y la creación y manejo de la base de datos correspondiente, no contempló como contraprestación a cargo de la entidad contratante, pago alguno a favor de aquel, pues su remuneración, se acordó que provendría de la cancelación que efectuara cada abogado interesado en la expedición del referido documento, mediante la consignación de su valor en una cuenta bancaria, a nombre de la sociedad Power Vision de Colombia S.A.; en consecuencia, la entidad no podía incumplir una obligación inexistente, como era la del pago del valor de expedición de las tarjetas profesionales.

28. Ahora bien, del contrato sí se desprendían otras obligaciones para la entidad contratante, que resultaban determinantes para la correcta ejecución del objeto contractual, tales como el suministro –entrega periódica- de la necesaria información para la elaboración de las tarjetas profesionales; la facilitación de un lugar de ubicación en sus instalaciones, para los equipos y personal del contratista, dotado de teléfono y utensilios de soporte; la laminación de cada documento devuelto por el contratista, por funcionarios de la entidad, empleando los elementos suministrados por aquel; y finalmente, la obligación que se desprendía para la entidad, de lo dispuesto en el parágrafo de la cláusula séptima del contrato -y de la normatividad que le atribuyó la competencia, como ya se vio-, consistente en efectuar el reajuste del valor del documento a partir del 1º de enero de 1998, en la misma proporción del incremento del costo de vida, decretado por el gobierno nacional.

29. Como se puede ver, si bien a la entidad contratante no le correspondía reconocer contraprestación alguna a favor del contratista, en términos de pago por la labor ejecutada, lo cierto es que el valor a pagar por las tarjetas profesionales, sí dependía de sus decisiones, a partir del 1º de enero de 1998 y durante los siguientes años de ejecución del contrato, es decir que se trataba de una obligación principal, a cargo de la entidad y con incidencia en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que debía ser cumplida por primera vez, a más tardar, en la referida fecha.

30. La entidad sostuvo que era improcedente el reajuste reclamado por el demandante, ya que había incurrido en incumplimiento de sus obligaciones y por lo tanto, no era exigible la referida obligación; al respecto, se observa que el término de ejecución del contrato fue de 5 años, contados a partir de su suscripción –cláusula novena-, la cual se produjo el 26 de noviembre de 1996 (párrafo 8.1). No obstante, la primera llamada de atención por retraso del contratista que aparece registrada, es de diciembre de 1997 (párrafo 8.2), es decir un año después, y poco antes de que se hiciera exigible la obligación por parte de la entidad, de ordenar el reajuste del valor unitario de las tarjetas profesionales de abogado, que se debía producir a partir de enero de 1998.

31. Además, se advierte que a pesar de las varias comunicaciones de la entidad visibles en el proceso, en las que le solicita al contratista ajustarse a los plazos pactados en el contrato, solamente hasta el 4 de mayo de 1999, procedió la contratante a imponerle una multa al contratista por sus retrasos (párrafo 8.6)[[13]](#footnote-13), fecha para la cual, según también consta en el material probatorio analizado, éste le había solicitado de manera reiterada el reajuste en el valor de las tarjetas profesionales de abogado, en la forma pactada en el contrato y que no se había producido ni en enero de 1998 ni en enero de 1999 ni por supuesto, en enero de 2000, pues ya se había declarado –ilegalmente, como lo determinó esta Corporación- la caducidad del contrato.

32. Frente a las anteriores circunstancias debidamente probadas, la Sala considera que la entidad incurrió en un incumplimiento de su obligación contractual, que no se encuentra justificado por el que le atribuye a su contratista y que más bien pudo contribuir con el mismo, afectando de esta manera la ecuación contractual que surgió al momento de celebrarse el negocio jurídico.

33. Es claro entonces, que la no inclusión en la liquidación unilateral del contrato –acto administrativo demandado en el *sub-lite-* de los valores a los que el contratista afirma tener derecho, obedeció, como bien lo afirma en la demanda y se acreditó en el proceso, a un incumplimiento contractual de la entidad demandada, respecto de su obligación de ordenar el incremento anual del valor unitario de las tarjetas profesionales de abogado.

