**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES - Noción**

En esos términos vale la pena precisar que las cláusulas o estipulaciones excepcionales, son aquellas, por definición legal ajenas al derecho común, consistentes en: la terminación, interpretación y modificación unilaterales cuya inclusión resulta forzosa en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituye monopolio estatal, en los de prestación de servicios públicos, en los de explotación y concesión de bienes del Estado y en los de obra, y de no ser incluidas se entienden incorporadas por ministerio de la Ley; por su parte en los contratos de suministro y de prestación de servicios es facultativo pactar dichas clausulas.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES - Aplicación - Convenios de cooperación científica y técnica**

Sin embargo, el parágrafo único del artículo 14 del Estatuto Contractual, le dio un carácter especial a los convenios de cooperación científica y técnica, criterio ratificado jurisprudencialmente, al proscribir en los mismos el uso de las clausulas o estipulaciones excepcionales en los siguientes términos: “… En los contratos que se celebren con personas publicas internacionales o de cooperación ayuda o asistencia; en los interadministrativos, en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2° de este artículo, o que tengan por objeto directo el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de cláusulas o estipulaciones excepcionales (Destaca la Sala).

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Operación administrativa - Facultades excepcionales de la administración**

Cuando se trata de liquidación del contrato se está haciendo referencia directa a una operación administrativa que sobreviene de la finalización normal o anormal de todos los contratos en que por ministerio de la Ley o por la naturaleza del contrato sea indispensable hacerla, con el fin de establecer el estado de las relaciones obligacionales del acuerdo, la cual, en principio, es amigable, pero si ello no es posible la administración conserva la prerrogativa de hacerlo de manera unilateral a través de una acto administrativo. Luego se trata de una prerrogativa legal, distinta a las cláusulas excepcionales, por cuanto aquella parte de la existencias de norma impuestas a las entidades estatales, y que existen en todos los contratos, siempre y cuando se den los supuestos de la norma, luego no es posible que la Administración se sustraiga al cumplimiento de ellas, por cuanto tal cosa implicaría un desconocimiento flagrante de la Ley.

**ACTO ADMINISTRATIVO - Liquidación del contrato - Nulidad - Facultades excepcionales de la administración - Cosa juzgada - Efectos erga omnes**

la Sala se inhibirá para pronunciarse sobre las pretensiones principales de la demanda por presentarse el fenómeno de la cosa juzgada, excepción que se decretará de oficio, y modificará la sentencia apelada en este punto. Es cierto que en el presente proceso se pretende también la declaratoria de nulidad de la resolución 0166 de febrero de 2001, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación presentado por la actora en contra de la Resolución 01163 de 2000, confirmando las decisiones allí tomadas. Sin embargo, dado que la Sala deberá inhibirse para dictar sentencia sobre la Resolución 01163 de 2000 respecto de los cargos resueltos en el proceso cuyo fallo hizo tránsito a cosa juzgada, también lo debe hacer, respecto de los mismos cargos, frente al acto que resolvió su impugnación, Resolución 0166 de 2001. (…) En este orden, dado que las pretensiones de nulidad que hoy se invocan, relacionadas con el aparente ejercicio de una facultad excepcional por el SENA al liquidar el contrato y la existencia de cláusula compromisoria, ya quedaron resueltas en la citada sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Sala se inhibirá para pronunciarse sobre ellas por presentarse el fenómeno de la cosa juzgada, excepción que se decretará de oficio.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá D.C., tres (3) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2002-00894-02(30729)**

**Actor: SOCIEDAD GESTIÓN Y DESARROLLO**

**Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)**

**Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Procede la Sala[[1]](#footnote-1) a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Gestión y Desarrollo contra la sentencia del 27 de enero de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual esa Corporación resolvió denegar las súplicas de la demanda.

**ANTECEDENTES**

1. **La demanda**

La parte actora presentó, el día 24 de abril de 2002, demanda de controversias contractuales en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA -, establecimiento público del orden nacional, solicitando se le reconocieran las siguientes pretensiones:

***PRIMERA: DECRÉTESE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 01163 PROFERIDA EL DÍA VEINTISIETE (27) DE OCTUBRE DE DOS MIL (2000)*** *y notificada personalmente el día veintisiete (27) de noviembre del mismo año, mediante la cual el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA- procedió a liquidar en forma unilateral el Convenio No. 00021 del veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) suscrito con la UNIÓN TEMPORAL AENE CONSULTORÍA S.A. y GESTIÓN Y DESARROLLO LTDA. sin tener competencia para ello, toda vez que el Convenio no contenía cláusulas exorbitantes, su liquidación era de mutuo acuerdo y en caso de divergencias irreconciliables conforme a lo dispuesto por la cláusula decimonovena del mismo, éstas obligatoriamente debían resolverse por un Tribunal de Arbitramento.*

***SEGUNDA: DECRÉTESE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 00176 PROFERIDA EL DÍA VEINTIOCHO (28) DE FEBRERO DE DOS MIL UNO (2001)*** *y notificada personalmente el día ocho (08) de marzo del mismo año, por medio de la cual el SENA resolvió el recurso de reposición interpuesto por GESTIÓN Y DESARROLLO S.A. contra la resolución descrita en la pretensión anterior.*

***TERCERA: DETERMÍNESE A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*** *que la sociedad GESTIÓN Y DESARROLLO S.A. no está obligada a pagar o restituir suma alguna de dinero como consecuencia de la LIQUIDACIÓN UNILATERAL del Convenio No. 00021 del veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) efectuada conforme a las resoluciones impugnadas.*

***CUARTA: DECLÁRESE*** *que las divergencias presentadas entre las partes en la liquidación del Convenio deben someterse a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, conforme a la cláusula decimonovena del Convenio No. 00021 de mil novecientos noventa y siente (1997), es decir, para que allí se decida el tema relacionado con la liquidación del mencionado Convenio.*

***QUINTA: CONDÉNESE*** *en costas a la parte demandada.*

Como pretensiones subsidiaras, elevó las siguientes:

***PRIMERA: DECRÉTESE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 01163 PROFERIDA EL DÍA VEINTISIETE (27) DE OCTUBRE DE DOS MIL (2000)*** *y notificada personalmente el día veintisiete (27) de noviembre del mismo año, mediante la cual el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-, quien al liquidar en forma unilateral el Convenio No. 00021 del veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y siente (1997) suscrito con la UNIÓN TEMPORAL AENE CONSULTORÍA S.A. y GESTIÓN Y DESARROLLO S.A., motivó falsamente su decisión, vulneró el principio de garantía de los particulares e incumplió lo que se había establecido en el Convenio No. 00021 del veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) en cuanto a la forma de remuneración del mismo.*

*SEGUNDA: DECRÉTESE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 00176 PROFERIDA EL VEINTIOCHO (28) DE FEBRERO DE DOS MIL UNO (2001) y notificada personalmente el día ocho (08) de marzo del mismo año, por medio de la cual el SENA resolvió el recurso de reposición interpuesto por GESTIÓN Y DESARROLLO S.A. contra la resolución descrita en la pretensión anterior.*

*TERCERA: DETERMÍNESE A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO que la sociedad GESTIÓN Y DESARROLLO S.A. tiene derecho a que se liquide el contrato en los siguientes términos (…)*

***RESÚMEN:***

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | ***DESCRIPCIÓN*** | ***AENE CONSULTORÍA S.A.*** | ***GESTIÓN Y DESARROLLO S.A.*** | ***TOTAL*** |
| ***A*** | *Aporte SENA* | *2.327.586.00* | *775.862.000* | *3.103.448.00* |
| ***B*** | *Costo proyecto* | *2.166.956.137.* | *794.459.346* | *2.961.415.483* |
| ***C*** | *Valor ya desembolsado por el SENA* | *1.978.447.100* | *659.482.700* | *2.637.930.800* |
| ***D*** | *Valor a reintegrar por intereses* | *3.217.639* | *2.107.435* | *5.325.074* |
| ***E*** | *Saldo por pagar a la firma (B-C-D)* | *185.290.398* | *132.869.211* | *318.159.609* |
| ***F*** | *Valor presupuestado último pago* | *349.137.900* | *116.379.300* | *465.517.200* |

*Es de aclarar que como la sociedad GESTIÓN Y DESARROLLO S.A. aceptó no superar el valor presupuestado por dicha firma para el último desembolso, entonces aportó la diferencia de DIECISÉIS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL NOVCIENTOS ONCE PESOS (16.489.911,00) como contrapartida adicional.*

***CUARTA: DECLÁRESE*** *como consecuencia de lo anterior, que el SENA es responsable de los perjuicios materiales irrogados a la sociedad GESTIÓN Y DESARROLLO S.A: en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que dan cuenta los hechos.*

***QUINTA: CONDÉNESE*** *al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- al pago de los perjuicios materiales discriminados así:*

1. ***DAÑO EMERGENTE***
2. *Por la suma de CIENTO DIECISÉIS MILLONES TRECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRECIENTOS PESOS ($116.397.300.00) equivalente al saldo del Convenio no entregado en oportunidad por parte del SENA.*

*b.Por la pérdida de good will, por un valor de CIENTO SETENTA Y SIETE MILLONES DE PESOS ($177.000.000) o la que determinen los peritos.*

