**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Concepto – Normativa –Responsabilidad**

“Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.

**PAGO – Contrato – Definición**

Se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que “el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, que “el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes” y que “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.”

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Definición – Configuración – Insatisfacción de prestaciones**

En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor. Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de “no cumplimiento” y esta situación, por regla general, no da lugar a la responsabilidad civil. (…) El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Responsabilidad contractual – Disminución patrimonial – Obligación de reparación**

Como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediablemente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Deber de reparación – Carga probatoria del acreedor**

Causar un daño genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía. Tal carga probatoria se encuentra establecida no solamente en el artículo 177 del C. P. C. al preceptuar que “incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, sino también, y particularmente para la responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C. C. al disponer que ”incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.” Así que entonces es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y la cuantificación del perjuicio sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C. C. A. Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediablemente condenada al fracaso.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Responsabilidad contractual – Mora**

Si se tiene en cuenta que la responsabilidad derivada del contrato persigue la indemnización de los perjuicios causados, como ya se dijo, y que en la responsabilidad contractual el deudor debe estar en mora pues de lo contrario no puede reclamar la indemnización de perjuicios ni la cláusula penal en su caso, tal como lo pregonan los artículos 1594 y 1615 del Código Civil, es conclusión obligada que si alguno de los contratantes ha incumplido el otro no estará en mora, pues así lo dispone el artículo 1609 del Código Civil, y por consiguiente el incumplido no puede reclamar perjuicios o la pena. No otra cosa puede deducirse de las normas antes mencionadas que a la letra expresan: “Artículo 1594. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal…” “Artículo 1615. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.” “Artículo 1609. 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 allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”. Ahora bien, en los casos que el contratista estatal sea el que ha incumplido el contrato, es procedente determinar si la administración tiene la potestad de declarar dicho incumplimiento o si es necesario acudir a la justicia.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Facultades excepcionales de la administración – Sanción – Imposición de multa**

Es necesario distinguir la figura del incumplimiento contractual a la luz de lo preceptuado en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. Para el cumplimiento de los fines estatales, el legislador ha querido dotar a la administración de una serie de potestades exorbitantes que permitan el control y buena marcha de la actividad contractual, así como garantizar el cumplimiento de la función pública. Así, conforme a lo estipulado en la legislación, estas facultades excepciones, que valga decir son regladas puesto que están limitadas en cuanto a su alcance – debe observarse el debido proceso – y temporalidad y gozan de control judicial, permiten a la administración interpretar, modificar, terminar y caducar el negocio jurídico bilateral, así como el ejercicio de la facultad sancionatoria. Ahora bien, respecto a la posibilidad que tiene la administración de sancionar al contratista sin necesidad de acudir al juez del contrato, se tiene que el Decreto Ley 222, en sus artículos 71 y 72, consagró la facultad de imposición de multas y de hacer efectiva la cláusula penal; asímismo, se permitía al contratante estatal declarar de forma unilateral el incumplimiento del contrato (art. 72). En cuanto a la regulación establecida en la Ley 80 de 1993, esta no autorizó a la administración para la imposición de multas y menos aún para declarar el incumplimiento contractual, obligándola entonces a acudir a la jurisdicción para que fuera el juez competente quien declarara el incumplimiento del contrato e impusiera las multas estipuladas en el mismo.

**CONTRATO ESTATAL – Cumplimiento de las obligaciones – Fines del estado**

Los contratos estatales, cualquiera que sea su objeto de acuerdo con la clasificación del artículo 32 de la ley 80, son ante todo contratos, y como tales, vinculan a las partes contratantes que están obligadas a cumplirlos en su tenor y en ellos tienen plena aplicación los principios que recogen los artículos 1602 y siguientes del Código Civil. En consecuencia, tanto la entidad como el contratista deberán cumplirlos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que le sirven de base, cuyas condiciones jurídicas, técnicas y económicas en principio son inalterables. Tampoco puede perderse de vista que todo contrato celebrado entre el Estado y un particular tiene como propósito fundamental el desarrollo de los fines y principios que orientan a la administración pública por mandato de los artículos 2º y 209 de la Constitución Política, 2º del Código Contencioso Administrativo y 3º de la ley 80 de 1993.

**CADUCIDAD DEL CONTRATO – Declaratoria – Requisitos**

Los requisitos para que la administración pueda declarar la caducidad del contrato son: i) Que se presente un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista, es decir que se trate de obligaciones esenciales; y ii) Que éste afecte de forma grave y directa la ejecución del contrato, es decir que el incumplimiento sea de tal magnitud que se haga nugatoria la posibilidad de continuar ejecutando el contrato, conduzca a la paralización de la prestación del servicio público a cargo de la administración o imposibilite el cumplimiento del objeto contractual.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Concepto**

La liquidación de los contratos estatales se define como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato, o aquella etapa del contrato que sigue a su terminación, mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de ésta forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación negocial, definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuanto, bien por las partes de común acuerdo, por la administración unilateralmente o en su caso por el juez, es decir para “dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial” En últimas la liquidación del contrato estatal es una figura o etapa contractual mediante la cual lo que se procura es finalizar la relación negocial mediante la realización de un balance final o un corte definitivo de las cuentas, para determinar quién le debe a quién y cuanto y puede ser de carácter bilateral si se realiza de común acuerdo por las partes, unilateral si es efectuada por la administración de forma unilateral, o judicial si quién realiza el corte definitivo de las cuentas es el funcionario judicial.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Competencia temporal – Administración**

La competencia temporal de la administración para liquidar los contratos estatales, conforme a lo previsto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, con la reforma introducida por la ley 446 de 1998, se tiene que una vez vencido el plazo contractual las partes disponen de 4 meses para efectuar la liquidación bilateral; en caso de no realizarse así, la Administración tiene 2 meses más para hacerlo unilateralmente; y en el evento en que así no lo hubiere hecho, podrá intentarla hasta antes de que transcurra el término de 2 años más, momento en el que entonces habrá operado la caducidad de la acción contractual. Y esto es así aún en el caso de los contratos interadministrativos, pues la liquidación unilateral del contrato es una facultad legal, pero no de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante, ya que la Ley 80 de 1993 en ninguna parte la enlista como tal. El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, preceptuaba que “los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga (…)”

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Controversias contractuales – Cómputo de término – Contratos liquidables**

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, subrogado a su vez por el artículo 44 de la ley 446 de 1998 en su numeral 10º preveía que la acción de controversias contractuales caducaría transcurridos dos (2) años después de acaecidos los motivos de hecho o de derecho que le sirvieran de fundamento. De lo anterior se dedujo por ese entonces que el término de dos (2) años para la caducidad de las acciones derivadas de los contratos que requirieran de liquidación empezaba a correr a partir del momento en que la liquidación se realizara o, si ella no se hubiere hecho, a partir de la conclusión del término que tenía la Administración para hacerlo unilateralmente.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 13001-33-31-004-2005-01088-00(56179)**

**Actor: MOVIMIENTO DE TIERRAS, VIAS Y CONSTRUCCIONES MOVICON S.A.**

**Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL INCODER**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA) PROCESOS ACUMULADOS 13001-33-31-001-2005-01051-00 Y 13001-33-31-002-2006-00025-00(56179)**

**Contenido: Se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia que había declarado la nulidad de la liquidación del contrato, y se declara la excepción de contrato no cumplido respecto de las pretensiones, no sólo de la demanda inicial sino también de la demanda de reconvención- Facultad de la administración para imponer multa a los contratistas en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.- La caducidad como potestad excepcional al derecho común en los contratos estatales. La competencia temporal de la administración para declarar la caducidad del contrato. Los términos para la liquidación de los contratos estatales. La excepción de contrato no cumplido.**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada, contra la sentencia del 5 de junio del 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Especial de Descongestión, mediante la cual se resolvió:

*“PRIMERO: Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos, por las razones que fueron expuestas en la parte motiva de este proveído:*

* *Resolución No. 01360 de 17 Agosto de 2004, mediante la cual se impone una multa a la sociedad MOVIMIENTO DE TIERRAS VIAS y CONSTRUCCIONES "MOVICON .S.A. dentro de la ejecución del Contrato de Obra 060 de Diciembre 20 de 2003 suscrito entre el Instituto Colombiano de desarrollo Rural - INCODER y MOVICON S.A.*
* *Resolución No. 1832 de 11 de Noviembre de 2004 mediante la cual se resuelve el recurso de Reposición a la Resolución No. 01360 de Agosto 17 de 2004, confirmándola en todas sus partes.*
* *Resolución No. 01855 de 16 de Noviembre de 2004, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición entablado contra la Resolución No. 1360 de 17 de Agosto de 2004, confirmándola en todas sus partes.*
* *Resolución No. 02327 de 24 de Diciembre de 2004, mediante la cual se declara la Caducidad del Contrato de Obra No.060 de Diciembre 20 de 2003 suscrito entre el Instituto Colombiano de desarrollo Rural -INCODER y MOVICON S.A.*

*Resolución No. 00138 de 8 de febrero de 2005, que resuelve el recurso de reposición entablado contra la Resolución No. 02327 de 24 Diciembre de 2004, confirmándola en todas sus partes.*

* *Resolución No. 1202 del 17 de junio de 2005, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato de Obra No.060 de Diciembre 20 de 2003 suscrito entre el Instituto Colombiano de desarrollo Rural -INCODER y MOVICON S.A.*
* *Resolución No.l841 del 6 de octubre de 2005, que resuelve el recurso de reposición entablado contra la Resolución No. 1202 del 17 de junio de 2005, confirmándola en todas sus partes.*

*SEGUNDO: Declarar probada la excepción de contrato no cumplido propuesta por la Compañía Agrícola de Seguros S.A. hoy Suramericana de Seguros S.A., también de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa, razón por la cual se niegan las pretensiones de la demanda de reconvención formulada por el Instituto Colombiano de desarrollo Rural - INCODER en contra la sociedad MOVIMIENTO DE TIERRAS VIAS Y CONSTRUCCIONS - MOVICON S.A. y la COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A. hoy SURAMERICANA DE SEGUROS S.A.-*

*TERCERO: Declarar que la Compañía Agrícola de Seguros S.A., hoy Suramericana de Seguros S.A., no está obligada al pago de suma alguna con cargo a la garantía de cumplimiento contenido en la póliza No. 3500000188201 expedida el 30 de diciembre de 2003, por las razones que han sido expuestas en la parte considerativa de este fallo.*

*CUARTO: Declarar que el Instituto Colombiano de desarrollo Rural -INCODER incumplió las obligaciones surgidas del contrato de obra No. 060 de diciembre 9 de 2003, celebrado con la sociedad MOVIMIENTO DE TIERRAS VIAS Y CONSTRUCCIONS - MOVICON S.A., cuyo objeto consistía en la Rehabilitación del Distrito de Riego y Drenaje en Gran Escala María La . Baja, Municipio de María La Baja, Departamento de Bolívar - Oficina de Enlace Territorial No. 2, conforme se expresó en la parte motiva.-*

*QUINTO: Condenar al Instituto Colombiano de desarrollo Rural - INCODER a pagar en las cuantías que se indican seguidamente, los perjuicios materiales causados a la sociedad MOVIMIENTO DE TIERRAS VIAS Y CONSTRUCCIONS - MOVICON S.A. de la siguiente manera:*

* *POR CONCEPTO DE DAÑO EMERGENTE: La suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS TRECE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS ($473.413.237,37) M/CTE, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este fallo.*
* *POR CONCEPTO DE LUCRO CESANTE: La suma de SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SEISCIENTOS VEINTE Y CUATRO PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS ($784.451.624,75) M/CTE de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este fallo.*

*SEXTO: Declarar la terminación del contrato de obra pública No. 060 de diciembre 29 de 2003, celebrado entre el Instituto Colombiano de desarrollo Rural - INCODER y la sociedad MOVIMIENTO DE TIERRAS VIAS Y CONSTRUCCIONS - MOVICON S.A.-*

*SEPTIMO: Declarar judicialmente liquidado el contrato de obra pública No. 060 de diciembre 29 de 2003, celebrado entre el Instituto Colombiano de desarrollo Rural - INCODER y la sociedad MOVIMIENTO DE TIERRAS VIAS Y CONSTRUCCIONS - MOVICON S.A.-*

*OCTAVO: Como consecuencia de la liquidación judicial, se dispondrá que del total de la condena que se ha ordenado por esta Corporación en el numeral quinto, se amortice por el INCODER la suma de $422.137.132, por concepto del anticipo cancelado al contratista y que fue invertido en la ejecución del contrato.*

*La sociedad MOVICON no debe pagar suma alguna por concepto de las multas impuestas por el INCODER mediante Resolución No. 01360 de 17 de Agosto de 2004, ni por cláusula penal pecuniaria como dispuso la Resolución No. 02327 de 24 de Diciembre de 2004, dado que estas dos resoluciones y las que por vía de recursos las confirmaron han sido anuladas.*

*NOVENO: Negar las demás pretensiones de la demanda.*

*DECIMO: A la sentencia se le dará cumplimiento en aplicación de los artículos 196 y 177 del Código Contencioso Administrativo.*

*DECIMO PRIMERO: En aplicación a lo dispuesto por el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, se ordena expedir a costa del interesado la primera copia de la sentencia que presta mérito ejecutivo, con destino a la parte demandante.*

*DECIMO SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.*

*DECIMO TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, ARCHIVESE el expediente de la referencia.*

**I. ANTECEDENTES**

**1. Las pretensiones**

**1.1. En el expediente** 01088**:**

El 11 de mayo de 2005, el apoderado de la sociedad Movicon S.A.., presentó demanda – Fls. 1 – 20 del C1 de tal expediente. – en la cual solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*“PRIMERO: Se declare la nulidad de los siguientes Actos Administrativos, proferidos por el INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL "INCODER-SUBGERENCIA DE INFRAESTRUCTURA”:*

• Resolución No.OI360 de 17 Agosto de 2004, mediante la cual se impone una multa a las sociedad MOVIMIENTO DE TIERRAS VIAS y CONSTRUCCIONES 'MOVICON .S.A. dentro de la ejecución del Contrato de Obra 060 de Diciembre 20 de 2003 suscrito entre Incoder y Movicon S.A.

