**CADUCIDAD DEL CONTRATO – Terminación anticipada – Facultades excepcionales de la administración**

La declaratoria de caducidad es una terminación unilateral y anticipada del contrato por parte de la administración contratante, siempre que se den las causales legalmente consagradas para ello, que en el caso de la Ley 80 de 1993, no son otras que el grave incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que amenace seriamente la correcta ejecución del objeto contractual. (…) En relación con la justificación de la existencia de esta facultad excepcional otorgada por el legislador a las entidades estatales, se observa que la misma va más allá de la mera sanción al contratista incumplido, como que lo importante para la administración, es la cabal y oportuna culminación del objeto del contrato celebrado, en tanto que con éste se busca el cumplimiento de los cometidos estatales y la garantía de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a su cargo. (…) Se considera que la declaratoria de caducidad es el medio a través del cual la entidad contratante puede liberarse de manera inmediata y anticipada -sin tener que esperar al vencimiento del plazo pactado o a que el contratista acceda a su terminación bilateral-, de la relación contractual gravemente incumplida y tomar inmediatamente las medidas que considere necesarias y suficientes con miras a obtener el bien, obra o servicio requeridos y que son objeto de ese negocio jurídico.

**CADUCIDAD DEL CONTRATO – Límites – Ejercicio - Facultad excepcional**

La determinación de los límites temporales para el ejercicio de las facultades excepcionales y específicamente para declarar la caducidad del contrato, ha suscitado diversas posiciones jurisprudenciales, lo que condujo a que la Sala Plena de la Sección Tercera, en ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 1437 de 2011 profiriera una sentencia de unificación jurisprudencial en torno a este tema. (…) (…) con anterioridad al momento de exigir el cumplimiento final de la prestación principal, es decir, antes del vencimiento del plazo para la entrega final de la obra, han debido verificarse por parte de la entidad estatal las entregas parciales respectivas, puesto que la naturaleza del contrato indica que si tales actividades no se han desarrollado de manera idónea y oportuna, no podrá entregarse la obra completa dentro del plazo acordado. En ese orden de ideas, 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.

**CADUCIDAD DEL CONTRATO – Aplicación – Cambio jurisprudencial**

No puede perderse de vista que el cambio jurisprudencial que se produjo con ocasión de la sentencia de unificación jurisprudencial, gira en torno a la competencia –en este caso, temporal- de las entidades estatales para ejercer facultades excepcionales dentro de los contratos que celebran, por lo que toca con el derecho de los administrados a que en sus actuaciones, la administración le dé plena aplicación al principio de legalidad, de origen constitucional –arts. 6, 121 y 122-, conforme al cual las autoridades sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizadas, lo que implica así mismo, que sus decisiones se produzcan dentro del ámbito territorial, funcional y temporal que se ha establecido para que ejerzan las funciones que les han sido atribuidas por la Constitución y la ley. No se puede olvidar que el principio de legalidad, junto al de responsabilidad, son los principales pilares de las garantías de los administrados frente al poder público y los jueces deben propender por su efectividad. La anterior circunstancia, justifica plenamente la aplicación inmediata del nuevo criterio jurisprudencial

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Liquidación unilateral del contrato – Noción**

Por disposición legal –art. 60, Ley 80 de 1993-, 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, dentro del término fijado en el pliego de condiciones o en su defecto, dentro de los 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. Por su parte, el artículo 61 de la Ley 80 de 1993 –vigente para la época de los hechos -, dispone que si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado, susceptible del recurso de reposición.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Pacto entre las partes – Términos no perentorios**

Las partes acordaron expresamente un término máximo de 6 meses para la liquidación de común acuerdo, pues si bien aludieron al plazo de 4 meses que trae el estatuto de contratación, también estipularon que el mismo debía iniciarse a más tardar dentro de los 2 meses siguientes a la terminación del contrato por cualquier causa. Se observa que el estatuto de contratación no estableció el término dentro del cual la entidad debía proceder a liquidar unilateralmente el contrato cuando se daban las condiciones para ello, pero este defecto fue suplido por el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo –modificado por el art. 44 de la Ley 446 de 1998-, norma conforme a la cual la entidad tiene 2 meses para liquidarlo unilateralmente una vez vencido el plazo convenido por las partes o en su defecto, del establecido por la ley. Ahora bien, el a-quo consideró que el acto de liquidación unilateral del contrato también estaba viciado de incompetencia temporal, pues se produjo cuando había vencido el plazo de 2 meses con que contaba la entidad para hacerlo, luego de transcurridos los 4 meses legales para la liquidación de común acuerdo. (…) La Sala no comparte este criterio, toda vez que el plazo de 2 meses para la liquidación unilateral del contrato cuando no fuera posible hacerlo de común acuerdo por las partes, fue establecido por el Código Contencioso Administrativo para efectos de contabilizar el término de caducidad de la acción de controversias contractuales , por lo cual el hecho de que transcurra ese plazo sin que la entidad haya utilizado esa facultad unilateral, no significa que pierda su competencia para hacerlo y por lo tanto, podrá liquidar unilateralmente el contrato, aún después de los 2 meses a los que alude la norma, siempre que lo haga dentro del término de caducidad de la acción contractual, que es de 2 años y en tanto no le haya sido notificada demanda en la que se hubiere pedido al juez la liquidación del contrato.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C, catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 27001-23-31-000-2003-00818-01(42105)**

**Actor: ASFALTANDO LTDA. Y OTRO**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - APELACIÓN SENTENCIA**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó el 3 de marzo de 2011, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, la cual será modificada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

El Instituto Nacional de Vías declaró la caducidad del contrato de obra n.o 0694 de 2001 celebrado con la sociedad Asfaltando Ltda., 8 meses y medio después de haberse terminado dicho negocio jurídico por vencimiento del plazo de ejecución y lo liquidó unilateralmente, incluyendo en este acto administrativo los descuentos ordenados en el acto de caducidad, correspondientes al anticipo no amortizado y el valor de la cláusula penal pecuniaria.

# ANTECEDENTES

**I. Lo que se demanda**

1. La sociedad Asfaltando Ltda. y la Compañía Agrícola de Seguros S.A., presentaron en contra del Instituto Nacional de Vías, 5 demandas ante el Tribunal Administrativo del Chocó, que dieron lugar a igual número de procesos, los cuales fueron acumulados por el *a-quo* antes de proferir la sentencia objeto de apelación[[1]](#footnote-1). Las pretensiones en cada uno de estos procesos, fueron las siguientes:

**Expediente 2003-00818**

2. La demanda fue presentada el 11 de diciembre de 2003 por la sociedad Asfaltando Ltda. y en ella la parte actora pidió que se declarara el rompimiento del equilibrio económico del contrato 0694 de 2001 celebrado entre las partes, cuyo objeto fue la rehabilitación del SECTOR YUTO-CÉRTEGUI TRAMO 2 desde CÉRTEGUI, RUTA 13, TRAMO 1307, por la ocurrencia de circunstancias imprevistas ajenas a su responsabilidad; y que como consecuencia de tal declaratoria, el INVÍAS debe restablecer el equilibrio económico del contrato a un punto de no pérdida, pagando al contratista los siguientes rubros: a) El valor del stand by y sobrecosto de equipo, b) el sobrecosto de personal, c) el sobrecosto de administración y d) el valor de la utilidad dejada de percibir, todos éstos, según estimación pericial (f. 1 a 6, c. 1).

3. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte actora dio cuenta de la celebración entre las partes, previo proceso licitatorio en el que le fue adjudicado, del contrato 0694 de 2001 para la rehabilitación del sector Yuto-Cértegui, tramo II, desde Cértegui, ruta 13, tramo 1307, en el departamento del Chocó, en un plazo de 11 meses a partir del 31 de octubre de 2001 y por un valor inicial de $ 6 244 329 770, el cual fue adicionado en $ 911 811 947. Afirmó que el contrato vencía el 30 de septiembre de 2002, pero que el contratista tuvo que permanecer en el lugar de los trabajos hasta el 15 de julio de 2003, es decir el doble de lo programado, por las siguientes circunstancias ajenas a su responsabilidad: i) Inconsistencias, errores y cambios de diseño de las obras contratadas; ii) oposición de los consejos comunitarios de Yuto, Paimadó, Chintadó y La Toma; iii) cierres de la única vía para ingreso de equipos y suministros (La Virginia, Pueblo Rico, Santa Cecilia, Quibdó); iv) oposición de los alzados en armas, con el secuestro del ingeniero director de obra; v) paros de Ecopetrol y vi) falta de recursos del INVÍAS. Como consecuencia de lo anterior, el contratista incurrió en sobrecostos de equipo, personal y administración, proporcionales a la mayor permanencia y no pudo obtener la utilidad legítima esperada, a pesar de lo cual ejecutó el 89,5% del proyecto hasta el 15 de julio de 2003, fecha en la que expiró el plazo del contrato.

**Expediente 00998**

4. La demanda fue presentada el 3 de octubre de 2005 por la sociedad Asfaltando Ltda., quien pidió que se declare la nulidad de las Resoluciones n.o 01202 del 30 de marzo y 4342 del 5 de octubre de 2004, por medio de las cuales el INVÍAS declaró la caducidad del contrato 694 de 2001 y como consecuencia de esta declaratoria, que la demandante no está obligada a devolver al INVÍAS el saldo de anticipo no amortizado (f. 3 a 7, c. 1).

5. En los hechos, la parte actora dio cuenta de la celebración y ejecución del contrato de obra 0694 de 2001, cuyo plazo vencía el 30 de septiembre de 2002, pero el contratista tuvo que permanecer en el lugar de los trabajos hasta el 15 de julio de 2003, es decir 9 meses más de lo programado, por circunstancias ajenas a su voluntad –las mismas enunciadas en el expediente 2003-00818-. A pesar de estos inconvenientes, el contratista ejecutó el 90% del proyecto hasta el 15 de julio de 2003, fecha en la que expiró el plazo del contrato e invirtió en el mismo la totalidad del anticipo recibido, pero como su amortización estaba en función de lo ejecutado, faltó amortizar la proporción correspondiente al porcentaje no ejecutado. Un año después, cuando la sociedad actora había demandado a la entidad contratante pidiendo el restablecimiento económico del contrato, el INVÍAS declaró la caducidad del mismo, cuando dicha facultad sólo se puede ejercer respecto de contratos que no hayan expirado, acto con el cual le ocasionó perjuicios al demandante.