1. ***LUCRO CESANTE***
2. *Por la suma de OCHENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS VEINTIOCHO MIL SEICIENTOS CUATRO PESOS CON TREINTA CENTAVOS ($83.228.604.30), por concepto de lo que la sociedad GESTIÓN Y DESARROLLO S.A. dejó de percibir al no poder invertir los dineros correspondientes al último pago del Convenio No. 00021, o lo que se determine pericialmente, y hasta el momento del pago por parte del SENA. Al veintiocho (28) de febrero de dos mil dos (2002) hasta la fecha en que el SENA efectué el pago del último desembolso:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ***CÁLCULO DE INTERESES CORRIENTE VALOR BASE $116,379,300,00*** | | | |
|
| ***FECHA*** | ***ICA*** | ***ICM*** | ***INTERÉS ($)*** |
| *31-ene-99* | *45.49%* | *3.17%* | *3.693.646.85* |
| *28-feb-99* | *42.39%* | *2.99%* | *3.478.333.37* |
| *31-mar-99* | *39.76%* | *2.83%* | *3.292.268.06* |
| *30-abr-99* | *33.57%* | *2.44%* | *2.841.349.78* |
| *31-may-99* | *31.14%* | *2.28%* | *2.659.079.37* |
| *30-jun-99* | *27.46%* | *2.04%* | *3.377.066.17* |
| *31-jul-99* | *24.22%* | *1.82%* | *2.122.523.80* |
| *31-ago-99* | *26.25%* | *1.96%* | *2.282.707.00* |
| *30-sep-99* | *26.21%* | *1.95%* | *2.263.892.66* |
| *31-oct-99* | *26.96%* | *2.01%* | *2.338.174.75* |
| *30-nov-99* | *25.70%* | *1.92%* | *2.239.542.13* |
| *30-dic-99* | *24.22%* | *1.82%* | *2.122.523.80* |
| *31-ene-00* | *22.40%* | *1.70%* | *1.976.857.96* |
| *28-feb-00* | *19.46%* | *1.49%* | *1.737.303.43* |
| *31-mar-00* | *17.45%* | *1.35%* | *1.570.395.96* |
| *30-abr-00* | *17.87%* | *1.38%* | *1.605.487.36* |
| *31-may-00* | *17.90%* | *1.38%* | *1.607.989.51* |
| *30-jun-00* | *19.77%* | *1.51%* | *1.762.815.91* |
| *31-jul-00* | *19.44%* | *1.49%* | *1.735.655.37* |
| *31-ago-00* | *19.92%* | *1.53%* | *1.775.138.94* |
| *30-sep-00* | *22.93%* | *1.74%* | *2.019.480.93* |
| *31-oct-00* | *23.08%* | *1.75%* | *2.031.513.45* |
| *30-nov-00* | *23.80%* | *1.80%* | *2.089.083.08* |
| *30-dic-00* | *23.69%* | *1.79%* | *2.080.307.62* |
| *31-ene-01* | *24.16%* | *1.82%* | *2.117.752.90* |
| *28-feb-01* | *26.03%* | *1.95%* | *2.265.461.78* |
| *31-mar-01* | *25.11%* | *1.88%* | *2.193.045.09* |
| *30-abr-01* | *24.83%* | *1.87%* | *2.170.908.33* |
| *31-may-01* | *24.24%* | *1.83%* | *2.124.113.62* |
| *30-jun-01* | *25.17%* | *1.89%* | *2.197.782.78* |
| *31-jul-01* | *26.08%* | *1.95%* | *2.269.383.57* |
| *31-ago-01* | *24.25%* | *1.83%* | *2.124.908.45* |
| *28-sep-01* | *23.06%* | *1.74%* | *2.029.909.89* |
| *31-oct-01* | *23.22%* | *1.76%* | *2.042.731.68* |
| *30-nov-01* | *22.98%* | *1.74%* | *2.023.493.27* |
| *30-dic-01* | *22.48%* | *1.70%* | *1.983.302.40* |
| *31-ene-02* | *22.81%* | *1.73%* | *2.009.845.14* |
| *28-feb-02* | *22.35%* | *1.70%* | *1.972.828.14* |
| *TOTAL INTERESES GENERADOS 83.228.604.30* | | | |
| *ICA: Interés Correinte Anual* | | | |
| *ICM: Interés Corriente Mensual* | | | |

1. *Por la suma de SEISCIETOS SETENTA Y TRES MILLONES DE PESOS ($673.000.000.00) o la que se determine parcialmente, por concepto de la pérdida de oportunidad de la sociedad GESTIÓN Y DESARROLLO LTDA. ocasionada por el incumplimiento en el pago del último desembolso, conforme a los hechos que sirven de causa.*

***SEXTA: DECLÁRESE*** *que sobre las sumas reclamadas se debe reconocer su indexación.*

***SÉPTIMA: CONDÉNESE*** *en costas a la parte demandada*

Los hechos en los que se fundamentó la demanda pueden resumirse de la siguiente forma:

Las sociedades AENE CONSULTORÍA S.A. y GESTIÓN Y DESARROLLO LTDA. suscribieron, el 26 de noviembre de 1997, el Convenio No. 00021 llamado “*Convenio Especial de Cooperación para Programas de Competitividad y Desarrollo Tecnológico Productivo*”.

El objeto del citado convenio, conforme a su cláusula primera, fue dispuesto de la siguiente manera: “*Mejorar la competitividad y el desarrollo tecnológico en el sector energético, mediante la ejecución de un programa de capacitación laboral para el desarrollo sostenible y mejorar la competitividad de las empresas propietarias de Generación Termoeléctrica, a través de un programa de formación gerencial, comercial, técnica, ambiental y administrativa, en dichas plantas de generación eléctrica, tendiente a modernizar los procedimiento de operación y mantenimiento de las mismas*”.

Las obligaciones tanto de la UNIÓN TEMPORAL como las del SENA se establecieron en el Convenio No. 00021 en las cláusulas tercera y cuarta, respectivamente.

Para la realización del descrito Convenio, las partes se obligaron a aportar la suma total de TRES MIL SEISCIENTOS VEINTE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS ($3.620.689.379.00), así: el SENA el 87.5% y el restante la Unión Temporal.

Se estableció que en el evento que entre el SENA y el conviniente (o sea, la UNIÓN TEMPORAL) no pudieran resolver en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, por razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y/o **liquidación del mismo**, su resolución quedaba en manos de un Tribunal de Arbitramento (cláusula décima novena).

Para el caso específico de la liquidación, se estableció que el Convenio se liquidaría al momento de requerirse de común acuerdo por las partes, conforme a lo dispuesto en la cláusula vigésima del Convenio.

La Interventoría, al presentar el proyecto de acta de liquidación, consignó en que el objeto del contrato se había cumplido plenamente. Así, manifestó que:

El desarrollo del Convenio cumplió el objetivo trazado en el mismo, ya que a partir de las diferentes actividades realizadas con el personal de las plantas objetivo, se logró mejorar las condiciones de competencia de cada empresa y planta, según se puede observar en las Actas de Terminación de Actividades e Informe Final del Ejecutor. Adicionalmente con los diferentes productos obtenidos en el Convenio se logró dotar al SENA de material para prestar un servicio de capacitación permanente al sector eléctrico colombiano en un área donde siendo necesario, no había un agente que permitiera este contenido…

Después de pasados 2 años desde la suscripción de la última acta de terminación de actividades del Convenio No. 00021 del 26 de noviembre de 1997 y como consecuencia de la carta enviada a la Contraloría General de la República, el día 3 de 2000, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA- le remitió a GESTIÓN Y DESARROLLO S.A. el proyecto de Acta de Liquidación del Convenio No. 00021 elaborada por dicha Entidad, mediante comunicación No. 6060-27472 de esa misma fecha.

Como finalmente no hubo un acuerdo entre las partes, el SENA mediante Resolución No. 01163 del 27 de octubre de 2000 procedió a liquidar unilateralmente el Convenio No. 00021 del 26 de noviembre de 1997, y determinó que la sociedad GESTIÓN Y DESARROLLO S.A. estaba obligada a reintegrarle la suma de TRECIENTOS OCHENTA MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS ($380.838.583.00), por concepto de los aportes entregados por el SENA a dicha sociedad por rendimientos financieros.

La anterior resolución fue notificada personalmente al Gerente y Representante de la Sociedad GESTIÓN Y DESARROLLO S.A., el día 27 de noviembre de 2000.

La sociedad GESTIÓN Y DESARROLLO S.A. interpuso dentro del término legal el recurso de reposición contra la citada Resolución, el día 4 de diciembre de 2000, en el que argumentaba entre otras cosas, la ilegalidad del acto, falsa motivación del mismo, desconocimiento de las disposiciones sustanciales que tratan del manejo de los recursos del convenio e inobservancia de requisitos procedimentales y formales.

También la sociedad AENE CONSULTORÍA S.A. interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 01163 del veintisiete (27) de octubre de dos mil (2000), el día cinco (5) de diciembre de dos mil (2000), en el que argumentó, entre otras cosas, lo siguiente: “*Y es que la entidad no puede, so pena de ver seriamente comprometida su responsabilidad, desconocer el alcance de documentos como el memorando No. 0578 del 11 de marzo de 1999, mediante el cual, el Jefe de la División del Sector Industria y Construcción (A) informa que una vez evaluado los productos entregados en el marco del convenio materia de liquidación, la ejecución total del mismo asciende a un 90.36% y el presupuesto total cabalmente ejecutado alcanza la cantidad de $3.271.341.075, todo lo cual se contradice abiertamente con la cantidad presuntamente ejecutada que se refleja en la liquidación arbitrariamente propuesta*”.