* Resolución No. 1832 de II de noviembre de 2004 mediante la cual se resuelve el recurso de Reposición a la Resolución No. 01360 de agosto 17 de 2004.
* Resolución No. 01855 de 16 de noviembre de 2004 mediante la cual se resuelve el recurso de reposición entablado contra la Resolución No. 1360 de 17 de agosto de 2004.
* Resolución No. 02327 de 24 de diciembre de 2004 mediante la cual se declara la Caducidad del Contrato de Obra 060 de diciembre 20 de 2003 suscrito entre Incoder y Movicon S.A.
* Resolución No. 00138 de 8 de Febrero de 2005, que resuelve el recurso de reposición entablado contra la Resolución No. 02327 de 24 Diciembre de 2004.

*SEGUNDO: A título de restablecimiento del Derecho se proceda dentro del Debido Proceso, a liquidar el Contrato de Obra 060 de Diciembre 20 de 2003 suscrito entre Incoder y Movicon S.A.*

*TERCERO: Se indemnice de conformidad a la suma que mediante peritación que en tal sentido se pruebe dentro de este proceso, por los perjuicios económicos que arroje el entrabamiento del contrato y los que a la empresa Movicon S.A. se le originaron con la declaratoria de caducidad y consecuencias jurídicas de la misma.*

*CUARTO: LA NACION INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL INCODER, dará cumplimiento a la sentencia que ponga fin a la presente demanda, dentro de los términos perentorios que ese Tribunal disponga”.*

**1.2. En el expediente 01051**

El 6 de abril de 2005, el apoderado de la Compañía Agrícola de Seguros S.A.. presentó demanda – Fls. 1 – 13 del C.1 de tal expediente. – en la cual solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*“PRIMERO.- Que se declare la nulidad de la Resolución Administrativa No. 002327, de fecha 24 de Diciembre de 2004, por la que se declaró la caducidad administrativa del contrato No.060 de 2003, celebrado entre MOVIMIENTO DE VÍAS, TIERRAS y CONTRUCCIONES - MOVICON e INCODER por la que ordena hacer exigible la póliza de cumplimiento No. 3500000188201 expedida por la COMPAÑIA AGRICOLA DE SEGUROS S.A., Y hacer efectiva la cláusula penal por concepto del 15% del valor total del contrato.*

*SEGUNDO.- Que se declare la nulidad de la Resolución Administrativa No. 00138 de fecha 8 de Febrero de 2005, que confirmó en todas sus partes la resolución No. 2327 del 24 de Diciembre de 2004 por la que se resolvieron los Recursos de Reposición interpuestos por las partes.*

*TERCERO.- Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, la COMPAÑIA AGRICOLA DE SEGUROS S.A., no está obligada a pagar cantidad alguna de dinero con cargo a la Garantía Única No. 3500000188201 que expidió para garantizar el contrato de Obra Pública No.060 de 2003, celebrado entre INCODER y MOVICON.*

*CUARTA.- Que INCODER sea condenado a pagar las costas del presente proceso”.*

**1.3 En el expediente 00025**

El 19 de diciembre de 2005, la apoderada de la Compañía Agrícola de Seguros S.A.. presentó demanda – Fls. 1 – 8 del C.1 de tal expediente. – en la cual solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*“PRIMERA.- Que se declare la nulidad de la Resolución Administrativa No. 1202, de fecha 17 de Junio de 2005 por la que se liquidó unilateralmente el contrato No. 060 de 2003, celebrado entre MOVIMIENTO DE VIAS, TIERRAS y CONTRUCCIONES - MOVICON e INCODER, cuyo objeto era la rehabilitación del distrito de riego y drenaje en gran escala María La Baja Municipio de María La Baja, Departamento de Bolívar oficina de enlace territorial No. 2 y por la que el INCODER ordena al contratista y a la compañía Agrícola de Seguros S.A. consignar la suma de QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS Mil OCHOCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS CON NOVENTA Y UN CENTAVOS MCTE ($559.966.865.91).*

*SEGUNDA.- Que se declare la nulidad de la Resolución Administrativa No. 1841 de fecha 6 de octubre de 2005, expedida por el INCODER la cual confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa No. 1202 del 17 de junio de 2005.*

*TERCERA.- Que mi representada COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A. no está obligada a pagar al INVIAS (sic) la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS TRES MIL SETENTA Y TRES PESOS MCTE ($474.503.073.00) con cargo al amparo de anticipo, en consideración a que el contratista invirtió correctamente en la obra la totalidad del anticipo recibido, pero como su amortización estaba en función de lo ejecutado, faltó amortizar la proporción correspondiente al porcentaje no ejecutado.*

*CUARTA.- Que se ordene pagar a favor del contratista por parte de la entidad demandada, el valor de las actas de obra No. 6 de Agosto de 2004 por $241.144.008; Acta No. 07 de Septiembre de 2004 por $176.559.105 y obra ejecutada en Noviembre de 2004 a Marzo de 2005, por la suma de $42.515.884, junto con los intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la ley.*

*QUINTA.- Que se ordene pagar a favor del contratista por parte de la entidad demandada, los ajustes de precios de las obras de obra(sic) No. 1 a la 7 del contrato No. 060 de 2003 de conformidad con lo ordenado en los Arts. 4: 5, 25 Y 27 de la Ley 80/93.*

*SEXTA.- Que se ordene pagar a favor del contratista por parte de la entidad demandada, los perjuicios morales y materiales, que le causó en la expedición de los actos impugnados, según estimación del Honorable Tribunal”.*

**2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones**

**2.1 Hechos comunes a todas las demandas.**

Los hechos comunes en que se fundan las pretensiones de las demandas que dieron lugar a los procesos acumulados, por ser esencialmente los mismos, la Sala los sintetiza así:

La Sociedad Movicon S.A. celebró con el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural- Incoder, el contrato No. 060 de diciembre 29 de 2003, cuyo objeto era ejecutar diversas obras civiles tendientes a la rehabilitación del Distrito de Riego y drenaje en gran escala de María la Baja.

Afirma el apoderado de la Sociedad Movicon que durante la ejecución del contrato se presentaron impases, imprevistos y casos de fuerza mayor; así como también incumplimientos de la entidad contratante que retrasaron la programación.

En el mes de agosto de 2004, se notifica a la empresa accionante, la resolución No. 01380 del 17 de agosto de 2004, mediante la cual se le imponen multas a la sociedad Movicon S.A.. Acto contra el cual interpuso recurso de reposición, el que fue resuelto confirmando la imposición de tales multas, mediante la Resolución 1832 del 11 de noviembre de 2004; y posteriormente emite la Resolución 1855, con el único propósito de notificar a la Compañía de Agrícola de seguros S.A.

El 24 de diciembre siguiente la entidad demandada emite la Resolución 0232 mediante la cual declaró la caducidad del contrato de obra 060 de 2003. Frente a este acto administrativo, también se agotó la vía gubernativa, obteniendo como resultado la confirmación de los mismos.

**2.2 Hechos exclusivos de la demanda correspondiente al expediente 01051**

En este expediente, además de los hechos relatados en el acápite anterior, la apoderada de la demandante, Compañía Agrícola de Seguros, relata los siguientes.

*“SEGUNDO. La demandante expidió la póliza Única de Cumplimiento No. 3500000188201 de fecha 30 de Diciembre de 2003 para garantizar el Contrato de Obra Pública No. 060 de 2003.*

*TERCERO. El INCODER expidió la Resolución Administrativa No. 02327 de fecha 24 de Diciembre de 2004, mediante la cual declaró la caducidad administrativa del Contrato de obra No. 060 de 2003; ordenó hacer exigible la Garantía Única de cumplimiento No. 3500000188201, otorgada por COMPAÑIA AGRICOLA DE SEGUROS S.A., expedida el 30 de Diciembre de 2004, afectando los amparos de cumplimiento por el valor total asegurado; el amparo de manejo del anticipo, en la parte proporcional no amortizada y ordena hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria prevista en el contrato. Además ordena notificar personalmente el contenido de la Resolución a los Representantes Legales de MOVICON S.A. y de la COMPAÑIA AGRICOLA DE SEGUROS S.A.; comunicar a la Cámara de Comercio, y liquidar el contrato de conformidad con las Actas de Recibo Parcial y final efectuadas por la interventoría.*

*CUARTO. La apoderada de la demandante, obrando como apoderada especial de COMPAÑIA AGRICOLA DE SEGUROS S.A. interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 002327 de 2004, mediante escrito radicado en INCODER el día 20 de enero de 2005.*

*QUINTO. El Recurso de Reposición interpuesto a nombre de la demandante descrito en el hecho anterior, fue resuelto desfavorablemente mediante Resolución Administrativa No. 00138 de 8 de Febrero de 2005, confirmando en todas sus partes el acto administrativo objeto de impugnación*”.

2.3 Hechos exclusivos de la demanda correspondiente al expediente 00025

En este expediente, además de los hechos ya relacionados en los dos acápites anteriores, el apoderado de la demandante, Compañía Agrícola de Seguros, relató los siguientes:

*“CUARTO. Por Resolución Administrativa No. 01202 de fecha 17 de Junio de 2005, el INCODER liquidó unilateralmente el Contrato de obra No. 060 de 2003, celebrado entre el INCODER y la firma MOVICÓN S.A. haciendo exigible los siguientes valores:*

|  |  |
| --- | --- |
| *Valor del contrato* | *$3.161.656.562.00* |
| *Valor total de la ejecución* | *$1.306.160.155.00* |
| *Valor obra no ejecutada* | *$1.855.496.407.00* |
| *Anticipo por amortizar* | *$474.503.073.00* |
| *Multas* | *$38.529.647.61* |
| *Clausula penal pecuniaria (15% valor cont)* | *$474.248.484.3* |
| *Saldo a favor del contratista (cuentas pendientes para pago* | *$427.314.339.00* |
| *Saldo a favor de la entidad* | *$559.966.865.91* |

*En consecuencia, ordenó al contratista y al asegurador, consignar a favor del INCODER la suma de QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS CON NOVENTA Y UN CENTAVOS MOTE ($559.966.865.91).*

*QUINTO. La falta de entrega de los planos por parte del INCODER al contratista, determinaron el incumplimiento en que incurrió MOVICON S.A. pues la administración debía entregar el plano general que precisara la posición de las obras tanto en planimetría como en altimetría, en relación con puntos de referencia fijos.*

*SEXTO. Cuando INCODER declaró la caducidad administrativa del contrato estaba debiéndole obras y labores a MOVICON las cuales nunca le pagó.*

*SEPTIMO. Por Resolución Administrativa No. 1841 del 6 de octubre de 2005 se confirma en todas sus partes la Resolución Administrativa No. 1202 del 17 de junio de 2005, por la que se liquidó unilateralmente el contrato, y en ella el INCODER retiene los saldos a favor del contratista por la suma de CUATROCIENTOS VEINTISIETE MILLONES TRESCIENTOS CATORCE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS MOTE. ($427.314.339), compensándolos con la cláusula penal pecuniaria exigida al contratista en la Resolución Administrativa No. 002327 del 24 de Diciembre de 2004 por la que se declaró la caducidad administrativa del contrato No. 060 de Diciembre de 2003, como si el incumplimiento del contrato se hubiese presentado por causas atribuibles exclusivamente al contratista, haciendo más gravosa su situación, y adicionalmente pretendiendo que éste restituya el anticipo no amortizado sin tener en cuenta que el mismo fue correctamente invertido en el desarrollo del contrato, y de acuerdo al plan de inversión aprobado por la Interventoría.*

*OCTAVO. La apoderada de la parte demandante interpuso Recurso de Reposición contra la anterior Resolución Administrativa, el cual fue resuelto desfavorablemente, confirmando en todas sus partes la Resolución Administrativa No 1202 del 17 de junio de 2005”*

**3. El trámite procesal**

**3.1. En el expediente 01088**

Mediante auto del 30 de junio de 2005 – Fl. 273 del C.1 de tal expediente. –, el Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la demanda. El auto admisorio fue notificado al Ministerio Público el 21 de julio siguiente –fl.273 anverso del C.1 y a la entidad demandada el 19 de octubre de 2006 – Fl.290 del C.1.

El 15 de diciembre del 2006 el apoderado del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural Incoder-, contestó la demanda oportunamente –fls 291-313 c.1-. En el escrito correspondiente la apoderada de dicha entidad se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda por considerar que a la parte demandante no le asistía alguno.

Respecto de los hechos admitió algunos hechos y negó otros. Propuso en primer lugar la excepción que denominó “Incumplimiento del contratista y falta de causa”; en segundo lugar, presentó la excepción que rubricó bajo la denominación “Inexistencia de violación al debido proceso”. La primera de estas excepciones la fundamentó en que, según su dicho, fue la parte demandante la que incumplió reiterativamente el contrato por que transgredió los términos pactados para las entregas de obra, dejó de entregar ítems enteros y abandonó la obra. En cuanto atañe a la excepción de inexistencia de violación al debido proceso el apoderado el Incoder, relaciona comunicaciones de la interventoría solicitando la aplicación de multas a la contratista, las comunicaciones cruzadas entre las partes contratantes y la interventoría, y las actas de reunión de obra, suscrita por los mismos sujetos contractuales; con base en todo ello, se afirma, que se acredita que la sociedad demandante tuvo la oportunidad de subsanar el atraso y la inejecución de la obra.

Mediante auto del 29 de mayo del 2007 – fl. 365 – C.1 de este expediente – el Tribunal Administrativo de Bolivar decretó las pruebas solicitadas por las partes. El periodo probatorio fue cerrado en auto el 30 de septiembre del 2010 y en esa misma providencia se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo. –fl. 517-518 c. 1 de este expediente-. Esta oportunidad únicamente fue aprovechada por la parte demandada.