34. Al respecto, se observa que si bien entre las pretensiones de la demanda no se incluyó la declaratoria de incumplimiento de la entidad demandada, sí se pidió su condena al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, mediante el reconocimiento de los incrementos que debieron ordenarse en el valor de las tarjetas profesionales durante los años 1998, 1999 y 2000; ahora bien, con independencia de la consideración sobre si pertenece o no al ámbito propiamente dicho del equilibrio económico del contrato o si corresponde más bien a un típico evento de responsabilidad contractual por actuación culposa, lo cierto es que la Ley 80 de 1993 en su artículo 5[[14]](#footnote-14), se refiere al incumplimiento del contrato como una de las causas que pueden producir la afectación de la ecuación contractual, lo cual le permite a la Sala, en el presente caso, proceder a resolver sobre dicha pretensión, accediendo a la misma.

35. En consecuencia, se declarará la nulidad parcial del acto de liquidación unilateral y se ordenará el reconocimiento de la diferencia entre lo recibido por el contratista por concepto de la entrega de las tarjetas profesionales durante los años 1998, 1999 y 2000 y lo que debió recibir por este concepto, de haberse efectuado el reajuste de valor ordenado en el contrato.

36. Para lo anterior, se tendrá en cuenta el incremento del costo de vida decretado por el gobierno nacional, con fundamento en i) la variación del IPC durante el año 1997, para el reajuste que se debió producir en enero de 1998; la variación del IPC durante el año 1998, para el reajuste que se debió producir en enero de 1999 y la variación del IPC durante el año 1999, para el reajuste que se debió producir en enero de 2000, así como ii) la información sobre el número de tarjetas entregado en cada año, suministrada por la parte actora en su demanda[[15]](#footnote-15), toda vez que tal discriminación no se hizo en el acto de liquidación unilateral del contrato[[16]](#footnote-16). De acuerdo con la demanda, el contratista elaboró en 1998, 34 785 tarjetas; en 1999, 5 591 y en 2000, 1 048, con un valor unitario, según el contrato y sin el reajuste ordenado por el mismo, de $ 9 630, IVA incluido. La variación anual del IPC para 1997, fue de 17,68%; para 1998, fue de 16,70%; y para 1999, fue de 9,23%. Aplicados estos porcentajes al valor unitario de la tarjeta profesional, se tiene que:

36.1. Para 1998, el valor de cada tarjeta debió ser de $ 9 630 + 17,68% = $ 11 332,58. Como se elaboraron 34 785 tarjetas, el valor total de las mismas debió ser de $ 394 203 795,30, pero el contratista recibió, al precio original, la suma de $ 334 979 550, para una diferencia de $ 59 224 245,3, suma que le debe ser reconocida por la entidad.

 36.2. Para 1999, el valor de cada tarjeta debió ser de $ 9 630 + 16,70% = $ 11 245. Como se elaboraron 6 938 tarjetas, el valor total de las mismas debió ser de $ 78 017 810, pero el contratista recibió, al precio original, la suma de $ 66 812 940, para una diferencia de $ 11 204 870, suma que le debe ser reconocida por la entidad.

36.3. Para 2000, el valor de cada tarjeta debió ser de $ 9 630 + 9,23% = $ 10 518. Como se elaboraron 1048 tarjetas, el valor total de las mismas debió ser de $ 58 810 834,44, pero el contratista recibió, al precio original, la suma de $ 53 841 330, para una diferencia de $ 4 969 504,44, suma que le debe ser reconocida por la entidad.

37. En total, la entidad demandada debe reconocer a favor del demandante, la suma de $ 75 398 619,74, cifra resultante de la sumatoria de los mayores valores calculados para los años 1998, 1999 y 2000 por la aplicación del reajuste del valor unitario de la tarjeta profesional en la forma indicada en el contrato, y que será actualizada con la fórmula usualmente utilizada por la jurisprudencia para ello:

VA = VH índice final

 Índice inicial

En donde:

VA = valor actual

VH = valor histórico

Índice final: es el IPC vigente a la fecha de la presente providencia

Índice inicial: el IPC vigente para la fecha de la liquidación unilateral del contrato -27 de octubre de 2000-:

VA = 75 398 619,74 131,28

 61,50

VA = $ 160 958 276,23.

Total a reconocer: $ 160 958 276,23.

38. Dado que la demanda estuvo orientada a que se declarara la nulidad del acto administrativo de liquidación unilateral por no haber incluido en él el anterior cálculo, proveniente del reajuste del precio unitario de la tarjeta profesional que la entidad omitió ordenar, sin discutir ni desvirtuar los cobros que allí se efectuaron al contratista, habrá lugar a que opere la compensación entre lo deducido allí a su cargo y la condena proferida en la presente providencia.