El día 28 de febrero de 2001, el SENA resolvió mediante la Resolución No. 00176 el recurso de reposición interpuesto por la sociedad GESTIÓN Y DESARRLLO S.A. contra la Resolución No. 01163 del 27 de octubre de 2000, en la que decidió confirmar en todas sus partes la Resolución impugnada, quedando así agotada la vía gubernativa.

La anterior Resolución fue notificada personalmente al apoderado de la sociedad GESTIÓN Y DESARROLLO S.A., el día 8 de marzo de 2001.

En esa misma fecha, el SENA mediante la Resolución No. 00177 resolvió el recurso de reposición instaurado por la sociedad AENE CONSULTORÍA S.A., contra la Resolución No. 01163, en la que igualmente confirmó en todas sus partes la Resolución impugnada.

Teniendo en cuenta la situación fáctica expuesta, lo actores consideraron que con los actos atacados se vulneraron los artículos 2º, 29, 58, 90 y 116 de la Constitución Nacional, y los artículos 5 numeral 1º, 13, 14, 60, 61 y 70 de la Ley 80 de 1993, conforme a los cargos que se expondrán en el capítulo de consideraciones.

1. **Contestación de la demanda**

La parte demandada, después de aceptar unos hechos, negar otros y manifestar frente a los demás que se atenía a lo que se probara dentro del proceso, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Consideró que “*aunque las normas mencionadas como violadas, no son aplicables al asunto que da origen a la demanda, ya que por ser un convenio para el desarrollo tecnológico se rige por la Ley 29 del 27 de febrero de 1990 y su decreto reglamentario 393 de febrero 8 de 1994, y supongo que el H. Tribunal examinará los cargos ya que conllevan aspectos de carácter económico y jurídico*”.

Manifestó que el actor no cumplió a cabalidad con las obligaciones a su cargo. Indicó que “*a pesar de la larga lista de hechos narrados por el actor (120) en total, por ninguna parte está probado que la empresa demandante haya incurrido en gastos que no fueron cubiertos con cargo al aporte hecho por el Sena y menos está probado como pretende hacerlo ver su apoderado que por su incumplimiento en la ejecución del convenio se haya desmejorado su “good will” por el que ahora piden una millonaria indemnización*”.

Subrayó que “*el Sena tuvo que proceder a la liquidación del convenio por los reiterados incumplimientos de los representantes de las sociedades componentes de la Unión Temporal, en el expediente existen varias comunicaciones en los que se les invita a liquidar de manera amigable el convenio”. Y que el Sena “al verse lesionado por el incumplimiento en la ejecución del convenio y ante la negativa de los representantes de la Unión Temporal para liquidarlo, procedió a dictar el acto administrativo que revistiera mérito ejecutivo, con fundamento en el numeral 4 del artículo 68 del C.C.A*”.

También expresó que el pacto arbitral no era obligatorio pues era potestativo “*ya que la expresión contenida en la Cláusula Décima Novena del convenio es muy clara, no admite ninguna duda, dice podrán, no deberán*”.

Igualmente propuso las siguientes excepciones:

* Falta de competencia pues “*el Marco Legal que regula los convenios que celebran las entidades estatales para el* ***Fomento de la Investigación Científica y el Desarrollo Tecnológico*** *es la Ley 29 de 27 de febrero de 1990 y sus decretos reglamentarios, ente ellos están el decreto #393 de febrero 8/91 en cuyo artículo 7 numeral 5, se dispone expresamente que ésta clase de convenios se rigen por el derecho privado*”. Así las cosas, los jueces competentes para dirimir éste asunto son los Civiles del Circuito en primera instancia y no el H. Tribunal Administrativo.
* Caducidad de la Acción pues fue interpuesta 14 meses después de la notificación del acto que puso fin a la actuación administrativa cuando solo contaba con 4 meses al tratarse de la nulidad y restablecimiento del derecho frente a un acto administrativo.

1. **Alegatos de conclusión:**

Ambas partes reiteraron lo expuesto en el escrito de la demanda y de su contestación.

1. **La sentencia apelada**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia proferida el 27 de enero de 2005, denegó las súplicas de la demanda (folios 246 a 272 cuaderno principal).

Frente a las excepciones propuestas, manifestó que reiteraba, frente a la normatividad aplicable a los contratos estatales y en concreto a los convenios de cooperación, lo expuesto en el concepto de enero 24 de 2002 (rad. 1384) de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, donde se expresó que “*… el régimen de los convenios especiales de cooperación está constituido por el artículo 355 de la Constitución, la ley 80 de 1993 y las normas del decreto ley 393 de 1991 que no contraríen las disposiciones de ésta*”.

De esta manera, concluyó que no podía prosperar la citada excepción de falta de competencia pues *“…el hecho de aplicar las normas de derecho privado al referido convenio no significa que esta jurisdicción no pueda conocer del asunto en cuestión, si se tiene en cuenta que una de las partes es una entidad estata*l.” (Fl. 263 c. ppl)

Frente a la caducidad de la acción, el Tribunal recordó que si bien las pretensiones fueron enfocadas a la nulidad y al restablecimiento del derecho, lo anterior no era óbice para desconocer que el tema principal es una controversia contractual, con un término de caducidad de 2 años como lo consagra el artículo 136 del C.C.A.

Por lo anteriormente expuesto, no prosperó ninguna de las dos excepciones.

Frente al fondo del asunto, el *a quo* resolvió denegar las súplicas de la demanda por las siguientes razones:

En primer lugar, la Sala aclaró que las disposiciones de la Ley 29 de 1990 con sus decretos reglamentarios, donde se encuentra el 393 de 1991, se pueden aplicar siempre que no contraríen la Ley 80 de 1993.

Después, precisó el Tribunal el concepto de cláusula exorbitante para establecer que la figura de la liquidación unilateral del convenio no ha de entenderse como una clausula exorbitante o excepcional, concluyendo que la posición del actor de entender la liquidación como cláusula exorbitante era equivocada y adicionalmente que al “*no utilizar esta prerrogativa de la liquidación unilateral implicaría un desconocimiento de la ley”*, pues si bien se pactó por las partes que en un término de 4 meses se verificaría la liquidación, en dicho lapso de tiempo no se pusieron de acuerdo las partes, como quedó probado en el proceso por constancias de reuniones fallidas, lo que concluyó con la liquidación unilateral conforme a lo dispuesto por los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993.

Por lo expuesto, no prosperó el cargo, pues la liquidación unilateral se realizó en virtud de la ley.

Frente al cargo relacionado con la cláusula compromisoria pactada por las partes, la posición del Tribunal se direccionó en virtud de la literalidad de la cláusula decimonovena, toda vez que por su redacción se entiende que la participación o no participación de un tribunal de arbitramento no era obligatoria, todo lo contrario, era facultativa; por lo tanto, resaltó el Tribunal que “*era deber del SENA proceder a liquidar el Convenio suscrito entre el ente estatal y la sociedad demandante, mediante el correspondiente acto administrativo*…” (Fl. 267 c. ppl.)

Nuevamente subrayó que si bien los convenios especiales de cooperación científica y técnica están regulados por normas particulares y que en ellos se prescinde, conforme al artículo 14 de la Ley 80 de 1993, de la utilización de clausulas excepcionales, la facultad de liquidación no es una de ellas pues es una prerrogativa que deriva del artículo 61 de la Ley 80 de 1993. Así, no prosperó el cargo.

Frente al cargo en el que se planteó la vulneración al artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y 1602 del Código Civil por la resolución que liquidó unilateralmente el convenio y cambió el valor del aporte correspondiente al SENA, el Tribunal mencionó que lo que se estableció en el convenio como actividad 10 – capacitación en el exterior – concluyó con un excedente a favor del SENA, pues solamente se realizó en un 21,4%. Por esta razón, y en virtud de lo estipulado en la cláusula vigésima del convenio, dicho excedente debía ser devuelto a la entidad. Así, al incumplirse la ejecución mencionada no hubo una modificación de condiciones iniciales. También indicó que frente a la ejecución física de las actividades, quedó por ejecutar el 9.64% correspondiente a la actividad 10.

Por otro lado, señaló el *a quo* queen los soportes de gastos efectuados por los miembros de la Unión Temporal, no se llegó a un acuerdo total por no reunir estos los requisitos financieros ni contables legalmente exigibles.

Manifestó que otro punto relevante y relacionado con los gastos se refería al personal contratado, el cual, según la cláusula décimo cuarta del convenio, no era del resorte del SENA si no del CONVINIENTE, quien no aportó los documentos relativos al pago de EPS, ni certificados de ingresos y retenciones así como tampoco los requeridos para probar que los vinculados al convenio solamente lo estaban con la ejecución del mismo. Esto quedó probado en memorando n.º 26562 del Jefe de División de recursos Financieros, por eso no se reconoció el factor multiplicador que aplicaron los convinientes y no prosperó el cargo.

Frente a las demás pretensiones, el Tribunal reiteró lo dicho frente a los aludidos 3 cargos, mencionando nuevamente el incumplimiento de los demandantes por no ejecutar el convenio en su totalidad, lo que terminó en la liquidación unilateral del mismo y la orden de devolver el dinero que no se ejecutó.

Concluyó el tribunal diciendo que: “*Conforme con lo expuesto, se concluye que la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad de las resoluciones acusadas; por lo tanto, se degenerarán las pretensiones de la demanda*”.