Mediante providencia del 6 de julio de 2011, el Magistrado Ponente resolvió una solicitud de acumulación de procesos que había sido presentada desde octubre de 2010 por la apoderada de la parte actora. En consecuencia se dispuso acumular a este proceso los expedientes 01051 y 00025, que previamente habían sido acumulados y se ordenó la suspensión de este proceso mientras los acumulados llegan a la misma etapa procesal de este expediente -fls. 560-562 c.1 -.

**3.2 En el expediente 01051**

Mediante auto del 23 de enero de 2006, El Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la demanda –fl. 346-. El auto admisorio fue notificado al Ministerio Público el 2 de febrero siguiente, y a la parte demandada el 30 de mayo del mismo año –fl. 350-. En el trámite de este proceso la entidad demandada no presentó contestación de demanda, sino que, en escrito radicado el 15 de agosto de 2007, solicitó la acumulación del expediente con el proceso con radicación 2006-00025 (Folio 370 a 373), acumulación que fue decretada mediante auto de fecha 15 de enero de 2008 –fl. 405-

**3.3 En el expediente 00025**

Mediante auto del 2 de mayo de 2006, el Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la demanda –fl. 238-. El auto admisorio fue notificado al Ministerio Público el 21 de julio siguiente- fl. 238-, y a la entidad demandada el 23 de octubre del mismo año-fl.243-.

La apoderada de la demandada contestó la demanda el 15 de diciembre de 2006, en el escrito correspondiente admitió algunos hechos y negó otros. Se opuso a la totalidad de las pretensiones, y propuso las mismas excepciones que propuso en el expediente 01088, esto es, las que denominó Incumplimiento del Contratista y falta de causa y Inexistencia de violación al debido proceso; las dos con las mismas argumentaciones que ya se relacionaron en el otro expediente.

**Demanda de Reconvención**

Finalmente, en este expediente el Incoder presentó demanda de reconvención, en la cual se presentaron las siguientes pretensiones:

"PRIMERO: Que de prosperar total o parcialmente las pretensiones de la demanda principal (caso esté último Que se mantenga la validez de los actos administrativos demandados Que no sean incompatibles con alguna o algunas de las peticiones de la reconvención), se declare Que la Sociedad MOVIMIENTO DE TIERRAS VIAS y CONSTRUCCIONES MOVICON S.A., incumplió el Contrato 060 de 2003, celebrado con mi representado INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL -INCODER-.

SEGUNDO: Que con ocasión del incumplimiento de la reconvenida declare terminado dicho contrato.

TERCERO: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a los reconvenidos a pagar la suma de dinero correspondiente a la suma de CUATRO MIL MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (4.000.000.000) correspondientes a la indemnización de los perjuicios que le ocasionó a mi representado el INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL - INCODER-, por los incumplimientos del contrato 060, relativos: a) a la inejecución o ejecución parcial o defectuosa de la obras; b) a la falta de entrega de las obras, especialmente por la no entrega en funcionamiento del Distrito de Riego y Drenaje en Gran Escala María La Baja, Municipio de María la baja, Departamento de Bolívar, Oficina de Enlace Territorial No. 2; c) al abandono de las obras; d) al no cumplimiento de las especificaciones técnicas del contrato; e) a la falta de situar el personal y equipo en el lugar de las obras indispensable para el cumplimiento de los programas, plazos y especificaciones técnicas de las obras; y e) en general por cualquier incumplimiento que se determine y pruebe dentro del proceso.

CUARTO: Dispóngase que todas las condenas que se profieran de acuerdo a la anterior pretensión deben actualizarse o indexarse desde la fecha en que se ocasionaron cada uno de los incumplimientos hasta aquella en que se profiera la sentencia, junto con los intereses moratorios que se deban liquidar a la luz de las normas comerciales que regulan la materia.

QUINTO: Que se condene a los reconvenidos a pagar a favor de mi mandante el valor de las costas, costos, expensas, agencias en derecho y demás emolumentos que demande el trámite de la reconvención."

De los fundamentos fácticos de la demanda de reconvención presentada por el el incoder la Sala destaca los siguientes, por ser diferentes a los de la demanda inicial:

“A raíz de los continuos incumplimientos por parte de la firma MOVICON S.A., durante la ejecución del contrato 060 de 2003, la interventoría contratada por el INCODER, en múltiples ocasiones requirió a MOVICON el cumplimiento del contrato, Incumplimientos múltiples, reiterados y permanentes, los cuales se relacionaran, más adelante en esta demanda

De tales incumplimientos obran y acompañan la demanda, cuaderno anexo de pruebas, en el cual se allega la documentación cruzada entre el INCODER, Interventor, Contratista Y Compañía Agrícola de Seguros, en los cuales se registra, determina, valora y cuantifica los cumplimientos dados por la firma MOVICON en desarrollo de dicho contrato, los cuales, entre otros son los siguientes: retraso o no entrega, abandono de las obras, no cumplimiento de las especificaciones técnicas, incumplimiento de los plazos de construcción, montaje e instalación de los equipos.

Finalmente enuncia 14 circunstancias que a su juicio constituyen incumplimientos del contrato por parte de la Firma Movicon S.A.”

La demanda de reconvención fue admitida mediante auto del 28 de febrero de 2007. Este libelo fue contestado por la apoderada de la compañía Agrícola de Seguros S.A., en escrito radicado el 6 de agosto de 2008, en este se opuso a todas las pretensiones de la demanda, admitió algunos hechos, negó otros, y respecto de algunos manifestó que se atendría a lo probado.

De las excepciones propuestas a las pretensiones de la demanda de reconvención se citan aquí las que tienen que ver con los asuntos debatidos en el recurso de apelación que aquí se resuelve. En este orden de ideas, se destaca que propuso la que denominó “Violación al artículo 25 numeral 12, artículo 24 numeral 5, artículo 26 numeral 3 de la ley 80, y la hizo consistir en que el Incoder al incumplir con la entrega de los planos, pues así lo establecía el pliego de condiciones.

También propuso la excepción de “violación al artículo 26 num 1 , al art. 27 de la ley 80, por cuanto no se tuvo en cuenta que fueron motivos de orden público los que generaron algunos de los incumplimientos en los que incurrió la compañía contratista. Planteo también la excepción de contrato no cumplido, alegando que parte de los incumplimientos del contratista fueron consecuencia del incumplimiento de la entidad demandante en reconvención.

En este proceso la Compañía Agrícola de Seguros solicito que se vinculara, para integrar el litisconsorcio necesario, a la sociedad Movicon S.A.. a lo que se accedió mediante providencia del 6 de julio de 2010. Posteriormente, esta sociedad se notificó de la demanda de reconvención el 29 de septiembre siguiente y contestó la misma mediante escrito radicado el 14 de octubre de 2010 y en éste se opuso a todas las pretensiones y anunció que solicitaría la acumulación de este proceso con el radicado bajo el número 01088 que Movicón había inciado contra Incoder.

Mediante auto del 7 de junio de 2011, el Tribunal Administrativo de Bolívar decretó las pruebas solicitadas por las partes – fls 462-63-.

**3.4 Trámite Procesal común a los expedientes acumulados**

Una vez los procesos llegaron a una misma etapa procesal, mediante auto del 12 de agosto de 2014 el Tribunal dio por cerrado el periodo probatorio y ordenó correr traslado para alegar de conclusión. Esta oportunidad solamente fue aprovechada por el apoderado del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural- Incoder, mediante escrito radicado el 21 de agosto siguiente- Fl. 602- 612.

**II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

En sentencia del 5 de junio de 2015 –Fls. 571 – 661 del C.Ppal. – el Tribunal Administrativo de Bolívar resolvió, en primer lugar, declarar la nulidad de las resoluciones acusadas en los tres procesos acumulados; declaró igualmente la excepción de contrato no cumplido propuesta por la Compañía Agrícola de Seguros, contra las pretensiones de la demanda de reconvención presentada por el Incoder contra esta compañía aseguradora y contra la sociedad Movicon S.A; declaró también que el Incoder incumplió las obligaciones surgidas del contrato celebrado con Movicon S.A, y en consecuencia ordenó a aquella entidad pública pagar perjuicios a Movicon S.A, los que fueron tasados en $473.413.237.37, por concepto de daño emergente y en $784.451.624 del lucro cesante.

El a quo comenzó por resolver la pretensión de la demanda en el proceso 01088, que buscaba que se declarara la nulidad de la resolución mediante la cual se impusieron multas a la sociedad demandante y la resolución que confirmó dicha imposición; en relación con esta pretensión realizó un estudio del régimen de multas y la posibilidad de imponerlas por parte de la administración, concluyendo que si bien hubo posiciones jurisprudenciales contrastantes en vigencia del Decreto 222 de 1983, el asunto fue completamente diverso durante la vigencia de la ley 80 de 1993, pues esta proscribió tal posibilidad; finalmente advierte que como la ley 1150 de 2007 volvió a otorgar esta potestad, extendiéndola incluso a los contratos celebrados antes de su vigencia, siempre y cuando hubiesen sido pactadas y se hubiese previsto la competencia para imponerlas y para hacerlas efectivas. Con base en lo anterior concluye que como las multas fueron impuestas con anterioridad a la entrada en vigencia de esta última ley, el INCODER carecía de competencia para imponerlas las multas que impuso y así lo declara oficiosamente.

A continuación examinó si la declaratoria de caducidad del contrato también era nula, para el efecto examinó las dos posiciones jurisprudenciales del Consejo de Estado, en relación con la oportunidad que tiene la administración para hacer tal declaración, y acogiendo la posición esgrimida en una sentencia de esta Corporación de 2008, concluye que el tiempo para declarar es durante la vigencia del contrato, y como aquí se hizo con posterioridad a este término, conforme al cotejo de fechas que se realizó en el fallo, el a-quo declaró la nulidad por incompetencia del Incoder para declarar la caducidad del contrato de obra 060 de diciembre 29 de 2003.

Luego de tomar la anterior decisión, el Tribunal de Bolívar se ocupa de la pretendida nulidad de la resolución mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato objeto de este proceso. Sobre el particular examina las distintas etapas que jurisprudencial y legislativamente se han presentado en relación con el término que la administración tiene para liquidar unilateralmente un contrato terminado y concluye que por la fecha en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a esta pretensión, la normatividad aplicable es la prevista en las leyes 80 de 1993 y 446 de 1998; es decir, que se tenía primero un término de 4 meses para hacer la liquidación bilateral, y de dos meses posteriores para la liquidación unilateral. Como en el caso que aquí se examina la liquidación del contrato se hizo por fuera de esos 2 meses, concluye que lo procedente es declarar la nulidad de tal resolución. Advierte que no es aplicable al sub judice la ley 1150, que permite hacer tal declaración unilateral mientras transcurre el término de caducidad de la acción contractual, por cuanto esta norma resulta aplicable a contratos celebrados durante la vigencia de dicha ley.

Examina luego la pretensión de declaratoria de incumplimiento del contrato presentada por el Incoder en la demanda de reconvención, y sobre el particular, después de valorar el acervo probatorio obrante en el plenario, concluye que prospera la excepción de contrato no cumplido propuesta por las demandadas en reconvención, toda vez que se acreditaron incumplimientos por parte de la entidad demandante en reconvención

En consecuencia procede a reconocer y a liquidar los perjuicios a favor de Movicon S.A., derivados del incumplimiento del INCODER, que fueron tasados en las cifras anteriormente transcritas.

**III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Contra lo así resuelto, el 4 de agosto del 2015 –Fl. 663 del C.Ppal. – El instituto Colombiano de Desarrollo Rural Incoder, en su condición de demanda y de demandante en reconvención interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido el 22 de septiembre de 2015, durante la audiencia de conciliación programa en virtud de lo dispuesto por el artículo 70 de la ley 1395 de 2010.

Los argumentos expuestos por la apoderada de la parte recurrente para sustentar el recurso de apelación interpuesto la Sala los sintetiza así:

A propósito de la nulidad de las Resoluciones en que se impusieron las multas a la parte demandante, se sostiene, invocando una decisión del Consejo de Estado, que pese que el artículo 14 de la ley 80 de 1993 no prevé como poder exorbitante la imposición de multas, como lo hacía el decreto 222 de 1983; se pueden pactar dichas multas dentro de la cláusula penal en caso de inejecución o mora, de lo cual se infiere, que al quedar pactadas, la administración puede no sólo imponerlas sino hacerlas efectivas. Conforme a lo anterior, concluye que ante el incumplimiento reiterado por parte de Movicon, de las obligaciones emanadas del contrato, el Incoder tenía la facultad de imponer las multas pactadas, como en efecto lo hizo.

En lo que respecta al incumplimiento del contrato por parte de la entidad contratante, la apoderada del Incoder elabora unas consideraciones en relación con la solemnidad del contrato estatal, su mutabilidad y sobre la figura de la *exceptio non adimpleti contractus*; y concluye que el incumplimiento que le enrostra el Tribunal en primera instancia es inexistente, toda vez que la supuesta obligación del cerramiento de los canales por parte del Incoder no aparece en el contrato, por lo tanto, a su juicio, no puede ser catalogada como obligación contractual, porque implicaría que las manifestaciones hechas por las partes en una reunión tuviesen la fuerza de un contrato adicional, lo cual, va en contravía del carácter solemne del contrato estatal.

Como consecuencia del anterior raciocinio solicita que se revoque la declaratoria de nulidad de las resoluciones acusadas; que se declare que el Incoder no incumplió las obligaciones contractuales; que se revoque la condena impuesta contra esta entidad; y que en su lugar se admitan las pretensiones de condena presentadas en la demanda de reconvención por el incumplimiento del contrato por parte de Movicon S.A.

Este recurso fue admitido por esta Corporación en proveído del 23 de febrero del 2016 – Fl. 692 del C. Ppal. El 7 de marzo de 2016, la nueva apoderada de la Sociedad MOVICON S.A, a quien deberá reconocérsele personería en la parte motiva de esta providencia, presentó escrito de oposición a la apelación. fls. 693-721 c.ppal. – Esta Corporación corrió traslado a las partes para alegar de conclusión mediante providencia del 5 de abril de 2016 –fl.723 c. ppal-. El 29 de abril siguiente presentó alegatos la apoderada de la entidad demandada- Fls. 734-742 c.ppal-.

**IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Procurador Delegado identifica en su concepto cuatro problemas jurídicos que a su juicio se deben resolver: El primero de ellos atinente a la violación del debido proceso; el segundo atañe a la competencia de la administración para declarar la nulidad del contrato; el tercero los términos para liquidar el contrato estatal unilateralmente; y por último verificar si está llamada a prosperar la excepción de contrato no cumplido.

A propósito del debido proceso en el concepto se sostiene que el mismo resultó vulnerado, toda vez que por la época en que se impusieron las multas, no había entrado en vigencia la ley 1150 de 2007, y por lo tanto no la cobija la regla de retrospectividad que trae el parágrafo transitorio del articulo 17 de aquella normatividad. Adiciona que si bien las mismas fueron pactadas, era del resorte exclusivo del juez del contrato el hacerlas efectivas.

En lo que concierne a la competencia temporal de la administración para declarar la caducidad del contrato, el Ministerio Público es de la opinión que en el sub judice el Incoder carecía de tal competencia, por cuanto los 8 meses previstos en el contrato para su ejecución vencieron el 24 de octubre de 2004, y la declaratoria de caducidad se profirió el 24 de diciembre de ese mismo año.

Sobre la competencia para liquidar el contrato unilateralmente, se conceptúa que el Incoder mantenía competencia, toda vez que no habían vencido los 2 años de caducidad de la acción contractual.

En lo que respecta a la excepción de contrato no cumplido, declarada por el Tribunal; el Ministerio Público, después de analizar el pliego de condiciones, el contrato 060 de 2003, las actas de las reuniones sostenidas por las partes durante la ejecución del contrato, las comunicaciones suscritas por el interventor y dirigidas a la empresa contratista; concluye que algunos de los incumplimientos enrostrados a Incoder no están demostrados y otros no tienen la fuerza para justificar el incumplimiento por parte de Movicon S.A. Además, avala la tesis del recurrente en el sentido que los compromisos adquiridos durante las reuniones que tuvieron las partes, como es la limpieza de los canales, no pueden ser valorados como incumplimiento contractual, pues dicha actividad no fue pactada dentro del contrato.

**V. CONSIDERACIONES**

Para resolver lo pertinente, la Sala en primer lugar precisará el objeto del recurso de apelación interpuesto; después, retomando la problemática propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: (1) La facultad de la administración para imponer multas a los contratistas (2) Los términos que tiene la administración para declarar la caducidad de los contratos estatales (3) Los términos para la liquidación de los contratos estatales. (4) La excepción de contrato no cumplido. (5) Luego se reseñarán las pruebas que obran dentro del plenario; (6) Finalmente se realizará el análisis del caso concreto, a partir de los dos aspectos que se esgrimen como argumentos para sustentar el recurso de alzada, esto es, se verificará la legalidad de las resoluciones acusadas y se estudiará si procede la revocatoria de la excepción de contrato no cumplido que tuvo por probada el Tribunal.

**2. Objeto del Recurso**

Es preciso advertir que en el presente caso la Sala se encuentra ante un recurso de apelación único, lo que le impone los limites previstos por el artículo 328 del Código General del Proceso, que indica que en casos como este la competencia del superior se limita a los argumentos presentados por el apelante, sin perjuicio de los aspectos que pueda decretar de oficio.

Del recurso interpuesto por el apoderado de la parte actora se derivan tres cuestiones que deben ser resueltas por la Sala.

1. Si el Incoder tenía la facultad de imponer las multas que impuso mediante las resoluciones acusadas pretensión de liquidación unilateral del contrato fue incoada una vez vencido el término de caducidad.
2. Si el Incoder estaba dentro del término que la ley le otorga a las entidades públicas para declarar la caducidad de un contrato estatal.
3. Si el acervo probatorio no da cuenta de que el Incoder haya incumplido el contrato, a efectos de determinar si es procedente la revocatoria de la excepción de contrato no cumplido declarada por el Tribunal a quo.

Como se observa, son de diversa naturaleza los distintos aspectos que se desprenden de los argumentos esgrimidos en el recurso: Los dos primeros son asuntos de estricto derecho, se trata de verificar si de acuerdo con la normatividad era posible imponer las multas y declarar la caducidad del contrato. El tópico restante atañe exclusivamente a un asunto de hecho: verificar si está o no probado el incumplimiento del contrato por parte del Incoder.

**3. Declaratoria de incumplimiento del contrato y facultad de la Administración para imponer multas a los contratistas en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007**

Sobre el incumplimiento contractual ésta Subsección ha expresado:

“Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.

No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que “el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, que “el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes” y que “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.”

En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.

Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de “no cumplimiento”[[1]](#footnote-1) y esta situación, por regla general,[[2]](#footnote-2) no da lugar a la responsabilidad civil.[[3]](#footnote-3)

(…) El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.

En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediablemente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación.

Causar un daño genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía.

Tal carga probatoria se encuentra establecida no solamente en el artículo 177 del C. P. C. al preceptuar que “incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, sino también, y particularmente para la responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C. C. al disponer que ”incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.”

Así que entonces es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y la cuantificación del perjuicio sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C. C. A.

Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediablemente condenada al fracaso.

(…) Si se tiene en cuenta que la responsabilidad derivada del contrato persigue la indemnización de los perjuicios causados, como ya se dijo, y que en la responsabilidad contractual el deudor debe estar en mora pues de lo contrario no puede reclamar la indemnización de perjuicios ni la cláusula penal en su caso, tal como lo pregonan los artículos 1594 y 1615 del Código Civil, es conclusión obligada que si alguno de los contratantes ha incumplido el otro no estará en mora, pues así lo dispone el artículo 1609 del Código Civil, y por consiguiente el incumplido no puede reclamar perjuicios o la pena.

No otra cosa puede deducirse de las normas antes mencionadas que a la letra expresan:

“Artículo 1594. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal…”

“Artículo 1615. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.”

“Artículo 1609. 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 allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”[[4]](#footnote-4).

Ahora bien, en los casos que el contratista estatal sea el que ha incumplido el contrato, es procedente determinar si la administración tiene la potestad de declarar dicho incumplimiento o si es necesario acudir a la justicia.

Al respecto, es necesario distinguir la figura del incumplimiento contractual a la luz de lo preceptuado en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

Para el cumplimiento de los fines estatales[[5]](#footnote-5), el legislador ha querido dotar a la administración de una serie de potestades exorbitantes que permitan el control y buena marcha de la actividad contractual, así como garantizar el cumplimiento de la función pública[[6]](#footnote-6).

Así, conforme a lo estipulado en la legislación, estas facultades excepciones, que valga decir son regladas puesto que están limitadas en cuanto a su alcance – debe observarse el debido proceso – y temporalidad[[7]](#footnote-7) y gozan de control judicial, permiten a la administración interpretar, modificar, terminar y caducar el negocio jurídico bilateral[[8]](#footnote-8), así como el ejercicio de la facultad sancionatoria.

Ahora bien, respecto a la posibilidad que tiene la administración de sancionar al contratista sin necesidad de acudir al juez del contrato, se tiene que el Decreto Ley 222, en sus artículos 71 y 72, consagró la facultad de imposición de multas y de hacer efectiva la cláusula penal[[9]](#footnote-9); asímismo, se permitía al contratante estatal declarar de forma unilateral el incumplimiento del contrato (art. 72).

En cuanto a la regulación establecida en la Ley 80 de 1993, esta no autorizó a la administración para la imposición de multas y menos aún para declarar el incumplimiento contractual, obligándola entonces a acudir a la jurisdicción para que fuera el juez competente quien declarara el incumplimiento del contrato e impusiera las multas estipuladas en el mismo.

Sobre la competencia para imponer multas, esta Corporación ha precisado:

“Competencia de las entidades estatales para imponer y hacer exigibles las multas en vigencia de la Ley 80 de 1993 – tesis jurisprudenciales.

Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 el tema de las multas no tuvo un tratamiento pacífico en Colombia, pues la ley no consagró expresamente dicha figura en su artículo 14 como una de aquellas potestades excepcionales al derecho común, circunstancia que generó diferentes posiciones jurisprudenciales entorno a su naturaleza, la posibilidad de que las partes pudieran pactarla expresamente en los contratos y la competencia de las entidades estales para imponerlas y hacerlas efectivas de forma unilateral.

5.1. Primera postura:

La hipótesis jurisprudencial que puso en duda la existencia de una potestad sancionadora en cabeza de la administración para imponer multas ante el incumplimiento de los contratistas fue la que dio lugar a que se considerara que su imposición sólo era posible por vía judicial, lo que en términos prácticos condujo a que se generara una ruptura en el carácter coercitivo, casi inmediato del que se encontraban revestidas todas las decisiones relativas a las multas.

Así en un principio, se estimó que aunque fuera posible que las partes pudieran pactar cláusula de multas en los contratos celebrados por la administración, teniendo en cuenta que éstas no habían sido definidas por la Ley 80 de 1993 como verdaderas potestades excepcionales al derecho común, no era posible que las entidades estatales pudieran imponerlas y hacerlas exigibles de forma unilateral, sino que para ello debían acudir al juez del contrato[[10]](#footnote-10).

Esta postura se fundó en el principio de legalidad, estimándose que con la expedición de la ley 80 de 1993 lo que realmente quiso el legislador fue romper con la tradición de exorbitancia de la administración pública frente a los contratos estatales, así como también limitar el amplio espectro de acciones de carácter unilateral que se le había otorgado en vigencia de los anteriores estatutos.

* 1. Segunda postura:

Conforme a ésta postura, se consideró que si bien la Ley 80 de 1993 no había definido las multas como potestades excepcionales al derecho común, la posibilidad de que las partes convinieran su imposición y exigibilidad se encontraba autorizada por normas de derecho privado que regulaban la materia.

Pero además de que se aceptara la posibilidad de que las partes convinieran la posibilidad de que la administración impusiera multas ante incumplimientos parciales en los que incurriera el contratista, ésta también ostentaba la facultad para hacerlas exigibles de forma unilateral sin necesidad de acudir al juez para ello, facultad que se derivaba del carácter ejecutivo de los actos administrativos según el artículo 64, 77 y 23 del Código Contencioso administrativo y de los artículos 4º ordinal 2º, 22 inciso 5º, 22.1. y 13 de la ley 80 de 1993.

Así las cosas, la postura a la que se alude se derivaba de facultades “implícitas” otorgadas a la administración, pues se estimaba que para que ésta pudiera imponer y hacer efectivas las multas ante incumplimientos parciales en los que incurrieran los contratistas no se requería de una norma legal que expresamente la autorizara para ello, sino que de la sola interpretación integral de las normas jurídicas contenidas tanto en el Código Contencioso Administrativo, como en la Ley 80 de 1993 y demás normas de derecho privado se podía estructurar un verdadero régimen de multas en los contratos estatales y la competencia de las entidades estatales para imponerlas unilateralmente.

Al respecto se señaló:

“(…)

La ley 80 de 1993 se refiere a las multas en el contrato estatal en los artículos 4º ordinal 2, 22 inciso 5º y 22.1, al señalar de una parte, que las entidades estatales “adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías contra los servidores públicos, contra el contratista o lo terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual “ y de la otra, que en las certificaciones que expidan las cámaras de comercio en relación con los contratos ejecutados por las personas inscritas en el registro de proponentes debe constar “el cumplimiento del contratista en contratos anteriores, experiencia, capacidad técnica y administrativa, relación de equipo y su disponibilidad, **multas y sanciones impuestas y el término de su duración**” (resaltado de la Sala), de acuerdo con información que semestralmente deben suministrar las entidades estatales.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la cláusula de multas no es excepcional al derecho común y esta muy seguramente fue la razón por la cual la ley 80 de 1993 no la incluyó en el art. 14. Y no lo es, sencillamente porque aparece prevista en las normas de derecho privado (artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio).

(…)

De estas dos previsiones se desprende que es perfectamente lícito y ello no comporta ninguna exorbitancia, que las partes de un contrato puedan pactar dentro de sus cláusulas una pena (multa) en caso de inejecución o mora en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor.

Los contratos estatales, cualquiera que sea su objeto de acuerdo con la clasificación del artículo 32 de la ley 80, son ante todo contratos, y como tales, vinculan a las partes contratantes que están obligadas a cumplirlos en su tenor y en ellos tienen plena aplicación los principios que recogen los artículos 1602 y siguientes del Código Civil. En consecuencia, tanto la entidad como el contratista deberán cumplirlos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que le sirven de base, cuyas condiciones jurídicas, técnicas y económicas en principio son inalterables.

Tampoco puede perderse de vista que todo contrato celebrado entre el Estado y un particular tiene como propósito fundamental el desarrollo de los fines y principios que orientan a la administración pública por mandato de los artículos 2º y 209 de la Constitución Política, 2º del Código Contencioso Administrativo y 3º de la ley 80 de 1993.

(…)

Para la Sala la administración si tiene competencia para imponer por si y ante si, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.

En efecto, de conformidad con el art. 77 de la Ley 80 de 1993 “en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales”.

A su vez, el artículo 23 del mismo estatuto prevé dentro de los principios con arreglo a los cuales se desarrollan las actuaciones contractuales, los particulares del derecho administrativo.

Si la contratación estatal en los términos del artículo 3º de la ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan “los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”, bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista”[[11]](#footnote-11).

**5.3. Tercera postura:**

Con sujeción al principio de legalidad se estimó que si bien las partes sí tenían la posibilidad de convenir multas ante incumplimientos parciales en los que pudiera incurrir el contratista, no era posible que en vigencia de la Ley 80 de 1993 la administración pudiera imponerlas y hacerlas efectivas de forma unilateral“por carecer de la atribución legal de una competencia expresa que las habilitara para el ejercicio de ese poder sancionatorio y exorbitante”.