**Expediente 2004-00972**

6. La demanda fue presentada el 20 de octubre de 2004 por la Compañía Agrícola de Seguros, quien pidió que i) se declare la nulidad de las Resoluciones n.o 01202 del 30 de marzo y 004342 del 5 de octubre de 2004, por las cuales el INVÍAS declaró la caducidad administrativa del contrato de obra pública n.o 0694/01 celebrado entre el INVÍAS y la firma Asfaltando Ltda., afianzada por la compañía demandante; ii) que se ordene pagar al contratista por parte del INVÍAS, el valor de las actas de obra dejadas de cancelar, junto con los intereses moratorios y que de los saldos a favor del contratista, se ordene el pago al INVÍAS de cualquier suma de dinero que resulte a su favor a través de la figura de la compensación; iii) Que se ordene pagar al contratista por parte del INVÍAS, los ajustes de precios de las actas 1 a 18; iv) que se ordene pagar al contratista por parte del INVÍAS, los perjuicios morales que le causó la expedición de la resolución demandada; v) que se ordene pagar al contratista por parte del demandado INVÍAS, los perjuicios materiales que causó al inhabilitarlo para celebrar contratos estatales durante cinco (5) años, según estimación pericial; vi) que como consecuencia de los reconocimientos económicos que se llegaren a hacer al contratista por parte del demandado, los mismos deben ser compensados por el INVÍAS frente a los valores que pretende hacer exigibles al asegurador; vii) que la Compañía Agrícola de Seguros S.A. no está obligada a pagar al INVÍAS la suma de $ 436.123.086.00 con cargo al amparo de anticipo; viii) que la firma contratista Asfaltando Ltda., no está obligada a devolver suma alguna por concepto de anticipo no amortizado; ix) que como consecuencia de la declaratoria de caducidad, el INVÍAS debe restablecer el derecho a favor del contratista pagándole el restablecimiento económico del contrato por los sobrecostos de equipo y personal de administración que afrontó por el stand by, así como la utilidad dejada de percibir y x) que la Compañía Agrícola de Seguros S.A. no está obligada a pagar al INVÍAS la suma de $ 91 181 194.oo con cargo a la póliza n.o 1010000239901 (f. 1 a 12 y 148, c. 1).

7. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte actora sostuvo que el INVÍAS, mediante el acto administrativo demandado, declaró la caducidad del contrato de obra 0694/01 a pesar de que había incumplido sus obligaciones de pago con el contratista y sin tener en cuenta las circunstancias imprevistas que condujeron a adicionar y suspender el contrato en varias ocasiones; y que ordenó hacer efectiva la garantía única de cumplimiento del contrato haciendo exigible el amparo de buen manejo del anticipo, cuando el mismo fue invertido por el contratista en la obra; sostuvo que la entidad ha debido aplicar la proporcionalidad de la cláusula penal pecuniaria y no hacerla exigible en su totalidad y afirmó que la resolución de caducidad fue expedida por funcionario incompetente, pues no fue el representante legal quien la produjo y además, fue declarada cuando ya se había terminado el contrato, por lo que tampoco tenía competencia para ordenar la efectividad de la garantía de cumplimiento expedida por la demandante.

**Expediente 2005-00974**

8. La demanda fue presentada el 26 de septiembre de 2005 por la sociedad Asfaltando Ltda. y en ella pidió que se declarara la nulidad de las Resoluciones n.o 1740 y 3522 de 2005, por medio de las cuales el INVÍAS liquidó unilateralmente el contrato 0694 de 2001; como consecuencia de tal declaratoria, pidió que se condene a la entidad demandada a reintegrar el dinero que hubiere recaudado forzadamente –estimó la cuantía en $ 699 377 470,07, cantidad que el INVÍAS catalogó como saldo a su favor-, apoyado en las resoluciones anuladas, más intereses y que se la condene también a indemnizarle los perjuicios morales ocasionados. El demandante sostuvo que la liquidación unilateral se produjo extemporáneamente, pues la entidad se tomó 25 meses para hacerlo, lo cual rebasó el término de caducidad de la acción, que era de 24 meses, según el artículo 136 del CCA (f. 3 a 5, c. 1).

**Expediente 2005-1112**

9. La demanda fue presentada el 28 de noviembre de 2005 por la Compañía Agrícola de Seguros S.A. y en sus pretensiones pidió que se declarara la nulidad de las Resoluciones 001740 del 2 de mayo, 003522 del 2 de agosto y 007017 del 28 de diciembre de 2005, por medio de las cuales el INVÍAS liquidó unilateralmente el contrato de obra pública 0694 de 2001, celebrado con la sociedad Asfaltando Ltda. –la primera-, se aclaró que los saldos a favor del INVÍAS por concepto de amortización de anticipo y cláusula penal pecuniaria corresponden a la ejecución de los contratos adicionales n.o 3 de 2002 y n.o 4 y 5 de 2003, amparados por la garantía única de cumplimiento otorgada por la demandante –la segunda- y se confirmó la decisión –la tercera-; como consecuencia de tal declaratoria, pidió i) que se le ordene al INVÍAS pagar al contratista el valor de las actas de obra dejadas de cancelar y que de los saldos a favor de éste, se ordene su pago al INVÍAS a través de la figura de la compensación, en caso de resultar probada alguna responsabilidad en cabeza de Asfaltando Ltda.; ii) que se le ordene al INVÍAS pagar al contratista los ajustes de precios de las actas 1 a 18; iii) que como consecuencia de los reconocimientos económicos que se le lleguen a hacer al contratista por parte de la demandada, los mismos sean compensados por la entidad frente a los valores que pretende hacer exigibles al asegurador; iv) que la demandante no está obligada a pagar al INVÍAS la suma de $ 436 123 086 oo con cargo al amparo de anticipo; v) que la firma Asfaltando Ltda., no está obligada a devolver suma alguna por concepto de anticipo no amortizado y que en caso de aceptarse alguna responsabilidad del constructor, el asegurador sólo está obligado a responder hasta el monto del valor asegurado (f. 3 a 12 y 191, c. 1).

10. En los hechos, además de reiterar los planteados en el proceso 2004-00972,la demandante adujo que expidió la póliza n.o 6-1010000239901 para garantizar el cumplimiento del contrato de obra pública 0694 de 2001 celebrado por Asfaltando Ltda. y el INVÍAS y que incluía el amparo de cumplimiento por valor de $ 91 181 194 y de anticipo, por valor total de $ 436 123 085; pero que la entidad pretendía una afectación de la póliza, mayor al valor asegurado y hacer exigible el amparo de anticipo por su valor total de $ 436 123 085, más la suma de $ 172 073 191,07, por concepto de mayor valor pagado por obra, ajustes de IVA, más la cláusula penal pecuniaria por $ 91 181 194, para un total de $ 699 377 470,07, sin tener en cuenta que el mayor valor pagado por obra, ajuste e IVA, no pueden afectar la póliza expedida por la demandante.

**II. Actuación procesal**

11. El Instituto Nacional de Vías INVÌAS contestó las demandas y se opuso a las pretensiones, por considerar que el contrato de obra antes de ser prorrogado por tercera vez en el plazo y adicionado en su valor, fue ejecutado en un 97.73 % y el anticipo entregado en virtud de dicho contrato fue amortizado en su totalidad, pero que los incumplimientos que condujeron a la declaratoria de caducidad del contrato y a hacer efectiva la póliza del anticipo, se presentaron en la ejecución de las prórrogas y adiciones del contrato; por eso el INVÍAS ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria correspondiente al valor de los contratos adicionales, por medio de los cuales se incrementó el valor del contrato en la suma de $ 911 811 947, correspondientes al tiempo durante el cual se presentó el incumplimiento del contratista, se dejaron de invertir los recursos del contrato y se entregó el anticipo que no fue amortizado, toda vez que no ejecutó obra alguna del contrato adicional n.o 3. La caducidad se declaró pues, por el incumplimiento grave de las obligaciones por parte del contratista, que condujo finalmente al abandono de las obras y a la paralización de la ejecución contractual. Sostuvo la demandada, que la administración conservaba la facultad de declarar la caducidad del contrato hasta el momento de su liquidación, por lo que no era cierto que hubiera actuado sin competencia (f. 36, c. 1, expediente 2005-00998 y f. 182, c. 1, expediente 2004-00972).

12. En cuanto a las pretensiones encaminadas a que se ordene el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, la entidad demandada sostuvo que no se dieron las circunstancias aducidas en la demanda, pues (f. 106, c. 1, expediente 2003-00818):

12.1. No se presentaron dificultades de tipo técnico por los diseños aportados por el INVÍAS; se presentó un cambio en el diseño de la estructura del pavimento y en el sistema de estabilización de la subrasante en las zonas de ampliación de la vía, de acuerdo a propuesta del contratista, aprobada por la interventoría, por cuanto era favorable para aquel, al facilitarle el proceso constructivo y no producir alteración de la programación de la obra ni incrementar los costos del proyecto;

12.2. No hubo problemas con las comunidades de las zonas de influencia de las obras, pues estuvieron de acuerdo con el proyecto, según consta en el acta de protocolización del proceso de consulta previa con las comunidades suscrita el 21 de diciembre de 2000, lo que hubo fue demora en el inicio de la negociación por parte de la firma contratista respecto del valor de la compensación por la extracción de materiales a utilizar en la obra, circunstancia que era previsible cuando se adjudicó el 28 de septiembre y se celebró el contrato, el 12 de octubre de 2001, en el cual además se pactó como obligación del contratista que los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones sobre recursos naturales de carácter regional que se requirieran debían ser tramitados y obtenidos por cuenta y riesgo del contratista previamente a la iniciación de las actividades correspondientes, y el acuerdo con los consejos comunitarios era un requisito para que Codechocó expidiera la licencia ambiental de manejo de botaderos y fuentes de materiales de arrastre;

12.3. El cierre de la vía de ingreso de equipos y suministros a la que alude el demandante no debió afectar los trabajos, pues había una vía alterna, Quibdó-La Mansa, que no utilizó el contratista para el transporte de insumos;