1. **El recurso de apelación** (Fls. 274 – 278 c. ppl)

La parte actora, inconforme con la decisión del fallador de instancia, presentó y sustentó (folios 280 y 285 cuaderno principal), dentro del término estipulado en la Ley, recurso de apelación, reiterando la misma postura de la demanda, así:

a. La imposibilidad de una cláusula exorbitante en una figura contractual como el convenio.

b. La necesidad de efectuar la liquidación de mutuo acuerdo y en caso de no poder hacerlo de tal forma recurrir al Tribunal de Arbitramento en razón de la cláusula compromisoria.

c. El derecho a la no modificación del contrato durante su vigencia y a la remuneración estipulada.

d. Cambio unilateral del valor del Convenio por el cambio del aporte que le correspondía al SENA.

e. Finalmente, menciona que el factor multiplicador en ninguna cláusula del Convenio se tomó como método para determinar el valor del mismo.

1. **Alegatos de conclusión en segunda instancia**

La parte actora (Fls 295 – 301 c. ppl) se refirió a la nulidad de la resolución que liquidó unilateralmente el contrato por no contener el convenio cláusulas exorbitantes, por la necesidad de liquidar de mutuo acuerdo y en caso de no ser así acudir al tribunal de arbitramento.

Posteriormente, reiteró que el SENA “*…cambió de manera abrupta e injustificada el aporte que le correspondía hacer…*”. Así, puso de presente el derecho que tenía la demandante de recibir la remuneración pactada y concluyó lo expuesto en el recurso de apelación.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

**II. CONSIDERACIONES**

Previo a resolver el presente asunto, se hará un análisis de los presupuestos procesales (i) con el fin de determinar si hay lugar a acceder o no a las pretensiones formuladas (ii).

**I. Presupuestos procesales**

**1. Jurisdicción y competencia**

De conformidad con el artículo 82 del C.C.A., para que la jurisdicción administrativa conozca de un asunto debe verificarse que una de las partes del litigio o controversia sea de naturaleza pública. En este caso, se tiene que la entidad demandada es una entidad estatal: El SENA, establecimiento público del orden nacional.

**2. Competencia**

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, puesto que el numeral 1º del artículo 129 del C.C.A., con las modificaciones del artículo 37 de la Ley 446 de 1998, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos.

**3. Caducidad**

El acto contractual, cuya nulidad se depreca, fue demandado 14 meses después del momento en que cobró firmeza. Así, la liquidación unilateral del contrato cobró firmeza el día 8 de marzo de 2001 y la demanda se interpuso el día 24 de abril de 2002, es decir, dentro del término de dos años previstos para interponer de manera oportuna la acción de controversias contractuales.

**4. Legitimación en la causa**

La legitimación en la causa aparece demostrada en el plenario, porque ambas partes son extremos de la relación contractual cuestionada.

**5. De la cosa juzgada**

El inciso 2 del artículo 175 del CCA indica que la sentencia que niegue la nulidad de un acto administrativo tendrá efectos de cosa juzgada erga omnes pero sólo respecto de la *causa petendi* juzgada. Indica esta norma:

ARTÍCULO 175. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes.

**La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero sólo en relación con la causa petendi juzgada** (resaltado fuera de texto)**.**

Conforme al citado artículo, la Sala encuentra que se está en presencia del fenómeno de la cosa juzgada parcial, puesto que ya existe sentencia judicial, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 8 de septiembre de 2004 (exp. 012667) que resolvió definitivamente sobre la prosperidad de algunas de las pretensiones formuladas en la presente Litis pues hicieron parte de la *causa petendi* de otro proceso.

Así, se tiene acreditado que la firma AENE consultoría, quien junto con la actora integraban la Unión Temporal AENE y Gestión y Desarrollo, demandó la legalidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo hoy atacado, formulando gran parte de las mismas pretensiones sobre las cuales debe fallar la Sala y planteando de manera idéntica la mayoría de los cargos que el recurrente plantea ahora.

Veamos, con el propósito de verificar la identidad de las pretensiones formuladas en ambos procesos, las peticiones formuladas en aquel proceso:

|  |  |
| --- | --- |
| Pretensiones en el presente proceso | Pretensiones en el proceso (200102667) – actor: AENE S.A; demandado: SENA |
| ***PRIMERA: DECRÉTESE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 01163 PROFERIDA EL DÍA VEINTISIETE (27) DE OCTUBRE DE DOS MIL (2000)*** *y notificada personalmente el día veintisiete (27) de noviembre del mismo año, mediante la cual el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA- procedió a liquidar en forma unilateral el Convenio No. 00021 del veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) suscrito con la UNIÓN TEMPORAL AENE CONSULTORÍA S.A. y GESTIÓN Y DESARROLLO LTDA. sin tener competencia para ello, toda vez que el Convenio no contenía cláusulas exorbitantes, su liquidación era de mutuo acuerdo y en caso de divergencias irreconciliables conforme a lo dispuesto por la cláusula decimonovena del mismo, éstas obligatoriamente debían resolverse por un Tribunal de Arbitramento.*  ***SEGUNDA: DECRÉTESE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 00176 PROFERIDA EL DÍA VEINTIOCHO (28) DE FEBRERO DE DOS MIL UNO (2001)*** *y notificada personalmente el día ocho (08) de marzo del mismo año, por medio de la cual el SENA resolvió el recurso de reposición interpuesto por GESTIÓN Y DESARROLLO S.A. contra la resolución descrita en la pretensión anterior.*  ***TERCERA: DETERMÍNESE A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*** *que la sociedad GESTIÓN Y DESARROLLO S.A. no está obligada a pagar o restituir suma alguna de dinero como consecuencia de la LIQUIDACIÓN UNILATERAL del Convenio No. 00021 del veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) efectuada conforme a las resoluciones impugnadas.*  ***CUARTA: DECLÁRESE*** *que las divergencias presentadas entre las partes en la liquidación del Convenio deben someterse a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, conforme a la cláusula decimonovena del Convenio No. 00021 de mil novecientos noventa y siente (1997), es decir, para que allí se decida el tema relacionado con la liquidación del mencionado Convenio.*  ***QUINTA: CONDÉNESE*** *en costas a la parte demandada.*  Como pretensiones subsidiaras, elevó las siguientes:  **PRIMERA: DECRÉTESE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 01163 PROFERIDA EL DÍA VEINTISIETE (27) DE OCTUBRE DE DOS MIL (2000)** y notificada personalmente el día veintisiete (27) de noviembre del mismo año, mediante la cual el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-, quien al liquidar en forma unilateral el Convenio No. 00021 del veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y siente (1997) suscrito con la UNIÓN TEMPORAL AENE CONSULTORÍA S.A. y GESTIÓN Y DESARROLLO S.A., motivó falsamente su decisión, vulneró el principio de garantía de los particulares e incumplió lo que se había establecido en el Convenio No. 00021 del veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) en cuanto a la forma de remuneración del mismo.  