Al respecto se señaló:

"...Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado. No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente"[[12]](#footnote-12).[[13]](#footnote-13)”

En relación a la declaratoria de incumplimiento, ha sostenido la Sección:

“Encuentra la Sala que si bien en el contrato número 143 de 1994 se estipuló una cláusula penal pecuniaria, este se celebró bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993 -con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007-, época para la cual la Administración **no tenía la potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se declarara el incumplimiento del contrato, con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria**, toda vez que para ello debía acudir al juez de contrato, tal como ha sido reconocido por la Jurisprudencia de la Corporación desde el año 2005[[14]](#footnote-14), cuyo lineamiento permaneció hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007:

“Así entonces, se tiene que conforme a lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

“Dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el reglamento y defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer así condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia misma de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculten en sentido contrario.

“En materia de contratación estatal, la situación vigente no es distinta, en tanto la Ley 80 de 1993, se expidió como respuesta a una nueva concepción constitucional del Estado en su relación con los particulares que percibe la necesidad de éstos para el cumplimiento de sus fines, estableciéndose entonces una relación de derecho económico que requiere así mismo de criterios de igualdad, entre dos de sus actores más importantes, esto es, el Estado y el particular empresario, uno como garante de la prestación de los servicios públicos[[15]](#footnote-15) y el otro como propietario o facilitador de los bienes necesarios para la prestación de tales servicios y que ve en las necesidades del Estado otro campo de inversión del cual puede derivar beneficios económicos, para lo cual, la ley introdujo a la contratación estatal el concepto de autonomía de la voluntad.

“Así mismo, desde esta nueva visión, pretendió la Ley 80 apartarse de conductas perniciosas del pasado reflejadas en el Decreto 222 de 1983, y consignadas en la exposición de motivos de la misma ley,

“(…)

“Así, puede observarse entonces, que la ley 80 de 1993, que pretendió ser el estatuto único de contratación, constituye un conjunto de disposiciones que tienen la finalidad principal de seleccionar objetivamente al contratista y la regulación que del contrato mismo hace es meramente excepcional, según surge de lo previsto en los artículos 13 y 40 de dicha norma, que establecen claramente que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la misma ley, así como, que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

“En esta orientación, especial preocupación tuvo el tema de las anteriormente denominadas cláusulas exorbitantes, conocidas hoy como excepcionales al derecho común y que en el Decreto 222 de 1983 ocupaban un lugar preferencial, pues eran de obligatoria inclusión; Así, se dijo en el artículo 60 de esta norma:

“(…)

“Concretamente, en lo que atañe a la cláusula de multas y penal pecuniaria, los respectivos artículos que las regularon, establecieron que la imposición de aquellas se haría “...mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto”[[16]](#footnote-16) y que la imposición de ésta, es decir, la penal pecuniaria, se haría efectiva “directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento”[[17]](#footnote-17) y para los dos casos, estableció que los valores recaudados por tales conceptos ingresarían al tesoro de la entidad contratante y podría ser tomado directamente del saldo a favor del Contratista, si lo hubiere o de la garantía constituida y, si esto no fuere posible, se cobraría por jurisdicción coactiva[[18]](#footnote-18). Con ello, la entidad estatal quedaba plenamente facultada para, utilizando sus poderes excepcionales, declarar los incumplimientos e imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, según fuera el caso, lo cual, según se vio, claramente bajo la potestad de autotutela otorgada en las disposiciones previamente anotadas, podía hacer mediante acto administrativo.

“Ello no ocurrió así con la Ley 80 de 1993. Esta norma, no solo derogó el Decreto 222 de 1983, anteriormente citado[[19]](#footnote-19), sino que restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria y dispuso de manera general[[20]](#footnote-20):

“(…)

“Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición[[21]](#footnote-21) de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

“No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998[[22]](#footnote-22) y del 20 de junio de 2002[[23]](#footnote-23), pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.”

De conformidad con la Sentencia citada, cuyo contenido reitera la Sala en esta oportunidad, con la expedición de la Ley 80 de 1993 –antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007- si bien se habilitó a las partes del contrato, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, para pactar la cláusula penal pecuniaria, no autorizó a las entidades contratantes –en cuanto desapareció la competencia que les había sido otorgada por el Decreto-ley 222 de 1983- para expedir actos administrativos mediante los cuales impusieran unilateralmente multas o declararan el incumplimiento del contrato -con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria-, en caso de mora o de incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista particular, esto es sin necesidad de acudir al juez del contrato”[[24]](#footnote-24).

**4.La caducidad como potestad excepcional al derecho común en los contratos estatales.**

Mediante el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 la ley le otorga a la administración una serie de potestades o mecanismos por medio de los cuales en ejercicio de la actividad contractual puede asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, alcanzar las finalidades estatales y garantizar la prevalencia del interés general, adoptando las medidas adecuadas para el manejo de situaciones de incumplimiento contractual.

Dentro de los mecanismos a los que se hace alusión se consagra la caducidad del contrato como una potestad excepcional al régimen de derecho común, en desarrollo del cual se faculta a la administración para que dé por terminado el contrato estatal cuando se advierta un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista que pueda afectar la ejecución de éste o conduzca indefectiblemente a su paralización.

En efecto, el artículo 18 de la ley 80 de 1993 define la figura de la caducidad contractual como aquella estipulación por virtud de la cual se le otorga competencia a la administración para que mediante un acto administrativo motivado pueda dar por terminado unilateralmente el contrato celebrado y ordenar su liquidación cuando advierta que el contratista incurrió en un incumplimiento grave de sus obligaciones que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y que se evidencie que tales hechos constitutivos de incumplimiento puedan conducir a la paralización del contrato estatal; “*evento éste caso en el cual no hay lugar a indemnizaciones, el contratista se hace acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley y se constituye el siniestro por incumplimiento”*[[25]](#footnote-25) [[26]](#footnote-26)

Así, de la normatividad se desprende que los requisitos para que la administración pueda declarar la caducidad del contrato son: i) Que se presente un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista, es decir que se trate de obligaciones esenciales; y ii) Que éste afecte de forma grave y directa la ejecución del contrato, es decir que el incumplimiento sea de tal magnitud que se haga nugatoria la posibilidad de continuar ejecutando el contrato, conduzca a la paralización de la prestación del servicio público a cargo de la administración o imposibilite el cumplimiento del objeto contractual.

**5-La competencia temporal de la administración para declarar la caducidad del contrato.**

Si bien entorno a éste asunto se suscitaron diversas posturas jurisprudenciales teniendo en cuenta que previamente a la expedición de la sentencia del 20 de noviembre de 2008 bajo el radicado No. 17.031 se consideraba procedente que la administración declarara la caducidad del contrato incluso en la etapa de liquidación del contrato, por medio de dicha providencia se estimó que en atención al objeto y finalidades que caracterizan la figura de la caducidad contractual su declaratoria sólo resultaba procedente en vigencia del contrato respectivo.

Al respecto ésta Corporación señaló:

*“(…)*

*El motivo legal que da lugar a la caducidad, en esencia, es el incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones que incide seriamente en la “ejecución del contrato”, de manera que, razonablemente, se infiera que no se podrá continuar con el objeto contractual y, por tanto, que no se obtendrá el fin requerido con el negocio jurídico estatal. Sus efectos, como se recuerda, consisten en la terminación del vínculo contractual, sin indemnización alguna a favor del contratista; la liquidación del contrato; la configuración del siniestro del incumplimiento y, por ende, la exigibilidad de las garantías; la efectividad de la cláusula penal pecuniaria; la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años, y en general la pérdida de los derechos que emanaban para aquél del contrato. Y, para el ejercicio de esta facultad la Administración debe analizar la gravedad del incumplimiento y el peligro que representa para la ejecución del contrato, de modo que puede abstenerse de decretarla y, en cambio, adoptar las medidas de control e intervención necesarias para superar la situación.*

*(…)*

*En este contexto,* ***al examinar nuevamente los límites temporales de este poder exorbitante, la Sala concluye que la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre éste vigente, y no durante la etapa de la liquidación, teniendo en cuenta: en primer lugar, los elementos de su definición legal; en segundo lugar, la finalidad de protección del interés público de esta medida excepcional; en tercer lugar, que la etapa de liquidación del contrato no está concebida para la adopción de la caducidad del contrato; y en cuarto lugar, que el hecho de que se pueda recibir o aceptar en mora el cumplimiento de la obligación, no puede ser entendida como una extensión regular del plazo previsto en el contrato para ejecutarlo(…)***

*(…)si la declaratoria de caducidad resulta viable únicamente cuando se determina por parte de la Administración que el incumplimiento del contratista es de tal magnitud y gravedad que conducirá indefectiblemente a la paralización del contrato, o sea, que irremediablemente no se cumplirá en el tiempo esperado y requerido con el objeto contractual, ello presupone que el plazo de ejecución pactado en el mismo no se encuentre vencido, pues la lógica y dinámica jurídica de esos supuestos indica que no es posible que se afecte “la ejecución del contrato” y se presente su “paralización” cuando ya ha expirado o finalizado ese plazo para el cumplimiento regular y oportuno de las prestaciones que emanan de él. La caducidad supone, entonces, un contrato ejecutivo, en curso y de ningún modo un contrato ejecutado, cumplido o finalizado el plazo o el término fijado por las partes para llevarlo a cabo en oportunidad debida”* [[27]](#footnote-27)(Resaltado propio)

De lo citado se desprende que la finalidad primordial del ejercicio de la facultad excepcional de la caducidad es que la Administración conjure el grave incumplimiento en que incurrió el contratista y garantice el cumplimiento del objeto contractual y en últimas la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos.

Así las cosas, teniendo en cuenta los requisitos de procedencia y la finalidad primordial de la figura de la caducidad contractual, se evidencia que su ejercicio no tiene sentido alguno una vez vencido el plazo de ejecución del contrato, pues mal podría pretenderse terminar por la vía de la caducidad lo que ya se terminó por la vía de extinción del plazo, razón, entre otras, por la cual una vez que esto ha acaecido se extingue la competencia de la administración para declararla.

Posteriormente, dicha postura fue reiterada mediante la Sentencia de Unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de ésta Corporación el 12 de julio de 2012 bajo el radicado No. 15.024, providencia mediante la cual se reconoció que uno de los asuntos que más había generado inquietudes respecto de la facultad para declarar la caducidad del contrato era la competencia temporal de la administración para hacerlo, reiterando que *“la falta de competencia constituye el más grave de los vicios que puede afectar la validez de un acto y, por tal razón, puede ser declarado de oficio”[[28]](#footnote-28).*

En lo relativo a la Competencia temporal de la administración para declarar la caducidad del contrato se señaló en la precitada providencia:

*(…) se podrá decretar la caducidad cuando el incumplimiento de las obligaciones del contratista haga imposible la ejecución total del contrato –en los términos del Decreto 222– o “afecte grave y directamente la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización” –en los términos de la Ley 80–.*

*La Sala aprecia que en los textos referidos el legislador diferenció claramente los conceptos de “obligación” y “contrato”, puesto que el incumplimiento lo predica de las obligaciones, no del contrato en su totalidad, y respecto de éste indica que lo que dará lugar a decretar la caducidad será la imposibilidad o la afectación grave y directa de su ejecución, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones.*

*(…)*

*(…) la Sala concluye que las entidades estatales no deben esperar a que se venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si hubo un incumplimiento total del mismo y decretar la caducidad; todo lo contrario: las normas que consagran la facultad de declarar la caducidad exigen que el plazo no haya expirado para declararla, puesto que el incumplimiento que esas normas requieren para decretar la caducidad es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, advertirá que la prestación principal, el objeto del contrato, no será satisfecho dentro del plazo de ejecución y, por tal motivo, decretará la caducidad.*

*De tal forma, al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que “la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista…” y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado.*

*Como argumento final, el bien jurídico que se ampara, esto es, la ejecución del objeto contratado, no se puede proteger mediante la declaratoria de caducidad cuando el plazo para la ejecución del contrato –pactado originariamente en el contrato o en la adición u otrosí que para el respecto se suscriba– haya expirado. Si bien es cierto que en ocasiones el contratista ejecuta obras pactadas después de expirado el plazo, incluso con la aquiescencia de la entidad, tal comportamiento no genera jurídicamente extensión alguna del plazo de ejecución, puesto que un contrato que es solemne por prescripción legal[[29]](#footnote-29) –como el contrato estatal y dentro de este, por supuesto, la cláusula que establece el plazo de ejecución–, solo se puede modificar a través de un acuerdo o convención que se ajuste a las mismas formalidades requeridas para la creación del contrato originario, dado que la convención modificatoria está tomando el lugar del contrato originario y la solemnidad que se predica legalmente de éste, se exige para reconocer existencia, validez y eficacia a la convención que lo modifica[[30]](#footnote-30)”.*

**4. Los términos para la liquidación de los contratos estatales**

La liquidación de los contratos estatales se define como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato[[31]](#footnote-31), o aquella etapa del contrato que sigue a su terminación, mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de ésta forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación negocial, definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuanto, bien por las partes de común acuerdo, por la administración unilateralmente o en su caso por el juez, es decir para “*dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial”[[32]](#footnote-32)*

En últimas la liquidación del contrato estatal es una figura o etapa contractual mediante la cual lo que se procura es finalizar la relación negocial mediante la realización de un balance final o un corte definitivo de las cuentas, para determinar quién le debe a quién y cuanto y puede ser de carácter bilateral si se realiza de común acuerdo por las partes, unilateral si es efectuada por la administración de forma unilateral, o judicial si quién realiza el corte definitivo de las cuentas es el funcionario judicial.

Ahora bien, en lo relativo a la competencia temporal de la administración para liquidar los contratos estatales, conforme a lo previsto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, con la reforma introducida por la ley 446 de 1998, se tiene que una vez vencido el plazo contractual las partes disponen de 4 meses para efectuar la liquidación bilateral; en caso de no realizarse así, la Administración tiene 2 meses más para hacerlo unilateralmente; y en el evento en que así no lo hubiere hecho, podrá intentarla hasta antes de que transcurra el término de 2 años más, momento en el que entonces habrá operado la caducidad de la acción contractual.