12.4. Las dificultades de orden público existían de tiempo atrás en la zona de los trabajos, siendo esa una de las razones por las que la entidad en los pliegos de condiciones previó que el proponente debía inspeccionar el sitio de la obra e informarse sobre las circunstancias que podían afectar o influir en el cálculo del valor de la propuesta;

12.5. Sobre los paros de Ecopetrol, manifestó la entidad que según la tabla de entregas de asfalto expedida por esa entidad, hubo una disminución de los vehículos cargados en su planta en Barrancabermeja entre el 20 y el 25 de febrero de 2003, es decir 6 días, cuya incidencia resulta mínima, frente al plazo de ejecución final del contrato;

12.6. En cuanto a la falta de recursos del INVÍAS, respondió la entidad que canceló oportunamente el primer anticipo y cada una de las cuentas correspondientes a las actas de obra y actas de ajustes; por no cumplirse la meta física del contrato con los recursos inicialmente asignados, la entidad aceptó la solicitud de suspensión del plazo presentada por el contratista por el término de 30 días, y se reanudó el contrato una vez apropiados los recursos, suscribiéndose el contrato adicional n.o 3 del 31 de diciembre de 2002, para el cumplimiento de la meta física del contrato, pero a pesar de la ampliación del plazo y del valor, entre marzo y julio la facturación y avance del contrato fue mínima. Los retrasos que se presentaron, fueron por causas imputables al contratista, como la demora en la obtención de la licencia ambiental, por la concertación con los consejos comunitarios, retraso en el cumplimiento de los equipos propuestos, el daño a los mismos, la iliquidez que evidenció el contratista por el atraso en el pago de los subcontratistas, proveedores, pago de personal, suministro de insumos, etc., hechos que conducen a que la entidad no deba responder por las pretensiones de la parte actora.

12.7. Respecto de la demanda en contra de la liquidación unilateral del contrato, sostuvo INVÍAS que la entidad contaba con un plazo de 30 meses a partir de la ejecutoria de la resolución que declaró su caducidad para proceder a liquidarlo, hecho que se produjo el 15 de octubre de 2004 y la liquidación se efectuó el 2 de mayo de 2005 a través de la Resolución 001740, es decir dentro del plazo permitido para hacerlo, lo que significa que actuó dentro de su competencia. De otra parte, la entidad afirmó que las actas de la 1 a la 18 fueron tenidas en cuenta en el acta de recibo definitivo de obra y fueron parte del cruce de cuentas en la liquidación llevada a cabo, el INVÍAS cumplió con los pagos de las actas de febrero y mayo de 2003, luego no hubo actas de obra dejadas de pagar y no procede compensación a favor de la aseguradora por este concepto; que en la liquidación sí se tuvo en cuenta la amortización del anticipo en el acta del mes de mayo de 2003; que el mayor valor pagado al contratista por concepto de obra, ajuste e IVA, corresponde a mayores valores pagados durante la ejecución del contrato principal, y que obedecen a un balance de cantidades de obra hecho al final del contrato, necesario para llevar a cabo el recibo final de la obra ejecutada, procedimiento que estaba establecido en el numeral 5.17 del pliego de condiciones, por lo que procedía hacer efectivo el amparo de cumplimiento con cargo a la garantía única CE10021 del 17 de octubre de 2001 y anexos modificatorios expedidos por la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia, por valor de $ 172 073 191,07, correspondiente al mayor valor pagado al contratista por concepto de obra, ajustes e IVA; la entidad reiteró que el anticipo de la adición que por $ 911 811 947 se le hizo al contrato, no fue amortizado por el contratista, por lo que procedía el cobro de la respectiva garantía, expedida por la Compañía Agrícola de Seguros S.A., así como la de cumplimiento, por la cláusula penal pecuniaria y finalmente, sobre los reconocimientos económicos que la aseguradora pidió en su demanda para el contratista, respondió que en la ejecución del contrato de obra, no se produjo el rompimiento del equilibrio económico aducido y los retrasos que se dieron, fueron por causas imputables al contratista (f. 57, c. 1, expediente 2005-00974; f. 1, c. 2, expediente 2005-1112).

13. En la oportunidad para alegar de conclusión, las partes reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y su contestación; el procurador judicial administrativo, presentó concepto en el cual pidió la denegatoria de las pretensiones, por cuanto consideró que los incumplimientos del contratista por los cuales se declaró la caducidad del contrato estaban acreditados en el proceso y por lo tanto, la entidad estaba facultada para ello (f. 397, 404 y 419, c. 1, expediente 2003-00818).

14. En la **sentencia** proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, el *a-quo* i) declaró la nulidad de las Resoluciones n.o 001202 del 30 de marzo de 2004, por medio de la cual el INVÍAS declaró la caducidad del contrato 694 de 2001 y 001740 del 2 de mayo de 2005, contentiva de la liquidación unilateral de dicho contrato, así como su aclaratoria n.o 003522 del 5 de agosto de 2005 y la que confirmó estas últimas, Resolución 007017 del 28 de diciembre del mismo año; ii) como consecuencia de tal declaratoria, ordenó al INVÍAS el reintegro a los demandantes de los dineros que hubiese recaudado forzosamente, apoyado en el acto de liquidación unilateral contenido en las mencionadas resoluciones y iii) negó las demás pretensiones. La decisión del *a-quo* obedeció a que consideró que la declaratoria de caducidad estuvo viciada por falta de competencia temporal, ya que fue proferida cuando el contrato ya estaba terminado por vencimiento de su plazo; no se acreditó el rompimiento del equilibrio económico del contrato por las causas aducidas por la parte actora, respecto de las cuales se celebraron contratos adicionales en los que no se hicieron salvedades por las mismas y en ellos el contratista manifestó que no haría reclamo alguno por mayor permanencia en el sitio de los trabajos; y finalmente, consideró que el acto de liquidación unilateral del contrato también estaba viciado de incompetencia temporal, pues se produjo cuando había vencido el plazo de 2 meses con que contaba la entidad para hacerlo, luego de transcurridos los 4 meses legales para la liquidación de común acuerdo, razón por la cual resultaba procedente ordenar al demandado el reintegro de los dineros que en razón de esa resolución se hubieren recaudado forzosamente, negando la indemnización de perjuicios morales, por no hallarse probados (f. 139 a 183, c. ppl.).

15. Inconforme con la decisión, la parte demandada interpuso **recurso de apelación** en el cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia y denegar las pretensiones de la demanda, toda vez que, a su juicio, el Instituto Nacional de Vías contaba con la debida competencia para declarar la caducidad del contrato cuando lo hizo y para liquidarlo unilateralmente, pues la entidad podía declarar la caducidad hasta el momento de la liquidación y la entidad no perdía la competencia para efectuar la liquidación unilateral aún vencidos los 2 meses legales para ello, siempre que lo hiciera dentro del término de caducidad de la acción contractual, a menos que le fuera notificada la demanda en la que se solicitara tal liquidación (f. 186, c. ppl.).

16. En la oportunidad para **alegar de conclusión** en esta instancia, la Compañía Agrícola de Seguros S.A. –que cambió a Seguros Generales Suramericana S.A.-, presentó escrito en el que solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, por estar acorde la decisión con las normas que regían el contrato de obra pública 694 de 2001, gobernado por la Ley 80 de 1993 y sujeto por lo tanto a sus artículos 18, 60 y 61, que establecen la oportunidad para la declaratoria de caducidad y la liquidación unilateral de los contratos estatales como facultades exorbitantes en cabeza de la administración, toda vez que los actos administrativos demandados fueron extemporáneos y la entidad no tenía competencia para proferirlos; el Instituto Nacional de Vías INVÍAS, presentó alegatos finales en los cuales reiteró los argumentos del recurso de apelación (f. 234 y 241, c. ppl.).

**CONSIDERACIONES**

**I. La competencia**

17. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada el 14 de marzo de 2011, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación[[2]](#footnote-2).

**II. Hechos probados**

18. En el plenario se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la Litis[[3]](#footnote-3):

18.1. Previa adjudicación en la licitación pública SCT 018 2001, el 12 de octubre de 2001 el Instituto Nacional de Vías celebró con la sociedad Asfaltando Ltda., el contrato de obra n.o 0694, cuyo objeto fue la rehabilitación del sector Yuto-Cértegui, tramo II, desde Cértegui, ruta 13, tramo 1307, por valor de $ 7 275 830 261 (IVA y ajustes incluidos) y con un plazo de ejecución de 11 meses, contados a partir de la orden de iniciación que impartiera la entidad, dentro de los 5 días siguientes al cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución; se destacan las siguientes estipulaciones (f. 25, c. 1, exp. 2004-00972):