39. La liquidación efectuada en octubre de 2000, arrojó un valor a cargo del contratista, de $ 62 837 161,72, cifra que actualizada a la fecha de esta sentencia, corresponde a $ 134 134 351, según se desprende de la aplicación de la fórmula VA = VH \* índice final / índice inicial:

VA = 62 837 161,72 131,28

 61,50

VA = 134 134 351

160 958 276,23 - 134 134 351 = 26 823 925,23

Monto de la condena: $ 26 823 925,23

40. En relación con los intereses moratorios pedidos en la demanda, se advierte que la obligación de pagar esta suma de dinero surge como consecuencia de la condena aquí impuesta, toda vez que para la fecha de la liquidación unilateral del contrato, no se había producido el reajuste del precio unitario de la tarjeta profesional de abogado y el mismo se aplicó por la Sala, para restablecer el equilibrio económico del contrato, razón por la cual no hay lugar a tal reconocimiento.

41. Finalmente, se observa que el demandante también pidió que se condenara a la entidad al pago del lucro cesante de los equipos de su propiedad retenidos en las instalaciones de la entidad demandada, pretensión que habrá de ser denegada, puesto que carecen de soporte probatorio en el proceso los hechos sobre los cuales se funda, en la medida en que no consta que en realidad tales bienes que afirma el demandante, hayan sido retenidos por la entidad ni que esta circunstancia le haya reportado el perjuicio que afirmó.

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

# F A L L A

MODIFÍCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el 5 de enero de 2005, que se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. y 115 del C.P.C., la cual quedará así:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad parcial de las Resoluciones n.o 2258 del 27 de octubre de 2000 y 1526 del 8 de febrero de 2001.

SEGUNDO: CONDÉNASE a la Nación-Consejo Superior de la Judicatura a pagar a favor de la sociedad Power Vision de Colombia S.A., la suma de VEINTISÉIS MILLONES OCHOCIENTOS VEINTITRES MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO PESOS CON 23/100 M/CTE ($ 26 823 925,23).

## CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

**Presidenta de la Sala**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Magistrado**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**IMPOSICIÓN DE MULTAS MEDIANTE ACTO ADMINISTRATIVO - Sin competencia / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS AL CONTRATISTA INCUMPLIDO - Juez del contrato / IMPOSICIÓN UNILATERAL DE MULTAS EN CONTRATOS ESTATALES - Improcedencia**

Con el debido respeto por la posición mayoritaria, contenida en la providencia de 31 de mayo de 2016, expongo a continuación las razones que me llevaron a aclarar el voto, en lo que tiene que ver con la imposición de multas a través de un acto administrativo que goza de presunción de legalidad, que se vio reflejado en la decisión de liquidación unilateral enjuiciada. Las pruebas dan cuenta que Nación-Consejo Superior de la Judicatura y la sociedad Power Vision de Colombia S.A. suscribieron el convenio n.º 060 de 1996, cuyo objeto fue la elaboración de tarjetas profesionales de abogado y la base de datos. Las partes acordaron que el valor unitario de cada tarjeta sería reajustado en la misma proporción del incremento del costo de vida; empero la entidad desconoció lo pactado y no pagó el reajuste. La parte actora demanda la nulidad de los actos que dispusieron la liquidación unilateral, sin disponer el pago del reajuste a que tenía derecho. (…) En lo que atañe a la competencia material de las entidades estatales para la imposición de multas y la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, a la luz de la Ley 80 de 1993 se ha sostenido que a la administración no le asiste la potestad de sancionar al contratista incumplido, materializando su decisión mediante la expedición de un acto administrativo, sino que debe acudir al juez del contrato. (…) Lo anterior significa que los actos administrativos que impusieron multas al contratista, en vigencia de la Ley 80 de 1993 se profirieron sin competencia. No obstante, las decisiones no fueron enjuiciadas en el presente asunto, por lo que el juez no puede adentrarse en el estudio de legalidad correspondiente. Es por ello que, sin perjuicio de que la multa se encuentre reflejada en la liquidación unilateral del contrato -único acto controvertido en la litis-, la decisión en ese punto deberá quedar incólume.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00412-01(30727)**

**Actor: POWER VISIÓN DE COLOMBIA S.A.**

**Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (SENTENCIA)**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

**Consejera: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Con el debido respeto por la posición mayoritaria, contenida en la providencia de 31 de mayo de 2016, expongo a continuación las razones que me llevaron a aclarar el voto, en lo que tiene que ver con la imposición de multas a través de un acto administrativo que goza de presunción de legalidad, que se vio reflejado en la decisión de liquidación unilateral enjuiciada.