Y esto es así aún en el caso de los contratos interadministrativos, pues la liquidación unilateral del contrato es una facultad legal, pero no de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante, ya que la Ley 80 de 1993 en ninguna parte la enlista como tal.

El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, preceptuaba que *“los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga…”*[[33]](#footnote-33)

Por su parte, el artículo 136[[34]](#footnote-34)del Código Contencioso Administrativo, subrogado a su vez por el artículo 44 de la ley 446 de 1998[[35]](#footnote-35) en su numeral 10º preveía que la acción de controversias contractuales caducaría transcurridos dos (2) años después de acaecidos los motivos de hecho o de derecho que le sirvieran de fundamento.

De lo anterior se dedujo por ese entonces que el término de dos (2) años para la caducidad de las acciones derivadas de los contratos que requirieran de liquidación empezaba a correr a partir del momento en que la liquidación se realizara o, si ella no se hubiere hecho, a partir de la conclusión del término que tenía la Administración para hacerlo unilateralmente.

Así lo dijo esta Corporación en auto de 8 de junio de 1995[[36]](#footnote-36) en el que expresó:

*“En materia contractual habrá que distinguir los negocios que requieren de una etapa posterior a su vigencia para liquidarlos, de aquellos otros que no necesitan de la misma. En éstos, vale decir, para los cuales no hay etapa posterior a su extinción, cualquier reclamación judicial deberá llevarse a cabo dentro de los dos años siguientes a su fenecimiento. Para los contratos, respecto a los cuales se impone el trámite adicional de liquidación, dicho bienio para accionar judicialmente comenzará a contarse desde cuando se concluya el trabajo de liquidación, o desde cuando se agotó el término para liquidarlo sin que se hubiere efectuado, bien sea de manera conjunta por las partes o unilateralmente por la administración”.*

Posteriormente esta misma Corporación en providencia del 22 de junio de 2000[[37]](#footnote-37) rememoró las posiciones que ella había asumido en punto del plazo que tenía la Administración para liquidar unilateralmente un contrato:

1. *. uidacido que:*
2. *en anteriores oportunidades istrativo, Seccipor la ley 446 de 1998, se tiene que una vez vencido el plazo con“En sentencia dictada en el proceso 5.334, proferida el día 11 de diciembre de 1989, la Sala expresó, haciendo referencia a otros fallos, que cuando termina un contrato, normal o anormalmente, y no existe acuerdo entre las partes, la Administración debe liquidarlo unilateralmente; que si bien la ley no fija plazos para efectuarla de mutuo acuerdo, encuentra que el* ***“término plausible”*** *debe ser el de cuatro meses contados a partir de aquella terminación.*

En cuanto a la liquidación unilateral dicha sentencia expresó que si no se logra acuerdo entre los contratantes, después de vencidos los cuatro meses, la Administración debía liquidar unilateralmente el contrato dentro de los dos meses siguientes; se afirmó que:

*“Para efecto de determinar la fecha de liquidación del contrato, la Sala ha venido aceptando como término plausible el de cuatro meses: dos, a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aporte la documentación adecuada y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo (Sent. Enero 29/88, Exp. 3615. Actor Darío Vargas). A falta de acuerdo, estima la Sala que la entidad contratante debe proceder a la liquidación unilateral dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término para hacer la liquidación de común acuerdo.* ***Aunque este nuevo plazo no está previsto por la ley de manera específica, coincide con el consagrado legalmente para que se produzca el fenómeno del silencio administrativo negativo (Decreto ley 2.304 de 1989, arts. 1º y 7º)*** *y, por esta razón, lo adopta la Sala para eventos como el que aquí se presenta” (Sentencia de noviembre 9, 1989, Expedientes Nos. 3265 y 3461. Actor: Consorcio CIMELEC LTDA-ICOL LTDA). Destacado con negrilla por fuera del texto original.”*

De esta forma, se tiene que antes de la vigencia del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ya tenía establecido que los contratos que requirieran de liquidación debían ser liquidados dentro de los cuatro (4) meses que seguían a su terminación y que si ésta no se hacía en esa oportunidad, la entidad estatal debía liquidarlo unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término anterior.

Este criterio jurisprudencial fue el que finalmente se convirtió en disposición legal al consagrar, de un lado, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 que los contratos debían liquidarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación y al prever, de otro lado, el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 que si la administración no lo liquidaba dentro de los dos (2) meses que siguen al plazo establecido legal o convencionalmente para ello, el interesado podía acudir para ese efecto ante la jurisdicción, dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.

Obsérvese que esta última disposición, al prescribir que el interesado puede demandar ante la jurisdicción la liquidación unilateral dentro de los dos años siguientes, tácitamente está autorizando a la administración para hacerlo de manera unilateral durante ese tiempo; o más exactamente, como lo determinó la jurisprudencia que se viene de reseñar, la autoriza implícitamente para hacerlo hasta antes de que se le notifique el auto admisorio de la demanda de acción contractual iniciada por el contratista, tendiente a que la liquidación del contrato se haga por vía judicial.

Téngase en cuenta que para ejercitar la acción contractual están interesadas las dos partes, esto es, el contratista y la entidad contratante; repárese también que la norma indica que esos interesados “podrán” acudir, lo que significa que se trata de una facultad y no una obligación. En el caso del particular, éste acudirá a la jurisdicción en ejercicio de su autonomía privada; por su parte la administración ejercerá esta facultad como un deber funcional, cuando no logre un acuerdo con el contratista, o cuando carezca de elementos necesarios para liquidar unilateralmente el contrato.

En otras palabras, la expresión “podrá” indica, respecto de la administración, que ésta tiene el atributo de escoger, mientras el término de caducidad de la acción contractual no haya vencido, si liquida unilateralmente o si acude ante la jurisdicción. Ello es así, pues la entidad contratante conserva su poder de dirección del contrato estatal, y en tal virtud, solamente si las circunstancias específicas de cada contrato impiden que la administración ejerza dicho poder, podrá acudir ante el juez para que sea éste quien determine ese balance final o corte definitivo de cuentas en que consiste la liquidación del contrato.

Esta Sala de Subsección ha reiterado esta hermenéutica de la norma en varias oportunidades, entre otras, en Sentencia del 30 de julio de 2013, expediente 23136; en Sentencia del 16 de marzo de 2015, expediente 32.797; y más recientemente en sentencia del 8 de junio de 2016, expediente 39665.

Si bien es cierto existe un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el que se opinó que en el interregno transcurrido entre la entrada en vigencia de la ley 446 de 1998 y la expedición de la ley 1150 de 2007, el término para liquidar unilateralmente de 2 meses previstos por la primera de estas leyes era preclusivo[[38]](#footnote-38), argumentando que el legislador de 1998 no había dicho expresamente que durante el término de caducidad de la acción contractual la entidad contratan podría también liquidar unilateralmente el contrato, como si lo hizo el legislador de 2007[[39]](#footnote-39); y si bien es cierto en un sentido análogo se pronunció la Sección Tercera de esta Corporación, en un fallo de diciembre de 2006[[40]](#footnote-40); pese ello, ni el concepto de la Sala de Consulta ni la sentencia de la la Sección Tercera constituyen un precedente vinculante para las Subsecciones que hoy integran dicha Sección.

En efecto, en la sentencia del 4 de diciembre de 2006, lo consignado a propósito del término que la administración tiene para liquidar unilateralmente el contrato, es un *obiter dictum*, y no forma parte de la *ratio decidendi*, como quiera que en aquél caso se pedía la declaratoria de incumplimiento del contrato, y nada se solicitaba sobre la liquidación unilateral del mismo; además, en la parte resolutiva de dicho fallo la Sección Tercera se limitó a declarar la nulidad parcial de una cláusula del contrato objeto de aquél proceso.

Tan cierto es que se trató de un simple “decir de paso”, que uno de los magistrados que aprobó ese fallo, aclaró el voto, precisando que la administración no perdía la prerrogativa de liquidar unilateralmente el contrato por el vencimiento de los dos meses dispuestos en el artículo 60 de la ley 446 de 1998, para hacerlo; y manifestando que dicha aclaración en nada afectaba el sentido de la decisión, puesto que el aspecto de la competencia temporal para liquidar el contrato de forma unilateral no formaba parte del tema central a resolver en aquél asunto[[41]](#footnote-41).

De suerte que, para que dicha decisión pudiera constituirse como precedente judicial, tendría que tener la misma *ratio decidendi* del caso que aquí se resuelve, en el que sí se ha solicitado que esta Sala se pronuncie sobre la legalidad del acto administrativo que liquidó unilateralmente el contrato de obra No. 060 de 2003, suscrito entre las partes de este proceso.

Así las cosas, es evidente que la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene una línea jurisprudencial clara y definida que sí avala la facultad de la administración de liquidar unilateralmente los contratos, una vez vencido los dos meses que en un principio fijó la jurisprudencia, que posteriormente ratificó la ley 446 de 1998, y que hoy también dispone la ley 1150 de 2007; sin que tenga trascendencia si el contrato fue suscrito con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigencia de las dos leyes que se acaban de mencionar.

Siguiendo tal línea jurisprudencial es que esta Sala de Subsección ha venido aplicando la no perentoriedad del término de dos meses que tiene la administración para liquidar unilateralmente un contrato estatal, extendiéndolo al tiempo en que las partes se encuentran habilitadas para ejercitar la acción contractual, sin distinguir periodos. Entonces, esta interpretación se encuentra en armonía con la racional y clara línea jurisprudencial que desde el año 2000 viene aplicándose invariablemente por esta Corporación a propósito de esta temática, como quedó explicado[[42]](#footnote-42); por ello, será este el criterio bajo el cual se hará más adelante el análisis del caso concreto, en cuanto concierne a este tópico.

**5. La excepción de contrato no cumplido**

Señala el artículo 1609 del Código Civil 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 allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.*

De acuerdo al anterior precepto se edifica la figura de la excepción de contrato no cumplido – *exceptio non adimpleti contractus*-, la cual tuvo su génesis en el derecho privado pero que será procedente en materia de contratos estatales única y exclusivamente cuando de “las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración, se genere una razón de imposibilidad de incumplir para la parte que se allane a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado”[[43]](#footnote-43).

En los demás eventos, como regla general el contratista estará obligado a cumplir las obligaciones, así se presente incumplimiento que no impida la ejecución. Tal postura se basa en la aplicación de cuatro fundamentos, a saber: que se trate de contratos sinalagmáticos, que el incumplimiento de la administración sea cierto o real, que tenga una gravedad ostensible y considerable que imposibilite el incumplimiento, y que quien la invoca no haya dado lugar al incumplimiento de la otra[[44]](#footnote-44).

De los anteriores fundamentos, uno en el que se pone especial relieve es en aquel relativo a la gravedad del incumplimiento por parte de la administración, sobre el particular ha discurrido de antaño la Sección Tercera de esta Corporación de la siguiente manera:

*“No basta pues que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí, deje de cumplir con sus deberes jurídicos. Así y por vía de ejemplo, si la administración está obligada a poner a disposición del contratista el terreno por donde se ha de levantar la obra y no lo hace, o no paga el anticipo, ¿cómo pretender obligar a la parte que con esa conducta se ve afectada a que cumpla, así sea pagando por anticipado el precio de su ruina? A estos extremos no se puede llegar pues los principios generales que informan la contratación administrativa, tales como la buena fe, la justicia, etc., lo impiden. Será el juez, en cada caso concreto el que valorará las circunstancias particulares del caso para definir si la parte que puso en marcha la exceptio non adimpleti contractus se movió dentro del marco de la lógica de lo razonable.”[[45]](#footnote-45)*

A modo de ejemplo, y con base en el anterior postulado – intensidad del incumplimiento de la administración, la Subsección A de esta Corporación se abstuvo de declarar la excepción de contrato no cumplido por no ser el incumplimiento de la administración de gran envergadura bajo los siguientes argumentos:

*“Es claro que en el sub-lite no se dan los anteriores presupuestos, toda vez que, como se mencionó anteriormente, si bien la entidad pública demandada incurrió en mora en el pago del acta número 002, no puede concluirse que tal incumplimiento generara una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista en tanto el valor pagado a modo de anticipo era superior al valor de los suministros realizados por parte de la sociedad actora; tampoco puede concluirse que ese incumplimiento de la Administración constituyó la causa del incumplimiento del contratista, por cuanto del material probatorio arrimado al proceso fácilmente puede observarse que éste ocurrió por motivos absolutamente imputables a la sociedad demandante; tampoco puede predicarse en este caso el cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad CHECO LTDA., en tanto, además de evidenciar el incumplimiento durante todo el tiempo de ejecución del contrato, no se observó, para el momento en el cual la entidad incurrió en mora, una seria intención de cumplir con sus obligaciones[[46]](#footnote-46).*

Así las cosas, en caso en que ambas partes sean incumplidas se deberá estudiar en cada caso concreto la intensidad del incumplimiento por parte de la administración y si el mismo es de tal magnitud y relevancia que amerite la declaratoria de la excepción.

**8. Los hechos probados y el análisis del caso concreto**

**8.1.** **En lo relativo a las pretensiones de nulidad de las Resoluciones por medio de las cuales se impusieron multas y se confirmó dicha decisión se encontraron probados los siguientes hechos:**

Que entre la sociedad MOVICON S.A y el INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL- INCODER- se celebró el contrato de obra pública No. 060 de 2003 el 29 de diciembre, que tuvo por objeto la realización de obras de rehabilitación del Distrito de Riego y Drenaje a Gran Escala María la Baja (Fls. Fols. 15-20 del C. exp.00025 y 320-325 exp. 01088).

En la cláusula vigésima de dicho contrato se incluyó la facultad del Incoder para imponer multas por los supuestos específicamente previstos en esa cláusula, entre otras por el incumplimiento en la entrega del programa de trabajo y por el incumplimiento en la obra programada.

En desarrollo de la anterior cláusula el Incoder expidió las resoluciones 1360 DE AGOSTO 17 DE 2004 y 1832 del 11 de noviembre del mismo año (Fls. 326- 329 y 51-56 exp. 01088). Mediante el primero de estos actos administrativos la entidad demandada y demandante en reconvención, impuso multas por incumplimiento en la obra programada; en el segundo de los actos se confirmó íntegramente el anterior.