SEGUNDA: DECRÉTESE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 00176 PROFERIDA EL VEINTIOCHO (28) DE FEBRERO DE DOS MIL UNO (2001) y notificada personalmente el día ocho (08) de marzo del mismo año, por medio de la cual el SENA resolvió el recurso de reposición interpuesto por GESTIÓN Y DESARROLLO S.A. contra la resolución descrita en la pretensión anterior.  **TERCERA: DETERMÍNESE A TÍTULO DE RESTABLECIEMIENTO DEL DERECHO** que la sociedad GESTIÓN Y DESARROLLO S.A tiene derecho a que se liquide el contrato en los siguientes términos. Esto es (cuadro que aparece arriba):  ***RESÚMEN(…)***  Es de aclarar que como la sociedad GESTIÓN Y DESARROLLO S.A. aceptó no superar el valor presupuestado por dicha firma para el último desembolso, entonces aportó la diferencia de DIECISÉIS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL NOVCIENTOS ONCE PESOS (16.489.911,00) como contrapartida adicional.  **CUARTA: DECLÁRESE** como consecuencia de lo anterior, que el SENA es responsable de los perjuicios materiales irrogados a la sociedad GESTIÓN Y DESARROLLO S.A: en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que dan cuenta los hechos.  **QUINTA: CONDÉNESE** al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- al pago de los perjuicios materiales discriminados así (…) (cuadro donde se realiza el cálculo de intereses corrientes):  **A.DAÑO EMERGENTE**  a.Por la suma de CIENTO DIECISÉIS MILLONES TRECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRECIENTOS PESOS ($116.397.300.00) equivalente al saldo del Convenio no entregado en oportunidad por parte del SENA.  b.Por la pérdida de *good will*, por un valor de CIENTO SETENTA Y SIETE MILLONES DE PESOS ($177.000.000) o la que determinen los peritos.  **B.LUCRO CESANTE**  a.Por la suma de OCHENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS VEINTIOCHO MIL SEICIENTOS CUATRO PESOS CON TREINTA CENTAVOS ($83.228.604.30), por concepto de lo que la sociedad GESTIÓN Y DESARROLLO S.A. dejó de percibir al no poder invertir los dineros correspondientes al último pago del Convenio No. 00021, o lo que se determine pericialmente, y hasta el momento del pago por parte del SENA. Al veintiocho (28) de febrero de dos mil dos (2002) hasta la fecha en que el SENA efectué el pago del último desembolso:  b.Por la suma de SEISCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES DE PESOS ($673.000.000.00) o la que se determine parcialmente, por concepto de la pérdida de oportunidad de la sociedad GESTIÓN Y DESARROLLO LTDA. ocasionada por el incumplimiento en el pago del último desembolso, conforme a los hechos que sirven de causa.  **SEXTA: DECLÁRESE** que sobre las sumas reclamadas se debe reconocer su indexación.  **SÉPTIMA: CONDÉNESE** en costas a la parte demandada | ***A.- PRINCIPALES***  ***1.-Sirvase decretar LA NULIDAD legal y constitucional DE LA RESOLUCIÓN No. 01163 PROFERIDA EL DÍA VEINTISIETE (27) DE OCTUBRE DE DOS MIL (2000)****, mediante la cual el servicio nacional de aprendizaje (SENA) procedió a liquidar en forma unilateral el Convenio No. 021 suscrito con la UNIÓN TEMPORAL Aene CONSULTORÍA S.A. - GESTIÓN Y DESARROLLO LTDA. sin tener competencia para ello, toda vez que el Convenio no contenía cláusulas exorbitantes, su liquidación era de mutuo acuerdo y en caso de divergencias irreconciliables conforme a lo dispuesto por la cláusula decimonovena del mismo, éstas obligatoriamente debían resolverse por un Tribunal de Arbitramento.*  ***2.- Sírvase decretar LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 0177 PROFERIDA EL DÍA 28 DE FEBRERO DE DOS MIL UNO (2001)*** *y notificada personalmente el día 20 de marzo del mismo año, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución descrita en la pretensión anterior.*  ***3. A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*** *se determine que la sociedad AENE CONSULTORÍA S.A., no está obligada a cancelar o restituir suma alguna de dinero como consecuencia de la LIQUIDACIÓN UNILATERAL del contrato, efectuada conforme a las resoluciones impugnadas.*  ***4****. Que se declare que las divergencias presentadas entre las partes en la liquidación del Convenio, deben someterse a la decisión de un Tribunal de Arbitramento conforme a la cláusula decimo novena del Convenio No. 021/97.*  ***5.-Que se condene*** *en costas a la parte demandada.*  ***B. SUBSIDIARIAS***  **1.- Sírvase decretar la nulidad DE LA RESOLUCIÓN No. 01163 PROFERIDA EL DÍA 27 DE OCTUBRE DE 2000,** mediante la cual el Servicio nacional de aprendizaje (SENA), quien al liquidar en forma unilateral el Convenio No. 021 suscrito con la UNIÓN TEMPORAL AENE CONSULTORÍA S.A. - GESTIÓN Y DESARROLLO S.A., motivó falsamente su decisión, al desconocer la aplicación del factor multiplicador reconocido tácitamente desde la aceptación de la oferta.  SEGUNDA: Sírvase decretar LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 00177 PROFERIDA EL día 28 DE FEBRERO DE 2001 y notificada personalmente el día 20 de marzo del mismo año, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución descrita en la pretensión anterior.  3. A título de restablecimiento se determine que la sociedad AENE CONSULTORIA S.A, tiene derecho a que se liquide el contratoen los siguientes términos. Esto es (…)  ***RESÚMEN(…)***  **4.** Como consecuencia de lo anterior, se declare que el SENA es responsable de los perjuicios materiales sufridos por la sociedad AENE CONSULTORÏA S.A, y se condene al pago de los mismos discriminados así:  **a.DAÑO EMERGENTE**  a.a. Por la suma de CIENTO OCHENTA Y CINCO ,ILLONES DOSCINETOS NOVENTA MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS ($185.290.398,00) equivalente al saldo del Convenio no entregado en oportunidad.  a.b.Por la pérdida de *good will*, por un valor de quinientos millones de pesos ($500000000) o la que determinen los peritos.  **b.LUCRO CESANTE**  Lo que la sociedad AENE CONSULTORIA S.A, dejó de percibir al no poder invertir los dineros así, o lo que se determine pericialmente (…)  Total la suma de ciento veintiséis millones setecientos treinta mil $ 126.730.912.00, novecientos doce mil pesos m.l  b. Por la suma de cuarenta y ocho millones cuarenta mil quinientos noventa y nueve pesos ($48.040.599.00) m.l. o la que establezcan los peritos, equivalente a los mayores costos en que incurrió la sociedad AENE CONSULTORÍA S.A., para la ejecución del convenio , originados en créditos Bancarios, los cuales se discriminan así: (…)  c.Por la suma de ciento seis millones ochocientos diez mil pesos, o la que establezca pericialmente ($105.835.000.oo) m.l, equivalentes a los Intereses de Mora por pagos de Impuestos derivados exclusivamente por la ejecución del Convenio y causados por el no recibo del último pago por parate del SENE, los cuales se discriminan así (…)  **5**.- Sírvase declarar que sobre las sumas reclamadas, se debe reconocer su indexación.  6.- Sírvase condenar a la demandada a las costas, expensas y agencias en derecho que se causen con motivo del juicio. |