***(…) CLÁUSULA SEGUNDA: VALOR DEL CONTRATO.-*** *El precio de este contrato será la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas, por los precios unitarios estipulados en la propuesta del CONTRATISTA en el formulario No. 4 “lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta”, más un valor estimado para los ajustes que resulten de la aplicación de la fórmula de actualización de precios prevista en la cláusula séptima, parágrafo segundo, de este documento. Las cantidades de obra son aproximadas y están calculadas según los planos de la licitación, por lo tanto, están sujetas a variaciones, bajo esta condición se estima el precio de este contrato en las siguientes sumas: a) SEIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS VEINTINUEVE MIL SETECIENTOS SETENTA PESOS ($ 6.244.329.770.oo) MONEDA CORRIENTE, para el pago del valor básico de las obras. b) NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES DE PESOS ($987.000.000.oo) MONEDA CORRIENTE, para obras complementarias y un estimativo para los ajustes. c) CUARENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS ($44.500.491.oo) MONEDA CORRIENTE, para el pago del impuesto sobre las ventas, para un total de SIETE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA MIL DOSCIENTOS SESENTA Y UN PESOS ($7.275.830.261.oo) MONEDA CORRIENTE, suma que equivale a veinticinco mil cuatrocientos treinta y nueve punto noventa y siete (25439.47)* (sic) *salarios mínimos legales mensuales.* ***PARÁGRAFO PRIMERO:*** *La utilidad del CONTRATISTA es del cinco por ciento (5%) y su A.I.U del treinta (30%).* ***PARÁGRAFO SEGUNDO:*** *El INSTITUTO descontará el cinco por ciento (5%) del valor de cada acta que cancele al CONTRATISTA, por concepto de la contribución especial de que trata el Artículo 120 de la Ley 418 de 1997, prorrogado por la Ley 548 del 23 de diciembre de 1999 (…)* ***CLÁUSULA OCTAVA: FORMA DE PAGO.-*** *EL INSTITUTO pagará al CONTRATISTA el valor de este contrato mensualmente, previa presentación de las respectivas actas de obra, y de las actas de ajuste de los precios unitarios (…)* ***PARÁGRAFO PRIMERO: ANTICIPO.-*** *El INSTITUTO concederá al CONTRATISTA anticipos sin superar el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato, previa solicitud del contratista, siempre y cuando exista disponibilidad de PAC; y para tal efecto se requiere el visto bueno del Subdirector de Construcción (…) La iniciación del trabajo o el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones no se hallan supeditadas, en ningún caso, al recibo del anticipo, según fuere el caso (…).* ***CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA: PENAL PECUNIARIA.-*** *En caso de declaratoria de caducidad o incumplimiento del contratista se entenderá pactada una sanción a título de cláusula Penal Pecuniaria, equivalente al diez por ciento (10%) del valor del respectivo contrato, suma que se hará efectiva directamente por el Instituto. El valor a cancelar, se considerará como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios que reciba el Instituto. El Instituto podrá tomar directamente el valor de la cláusula penal de los saldos que se adeuden al contratista por este contrato o de la garantía constituida y si esto no fuere posible, cobrará los valores por vía judicial.* ***CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA CADUCIDAD.-*** *El INSTITUTO podrá declarar la caducidad administrativa de este contrato por medio de resolución motivada, a través de la cual lo dará por terminado y ordenará su liquidación, cuando el CONTRATISTA incurra, con ocasión del contrato, en cualquiera de las causales de caducidad que señala la ley. (…)* ***PARÁGRAFO CUARTO:*** *En caso de declaratoria de caducidad, EL CONTRATISTA pagará al INSTITUTO a título de sanción, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, que se considerará como pago parcial, pero definitivo, de los perjuicios causados al INSTITUTO, y que se hará efectiva directamente por EL INSTITUTO del saldo a favor del CONTRATISTA por este contrato, o de la garantía constituida, y si esto no fuere posible, se cobrará por vía judicial.* ***CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA IMPACTO AMBIENTAL.-*** *EL CONTRATISTA organizará los trabajos de tal forma que los procedimientos aplicados sean compatibles, no solo con los requerimientos técnicos necesarios, sino con las disposiciones contenidas en la Ley 99 de 1993 y su Decreto Reglamentario 1753 de 1994, las normas que los complementen o adicionen, las normas especiales para el trámite y obtención de las autorizaciones y permisos específicos requeridos para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, así como los condicionamientos que imponga la Licencia Ambiental para el proyecto y su respectivo plan de manejo. Cualquier contravención a los preceptos anteriores será de responsabilidad del CONTRATISTA, y el Interventor, por esta causa, podrá ordenar la modificación de procedimientos o la suspensión de los trabajos. Los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones sobre recursos naturales de carácter regional que se requieran, serán tramitados y obtenidos por cuenta y riesgo del CONTRATISTA, previamente a la iniciación de las actividades correspondientes. (…)* ***CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA: GARANTÍA ÚNICA.-*** *Para cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento, EL CONTRATISTA se compromete a constituir, a favor del INSTITUTO, una póliza expedida por Compañía de Seguros autorizada para funcionar en Colombia o garantía bancaria que ampare lo siguiente: a) El cumplimiento general del contrato, el pago de las multas y demás sanciones que se le impongan, por el equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, con una vigencia igual al plazo del mismo y cinco (5) meses más. b) El buen manejo y correcta inversión del anticipo al CONTRATISTA, por el equivalente al valor de dichos fondos, con una vigencia igual al plazo del contrato y cinco (5) meses más (…).* ***CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA: LIQUIDACIÓN.-*** *De conformidad con los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, el presente contrato será objeto de liquidación, procedimiento que se efectuará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su vencimiento o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación o a la fecha del acuerdo que la disponga, y se realizará de conformidad con lo previsto en la resolución No. 006492 del 9 de diciembre de 1998 proferida por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, la liquidación del contrato se iniciará a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a la ocurrencia de los eventos señalados anteriormente.* ***PARÁGRAFO PRIMERO:*** *Para la liquidación se exigirá al CONTRATISTA la ampliación de la garantía, si es del caso, a fin de avalar las obligaciones que éste deba cumplir con posterioridad a la extinción del presente contrato.* ***PARÁGRAFO SEGUNDO:*** *Si el CONTRATISTA no se presentare para efectos de la liquidación del contrato o las partes no llegan a ningún acuerdo, el INSTITUTO procederá a su liquidación, por medio de resolución motivada susceptible del recurso de reposición.*

18.2. Las partes suscribieron los siguientes contratos adicionales (c. 1, exp. 2004-00972):

18.2.1. Contrato adicional n.o 1, del 30 de septiembre de 2002, en el cual a petición del contratista, se prorrogó el plazo del contrato hasta el 31 de octubre del mismo año; se consignó como causa de esta prórroga, un derrumbe en la carretera por la que ingresaban los insumos y equipos para las obras, que duró 10 días en ser retirado y aunque había otra ruta de acceso, era más larga e incrementaría tiempo y costos en el transporte. Esa circunstancia dificultó el abastecimiento de cemento, combustibles, asfalto y equipos para su colocación y atrasó la iniciación de las actividades de concretos y mezcla densa en caliente. Se dejó constancia, además, de que el contratista manifestó *“(…) que no hará reclamación alguna por mayor permanencia en la obra”* y que reiteró *“(…) en forma expresa que la presente adición no acarreará sobrecostos para el INSTITUTO y no presentará reclamación alguna por mayor permanencia en el sitio de los trabajos que tenga como causa, la prórroga acordada en este documento”* (f. 23)*.*

18.2.2. Contrato adicional n.o 2, del 31 de octubre de 2002, en el que por solicitud del contratista, se amplió el plazo de ejecución hasta el 30 de noviembre siguiente, por cuanto persistían las dificultades de acceso al sitio de las obras y se utilizaría la vía más larga. El contratista reiteró que no habría reclamaciones por mayor permanencia en la obra por causa de esta adición ni sobrecostos para la entidad (f. 30).

18.2.3. Contrato adicional n.o 3, del 31 de diciembre de 2002, mediante el cual se reanudó y prorrogó el plazo hasta el 25 de abril de 2002 y se adicionó el valor del contrato en la suma de $ 911 811 947. Se dispuso que hacía parte del contrato adicional, el anexo de precios unitarios, cantidades de obra y valores, debidamente revisado y aprobado por la entidad y que es fundamento de la adición. En las consideraciones, se anotó que el contrato había sido suspendido el 27 de noviembre de 2002[[4]](#footnote-4), por justificación técnica dada por el subdirector de construcción y recomendación del supervisor del contrato, pero que las causas de dicha suspensión ya habían sido superadas. Y se explicó que las metas físicas del proyecto no se alcanzaban a completar con los recursos asignados al proyecto, por lo que era necesaria la adición para continuar con la pavimentación del sector Yuto-Cértegui-Santa Cecilia, ruta 13, tramo 1307 (f. 32).

18.2.4. Contrato adicional n.o 4, del 28 de marzo de 2003, por el cual, a instancias del contratista, se prorrogó el plazo del contrato hasta el 30 de mayo de ese año y como causa de la prórroga, se adujo nuevamente el problema de acceso al sitio de las obras por los derrumbes que se presentaron y además, los problemas laborales en Ecopetrol, que ocasionaron deficiencia en la entrega de asfalto sólido entre el 19 y el 28 de febrero, lo que ocasionó retrasos; la ampliación del plazo fue solicitada por el contratista, quien nuevamente manifestó que no acarrearía reclamos por mayor permanencia en la obra ni sobrecostos para la entidad (f. 34).

18.2.5. Contrato adicional n.o 5, del 30 de mayo de 2003, en el cual a petición del contratista se prorrogó el plazo de ejecución hasta el 15 de julio de ese año; las causas aducidas fueron los 3 cierres que había tenido la vía de ingreso de equipos y materiales al sitio de la obra, el primero por los derrumbes presentados y los otros dos, durante 37 días, por paros armados organizados por grupos por fuera de la ley. Se registró que el contratista había manifestado libre y espontáneamente que no había tenido desequilibrio económico ni presentaría reclamación alguna por mayor permanencia en el sitio de los trabajos por la presente adición del plazo (f. 36).

18.3. En los comités de supervisión de obras n.o 2 del 31 de enero de 2002 al n.o 14 del 24 de abril de 2003, consta que el contratista ICIC, encargado del tramo I de la vía, informó que se suspendían los pagos por compensación de la extracción de material de arrastre al consejo comunitario del Paimadó, hasta que se tuviera concepto jurídico sobre la solicitud hecha por la comunidad de desplazados “Renacer”, para que se les cancelara un porcentaje de ese rubro, según consta en el acta n.o 11 del 7 de noviembre de 2002 (f. 208 a 238, c. 2, exp. 2004-00972).

18.4. En el informe mensual n.o 16 de marzo de 2003 presentado por el interventor del contrato de obra n.o 0694 celebrado con Asfaltando Ltda., se registró que durante ese mes el contratista no pudo realizar la construcción de cunetas por el no ingreso de cemento a la obra ni la carpeta asfáltica MDC-2 por el no ingreso de insumos (asfalto sólido, “fuel-oil”, etc.) y en cuanto a las dificultades encontradas en la ejecución de la obra, se consignó que debido a “paros armados” declarados para la vía Santuario-Apía-Pueblo Rico-Santa Cecilia-Tadó por los grupos armados de insurgentes, resultó difícil el ingreso de asfalto sólido, emulsión asfáltica, “fuel-oil”, combustibles, cemento, lo cual dificultó la ejecución de las actividades de mezcla asfáltica en caliente MDC-2 y cunetas, necesarias para la terminación de la obra, por lo cual el contratista solicitó una prórroga para la misma, por un periodo de 2 meses (c. de pruebas, exp. 2003-00818).