Pues bien, de las probanzas allegadas y que atrás se reseñaron, se logra evidenciar que el contrato fue celebrado en vigencia de la ley 80 de 1993 y la ley 446 de 1998, y conforme a la reseña jurisprudencial expuesta en precedencia sobre los diversos momentos por los que ha pasado la facultad de las entidades públicas de imponer multas y hacer efectivas las mismas, es palmario que en el sub judice el Incoder no podía imponer ni hacer efectivas tales multas, no obstante haber sido pactadas; pues requería de la intervención del juez del contrato. Lo anterior es suficiente para confirmar la decisión del a-quo que declaró la nulidad de tales resoluciones por incompetencia del Incoder para expedirlas.

**8.2** Ahora bien, **en cuanto a la oportunidad en que se profirió la Resolución mediante la cual se decretó la caducidad del contrato de obra pública 060 de 2003 la sala encuentra probado.**

Que en la cláusula Tercera del contrato se dispuso:

“*Vigencia y Plazo de Ejecución. El presente contrato estará vigente durante el término de ejecución y cuatro (4) meses más para su liquidación. El CONTRATISTA se obliga a ejecutar las obras objeto del presente contrato en un término de OCHO (8) MESES contado (sic) a partir de la suscripción del Acta de Iniciación de labores, previa la aprobación de la garantía única por parte de la Oficina Asesora Jurídica del INCODER y aprobación del programa de trabajo por parte de la Subgerencia de Infraestructura del INCODER*”

Se encuentra acreditado que el acta de iniciación de labores se suscribió el día 24 de febrero de 2004, conforme a lo manifestado por el contratista a folio 135 del c.2, en donde se lee:

“ 24-02-04

Se realiza una reunión en las instalaciones del INCODER c/gena para firmar el acta de iniciación de obra, en la cual participaron el ing. Gabriel Saenz Supervisor INCODER, Ing. Hernando Socha R. Residente INTERVENTORIA, Ing Carlos Segovia Gerente Contratista MOVICON” –fl. 135 c.2-.

Lo anterior que significa que los ocho meses de ejecución del contrato vencían el 24 de octubre de 2004. Así las cosas, es evidente que la declaratoria de caducidad del contrato se hizo por fuera del término de ejecución del mismo, lo que, conforme a lo explicado en el acápite 5 constituye un evento de nulidad del acto por falta de competencia de la administración para proferirlo, toda vez que dicha oportunidad en el sub judice venció el 24 de octubre de 2010, es decir, que la resolución que decretó la caducidad del contrato se expidió 2 meses después de haber cesado la competencia que el Incoder tenía para hacer tal declaración. De conformidad con lo anterior, habrá de confirmarse la nulidad de tal resolución que profirió el a –quo.

**8.3 En lo que concierne a la declaratoria de nulidad del acto administrativo mediante el cual se liquidó unilateralmente el contrato, se tienen por acreditados los siguientes hechos.**

A este respecto constata la Sala que, como se evidenció en un cargo anterior, el plazo para la ejecución del contrato terminó el 24 de octubre de 2004. Las partes habían previsto en la cláusula vigésima cuarta el mismo plazo legal de 4 meses para realizar la liquidación bilateral; este término venció el 24 de febrero de 2005; a partir de esta fecha empezó a correr el término legal de dos meses para que el Incoder realizara la liquidación unilateral, el cual venció el 24 de abril de 2005. Sin embargo, a partir de esta última fecha, conforme a lo expuesto en la coherente y unívoca línea jurisprudencial de la Sección Tercera y de esta misma Sala de Subsección, ya reseñadas; esta entidad conservaba competencia para realizar unilateralmente dicha liquidación unilateral. En este caso, la liquidación se hizo el 17 de junio siguiente y la confirmación del ese acto administrativo se emitió el 6 de octubre consecutivo. Así las cosas, es evidente que el Incoder sí tenía competencia para proferir tal liquidación, por tanto el acto administrativo que la contiene y el que la confirmó son legales, y habrá de revocarse la declaratoria de nulidad que sobre ellos profirió el Tribunal de primera instancia, tal como lo solicita el recurrente en apelación.

**8.4 El que respecta a la nulidad de las resoluciones mediante las cuales el Incoder liquidó unilateralmente el contrato 060 de 2003, se tienen por acreditados los siguientes hechos.**

El Instituto Colombiano de Desarrollo Agropecuario- Incoder, expidió la resolución 1202 del 17 de junio del 2005, mediante la cual liquidó el contrato de obra pública 060 de 2003, que había celebrado con Movicón S.A.

La misma entidad profirió la Resolución 1841 del 6 de octubre de 2005, en la cual confirmó el acto administrativo en el que había liquidado el contrato, y ordenó notificarlo, además, de a MOVICON S.A, a la COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A.

Teniendo en cuenta que, como se explicó en precedencia, los términos previstos para la liquidación del contrato eran de 4 meses para realizar dicha liquidación bilateralmente, que vencían el 24 de febrero de 2005; de dos meses más para realizar esta liquidación unilateralmente, los que vencían el 24 de abril del mismo año; y conforme a la evolución jurisprudencial reseñada en el acápite No. 4 de las Consideraciones de esta providencia, el Incoder mantenía la competencia para hacer de forma unilateral dicha liquidación dentro de los dos (2) años al vencimiento de este último plazo; es decir antes del 24 de abril de 2007;como quiera que las resoluciones mediante las cuales se liquidó unilateralmente el contrato se profirieron dentro de este término, no hay lugar a declarar su nulidad.

Por lo anterior, forzoso es revocar la declaratoria de nulidad de las resoluciones que contienen la liquidación del contrato, emitida por el Tribunal. Sin embargo, como en dichos actos administrativos se estableció una suma que deberá ser consignada por el contratista a la contratante, y dicho valor contiene el monto de las multas, a dicha suma deberá restársele lo correspondiente a las multas, como quiera que las resoluciones mediante las cuales se impusieron éstas serán declaradas nulas, así pues tendrá que consignarse en la parte resolutiva de este fallo.

**8.5** En lo relativo al cargo que pretende que se revoque la declaratoria de la excepción de contrato no cumplido, la Sala encuentra probado el incumplimiento por parte del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural; pero igualmente se acreditó en el expediente el incumplimiento de compañía contratista demandante y demandada en reconvención.

En efecto, sobre el incumplimiento del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural- Incoder, se tiene por acreditados los siguientes hechos.

Se encuentra acreditado que el pliego de condiciones estipulaba en la Sección VI, que con éste se entregarían los siguientes planos:

*“Un plano de localización general del proyecto*

*8 planos de Sistema terciario de riego y drenaje*

*Un plano de investigación del subsuelo y localización topográfica*

*Un plano de unidades homogéneas de uso y manejo del suelo*

*Un plano de canales de drenaje- Estrucutra de caída y estructura de cruce de vías*

*Un plano de compuertas y*

*Sec. Típicas canales de riego y drenaje y sistema de localizac, eje auxiliar”.*

Se encuentra admitido por el Incoder, y así lo constató el perito que rindió el dictamen dentro del proceso, que esta entidad solamente entregó al contratista los planos de localización. Ahora bien, prima facie podría pensarse que este incumplimiento de la entidad contratante hizo imposible el cumplimiento de las obligaciones del contratista; no obstante un examen detenido desmiente esta hipótesis. En efecto, si como quedó demostrado, todos los planos anunciados en el pliego de condiciones no fueron entregados con el mismo, el contratista al presentar su propuesta asumió los riesgos de tal omisión, mal ahora puede alegar su propia torpeza para pretender una indemnización de perjuicios, además, jamás puso de presente la imposibilidad de cumplir, como consecuencia de la omisión de la entidad de entregarle los referidos planos.

No ocurre lo mismo con el incumplimiento del Incoder, a propósito de la obligación de secar y limpiar los canales. A este respecto, la Sala no puede admitir el argumento del recurrente, según el cual, la obligación de secar los canales se encuentra por fuera del contrato, so pretexto que ésta fue consignada dentro del acta de una reunión sostenida por las partes durante la ejecución del mismo.

En efecto, no es de recibo tal argumento puesto que la entidad tiene la dirección general del contrato, conforme a lo establecido en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

*“Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación,….”*

Adviértase que la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del mismo está a cargo de la entidad pública contratante (Artículo 14 numeral 1 ley 80 de 1993). Estas funciones conllevan al seguimiento general del contrato en diferentes ámbitos, tales como el de carácter técnico, administrativo, financiero, contable, jurídico, etc. Se dinamiza con el ejercicio de las funciones que establece el artículo 4 de la ley 80 de 1993 para la correcta ejecución de la obra y el cumplimiento de las especificaciones establecidas en el pliego de condiciones y en el contrato mismo[[47]](#footnote-47).

Así las cosas, el compromiso celebrado por el Incoder de secar los canales para permitir la realización de las obras, fue adquirido dentro de esta facultad- responsabilidad, que tiene toda entidad de dirigir el contrato, y en cuanto tal es una obligación contractual, respecto de la cual resultó probado que no fue cumplida en tiempo por el Incoder. En efecto, obran en el expediente, entre otras, el acta No. 002 del 24 de marzo de 2004, en la cual se consignó:

*“ […] El INCODER y la interventoría están de acuerdo que se puede atacar otro frente diferente al programado, pero debe ser en el ítem de Limpieza de Canales.[…]”[[48]](#footnote-48)*

En la copia del acta No. 003 del 31 de marzo de 2004 consta que:

*“[…] El INCODER pide se haga una visita exhaustiva a la obra con el objeto de determinar en que canales se deben programar los ítems de conformación y de afirmado, con el objeto de cambiarlos por limpieza en caso de hacer falta un ítem de limpieza de canales, una vez hecho el recorrido y detemrinados los diferentes carreteables se debe proceder a realizar el acta pertinente.[…]”[[49]](#footnote-49)*

También obra en el expediente copia del acta de reunión No. 004 del 18 de abril de 2004 en la cual se lee:

*“[…]* ***Limpieza de canales:*** *se propone y se decide que los canales en general deben quedar totalmente limpios.*

*Como las cantidades contractuales no alanzan para cumplir el total de este ítem, se debe realizar un estudio y determinar las cantidades faltantes, la interventoría se compromete a hacer el estudio.”[[50]](#footnote-50)*

En la copia del acta No. 007 del 20 de mayo de 2004 se observa que se consignó:

*“[…] R/INCODER – INTERVENTORIA*

*1. Acepta reprogramar la obra a partir del 1 de mayo/04, en consecuencia con lo anterior el contratista debe entregar la nueva reprogramación para su estudio y aprobación a más tardar el próximo 22 de mayo/04.*

*2. Acepta que la limpieza de los canales se haga desde el carreteable cuando no sea posible realizar esta actividad desde el dique de mantenimiento. […]”[[51]](#footnote-51)*

Más adelantes, en el acta No. 008 del 10 de agosto de 2004, la Sala encontró:

*“[…]* ***Ejecución de la Limpieza de Canales***

*INCODER*

*1. El ítem Tala y Remoción de árboles ya fue aprobado, se debe iniciar esta actividad y se quitan todos los problemas*

*2. Cuando existan obstáculos que intervengan en la ejecución de las actividades por el dique, se pueda continuar por el carreteable y luego pasar nuevamente sobre el, para que la máquina pase por el canal seco se debe buscar el canaiero(sic) para que cierre el canal mientras ejecutan esta acción.*

*3. Para la limpieza de la zona entre el carreteable y la cerca, deben hablar con el gerente de USOMARIA para el alquiler del cargador. INCODER colaborará hablando con el Gerente para agilizar y lleguen a mutuo acuerdo.”[[52]](#footnote-52)*

En acta de reunión No. 010 del 9 de julio del 2004 el INCODER se comprometió a lo siguiente:

*“[…] Secar los canales la semana próxima (el martes 13/07/04)”[[53]](#footnote-53)*

Adicionalmente, obra prueba expresa del compromiso del INCODER en el acta No. 011 del 6 de agosto de 2004:

*“[…] COMPROMISOS*

*[…]*

*INCODER*

*Secar al(sic) mínimo los canales al 20/08/04. […]”[[54]](#footnote-54)*

Lo anterior evidencia a la Sala el incumplimiento de dicha obligación contractual, toda vez que desde marzo, dentro de la función de la dirección general del contrato el Incoder había constatado que era necesario limpiar y secar los canales para permitir que el contratista cabalmente sus obligaciones contractuales, tanto es así, que en el acta del nueve de julio de 2004, se comprometió a tener por terminada tal labor el 13 de julio siguiente; sin embargo en el acta del 6 de agosto se evidencia que esta obligación no había sido cumplida toda vez que se suscribe un compromiso para tener estos canales limpios el 20 de agosto siguiente.

Ahora bien, respecto de este incumplimiento, la Sala encuentra que se configuran cada una de las reglas citadas, para que el mismo pueda ser invocado como fundamento de la excepción de contrato no cumplido, esto es: 1. Que se trate de contratos sinalagmáticos; 2. Que el incumplimiento de la administración sea cierto y real; 3. Que el incumplimiento de la administración tenga una gravedad ostensible y considerable que imposibilite el cumplimiento del contratista y 4. Que la parte que invoca el incumplimiento no haya dado lugar al incumplimiento de la otra parte.

En el subjudice, se trata de un contrato de obra pública celebrado por entre la sociedad Movicon S.A. y el incoder que genera obligaciones reciprocas para cada una de las partes; las actas en las que el INCODER admite no haber secado los canales dan cuenta de real incumplimiento de una obligación contractual que esta entidad tenía dentro de la dirección general del contrato.

De otra parte, es ostensible que sin el secado y la limpieza de dichos canales el contratista estaba en imposibilidad de cumplir sus obligaciones; y finalmente, constatado este incumplimiento por parte del incoder, se cumple el 4 requisto para que proceda la delclaratoria de oficio de la excepción de contrato no cumplido.