Para verificar la identidad de cargos, procederemos a citar, de nuevo *in extenso*, los planteados en ambos procesos:

|  |  |
| --- | --- |
| Cargos contra los actos demandados en el presente proceso | Cargos contra los actos demandados en el proceso (200102667) – actor: AENE S.A; demandado: SENA |
| **1.2.1.- Artículo 29 de la Constitución Nacional.**  Menciona nuestro máximo ordenamiento jurídico dentro de la pirámide Kelseniana, que el debido proceso debe seguirse tanto en las actuaciones judiciales como administrativas. En nuestro caso en particular, debemos decir que el procedimiento legal en esta clase de situaciones DEBÍA ser el siguiente: Una vez ejecutado el Convenio No. 00021 del veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y siente (1997), las partes- SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA- y UNIÓN TEMPORAL AENE CONSULTORÍA S.A. Y GESTIÓN Y DESARROLLO LTDA.- debían de mutuo acuerdo suscribir el Acta de Liquidación del Convenio presentada por la firma interventora PLANER LTDA ., y, en caso de desacuerdo, tal y como se determinó en la cláusula décima octava, las partes deberían acudir a un Tribunal de Arbitraje para dirimir sus diferencias.  La Administración desconociendo la naturaleza del Convenio, el cual no contenía cláusulas exorbitantes, procedió a través de un trámite inocuo a efectuar la liquidación unilateral del contrato mediante la Resolución No. 01163 del veintisiete (27) de octubre de dos mil (2000) y a ratificar su posición a través de las Resoluciones No. 00176 y 00177 del veintiocho (28) de febrero de dos mil uno (2001), que resolvían los recursos de reposición instaurados por las sociedades GESTIÓN Y DESARROLLO S.A. y AENE CONSULTORÍA S.A. contra la Resolución No. 01163, dejándose así agotada la vía gubernativa.  Como podemos observar, en este evento se podía liquidar unilateralmente el Convenio No. 00021, por cuanto éste o contenía ninguna cláusula exorbitante que así lo determinase, y, de otra parte, dentro del Convenio expresamente se pactó una cláusula compromisoria o arbitral para la evacuación de la liquidación, en caso de desacuerdo en la misma.  Por lo tanto, consideramos que se está violando el artículo 29 de nuestra Carta Política al iniciarse un trámite distinto al establecido para la liquidación del Convenio, es decir, se llevó a cabo un trámite de vía gubernativa con su correspondiente agotamiento, pero sin que fuese procedente tal actuación.  **1.2.2.- Artículo 116 de la Constitución Nacional**  Consideramos que se ha violado la disposición constitucional señalada, por cuanto el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA- desconoció la cláusula compromisoria pactada y, por ende negó la posibilidad de convocatoria de una justicia privada que se encuentra perfectamente avalada por nuestra Carta Política. Así las cosas, el hecho de desconocer lo pactado en el Convenio No. 00021 del veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) referente a su invocación al momento del desacuerdo, lo que muestra que la Administración está desconociendo esta institución jurídica regulada constitucionalmente.  **1.2.3.- Artículo 14 de la Ley 80 de 1993.**  Queremos destacar que de esta norma es de donde se deriva una de las violaciones más graves por parte del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA-. Señala la norma en su parágrafo que los contratos que tengan por objeto el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas, tal y como es nuestro caso, se prescindirá de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.  Tal situación es acorde con el texto el Convenio No. 00021 del veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997), por cuanto, tal y como se relató en los hechos, el objeto del mismo es de carácter tecnológico y, por ende, dentro de él por parte alguna se consagraron cláusulas excepcionales. Aduce la parte actora que la Administración no determinó cláusulas de interpretación, modificación o terminación y liquidación en forma expresa y debido a la naturaleza del mismo tampoco se entienden incorporadas, de lo cual se puede determinar que se está frente a un contrato o convenio que se rige en cuanto a sus prestaciones por las normas del derecho privado. Por ello, la Administración no puede darle un carácter eminentemente público cuando pretende liquidarlo en forma unilateral enervando una cláusula excepcional “implícita en el Convenio” o por aplicación analógica como literalmente lo expresó al momento de confirmar la Resolución inicial.  Esto nos determina entonces que el SENA se abrogó de unas cláusulas excepcionales para imponérselas al particular, que determinaron una pérdida de igualdad contractual, en perjuicio de su representada, violando así a ley en forma directa.  **1.2.4.- Artículo 60 de la Ley 80 de 1993.**  Atendiéndonos al sentido que quiso darle la Administración a la aplicación de la ley, observamos nuevamente una flagrante violación de la misma, por cuanto allí se indica que la liquidación debe efectuarse de común acuerdo por las partes contratantes dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o a la fecha del acuerdo que la disponga. Esta norma fue además prácticamente transcrita en la cláusula vigésima del Convenio No. 00021 por parte de la ENTIDAD.  Si observamos el devenir contractual, el día veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998) se suscribió la segunda y última acta de terminación de actividades, entre el SEVICIO NACIONAL E APRENDIZAJE-SENA- y la UNIÓN TEMPORAL AENE CONSULTORÍA S.A. Y GESTIÓN Y DESARROLLO LTDA., incluida la interventoría PLANER LTDA., de donde se concluye que hasta el veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999) existía el plazo para la liquidación bilateral del Convenio No. 00021 del veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997).  Tal y como se desprende del acervo probatorio aportado, el SENA nunca citó ni comunicó a la parte actora dentro del término establecido la necesidad de liquidar el Convenio No. 00021 por mutuo acuerdo, simplemente dejó pasar el tiempo y cuando estaban por cumplirse los dos años desde su terminación, procedió de forma repentina a citar a la parte actora para liquidar el Convenio, fijando como plazo perentorio el veintiocho (28) de octubre de dos mil (2000), y como no hubo acuerdo, el día veintisiete (27) de octubre de dos mil (2000), el SENA procedió a efectuarla en forma unilateral, es decir, nunca agotó dentro de los cuatro (4) meses la posibilidad de una liquidación bilateral, tal y como lo impone tanto la Ley como el Convenio No. 00021.  Es de gran importancia para la parte actora resaltar que dentro del plazo de los cuatro (4) meses para efectuar la liquidación bilateral, el SENA nunca manifestó ningún desacuerdo con la información presentada tanto por el ejecutor como por la Interventoría.  **1.2.5.- Artículo 61 de la Ley de 1993.**  La norma en forma expresa señala 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”.  Podemos señalar que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA- ha violado esta norma si se tiene en cuenta que la liquidación unilateral es una exorbitancia contractual, que, como lo señalamos antes, no es propia de la naturaleza del contrato celebrado, ni se entiende incluida, ni mucho menos como lo ha señalado la Administración en forma abrupta, en virtud de una aplicación analógica de la norma. Por lo tanto, el SENA no podía acudir a la aplicación de la misma, por cuanto no podía darle ese sentido.  Además, si recordamos en el Convenio se pactó que en caso de desacuerdo en la liquidación, las partes se obligaban a acudir a un Tribunal de Arbitramento para que dirimiera el conflicto es decir, que mutuamente se abrogaron de la justicia contenciosa para acudir a la rogada.  Entonces, esa supuesta interpretación analógica es totalmente contraria no solo a la ley sustancial sino también ala convencional, sin que pueda hoy siquiera probar la Administración que se fracasó en la convocatoria del tribunal de Arbitramento para quedar habilitada en incoar la administrativa. | **1.2.1.- Artículo 29 de la Constitución Nacional.**  Menciona nuestro máximo ordenamiento jurídico dentro de la pirámide Kelseniana, que el debido proceso debe seguirse tanto en la vía jurisdiccional como administrativa. En nuestro caso particular, debemos decir que el procedimiento legal en esta clase de situaciones DEBÍA ser el siguiente: Una vez ejecutado el contrato, las partes debían de mutuo acuerdo suscribir el acta de liquidación presentada por el interventor; en el caso de desacuerdo, tal y como se determinó en el mismo, las partes deberían acudir a un Tribunal de Arbitraje para dirimir sus diferencias.  La Administración desconociendo la naturaleza del convenio, el cual no contenía cláusulas exorbitantes, procedió mediante un trámite inocuo a efectuar mediante la resolución No. 1163 de 2000, la liquidación unilateral del contrato y a ratificar su posición mediante las resoluciones No. 00176 y 00177 de 2001, dejándose agotada la vía gubernativa.  Como podemos observar, en este evento no se podía liquidar unilateralmente el convenio, por cuanto éste o contenía ninguna cláusula exorbitante que así lo determinase, y, de otra parte, dentro del convenio expresamente se pactó una cláusula compromisoria o arbitral para la evacuación de la liquidación.  Por lo tanto, consideramos que se está violando el artículo 29 de nuestra carta política, al iniciarse un trámite distinto al establecido para la liquidación del convenio, es decir, se llevó a cabo un trámite de vía gubernativa con su correspondiente agotamiento, sin que fuese procedente tal actuación.  **1.2.2.- Artículo 116 de la Constitución Nacional**  Consideramos que se ha violado el artículo señalado por cuanto la administración desconoció la la cláusula compromisoria pactada y por ende negó la posibilidad de convocatoria de una justicia privada que se encuentra perfectamente avalada por nuestra carta política. Así las cosas, el hecho de desconocer lo pactado en el convenio referente a su invocación al momento del desacuerdo, nos determina que la administración está desconociendo esta institución jurídica constitucionalmente regulada.  **1.2.3.- Artículo 14 de la Ley 80 de 1993.**  Queremos destacar que esta norma es una de la cual se deriva una de las violaciones más graves por parte de la administración. Señala la norma en su parágrafo que los contratos que tengan por objeto el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas, tal y como en el presente caso, se prescindirá de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.  Tal situación es perfectamente acorde con el texto del contrato, por cuanto tal y como se relató en los hechos el objeto del mismo es de carácter tecnológico y por ende dentro de él por parte alguna se contemplaron cláusulas excepcionales. Obsérvese que la administración no determinó cláusulas de interpretación, modificación o terminación y liquidación en forma expresa y debido a la naturaleza del mismo tampoco se entienden incorporadas, lo cual nos determina entonces que estamos frente a un contrato o convenio que se rige en cuanto a sus prestaciones por las normas del derecho privado, por ende, mal puede la administración darle un carácter eminentemente público cuando pretende liquidarlo en forma unilateral enervando una cláusula excepcional “implícita en el convenio” o por aplicación analógica como literalmente lo expresó al momento de confirmar la resolución inicial.  Esto nos determina entonces que el SENA se abrogó de unas cláusulas excepcionales para imponérselas al particular, que determinaron una pérdida de igualdad contractual, en perjuicio totalmente de mis representadas, violando así a ley en forma sustancial.  **1.2.4.- Artículo 60 de la Ley 80 de 1993.**  Atendiéndonos al sentido que quiso darle la administración a la aplicación de la ley, observamos nuevamente una flagrante violación de la misma, por cuanto allí se indica que la liquidación debe efectuarse de común acuerdo dentro de los 4 meses siguientes a la terminación del contrato, o a la fecha del acuerdo que la disponga. Esta norma fue además prácticamente transcrita en la cláusula vigésima del Convenio por parte de la ENTIDAD. Si observamos el devenir contractual el día 27 de octubre de mil 1998 se suscribió la segunda y última acta de terminación de actividades entre las partes incluido el interventor de donde se deriva que hasta el 28 de febrero de 1999, existía el plazo para la liquidación bilateral.  Tal y como se desprende del acervo probatorio aportado, el SENA nunca citó ni comunicó a la parte actora dentro del término establecido la necesidad de liquidar el convenio por mutuo acuerdo. Simplemente dejó pasar el tiempo y cuando estaban por cumplirse los dos años desde su terminación, procedió de forma abrupta a citar a la parte actora para que procedieran a la liquidación del contrato fijando como plazo perentorio el 28 de octubre de 2000, y como no hubo acuerdo, el día 27 de octubre de 2000 procedió a efectuarla en forma unilateral, es decir, nunca agotó dentro de los 4 meses la posibilidad de una liquidación bilateral, tal y como lo impone tanto la ley como el convenio.  Es importante mencionar que dentro del plazo de los cuatro meses para efectuar la liquidación bilateral, el SENA nunca manifestó ningún desacuerdo con la información presentada tanto por el ejecutor como por la Interventoría.  **1.2.5.- Artículo 61 de la Ley de 1993.**  La norma en forma expresa señala 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”.  Podemos señalar que la administración ha violado esta norma si se tiene en cuenta que la liquidación unilateral es una exorbitancia contractual, que como lo hemos señalado en otras oportunidades, no es propia de la naturaleza del contrato celebrado, ni se entiende incluida, ni mucho menos como lo ha señalado la administración en forma abrupta, en virtud de una aplicación analógica de la norma. Por lo tanto, la administración no podía acudir a la aplicación d ela misma, por cuanto no podía darle el mismo sentido.  Además, si recordamos en el convenio se pactó que en caso de desacuerdo en la liquidación, entre otras, las partes se obligaban a acudir a un tribunal de arbitramento para que dirimiera el conflicto, es decir, que mutuamente se abrogaron de la justicia Contenciosa para acudir a la rogada.  Entonces, esa supuesta interpretación analógica es totalmente contraria no solo a la ley sustancial sino también a la convencional, sin que pueda hoy siquiera probar la administración que se fracasó en la convocatoria del tribunal arbitral para quedar habilitada en incoar la administrativa. |

Conforme a lo descrito, la Sala observa que las pretensiones que hoy se formulan, en cuanto a que la resolución 01163 de 2000 debe ser anulada por violación de los artículos citados, son idénticas a las formuladas y resueltas en el proceso que terminó en providencia del 8 de septiembre de 2004 y que cobró ejecutoria el 21 de septiembre del mismo año según constancia secretarial (folio 145 cuaderno de pruebas 2).