18.5. Mediante Resolución n.o 001202 del 30 de marzo de 2004, el Instituto Nacional de Vías INVÍAS declaró la caducidad del contrato 694 de 2001 por incumplimiento grave de las obligaciones del contratista que condujeron a la imposibilidad de la ejecución del objeto contractual y ordenó: i) su liquidación; ii) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, con cargo, de un lado, al amparo de cumplimiento de la garantía única n.o CE100121 de octubre 17 de 2001 y sus anexos, expedida por la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia, la suma de $ 727 583 026; y de otro lado, con cargo al amparo de cumplimiento de la garantía única n.o 1010000239901 del 1º de septiembre de 2003 y sus anexos, expedida por la Compañía Agrícola de Seguros S.A., la suma de $ 91 181 194, aclarando que la cláusula penal se haría efectiva por estas sumas, o por el saldo que quedare insoluto una vez descontada la suma de la cláusula penal de los saldos que existieran a favor del contratista en la liquidación del contrato; iii) hacer efectiva con cargo al amparo de anticipo, la garantía única de cumplimiento n.o 1010000239901 del 1º de septiembre de 2003 y sus anexos, expedida por la Compañía Agrícola de Seguros S.A., por la suma de $ 436 123 085,oo, o por el saldo insoluto una vez descontado el valor correspondiente a los saldos que existan a favor del contratista en la liquidación del contrato. La razón aducida para tomar esta decisión, fue por una parte, que con ocasión del contrato adicional n.o 3, se entregó al contratista a título de anticipo, la cantidad de $ 453 117 558, equivalente al 50% del valor del contrato adicional, y éste no amortizó la suma de $ 436 123 085, por lo que resultaba procedente hacer efectiva la respectiva garantía. Por otra parte, se alegó que a partir de febrero de 2003, se presentaron graves atrasos de la obra ejecutada frente a la programada, que persistieron a pesar de una reprogramación efectuada en marzo y aumentaron, lo que hacía más difícil el desarrollo del contrato, a tal punto que en junio y julio de ese año no hubo ejecución de obra, que se paralizó, sin lograr el cumplimiento del objeto contractual, quedando un saldo por ejecutar de $ 870 318 899, por causas imputables al contratista, que obligaron a iniciar el procedimiento sancionatorio en su contra pero a pesar de ser requerido para que hiciera sus descargos, así como a las aseguradoras, el contratista no se pronunció al respecto y puesto que se daban los requisitos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, resultaba procedente la declaratoria de caducidad del contrato (f. 141, c. 1, exp. 2004-00972).

18.6. La anterior decisión fue confirmada mediante Resolución n. 004342 del 5 de octubre de 2004 salvo su artículo segundo –que ordena hacer efectiva la cláusula penal-, que fue revocado parcialmente, respecto del cual dispuso que quedaría así: *“ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula décima cuarta del contrato No. 694 de 2001, con cargo al amparo de cumplimiento de la garantía única No. 1010000239901 de septiembre 1 de 2003 y los respectivos certificados de modificación expedida por la compañía AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A., por la suma de NOVENTA Y UN MILLONES CIENTO OCHENTA Y UN MIL CIENTO NOVENTA Y CUATRO PESOS ($91’181.194), o por el saldo que quede insoluto una vez descontada la suma de la cláusula penal de los saldos que existan a favor del contratista en la liquidación del contrato”.* Esta modificación obedeció a que la entidad consideró que, tal y como lo sostuvo la aseguradora en su recurso, el incumplimiento contractual no se produjo en relación con el contrato principal ni los contratos adicionales 1 y 2 y por lo tanto no se dio el siniestro respecto de los amparos cubiertos por la póliza (f. 160, c. 1, exp. 2004-00972).

18.7. El INVÍAS liquidó unilateralmente el contrato 0694 de 2001, a través de la Resolución n.o 001740 del 2 de mayo de 2005, en los siguientes términos (f. 417, c. 2, exp. 2005-01112):

***VALOR TOTAL DEL CONTRATO Y ADICIONALES INCLUIDO EL IVA:***

*Contrato principal No.694-01 $ 7.275’830.261,oo*

*Contrato adicional No. 694-1-01 de 2002 plazo $ 0,oo*

*Contrato adicional No. 694-2-01 de 2002 plazo $ 0,oo*

*Acta de suspensión temporal*

*Contrato adicional No. 694-3-01 de 2002 plazo y valor $ 911’811.947,oo*

*Contrato adicional No. 694-4-01 de 2002 plazo $ 0,oo*

*Contrato adicional No. 694-5-01 de 2002 plazo $ 0,oo*

***VALOR TOTAL DEL CONTRATO CON IVA $ 8.187’642.208,oo***

***FECHA DE INICIACIÓN:*** *31 de octubre de 2001*

***FECHA DE VENCIMIENTO:*** *15 de julio de 2003*

***VALOR TOTAL EJECUTADO POR EL CONTRATISTA:***

***VALOR TOTAL EJECUTADO*** *(Sin IVA)* ***$ 7.272’569.037.62***

*Discriminados así:*

*Por actas de obra básica $ 7.067’207.489,84*

*Por ajustes $ 205’361.547.78*

*(…)*

***VALOR TOTAL PAGADO AL CONTRATISTA:***

*De conformidad con la relación de pagos de fecha 24 de marzo de 2004, expedida por el Jefe de la División de Tesorería y la jefe de la División de Contabilidad del Instituto Nacional de Vías, al contratista o a la sociedad contratista se le ha cancelado:*

***VALOR TOTAL PAGADO $ 7.925’519.584,69[[5]](#footnote-5)***

*Discriminados así:*

*Por actas de obra básica $ 7.276’339.106,oo*

*Por Ajustes $ 167’250.689,69*

*Por IVA $ 45’806.704,oo*

*Anticipo no amortizado $ 436’123.085,oo*

***VALOR POR IVA*** *(AIU: 30%, U: 5%, IVA: 16%)*

*Valor correspondiente de IVA $ 44’754.271,oo*

*Valor pagado por IVA $ 45’806.704,oo*

***Saldo a favor del INVÍAS por IVA $ 1’052.433,oo***

***ANTICIPO***

*Valor anticipo concedido $ 4.068’782.443,oo*

*Valor anticipo amortizado $ 3.632’659.358,oo*

***Saldo por amortizar $ 436’123.085,oo***

*MULTA Y CADUCIDAD*

*Valor a favor del INVÍAS $ 91’181.194,oo*

*Valor que corresponde a la cláusula penal pecuniaria que se hace efectiva mediante el artículo segundo de la resolución de caducidad No. 001202 del 30 de marzo de 2004 y la resolución mediante la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos No. 004342 del 5 de octubre de 2004.*

*BALANCE GENERAL DEL CONTRATO*

*V/r Total Ejecutdo Actas de Obra Básica $ 7.067’207.489,84*

*V/r Total pagado Actas de Obra Básica $ 7.276’339.106,oo*

*V/r Total ejecutado Actas ajustes $ 205’361.547.78*

*V/r Total pagado Actas Ajuste $ 167’250.689,69*

*V/r ejecutado de IVA $ 44’754.271,oo*

*V/r pagado por IVA $ 45’806.704,oo* ***SUBTOTALES***  *$7.317’323.308,62 $ 7.489’396.499,69*

***MAYOR VALOR PAGADO $ - 172’073.191.07***

***SUMAS IGUALES*** *$7.317’323.308,62 $7.317’323.308,62*

***SALDO TOTAL A FAVOR DEL INVÍAS $ 699’377.470,07***

*Discriminado de la siguiente manera:*

*Saldo por amortizar de anticipo $ 436’123.085,oo*

*Cláusula Penal Pecuniaria $ 91’181.194,oo*

*Mayor valor pagado por obra, ajustes e IVA $ 172’073.191,07*

*Valor total a favor del INVÍAS $ 699’377.470,07*

18.8. El 26 de febrero de 2003, la compañía Agrícola de Seguros S.A., expidió la póliza de cumplimiento n.o 6-1010000239901 en la que figura como tomador (y afianzado) la sociedad Asfaltando Ltda. y como asegurado y beneficiario el Instituto Nacional de Vías INVÍAS; el objeto de la póliza fue *“garantizar el contrato adicional No. 0694-3-01 de 2002 adicional No. 3 al contrato principal No. 0694 de 2001 para la rehabilitación del sector Yuto-Cértegui tramo II de Cértegui ruta 13 tramo 1307”.* En los amparos de la póliza se incluyeron, entre otros, los siguientes: i) anticipo, con un valor asegurado de $ 300 000 000, fecha inicial: el 24/02/03 y final: 30/08/03 y ii) cumplimiento, con un valor asegurado de $ 91 181 194, fecha inicial: 31/12/02 y final: 30/08/03. La vigencia de la póliza fue prorrogada de conformidad con el contrato adicional 0694-4-01 hasta el 15 de diciembre de 2003 y se aumentó el valor asegurado por el amparo de anticipo a la suma de $ 453 117 558 (f. 18 a 22, c. 1, exp. 2005-01112).

**III. El problema jurídico**

19. Teniendo en cuenta que únicamente apeló la parte demandada, el análisis de la Sala se limitará a los argumentos expuestos por ésta en su recurso[[6]](#footnote-6), en el que pidió que se revocara la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad de los actos administrativos de caducidad y liquidación unilateral del contrato celebrado por las partes, por considerar la recurrente que, contrario a lo afirmado por el *a-quo,* la entidad sí tenía competencia para expedirlos.

**IV. Análisis de la Sala**

**La caducidad del contrato**

20. La presente controversia gira en torno a un contrato de obra pública celebrado en 2001 por un establecimiento público del orden nacional, el Instituto Nacional de Vías –INVÍAS-, razón por la cual se rige por las normas de la Ley 80 de 1993, estatuto de contratación de las entidades estatales. El artículo 18 de la ley, consagra como facultad excepcional a favor de la administración, la declaratoria de caducidad del contrato, frente al incumplimiento grave de las obligaciones por parte del contratista, en los siguientes términos:

*ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.*

*En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá 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, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.*

*Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.*

*La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”.*

21. Tal y como se desprende del tenor literal de la norma, la declaratoria de caducidad es una terminación unilateral y anticipada del contrato por parte de la administración contratante, siempre que se den las causales legalmente consagradas para ello, que en el caso de la Ley 80 de 1993, no son otras que el grave incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que amenace seriamente la correcta ejecución del objeto contractual.