Las pruebas dan cuenta que Nación-Consejo Superior de la Judicatura y la sociedad Power Vision de Colombia S.A. suscribieron el convenio n.º 060 de 1996, cuyo objeto fue la elaboración de tarjetas profesionales de abogado y la base de datos. Las partes acordaron que el valor unitario de cada tarjeta sería reajustado en la misma proporción del incremento del costo de vida; empero la entidad desconoció lo pactado y no pagó el reajuste.

La parte actora demanda la nulidad de los actos que dispusieron la liquidación unilateral, sin disponer el pago del reajuste a que tenía derecho.

De entrada cabe afirmar que el régimen jurídico que gobernó el convenio está contenido en la Ley 80 de 1993. Siendo así, en lo que se refiere a las facultades exorbitantes de la administración y las reglas relativas a la liquidación serán las previstas en dicho estatuto en tanto norma sustancial aplicable.

En lo que atañe a la competencia material de las entidades estatales para la imposición de multas y la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, a la luz de la Ley 80 de 1993 se ha sostenido que a la administración no le asiste la potestad de sancionar al contratista incumplido, materializando su decisión mediante la expedición de un acto administrativo, sino que debe acudir al juez del contrato[[17]](#footnote-17).

Cabe precisar que la aludida autorización contractual, además de carecer de respaldo positivo normativo, fue excluida por el legislador en los contratos estatales suscritos en vigencia de la Ley 80 de 1993; sin perjuicio de las facultades exorbitantes de que habla el artículo 14 de la misma normativa. Esto porque el Estatuto Contractual propende porque las entidades públicas concurran al tráfico jurídico de bienes y servicios en igualdad de condiciones que los particulares, propósito que se desdibuja totalmente, si las facultades de la contratante desequilibran la relación contractual[[18]](#footnote-18).

Lo anterior significa que los actos administrativos que impusieron multas al contratista, en vigencia de la Ley 80 de 1993 se profirieron sin competencia. No obstante, las decisiones no fueron enjuiciadas en el presente asunto, por lo que el juez no puede adentrarse en el estudio de legalidad correspondiente. Es por ello que, sin perjuicio de que la multa se encuentre reflejada en la liquidación unilateral del contrato –único acto controvertido en la litis-, la decisión en ese punto deberá quedar incólume.

En los términos anteriores dejo consignada mi aclaración.