Así, en el proceso en que la firma AENE presentó su demanda, la subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia en la que se consideró que los citados cargos no estaban llamados a prosperar. En efecto, en dicha providencia se indicó:

…En esos términos vale la pena precisar que las cláusulas o estipulaciones excepcionales, son aquellas, por definición legal ajenas al derecho común, consistentes en: la terminación, interpretación y modificación unilaterales cuya inclusión resulta forzosa en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituye monopolio estatal, en los de prestación de servicios públicos, en los de explotación y concesión de bienes del Estado y en los de obra, y de no ser incluidas se entienden incorporadas por ministerio de la Ley; por su parte en los contratos de suministro y de prestación de servicios es facultativo pactar dichas clausulas.

Sin embargo, el parágrafo único del artículo 14 del Estatuto Contractual, le dio un carácter especial a los convenios de cooperación científica y técnica, criterio ratificado jurisprudencialmente, al proscribir en los mismos el uso de las clausulas o estipulaciones excepcionales en los siguientes términos:

“… En los contratos que se celebren con personas publicas internacionales o de cooperación ayuda o asistencia; en los interadministrativos, en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2° de este artículo, o que tengan por objeto directo el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de cláusulas o estipulaciones excepcionales (Destaca la Sala).

Ahora, cuando se trata de liquidación del contrato se está haciendo referencia directa a una operación administrativa que sobreviene de la finalización normal o anormal de todos los contratos en que por ministerio de la Ley o por la naturaleza del contrato sea indispensable hacerla, con el fin de establecer el estado de las relaciones obligacionales del acuerdo, la cual, en principio, es amigable, pero si ello no es posible la administración conserva la prerrogativa de hacerlo de manera unilateral a través de una acto administrativo.

Luego se trata de una prerrogativa legal, distinta a las cláusulas excepcionales, por cuanto aquella parte de la existencias de norma impuestas a las entidades estatales, y que existen en todos los contratos, siempre y cuando se den los supuestos de la norma, luego no es posible que la Administración se sustraiga al cumplimiento de ellas, por cuanto tal cosa implicaría un desconocimiento flagrante de la Ley.

En el sublite las partes convinieron en la cláusula vigésima que dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación del contrato, se verificaría la liquidación, sin embargo durante dicho trámite se presentaron diferencias entre el SENA, la interventoría y la contratista por otra parte.

Así pues, es claro que se presentaron posiciones encontradas entre el SENA y la interventora PANER LTDA, con relación al proyecto del acta de liquidación, situación que se evidencia en el oficio 6200 04631 enviado por la Jefe de la División del Sector Industria y Construcción del SENA a la interventora el 1 de marzo de 1999 (Folio 152 del cuaderno No. 3)

También hubo discrepancias el 24 de octubre de 2000 entre la sociedad AENE LTDA y SENA, en cuanto al reconocimiento a favor del primero sobre el factor multiplicador, como puede constatarse en el acta de la “REUNION PREPARATORIA PARA LIQUIDACION CONVENIO 021/97 SENA UNION TEMPORAL AENE Y G&D” (Folios 59 a 61 del cuaderno No. 3)

Esto conllevó a que el SENA el 27 de octubre mediante Resolución No. 01163 liquidara unilateralmente el contrato (Folio 275 del Cuaderno No. 2) para lo cual se encontraba legalmente autorizado por la Ley.

En consecuencia, el referido cargo no está llamado a prosperar por cuanto la administración al liquidar unilateralmente el contrato lo hizo legalmente facultada para ello, en aplicación del artículo 61 de la Ley 80 de 1993.

Segundo cargo:

Afirmó el libelista que la Administración desconoció el artículo 29 y 116 de la Constitución Política y 61 de la Ley 80 de 1993, por cuanto no se podía liquidar unilateralmente el convenio ya que se había pactado una “…clausula compromisoria o arbitral para la evacuación de la liquidación…”.

Al respecto la Sala se ratifica en los argumentos plasmados en el auto que negó el 9 de abril de 2002, la suspensión provisional contra los actos ya referidos:

“El cargo que se formula por el libelista, en cuanto a que no se acudió previamente a un TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO antes de liquidar unilateralmente el contrato, tal como se había estipulado en este, señalamos que si bien en el citado negocio jurídico si se acordó en su cláusula décimo novena (Folio 118 del cuaderno No. 2), también lo es que tal posibilidad se determinó en forma potestativa para las partes, estableciéndose que en caso de presentarse diferencias entre ellas “(…) el SENA y el CONVINIENTE podrá someterlas a decisión de árbitros.”, además en esta etapa procesal no se conocen los elementos probatorios que llevaron a la producción del acto administrativo demandado.”

“La ilegalidad alegada por el libelista debe ser ostensible, manifiesta, esto es debe saltar de bulto sin que se precise mayor adquisición o análisis, más que la confrontación directa del acto y de la Ley entendida en un sentido genérico”

“Por las razones expuestas debe negarse la suspensión provisional” (Folios 45 a 49, Cuaderno 1)

Por último, precisa la Sala que si bien en la demanda se solicitó como pretensiones subsidiarias la anulación de los actos administrativos demandados por falsa motivación, al desconocer la aplicación del factor multiplicador –costo básico del personal- reconocido tácitamente desde la aceptación de la oferta, este cargo no fue expresamente sustentado ni probado.

Es así como el 25 de septiembre de 2000 el Jefe de la División de Recursos Financieros del SENA, mediante morando 4043-26562, hizo la siguiente recomendación:

“(…) no aceptar con cargo al convenio, los costos de personal planteados por AENE y GESTION y DESARROLLO, sino únicamente los reflejados en el auxiliar siempre y cuando se allegue el soporte de pago a la E.P.S, los certificados de ingresos y retenciones, en donde se puede verificar la base tomada para el aporte, datos que se cruzara frente al registro contable, se acredité que estas personas estuvieron vinculadas exclusivamente a la ejecución del convenio, y se establezca que se toma sueldos u honorarios, porque se observa personas que perciben ambos conceptos y considero que uno excluye al otro.

“No hay lugar a reconocer el Factor Multiplicador aplicado por los convinientes, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula Decima Cuarta –Parágrafo Primero (…)” (Se subraya) (Folio 92 del Cuaderno No. 3)

Ello se explica, por cuanto el texto de la cláusula décimo cuarta del convenio disponía:

“NO VINCULACION LABORAL: El presente convenio no genera relación laboral alguna entre el SENA y el personal que emplee (sic) EL CONVENIENTE para la ejecución de actividades objeto del mismo. PARAGRAFO: Se deja expresamente establecido que compete de manera exclusiva a EL CONVINIENTE la responsabilidad del personal que vincule para la ejecución del presente Convenio, y la prestaciones labores correspondientes, si las hubiere; en consecuencia, el SENA no adquiere por este concepto responsabilidad alguna”. (Se subraya) (Folios 117, c, 2) (Folios 139-140, Cuaderno 1).

Conforme a lo expuesto, la Sala se inhibirá para pronunciarse sobre las pretensiones principales de la demanda por presentarse el fenómeno de la cosa juzgada, excepción que se decretará de oficio, y modificará la sentencia apelada en este punto.

Es cierto que en el presente proceso se pretende también la declaratoria de nulidad de la resolución 0166 de febrero de 2001, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación presentado por la actora en contra de la Resolución 01163 de 2000, confirmando las decisiones allí tomadas. Sin embargo, dado que la Sala deberá inhibirse para dictar sentencia sobre la Resolución 01163 de 2000 respecto de los cargos resueltos en el proceso cuyo fallo hizo tránsito a cosa juzgada, también lo debe hacer, respecto de los mismos cargos, frente al acto que resolvió su impugnación, Resolución 0166 de 2001.

1. **Problema Jurídico**

En este orden, dado que las pretensiones de nulidad que hoy se invocan, relacionadas con el aparente ejercicio de una facultad excepcional por el SENA al liquidar el contrato y la existencia de cláusula compromisoria, ya quedaron resueltas en la citada sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Sala se inhibirá para pronunciarse sobre ellas por presentarse el fenómeno de la cosa juzgada, excepción que se decretará de oficio.

En consecuencia, el análisis de la Sala se circunscribirá al estudio de las pretensiones subsidiarias y que se sustentan en cargos que no fueron propuestos en aquella ocasión. Así, el problema a resolver gira en torno a si los actos acusados, resoluciones 01163 de 2000 y 0166 de 2001, deben ser anulados en razón a que se desconocieron los artículos 5, 40 y 70 de la Ley 80 de 1993, 2, 58 y 90 de la Constitución Nacional y 1602 del Código Civil, en cuanto la entidad varió unilateralmente las condiciones pactadas en el convenio de cooperación científica.

El problema será resuelto de manera desfavorable a las súplicas de la apelante y por ello serán negadas las pretensiones de nulidad de las resoluciones 01163 de 2000 y 0166 de 2001 fundadas en la violación de las citadas normas.

1. **Análisis de los cargos formulados en el presente proceso**
2. Los cargos

El reproche del censor se relaciona con el quebrantamiento de las normas superiores por parte del SENA, al variar las condiciones pactadas inicialmente en el convenio, específicamente, las relacionadas con la remuneración del mismo. Al actuar de esa forma, según el actor se desconocieron las normas citadas por las siguientes razones

Artículos 40 de la Ley 80 de 1993 y 1602 del Código Civil.