22. En relación con la justificación de la existencia de esta facultad excepcional otorgada por el legislador a las entidades estatales, se observa que la misma va más allá de la mera sanción al contratista incumplido, como que lo importante para la administración, es la cabal y oportuna culminación del objeto del contrato celebrado, en tanto que con éste se busca el cumplimiento de los cometidos estatales y la garantía de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a su cargo.

23. En tal medida, se considera que la declaratoria de caducidad es el medio a través del cual la entidad contratante puede liberarse de manera inmediata y anticipada -sin tener que esperar al vencimiento del plazo pactado o a que el contratista acceda a su terminación bilateral-, de la relación contractual gravemente incumplida y tomar inmediatamente las medidas que considere necesarias y suficientes con miras a obtener el bien, obra o servicio requeridos y que son objeto de ese negocio jurídico.

24. Por ello, se pregona la necesidad de que esta decisión sea oportuna, lo que quiere decir que debe tomarse cuando sea capaz de garantizar a la administración esa libertad de acción, lo cual sucederá si durante la ejecución del contrato, de manera diligente, la administración advierte el grave incumplimiento de su contratista y procede a declarar la caducidad, caso en el cual podrá tomar en forma inmediata los correctivos pertinentes, es decir, asumir directamente la ejecución del objeto del contrato o contratarlo con un tercero o acceder a que la aseguradora que lo garantizó sea quien lo ejecute. *Contrario sensu,* no será oportuna dicha decisión cuando el plazo del contrato ya está vencido, puesto que no se puede terminar mediante la declaratoria de caducidad, lo que ya se ha terminado por otra causa y en tal eventualidad, la decisión ya no se justificará como mecanismo para garantizar la efectiva e inmediata ejecución del objeto contractual*.*

25. Ahora bien, la apelante adujo que cuando se tomó la decisión, la jurisprudencia del Consejo de Estado admitía que la declaratoria de caducidad podía producirse hasta antes de la liquidación del contrato. Al respecto, se observa que la Sección Tercera, de tiempo atrás y en forma pacífica, tuvo claro que tal decisión exigía la existencia de un contrato vigente y en ejecución, puesto que implicaba, como se acaba de indicar, su terminación anticipada.

26. Por ejemplo, en 1979, sostuvo que *“En forma reiterada ha dicho el Consejo de Estado que la caducidad del contrato solo es procedente cuando éste está vigente y no cuando el contrato ha terminado por vencimiento del plazo contractual o ante la terminación de la obra contratada. La finalidad de la cláusula de caducidad es precisamente dar por terminado el contrato. Pero si ya feneció por vencimiento del plazo o ejecución de las obras, lo único que legalmente procede es su liquidación, para saber quien debe a quien y cuánto o para que se haga uso de las acciones legales que cada parte considere conveniente a sus intereses. (…)”[[7]](#footnote-7).*

27. En sentencia de 1986, manifestó la Sala:

*"Afirma la demanda que la Administración no podía dictar el acto de caducidad después del vencimiento del término contractual, como tampoco expedir una resolución de incumplimiento.*

*"El planteamiento hecho por la parte actora ciertamente corresponde al pensamiento reiterado de la Sala. La terminación unilateral del contrato corresponde al poder exorbitante de la entidad pública contratante; poder que no puede ejercer sino durante la vigencia del convenio, porque por ese medio se le pone fin anticipadamente, con sujeción a unas causases predeterminadas. Corresponde la caducidad a una terminación anormal por voluntad del ente público, titular de ese poder, quien puede ejercerlo 'en orden al exacto cumplimiento del contrato'.*

*(…)*

*En este orden de ideas se observa que si las medidas coercitivas provisionales no dan el resultado apetecido y no logran el fin buscado, podrá terminarlo unilateralmente, en especial cuando el incumplimiento de las obligaciones del contratista sea de tal magnitud que haga imposible la ejecución del contrato o cause perjuicios a la entidad pública.*

*"Si se observan las causases de caducidad que contempla el estatuto contractual (art..62 del Decreto 222 de 1983) similares a las contenidas en el Decreto 150 de 1976 (art. 49), se infiere que todas ellas deben producirse durante la ejecución del contrato y precisamente para darlo por finalizado en forma anticipada.*

*(…)*

*"Frente a la causal de incumplimiento, por ejemplo, es aún más clara la operancia anticipada en el antecitado Decreto 150, porque allí ese incumplimiento, a juicio de la entidad, debía hacer 'inconveniente la continuación del contrato'.*

*"Lo anterior pone de relieve que la caducidad, en los contratos de tracto sucesivo no puede declararse después de su vencimiento. Vale decir, que con dicho vencimiento cesa el poder exorbitante de terminación unilateral.*

*"Los planteamientos generales son aplicables al contrato de obra pública. En estos el incumplimiento que haga imposible su ejecución, deberá calificarse tan pronto se patentice, no sólo para facilitar a la Administración la toma de medidas de urgencia tendientes a evitar los perjuicios que pueda sufrir la colectividad con esa no ejecución, como sería la ejecución directa o por un tercero, sino para concretar la responsabilidad que en ese incumplimiento le toque al contratista. Así, podrá hacer exigible, las garantías y la cláusula penal pecuniaria, una vez esté ejecutoriada la medida de terminación. Pero si la Administración por x o y razones, deja vencer el contrato, perderá el poder exorbitante que tiene de definir o concretar ese incumplimiento del contratista y deberá someterse, si quiere sacar ventajas del mismo, al Juez del contrato.*

*"Los poderes exorbitantes fueron dados por la ley para lograr el cumplimiento del contrato o para facilitar su ejecución por la Administración o un tercero y no para convertirla en Juez del contratista más allá de sus límites temporales de competencia.*

*"Esos poderes exorbitantes son así de interpretación restrictiva por corresponder a reglas de excepción.*

*"Al terminar el contrato de obra, bien normal o anormalmente, el único paso que queda es el de su liquidación,**etapa en la que se observa cierta exorbitancia, ya que la Administración podrá liquidar unilateralmente si no existiera acuerdo entre las partes para el efecto.*

*"Si la Administración deja vencer el contrato sin hacer uso de su poder exorbitante, ya no podrá hacerlo hacia el futuro y**si quiere sacar avante pretensiones indemnizatorias derivadas del incumplimiento del contratista tendrá que acudir al Juez del contrato. Este, al constatar ese incumplimiento, le dará exigibilidad a las garantías y a la cláusula penal pecuniaria”[[8]](#footnote-8).*

28. En 1987, nuevamente la jurisprudencia sostuvo que *“En esta materia* [se refería a las multas] *rige la misma filosofía que predica que la declaratoria de caducidad debe hacerse antes de expirar el plazo y la que enseña que no puede solicitarse la terminación de un contrato después de su vencimiento. Los poderes exorbitantes que tiene la Administración tienen que ponerse en marcha en el momento contractual y legal oportuno, y no cuando el administrador lo considere conveniente, a su sola voluntad. Esta materia es particularmente reglada y se orienta a darle certeza y seguridad a las relaciones jurídicas, por lo cual no le es permitido al sentenciador hacer esfuerzos de calistenia jurídica para darle entrada a una orientación de desorden"[[9]](#footnote-9)*.

29. En 1992, reiteró que *“[l]a exorbitancia que puede ejercer la administración presenta, como lo ha dicho la jurisprudencia, límites temporales. Así, no podrá terminar o caducar el contrato, interpretarlo o modificarlo después de su vencimiento, so pena de que el acto quede efectuado de nulidad”[[10]](#footnote-10)*.

30. No obstante, en años posteriores, la jurisprudencia consideró que la declaratoria de caducidad podía producirse aún vencido el término de ejecución de las prestaciones y hasta antes de la liquidación del contrato, por considerar que éste sólo se extinguía mediante dicha actuación, tal y como lo sostuvo en 1999, al expresar que *“La Sala precisa que la evaluación sobre el cumplimiento del contratista, la aplicación de los correctivos que la administración considere necesarios y las sanciones impuestas, son válidas si se efectúan durante el plazo para el cumplimiento del objeto del contrato y la liquidación del mismo”[[11]](#footnote-11).*

31. En 2008, otra vez la Sala sostuvo que la declaratoria de caducidad sólo resultaba procedente durante el término de ejecución del contrato y no cuando éste ya se hubiera terminado, sobre lo cual manifestó:

*Legalmente la caducidad sólo procede en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista “…que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización…”.*

*Estos dos requisitos sustanciales que deben estar presentes en forma concurrente y que corresponde evaluar a la entidad para establecer la frustración del contrato (art. 18 de la Ley 80 de 1993), sin duda, descartan que la caducidad pueda decretarse vencido el plazo de ejecución estipulado en el contrato por las partes para cumplir oportunamente y a satisfacción el objeto contractual.*

*En efecto, 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[[12]](#footnote-12).*

32. Como se puede ver, la determinación de los límites temporales para el ejercicio de las facultades excepcionales y específicamente para declarar la caducidad del contrato, ha suscitado diversas posiciones jurisprudenciales, lo que condujo a que la Sala Plena de la Sección Tercera, en ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 1437 de 2011[[13]](#footnote-13) profiriera una sentencia de unificación jurisprudencial en torno a este tema, en la cual expresamente dispuso:

*(…) con anterioridad al momento de exigir el cumplimiento final de la prestación principal, es decir, antes del vencimiento del plazo para la entrega final de la obra, han debido verificarse por parte de la entidad estatal las entregas parciales respectivas, puesto que la naturaleza del contrato indica que si tales actividades no se han desarrollado de manera idónea y oportuna, no podrá entregarse la obra completa dentro del plazo acordado.*

*En ese orden de ideas, 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[[14]](#footnote-14).*

33. En el presente caso, se observa que el contrato de obra celebrado entre las partes y que fue prorrogado en varias oportunidades, tenía como fecha final del plazo de ejecución el 15 de julio de 2003 –párrafo 8.2.5-, no obstante lo cual, el INVÍAS declaró la caducidad del contrato mediante Resolución n.o 001202 del 30 de marzo de 2004 –párrafo 8.5- es decir casi 8 meses después de haberse terminado aquel por vencimiento de su plazo.