Fecha *ut supra.*

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Consejera de Estado**

1. Los recursos fueron interpuestos el 21 y el 22 de febrero de 2005. [↑](#footnote-ref-1)
2. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. En el presente caso, se tendrán en cuenta los documentos presentados en copias simples, con fundamento en lo dispuesto por la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció su admisibilidad, siempre que no hayan sido objetados o tachados de falsedad o que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas. [↑](#footnote-ref-2)
3. Plazo que fue ampliado hasta el 30 de septiembre de 1998, mediante Acuerdo 306 del 25 de junio del mismo año (f. 351, c. 3). [↑](#footnote-ref-3)
4. Esta es la única comunicación de 1997 y aparentemente la primera, en la que la nueva directora (E) de la Unidad de Registro Nacional de Abogados le manifiesta al contratista que revisó la ejecución del Convenio 060 de 1996 y *“(…) en lo pertinente al compromiso de devolver las Tarjetas Profesionales de Abogado debidamente procesadas, en término de 48 horas no se viene cumpliendo (…)”.* [↑](#footnote-ref-4)
5. Según el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 12 de febrero de 2003, mediante escritura pública 1920 de la Notaría 45 de Bogotá del 8 de agosto de 2000, la sociedad Power Vision del Colombia S.A. fue declarada disuelta y en estado de liquidación y el señor Oswaldo Rico Sánchez fue nombrado liquidador (f. 63, c. 2). [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1º de julio de 2015, expediente 34736, C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz. [↑](#footnote-ref-6)
7. Como consecuencia de la nulidad de las resoluciones contentivas de la declaratoria de caducidad del contrato, el Consejo de Estado condenó a la entidad demandada a pagar a favor de la demandante, la siguiente indemnización: *“a título de lucro cesante al Consejo Superior de la Judicatura a pagar por la inhabilidad para contratar por el término de cinco (5) años, a favor de la sociedad Power Vision de Colombia S. A., la suma de doscientos doce millones once mil doscientos ochenta y cuatro pesos ($212.011.284)”* y negó las demás pretensiones de la demanda, que fueron: *“Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se establezca en su derecho a la demandante, declarando que la (sic) si (sic) la actora incumplió el convenio 060 del 25 de noviembre de 1996, se debió a un cumplimiento tardío o un incumplimiento imperfecto de las obligaciones a cargo del Consejo Superior de la Judicatura y por lo tanto se condene a éste a pagar los perjuicios causados por el incumplimiento de dicho convenio y la expedición del acto acusado, consistentes en: // 1.1. La utilidad dejada de percibir por la falta de ejecución del saldo del convenio que correspondía a la elaboración de 3.471 tarjetas profesionales, cada una a razón de dos mil pesos ($2.000), para un total de seis millones novecientos cuarenta y dos mil pesos ($6.942.000.00) de la época del contrato, que se deberá actualizar anualmente conforme al IPC y el total deberá indexarse o actualizarse a la fecha de la sentencia. // 1.2. La utilidad dejada de percibir por no habérsele adjudicado la contratación directa N° 073-99 de la Unidad Especial Administrativa Aeronáutica Civil a la que fue invitada, cuya utilidad era del 30% del valor del contrato, que corresponde a la suma de doscientos cinco millones de pesos ($205.000.000.00). // 1.3. El lucro cesante que la sociedad ha dejado de percibir desde el mismo instante de la inscripción del acto administrativo de caducidad en el Registro Único de Proponentes, que deberá ser determinado por peritos, pero cuyo monto no es inferior a cien millones de pesos ($100.000.000.00)”.* [↑](#footnote-ref-7)
8. Gaceta de la Judicatura, Año III, Volumen III, Extraordinaria n.o 5, octubre 23 de 1996; en actosadministrativos.ramajudicial.gov.co. [↑](#footnote-ref-8)
9. Hinestrosa, Fernando, *“Tratado de las Obligaciones II Volumen II”,* Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2015, p. 933. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Suprema de Justicia, casación del 29 de febrero de 1936, XLIII, 340-345, citada en Hinestrosa, Fernando, ob. cit., p. 933. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 1984, expediente 2509, C.P. José Alejandro Bonivento Fernández: *“La excepción de contrato no cumplido debe ser entendida como un recurso dilatorio y temporal, que impide, frente al incumplimiento de recíprocas obligaciones, las consecuencias sustanciales del negocio, en su producción prestacional. Sin embargo, la inobservancia de un contratante de un deber, que es primero en el tiempo, no le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto que su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo”*. Reiterada en sentencia del 29 de abril de 2015, expediente 21081, C.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-11)
12. Hinestrosa, Fernando, ob. cit., p. 934 y 935. [↑](#footnote-ref-12)
13. Observa la Sala que si bien para la época en la que dicha sanción pecuniaria se impuso la Ley 80 de 1993 no contemplaba esa facultad unilateral de la administración, lo cierto es que el acto administrativo mediante el cual se tomó esa decisión no fue impugnado en el *sub-lite,* lo que impide un pronunciamiento sobre su legalidad, que el juez no puede hacer de oficio frente a actos administrativos. [↑](#footnote-ref-13)
14. ***“Art. 5º-.*** *Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º de esta ley, los contratistas: // 1º. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. // En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca en equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.* [↑](#footnote-ref-14)
15. Se tendrán en cuenta las cantidades informadas en las pretensiones, toda vez que son inferiores a las que incluyó la entidad demandada en el acto administrativo mediante el cual declaró la caducidad de la acción (f. 25, c. 2). [↑](#footnote-ref-15)
16. En el proceso obra un dictamen pericial al que el auxiliar de la justicia acompañó un listado de las tarjetas entregadas por el contratista a la entidad, con la fecha de dicha entrega. Sin embargo, no consta de dónde salió dicha información (f. 10 y sgtes., c. 4). [↑](#footnote-ref-16)
17. **Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 20 de octubre de 2005, expediente n.º 14579. M.P. Germán Rodríguez Villamizar.** [↑](#footnote-ref-17)
18. **Sentencia de 9 de octubre de 2014, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, exp. 31163. Posición reiterada en sentencia de 11 de junio de 2015, exp. 32438, con igual ponencia.** [↑](#footnote-ref-18)