Ahora, sobre los incumplimientos por parte del contratista también existen suficientes evidencias en el acervo probatorio que reposa en el expediente, incumplimientos que por demás no tenían como origen la falta de entrega de los planos, ni la falta de secado de los canales, obligaciones que, como viene de explicarse, fueron incumplidas por el Incoder. En efecto. Analizadas las distintas actas de las reuniones que tuvieron las partes, la Sala constata los siguientes incumplimientos:

Acta de reunión número 1, realizada el 17 de marzo de 2004. En este documento se enuncia un atraso de la obra que se describe así:

“*El contratista programó bajas cantidades de obra presentes mes. Por tal motivo ser reflejará el atraso. (…) Equipo y mano de Obra: En el canal Norte no existe la comisión de topografía completa, ya que no hay sino un cadenero y un trochero, y el equipo que están utilizando apenas es de una cinta*” Fl- 81 c. pruebas-,

Posteriormente se realizó otra reunión el 24 de marzo del mismo año y en el acta correspondiente se lee:

“*La interventoría pide al contratista llevar a cabo el seguimiento del programa detallado de obra, debido a que en la obra se está presentando desorden, no hay una consecución de los trabajos, se están llevando a cabo trabajos como conformación de la calzada donde no hay licencia de las canteras parar colocar el material de afirmado corriendo con el riesgo que se dañe por demora el cubrimiento con afirmado*”-fl.83 c. prueba-.

Y así sucesivamente, en cada una de las 12 actas de reuniones que obran a folios 93-112 del cuaderno de pruebas, se evidencian incumplimientos por parte de la contratista Sociedad Movicon S.A. Así las cosas, la Sala constata que en el incumplimiento de las obligaciones contractuales incurrieron las dos partes que suscribieron el contrato de obra pública, por lo cual, obligatorio es concluir que está acredita la excepción de contrato no cumplido, pero no solamente respecto de las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención presentada por el Incoder, tal como lo declaró el Tribunal; ese mutuo incumplimiento también hace que se deba decretar la excepción de contrato no cumplido respecto de las pretensiones indemnizatorias propuestas por Movicon S. A en la demanda principal.

En este orden de ideas, habrá de modificarse parcialmente el numeral segundo de la parte resolutiva del fallo de primera instancia, en el sentido de declarar probada la excepción de contrato no cumplido, no solamente respecto de las pretensiones indemnizatorias de la demanda principal; sino que habrá de declararse probada de igual manera tal excepción respecto de las pretensiones indemnizatorias formuladas por Movicon S.A. en la demanda inicial que dio lugar al expediente 01088.

Como consecuencia de lo anterior, forzoso será revocar la Condena impuesta al Incoder en el numeral quinto del fallo de primera instancia, pues Movicon S.A. al haber incumplido también sus obligaciones contractuales no estaba en condiciones de pedir indemnización de perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones en que también incurrió la entidad contratante.

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

**R E S U E L V E**

**REVOCAR** parcialmentela sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en el presente proveído, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos, por las razones que fueron expuestas en la parte motiva de este proveído:

* Resolución No. 01360 de 17 Agosto de 2004, mediante la cual se impone una multa a la sociedad MOVIMIENTO DE TIERRAS VIAS y CONSTRUCCIONES "MOVICON .S.A. dentro de la ejecución del Contrato de Obra 060 de Diciembre 20 de 2003 suscrito entre el Instituto Colombiano de desarrollo Rural - INCODER y MOVICON S.A.
* Resolución No. 1832 de 11 de Noviembre de 2004 mediante la cual se resuelve el recurso de Reposición a la Resolución No. 01360 de Agosto 17 de 2004, confirmándola en todas sus partes.
* Resolución No. 01855 de 16 de Noviembre de 2004, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición entablado contra la Resolución No. 1360 de 17 de Agosto de 2004, confirmándola en todas sus partes.
* Resolución No. 02327 de 24 de Diciembre de 2004, mediante la cual se declara la Caducidad del Contrato de Obra No.060 de Diciembre 20 de 2003 suscrito entre el Instituto Colombiano de desarrollo Rural -INCODER y MOVICON S.A.

Resolución No. 00138 de 8 de febrero de 2005, que resuelve el recurso de reposición entablado contra la Resolución No. 02327 de 24 Diciembre de 2004, confirmándola en todas sus partes.

SEGUNDO: DECLARAR la validez de las resoluciones 1202 del 17 de junio de 2006 y 1341 del 6 de octubre de 2005, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato de obra pública No. 060 de 2003; sin embargo, al valor que se ordena consignar en dichas resoluciones, esto es, $559.966.865.91 deberá restarse la suma de $38.529.647.61, toda vez que las multas que con esta última cifra se cobraban resultaron invalidadas con la declaratoria de la nulidad de las resoluciones citadas en el numeral primero de la parte resolutiva de este fallo.

**TERCERO**: Declarar probada la excepción de contrato no cumplido propuesta por la Compañía Agrícola de Seguros S.A. hoy Suramericana de Seguros S.A., también de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa, razón por la cual se niegan las pretensiones de la demanda de reconvención formulada por el Instituto Colombiano de desarrollo Rural - INCODER en contra la sociedad MOVIMIENTO DE TIERRAS VIAS Y CONSTRUCCIONS - MOVICON S.A. y la COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A. hoy SURAMERICANA DE SEGUROS S.A.-

CUARTO: Declarar, de oficio, probada la excepción de contrato no cumplido, respecto de la pretensión indemnizatoria esgrimida en el numeral tercero de las pretensiones de la demanda inicial presentada por MOVICON S.A. CONTRA EL INCODER, en el expediente 01088, razón por la cual se niegan dichas pretensiones; todo ello de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Se NIEGAN las demás pretensiones de la demandas que dieron lugar a los procesos acumulados y también las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención presentada por el INCODER.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

SEPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de Origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Magistrado**

**Aclaró voto Cfr. Rad. 48842/16#2, 51388/15#3#4, 36305/16#1, 33870/16#1, 33870/16, 34158/15#3**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO**

**Presidente de la Sala**

1. F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 237 [↑](#footnote-ref-1)
2. Se exceptúa el caso, por ejemplo, en el que el deudor conviene en responder aún en el evento de fuerza mayor o caso fortuito, tal como se desprende de los incisos finales de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículos 1604, inc. 2º, y 1616, inc. 2º, ibidem. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2013, Expediente 25131; Sentencia del 26 de marzo de 2014, Expediente 26831. [↑](#footnote-ref-4)
5. Constitución Política. **ARTICULO   2.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

    Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

   Ley 80 de 1993. **Artículo   3º.-** *De los Fines de la Contratación Estatal*. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

   Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones**.** [↑](#footnote-ref-5)
6. Al respecto ver sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 20 de noviembre de 2008, Rad. 17031. [↑](#footnote-ref-6)
7. Al respecto ver la sentencia 17.031 y 15.024. [↑](#footnote-ref-7)
8. **Artículo   14º.-** *De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual***.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

   (…)

   2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. [↑](#footnote-ref-8)
9. ARTICULO 71. DE LA CLAUSULA SOBRE MULTAS. En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.

   Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto.

   En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula.

   ARTICULO 72. DE LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.

   La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.

   El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 del 21 de octubre de 1994, Exp. 9.288, Auto del 20 de febrero de 1997, Exp. 12.669. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 4 de junio de 1988, Exp. 13.988 “*La administración tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos”,* Sentencia del 20 de junio de 2002, Exp. 19.488, Sentencia del 18 de marzo de 2004, Exp. 15.936. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de octubre de 2005, Exp. 14.579 (Cita original de la sentencia proferida el 7 de octubre de 2009, Exp. 17.936). [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de junio de 2015, rad. 38797. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de octubre 20 de 2005, Expediente 14.579, C.P. Germán Rodríguez Villamizr. [↑](#footnote-ref-14)
15. Original de la Sentencia en cita: Artículo 365 de la Constitución Política. [↑](#footnote-ref-15)
16. Cita original. Artículo 71, Decreto 222 de 1983. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cita original. Artículo 72 ibídem. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cita original. Artículo 73 ibídem. [↑](#footnote-ref-18)
19. Cita original. Salvo los artículos 108 a 113, referidos a la ocupación y adquisición de inmuebles e imposición de servidumbres. Al respecto, véase el artículo 81 de la Ley 80. [↑](#footnote-ref-19)
20. Cita original. De manera específica, las cláusulas excepcionales allí consagradas se encuentran desarrolladas por los artículos 15 y siguientes de la misma Ley 80. [↑](#footnote-ref-20)
21. Se refiere al artículo 14 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-21)
22. Cita original. Exp. 13988. [↑](#footnote-ref-22)
23. Cita original. Exp. 19488. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de marzo de 2011, Rad. 19.446. [↑](#footnote-ref-24)
25. *Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio “Esta definición representa una importante modificación frente al régimen anterior del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 61 a 6520), en el que la caducidad se encontraba establecida por la ocurrencia de varios supuestos establecidos en causales que no reflejaban la esencia de este instituto, pues, además de proceder por el incumplimiento de las obligaciones del contratista del que se derivaran consecuencias que hicieran imposible la ejecución del contrato o causaran perjuicios a la entidad pública contratante (art. 62 - f), podía declararse por la muerte o la incapacidad física permanente del contratista, o su interdicción judicial, o la disolución de la persona jurídica contratista, o su incapacidad financiera” (original del fallo que se cita).*  [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 6 de mayo de 2015, Exp. 35.766. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031, Sentencia del 10 de marzo de 2011, Exp 16.856, entre otras. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 1999, Exp. 10.196, Sentencia del 15 de abril de 2010, Exp. 18.292. [↑](#footnote-ref-28)
29. *“Artículo 39.- De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. (…)” “Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”* [↑](#footnote-ref-29)
30. El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla al señalar que: *“[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, de suerte que el consentimiento mutuo para modificar o adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales, por ende a las solemnidades, que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente n.° 15596 (Original del fallo en cita) [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008, Exp. 16.293. [↑](#footnote-ref-31)
32. Ibídem. [↑](#footnote-ref-32)
33. Lo subrayado fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-33)
34. Este artículo fue subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998. [↑](#footnote-ref-34)
35. “*Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones”.*  [↑](#footnote-ref-35)
36. Expediente 10684 [↑](#footnote-ref-36)
37. Expediente 12723 [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado, sala de Consulta y Servicio Civil, concepto número 1453 del 6 de agosto de 2003. [↑](#footnote-ref-38)
39. Recuérdese que el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, en su último inciso prescribió: ***“****Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A”* [↑](#footnote-ref-39)
40. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2004, expediente 15.239. [↑](#footnote-ref-40)
41. La aclaración de voto fue suscrita por la magistrada Ruth Stella Correa, quien manifestó: “*Todo lo anterior significa que en tanto no se acuda por cualquiera de las partes al juez del contrato en procura de que éste practique la liquidación correspondiente, la administración puede en cualquier tiempo expedir el acto mediante el cual liquide unilateralmente el contrato, en cumplimiento de una obligación legal que le atañe no sólo en virtud* de la relación negocial y de las normas de contratación sino *también de precisas normas administrativas presupuestales, contables y de gestión que necesitan y requieren de esta operación administrativa.*

    *No está demás subrayar que el criterio explicado, en nada alteraría la decisión final que adoptó la Sala, porque las consideraciones en materia de pérdida de competencia de las entidades para liquidar unilateralmente el contrato no fueron el tema central al momento de resolver el asunto en cuestión (ratio decidendi) sino que constituyeron consideraciones que no incidieron en la decisión de la Sala (obiter dicta)”.* Aclaración de voto a la sentencia del 4 de diciembre de 2016, expediente 15.239 [↑](#footnote-ref-41)
42. La última de estas decisiones, proferida por esta Sala de Subsección el pasado 8 de junio del año que corre, se profirió respecto de un contrato celebrado en el años 2004, terminado en 2006 y liquidado en febrero de 2007, esto es, antes de la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007, y allí se estableció: “*Finalmente, respecto al acto administrativo que liquidó unilateralmente el contrato y el que lo confirmó en todas sus partes, conforme a lo expuesto, se tiene que la entidad podía proferir la decisión hasta antes del vencimiento del término de caducidad, esto es hasta el 9 de septiembre de 2008, y los actos administrativos que liquidaron el contrato y confirmaron la decisión, fueron proferidos el 13 de febrero y el 7 de mayo de 2007, por tanto, gozaba la entidad de competencia para adoptar los mismos y en consecuencia, no se encuentran viciados de ilegalidad”* Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de junio de 2016. [↑](#footnote-ref-42)
43. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Julio Cesar Uribe Acosta. Sentencia de 31 de enero de 1991. Exp. 4739 citado por SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Contencioso Administrativo. Tomo III. Universidad Externado de Colombia. Tercera Reimpresión, 2007, página 237. [↑](#footnote-ref-43)
44. Ibídem, página 238. [↑](#footnote-ref-44)
45. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Julio Cesar Uribe Acosta. Sentencia de 31 de enero de 1991. Exp. 4739. [↑](#footnote-ref-45)
46. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P. Hernán Andrade Rincón. Sentencia de 11 de abril de 2012. Exp. 17851. [↑](#footnote-ref-46)
47. Puede verse sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 14 de mayo de 2014, expediente: 27626. [↑](#footnote-ref-47)
48. Fl. 210 del C. 1 de pruebas del expediente 01051 [↑](#footnote-ref-48)
49. Fl. 212 del C. 1 de pruebas del expediente 01051 [↑](#footnote-ref-49)
50. Fl. 214 del C. 1 de pruebas del expediente 01051 [↑](#footnote-ref-50)
51. Fl. 221 del C.1 de pruebas del expediente 01051 [↑](#footnote-ref-51)
52. Fl. 224 del C.1. de pruebas del expediente 01051 [↑](#footnote-ref-52)
53. Fl. 229 del C.1 de pruebas del expediente 01051 [↑](#footnote-ref-53)
54. Fl. 232 del C.1. de pruebas del expediente 01051 [↑](#footnote-ref-54)