34. Por lo anterior, para la Sala no queda duda alguna en relación con la extemporaneidad del acto administrativo de caducidad del contrato y por lo tanto del vicio de falta de competencia temporal que lo afecta, lo cual conduce indefectiblemente a la confirmación de la decisión del *a-quo* que declaró su nulidad.

35. Ahora bien, la apelante adujo como argumento tendiente a desvirtuar la decisión de primera instancia que cuando se expidió el acto de caducidad del contrato, la jurisprudencia consideraba procedente esta decisión aún después de vencido el término de ejecución del contrato y hasta antes de su liquidación, argumento que resulta insuficiente, pues tal y como lo ha manifestado la jurisprudencia:

*Por otra parte, sobre el argumento esgrimido por la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro –COOTRASFUN– según el cual el auto recurrido debe revocarse, ya que para la fecha de interposición de la demanda que dio origen al presente litigio la tesis jurisprudencial vigente era distinta a la que en la actualidad acoge esta Corporación, se señala que “la adopción del nuevo criterio, que se juzga más ajustado al contenido de la norma, es connatural al ejercicio de la función jurisdiccional, en tanto es propio de ella poder rectificar la interpretación de las normas”[[15]](#footnote-15), pues “si bien la autonomía judicial para la interpretación del ordenamiento jurídico está limitada por la necesidad de brindar seguridad jurídica, ello no desconoce que se puede modificar el criterio jurisprudencial para adoptar un criterio que se juzgue más apropiado”[[16]](#footnote-16).*

*En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha manifestado en su jurisprudencia que:*

*“El artículo 228 de la Constitución reconoce la autonomía del juez al proferir sus fallos. Ella se traduce precisamente en el poder interpretativo del cual dispone el fallador para ajustar el Derecho a las circunstancias cambiantes del entorno social, que hacen necesaria la adaptación del orden jurídico vigente a las exigencias de la realidad. Así, el carácter dinámico del Derecho tiene muchas veces pleno efecto ya no en el curso de la actividad legislativa, sino en el desarrollo de la función judicial, en cuanto quien administra justicia sea consciente de que ésta no se agota en el frío texto de la ley y de que requiere ajustes y desarrollos jurisprudenciales que renueven y remocen los alcances del orden jurídico bajo interpretaciones razonadas que lo hagan evolucionar. De otra manera, el sistema normativo permanecería intacto, cada vez más lejano de la realidad social, propiciando su progresiva pérdida de vigencia, su petrificación y su involución.*

*“(…)*

*“En guarda de la seguridad jurídica y de la estabilidad que se espera de la aplicación del Derecho a los casos concretos por la vía judicial, tales modificaciones -que, según lo dicho, siempre serán posibles, salvo el obstáculo de la cosa juzgada- exigen del juez, en especial el de constitucionalidad, la verificación razonada de los motivos que lo llevan a variar su entendimiento del orden jurídico y la expresión clara e indudable de que, al decidir como decide, según los nuevos enfoques que adopta, lo hace a plena conciencia y no solamente en razón del asunto singular objeto de su consideración, es decir, en virtud del sustento jurídico que lo convence, en el plano interpretativo, para introducir mutaciones al rumbo jurisprudencial”[[17]](#footnote-17).*

*Se indica así que la jurisprudencia, como criterio auxiliar de la actividad judicial, no es inmutable; al contrario, en virtud del carácter dinámico del Derecho, puede ser objeto de variación con el propósito de que sea acogida una interpretación normativa que se ajuste en mayor medida a los cambios que inciden en la realidad social; no obstante, tales modificaciones deben realizarse con el fin de salvaguardar la seguridad de las relaciones jurídicas, de forma justificada y razonada y no de forma caprichosa o arbitraria.*

*(…)*

*Visto esto, la Sala no comparte la afirmación del recurrente en el sentido de que debe ser revocado el auto recurrido, ya que para el momento de interposición de la demanda la tesis imperante en la jurisprudencia de esta Corporación era distinta a la que en la actualidad se acoge, toda vez que el hecho de que exista una posición jurisprudencial en cierto momento no significa que ésta se mantenga inmodificable, ya que, como se vio, las interpretaciones jurídicas pueden cambiarse por otras que reflejen mejor la realidad normativa y social (…)[[18]](#footnote-18).*

36. En el *sub-lite*, la Sala no asumió una posición caprichosa o irrazonable sino que se limitó a retomar el criterio jurisprudencial que de tiempo atrás, en forma por demás pacífica, había sostenido que un requisito *sine qua non* para declarar la caducidad de un contrato, es que el mismo se encuentre vigente y en ejecución, exigencia que resulta plenamente acorde con la naturaleza de dicha figura jurídica, que consiste precisamente, en la terminación unilateral y anticipada de un contrato por parte de la administración, cuando se dan las razones legalmente consagradas para el ejercicio de esta facultad excepcional, lo que descarta su ejercicio cuando el contrato ya ha terminado por cualquier otra causa, como lo es la finalización del negocio jurídico por el vencimiento de su plazo.

37. Por otra parte, no puede perderse de vista que el cambio jurisprudencial que se produjo con ocasión de la sentencia de unificación jurisprudencial, gira en torno a la competencia –en este caso, temporal- de las entidades estatales para ejercer facultades excepcionales dentro de los contratos que celebran, por lo que toca con el derecho de los administrados a que en sus actuaciones, la administración le dé plena aplicación al principio de legalidad, de origen constitucional –arts. 6, 121 y 122-, conforme al cual las autoridades sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizadas, lo que implica así mismo, que sus decisiones se produzcan dentro del ámbito territorial, funcional y temporal que se ha establecido para que ejerzan las funciones que les han sido atribuidas por la Constitución y la ley. No se puede olvidar que el principio de legalidad, junto al de responsabilidad, son los principales pilares de las garantías de los administrados frente al poder público y los jueces deben propender por su efectividad.

38. La anterior circunstancia, justifica plenamente la aplicación inmediata del nuevo criterio jurisprudencial, que obedece, como siempre que se produce un cambio en la jurisprudencia, a una nueva interpretación normativa que se considera más adecuada y ajustada a la ley, razón por la cual el argumento de la apelante no tiene la virtualidad de conducir a la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto de caducidad del contrato, que como ya se explicó, fue expedido en forma extemporánea por el INVÍAS.

**La liquidación unilateral del contrato**

39. Por disposición legal –art. 60, Ley 80 de 1993-, 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, dentro del término fijado en el pliego de condiciones o en su defecto, dentro de los 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.

40. Por su parte, el artículo 61 de la Ley 80 de 1993 –vigente para la época de los hechos[[19]](#footnote-19)-, dispone que si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado, susceptible del recurso de reposición.

41. De acuerdo con la cláusula décimo novena del contrato, éste debía ser liquidado de conformidad con los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, dentro de los 4 meses siguientes a su vencimiento o a la expedición del acto administrativo que ordenara su terminación o a la fecha del acuerdo que la dispusiera; y la liquidación se iniciaría *“a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a la ocurrencia de los eventos señalados anteriormente”*. Si el CONTRATISTA no se presentare para efectos de la liquidación del contrato o las partes no llegaren a ningún acuerdo, el INVÍAS procedería a su liquidación unilateral, por medio de resolución motivada –párrafo 8.1-.

42. De acuerdo con lo anterior, las partes acordaron expresamente un término máximo de 6 meses para la liquidación de común acuerdo, pues si bien aludieron al plazo de 4 meses que trae el estatuto de contratación, también estipularon que el mismo debía iniciarse a más tardar dentro de los 2 meses siguientes a la terminación del contrato por cualquier causa.

43. Se observa que el estatuto de contratación no estableció el término dentro del cual la entidad debía proceder a liquidar unilateralmente el contrato cuando se daban las condiciones para ello, pero este defecto fue suplido por el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo –modificado por el art. 44 de la Ley 446 de 1998-, norma conforme a la cual la entidad tiene 2 meses para liquidarlo unilateralmente una vez vencido el plazo convenido por las partes o en su defecto, del establecido por la ley.

44. Ahora bien, el *a-quo* consideró que el acto de liquidación unilateral del contrato también estaba viciado de incompetencia temporal, pues se produjo cuando había vencido el plazo de 2 meses con que contaba la entidad para hacerlo, luego de transcurridos los 4 meses legales para la liquidación de común acuerdo –párrafo 5-.

45. La Sala no comparte este criterio, toda vez que el plazo de 2 meses para la liquidación unilateral del contrato cuando no fuera posible hacerlo de común acuerdo por las partes, fue establecido por el Código Contencioso Administrativo para efectos de contabilizar el término de caducidad de la acción de controversias contractuales[[20]](#footnote-20), por lo cual el hecho de que transcurra ese plazo sin que la entidad haya utilizado esa facultad unilateral, no significa que pierda su competencia para hacerlo y por lo tanto, podrá liquidar unilateralmente el contrato, aún después de los 2 meses a los que alude la norma, siempre que lo haga dentro del término de caducidad de la acción contractual, que es de 2 años y en tanto no le haya sido notificada demanda en la que se hubiere pedido al juez la liquidación del contrato.

46. Al respecto, *“(…) ha precisado la Sala que dicho término no es perentorio, vale decir, que* ***pasados ahora 6 meses*** *de haberse vencido el plazo del contrato sin que éste se haya liquidado no se pierde competencia para hacerla. Pueden practicarla los contratantes por mutuo acuerdo o la administración unilateralmente, ya que el fin último es que el contrato se liquide y se definan las prestaciones a cargo de las partes (...)”.*[[21]](#footnote-21)

47. En el presente casocomo ya se dijo, el contrato de obra celebrado por las partes se terminó el 15 de julio de 2003 y por tratarse de un típico contrato de tracto sucesivo, era susceptible de ser liquidado, para lo cual, las partes acordaron un plazo de 6 meses, para hacerlo de común acuerdo, lo que no sucedió; en consecuencia, la entidad tenía legalmente otros 2 meses para hacerlo en forma unilateral, es decir hasta el 15 de marzo de 2004, fecha a partir de la cual, de acuerdo con lo establecido en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA, empezó a correr el término de caducidad de la acción de controversias contractuales, el cual por lo tanto, vencía el 15 de marzo de 2006.

48. El INVÍAS liquidó unilateralmente el contrato de obra 0694 de 2001, a través de la Resolución n.o 001740 del 2 de mayo de 2005, lo que significa que expidió el acto administrativo en el transcurso del término de caducidad de la acción, lo que significa, de acuerdo con lo expuesto en párrafos anteriores, que contrario a lo determinado por el *a-quo* en la sentencia impugnada, para el momento en que lo hizo, la entidad sí tenía competencia temporal para liquidar en forma unilateral el negocio jurídico.

49. No obstante lo anterior, la Sala considera que, aunque por distintas razones, hay lugar a declarar la nulidad parcial del acto administrativo de liquidación unilateral. En efecto, se observa que en dicho acto, la administración incluyó descuentos al contratista por los siguientes conceptos: i) $ 436 123 085, correspondientes al saldo por amortizar del anticipo entregado mediante el contrato adicional n.o 3, según lo dispuesto en el acto de caducidad; ii) $ 91 181 194, por la efectividad de la cláusula penal pecuniaria que se ordenó como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato y $ 172 073 191,07, por concepto del mayor valor pagado por obra, ajustes e IVA –párrafo 8.7-.

50. Al respecto, se observa que en virtud de la declaratoria de nulidad del acto de caducidad del contrato que se decide en el presente proceso, resultan improcedentes los descuentos ordenados en la misma y que fueron relacionados en el acto de liquidación unilateral por la administración, razón por la cual deberá declararse la nulidad parcial de este acto, en cuanto los incluyó en el corte de cuentas.

51. En relación con los descuentos ordenados por concepto de mayor valor pagado por obra, ajustes e IVA, que fueron por un monto de $ 172 073 191,07, la Sala no halló en el plenario prueba de que estos rubros hayan sido indebidamente contemplados en la liquidación del contrato, por no corresponder a cantidades realmente debidas por el contratista a la entidad por tratarse de un mayor valor pagado a su favor y que surgieron como consecuencia del trabajo liquidatorio. En consecuencia, no hay lugar a ordenar a la entidad demandada la devolución de dicha suma.

**Conclusión**

52. Como consecuencia de lo expuesto, quedó acreditado que el acto de caducidad del contrato de obra 694 de 2001 fue ilegal por falta de competencia temporal para su expedición y que el acto de liquidación unilateral es parciamente nulo, en la parte que ordenó los descuentos derivados de la declaratoria de caducidad; en consecuencia, la sentencia de primera instancia debe ser modificada y así lo ordenará la Sala.

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

# F A L L A

**MODIFÍCASE** la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó el 3 de marzo de 2011, la cual quedará así:

**PRIMERO: DECLÁRASE** la nulidad de las Resoluciones n.o 01202 del 30 de marzo y 4342 del 5 de octubre de 2004, por medio de las cuales el INVÍAS declaró la caducidad del contrato 694 de 2001.

**SEGUNDO:** **DECLÁRASE** la nulidad parcial de las Resoluciones n.o 1740 y 3522 de 2005, por medio de las cuales el INVÍAS liquidó unilateralmente el contrato 0694 de 2001.

**TERCERO: DECLÁRASE** que la sociedad Asfaltando Ltda. y la sociedad Agrícola de Seguros S.A. –hoy Seguros Generales Suramericana S.A.-, no están obligados a pagar las sumas de $ 436 123 085 y $ 91 181 194, por concepto del saldo de anticipo por amortizar y la cláusula penal pecuniaria, respectivamente, según se ordenó en el acto que declaró la caducidad del contrato 0694 de 2001.

**CUARTO: ORDÉNESE** que, en caso de que la sociedad Asfaltando Ltda. y/o la sociedad Agrícola de Seguros S.A. –hoy Seguros Generales Suramericana S.A., hayan cancelado total o parcialmente las sumas referidas en el numeral anterior, las mismas les sean reembolsadas por el Instituto Nacional de Vías INVÍAS.

**QUINTO: NIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO:** Sin costas, por no aparecer acreditadas.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

## CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

**Magistrada**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Presidente de la Sala**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

1. Mediante auto del 28 de febrero de 2008, corregido por auto del 5 de marzo de 2009, se decretó la acumulación de los procesos 2004-00974, 2004-0972, 2003-00818, 2005-0998 y 2005-1112 (f. 374, c. 1 del expediente2003-00818 y f. 204, c. 1 del expediente 2004-0972). [↑](#footnote-ref-1)
2. El artículo 129 del C.C.A modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, establece que el Consejo de Estado conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Por su parte, el artículo 132 del mismo código, modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, establece que los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los asuntos referentes a contratos de las entidades estatales cuando la cuantía exceda de 500 S.M.L.M.; en el presente caso, las pretensiones de la demanda ascienden a $ 436 123 086 por concepto de la efectividad de la garantía única de cumplimiento con cargo al amparo de anticipo, más $ 91 181 194, por la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, con cargo a la garantía de cumplimiento del contrato, expedidas por Agrícola de Seguros S.A. [↑](#footnote-ref-2)
3. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. En el presente caso, se tendrán en cuenta los documentos presentados en copias simples, con fundamento en lo dispuesto por la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció su admisibilidad, siempre que no hayan sido objetados o tachados de falsedad o que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas; así mismo, la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 30 de septiembre de 2014, expediente 11001-03-15-000-2007-01081-00 (REV), C.P. Alberto Yepes Barreiro. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consta en acta de suspensión temporal de la ejecución del contrato a partir del 27 de noviembre y hasta el 31 de diciembre de 2002, la cual se produjo a solicitud del contratista, quien manifestó que se requerían recursos para cumplir las metas físicas objeto del contrato, con lo cual estuvieron de acuerdo la interventoría y la supervisora del mismo. Se acordó que si llegada la fecha de reanudación el Instituto no contaba con los recursos para continuar las obras, se procedería a la liquidación del contrato y que durante la suspensión, el contratista dispondría libremente de los equipos y demás recursos asignados al proyecto, sin que la entidad asumiera ningún riesgo u obligación por mayor permanencia en obra, stand-by de equipos o personal de administración. Se dejó constancia de que el contratista había manifestado en forma libre y espontánea que esa suspensión no generaba indemnizaciones, lucro cesante, daño emergente ni reclamaciones por sobrecostos en beneficio del contratista y que renunciaba expresamente a reclamar judicial o extrajudicialmente los mayores costos generados por lucro cesante y/o daño emergente, desequilibrios económicos por interrupción de secuencias constructivas, por stand-by de equipos y maquinarias, por disponibilidad de personal, equipos y maquinarias, por mayor cantidad de desplazamientos y/o transporte de maquinaria, equipo o personal, o por mayor permanencia y disposición de la infraestructura propia de la empresa (f. 37, c. 1 y f. 176, c. 2, exp. 2004-00972). [↑](#footnote-ref-4)
5. Obra certificación de los jefes de Tesorería y Contabilidad de INVÍAS sobre el pago de esta suma al contratista (f. 250, c. 2, exp. 2004-00972). [↑](#footnote-ref-5)
6. “*Al respecto, la Subsección reitera que a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia–, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión con las propias consideraciones del recurrente, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C., a cuyo tenor: // <<La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y* ***por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso****, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla> (Negrillas adicionales). // En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los expresamente planteados por el recurrente, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”. // Así pues, cuando la ley lo exija, el recurrente debe señalar en forma oportuna, esto es dentro de los términos establecidos por las normas, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez. La exigencia legal de que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia deba sustentarse no es, en consecuencia, una simple formalidad irrelevante para el proceso, por lo cual su inobservancia acarrea la declaratoria de desierta y, por contera, la ejecutoria de la providencia que se recurre (artículo 212 C.C.A.)”.* Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de marzo de 2012, expediente 21862, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 1979, expediente 1485 [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 1986, actor: Actor: Sociedad Ingeniería Explotaciones y Pavimentos Ltda., C.P.: Carlos Betancur Jaramillo, reiterada en sentencia del 29 de enero de 1988, expediente 3615, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de septiembre de 1987, expediente 3129, C.P. Julio César Uribe Acosta, reiterada en sentencia del 29 de enero de 1988, expediente 3615, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de abril de 1992, expediente 6491, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 1999, expediente 10264, C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, auto del 29 de junio de 2000, expediente 16756 y sentencia del 18 de marzo de 2004, expediente 15936, ambos del C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-12)
13. ***“Artículo 271. Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia.*** *Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público. // En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso (…)”.* [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de julio de 2012, expediente 15024, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-14)
15. [9] *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 3 de abril de 2014, radicación 18001-23-31-000-2009-00249-01(18881), Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez”*. [↑](#footnote-ref-15)
16. [10] *“Ibídem”.* [↑](#footnote-ref-16)
17. [11] *“Corte Constitucional, auto 013/97, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo”.* [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, auto del 14 de septiembre de 2016, expediente 39691, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-18)
19. El artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 derogó el artículo 61 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-19)
20. De acuerdo con lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 136 del CCA, el término de caducidad de la acción contractual en aquellos contratos susceptibles de liquidación, empieza a contabilizarse una vez el contrato se liquida -de común acuerdo, dentro de los 4 meses siguientes a su terminación o unilateralmente, dentro de los 2 meses siguientes al vencimiento del término para hacerlo en forma bilateral-; y si el contrato no es liquidado dentro de estos plazos, una vez corren los 2 meses para que la entidad lo haga en forma unilateral, empezarán a correr los 2 años para presentar la demanda. Es decir que, en total –si las partes no dispusieron otra cosa- serán 6 meses para liquidar el contrato, terminados los cuales empieza a correr el término de caducidad de la acción. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de agosto de 2001, expediente 14384, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; citada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de julio de 2013, expediente 26937, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En fecha más reciente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de marzo de 2015, expediente 29430, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de junio de 2016, expediente 39665, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E), en la cual se dijo: *“(…) 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 la administración dispone de 4 meses para efectuar la liquidación bilateral, en caso de no realizarse así 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 para que opere la caducidad de la acción contractual”.*. [↑](#footnote-ref-21)