Indicó que el SENA “*en la etapa de liquidación del contrato, lo que hizo fue cambiar las condiciones del mismo y colocar en una situación más gravosa y desventajosa (…) por cuanto rompió el equilibrio económico del convenio No.00021*”

Artículos 2, 58 y 90 de la Constitución Nacional.

En este caso argumentan los demandantes que esas 3 disposiciones constitucionales conforman el principio “de garantía del patrimonio de los particulares” y que dicho principio es “uno de los derechos esenciales de los ciudadanos frente a la Administración Publica”, principio que se encuentra vulnerado por el acto administrativo que liquidó unilateralmente el convenio, pues cambió las condiciones económicas y el aporte del SENA después que se ejecutara en su totalidad el convenio por parte de la Unión Temporal. Finalmente, concluyen que la liquidación fue “prácticamente” impuesta por parte del SENA a la Unión Temporal, violando el citado principio como también la igualdad frente a las cargas públicas.

Artículo 5 numeral 1 de la ley 80 de 1993.

La normativa que consideran vulnerada trata sobre la oportuna remuneración pactada a la cual tienen derecho los contratistas, luego, aquí encuentran la violación en la modificación que se dio por la liquidación unilateral relativa a la remuneración del contratista, considerándolo “arbitrario e ilegal”.

Falsa Motivación de las Resoluciones.

Mencionan los accionantes que dicha situación constituye un vicio que según esta Corporación en sentencia del 09 de mayo de 1979, sección segunda, se estructura “…*cuando la administración, para sustentar la expresión de su voluntad, en forma errónea o intencional le da visos de realidad a una explicación que no cabe dentro de la categoría de lo verídico, o bien abusa de las atribuciones que los ordenamientos legales o reglamentarios le han asignado o bien toma un camino equivocado en el ejercicio de las mismas*”

Con lo anterior, la parte actora indicó que hubo falsa motivación de las resoluciones 01163 y su confirmatoria, mediante las cuales se liquidó el convenio, pues en ellas se afirmó que no habían sido aportados los registros contables y administrativos que serían prueba de la inversión y, por otro lado, mencionan el factor multiplicador que utilizó el SENA en la liquidación y, que en sus palabras, “…*no se discutió ni en la negociación del Convenio ni quedó consagrado en ninguno de los documentos que hacen parte integrante del mismo, por tal razón no le era válido al SENA procederé a efectuar la liquidación del referido Convenio teniendo en cuenta dicho concepto.*” (Fl. 56 c 1).

1. Análisis de la Sala

Frente a los cargos reseñados, la Sala debe manifestar que la demandada no hizo otra cosa que dar cuenta de la ejecución de las obligaciones a cargo de las partes y de ordenar el reintegro del valor que se pagó por concepto de obligaciones que no se ejecutaron.

Así las cosas, la Sala comparte el criterio del a quo cuando manifestó que “*al incumplirse la ejecución mencionada y por la cláusula no implica una modificación de condiciones iniciales*”.

En efecto, el fallador de instancia consideró que estos cargos no prosperaban, pues, aunque inicialmente la parte demandante señaló que con el acto administrativo de liquidación emitido por el SENA, se cambiaron de manera repentina las condiciones económicas del Convenio –concretamente, se refiere a la disminución de remuneración que inicialmente había sido pactada a favor de la unión temporal GESTION y DESARROLLO S.A- lo cierto es que el acta de liquidación fue emitida con un fiel seguimiento de las normas constitucionales y legales.

Ello se sustenta a través de las siguientes consideraciones:

La cláusula vigésima del Convenio contempló que, al existir un saldo no ejecutado, este tendría que ser devuelto al SENA. Así, estipuló:

*“…Si existiere un saldo disponible, correspondiente a recursos no ejecutados, AENE CONSULTORIA S.A, procederá a devolverlo al SENA...”*

Con base en la anterior cláusula, el *a quo* consideró, acertadamente, que al presentarse un incumplimiento por parte de la sociedad demandante, esta tenía la obligación de devolver los recursos correspondientes; y fue precisamente ello lo que el SENA ordenó mediante el acto de liquidación, como un derecho que había sido consagrado de común acuerdo por las dos partes.

Si bien el proyecto de liquidación presentado por la interventoría indica que la actora cumplió con las obligaciones a su cargo, la demandada tenía razones para apartarse de lo consignado en ella y que, además de que no fueron controvertidas en el recurso de apelación, son compartidas por la Sala.

En efecto, las razones para la devolución de las sumas al SENA en el acto impugnado tiene como causa que no se ejecutaron las obligaciones a cargo del contratista y que hubo discrepancias en torno a los gastos de personal que para el SENA no fueron soportados en debida forma. Y lo expuesto tiene soporte probatorio en el plenario.

Conforme a las pruebas obrantes, se tiene que en el informe final de la coordinación general del convenio (folios 244 a 272 cuaderno 2), en el cuadro denominado “*resumen general del convenio 021 Unión temporal AENE consultoría G&D*” (folio 264 cuaderno 2), se señala en la casilla 10, correspondiente a capacitación en el exterior, que el valor presupuestado para el desarrollo de la actividad fue de $444.910.004 pero cuando se compara a su real ejecución esta fue del 21,5% de este valor. Así se evidencia en el cuadro “*comparación presupuestado vs ejecutado* (folio 265)” donde se indica que *“sólo se ejecutó el 21,5 %, lo que en dinero corresponde a 95543699*”. En este orden, razones tenía el SENA para ordenar la devolución del dinero no ejecutado.

Y en memorando 05758 del 11 de marzo de 1999, dirigido por la Jefa de la División de Industria y Construcción del SENA al Director Administrativo y Financiero se constata lo anterior cuando se lee el porcentaje de cumplimiento y de ejecución de los recursos del convenio.

En este memorando se indica, además, que “*el porcentaje de ejecución de las actividades frente a los valores asignados para cada una de ellas en el plan operativo, arrojan los topes máximos a reconocer siempre y cuando cada actividad sea respaldada con sus soportes financieros respectivos, sean costos directos o indirectos aprobados igualmente en el plan operativo, verificación que le corresponde a la dirección administrativa y financiera” (folios 280 y 281 cuaderno 3).*

Y en lo relativo a los pagos de personal no existía la obligación contractual para el SENA de cubrir los costos de personal vinculado por la actora. Así, la cláusula décimo cuarta del convenio, como se anotó de manera precedente, reza:

No vinculación laboral: el presente convenio no genera relación laboral alguna entre el SENA y el personal que emplee el conviniente para la ejecución de actividades objeto del mismo. Parágrafo. Se deja expresamente establecido que compete de manera exclusiva al conviniente la responsabilidad del personal que vincule para la ejecución del presente convenio y las prestaciones laborales correspondientes, si la hubiere; en consecuencia, el SENA no adquiere por este concepto responsabilidad alguna.

Además, tampoco se acreditaron esos costos. Así, la Sala comparte la apreciación del tribunal cuando manifestó que “*no aportó los documentos relativos al pago de EPS, ni certificados de ingresos y retenciones así como tampoco los requeridos para probar que los vinculados al convenio solamente lo estaban con la ejecución del mismo. Esto quedó probado en memorando n.º 26562 del Jefe de División de recursos Financieros, por eso no se reconoció el factor multiplicador que aplicaron los convinientes y no prosperó el cargo*”.

En ese orden de ideas, es claro que la reducción de la remuneración en el acta de liquidación del contrato emitida por el SENA, no constituyó una modificación de las condiciones iniciales, sino el ejercicio de un derecho por parte del citado Establecimiento Público y que respondió al deber de supervisar la correcta inversión y ejecución de los recursos destinados al cumplimiento contractual.

Ahora bien, el apelante indica que en ninguna cláusula del convenio se mencionó el factor mutiplicador “*como un método para determinar el valor del convenio*.” Y que en consecuencia este no podía aplicarse.

La Sala no comparte la apreciación del actor, pues en la demanda interpuesta por AENE -el otro integrante de la Unión Temporal – este claramente indica en sus pretensiones que este – el factor multiplicador- fue “*reconocido tácitamente desde la aceptación de la oferta*”.

Además, aparece fehacientemente acreditado que las partes conocían del factor multiplicador y lo aceptaron como método.

En oficio c5-28 del 23 de marzo de 1999 suscrito por el gerente de Planer Ltda, firma interventora, a la jefe (E) de la División de Industria y Construcción del SENA, aquel señala:

La liquidación de costos y gastos indirectos y administrativos se viene haciendo con un factor multiplicador que se aplica sobre un costo básico del personal vinculado al proyecto y sobre los costos directos. Este factor multiplicador se mencionó y utilizó explícitamente en la contratación del coordinador general e interventoría del convenio. Sustentó el cálculo del segundo desembolso y fue ratificado mediante oficio 620025155 del 23 de noviembre de 1998 por el director de formación profesional del SENA quien conoce de cerca el convenio toda vez que acompañó y se encargó de sustentar el respectivo proyecto en las instancias internas del SENA y luego estuvo en la ejecución y formalización del convenio (…)”

La utilización del factor multiplicador impide la aplicación tradicional de registros contables detallados y en su reemplazo plantea la presentación de una información adecuadamente detallada y sustentada, tal como se ha hecho en la presentación delos informes y en la documentación que se anexó para sustentar nuestro proyecto de acta de liquidación (folios 282 y 283 cuaderno 3).

En acta del 24 de octubre de 2000 suscrita por el representante de G& D, José Fernando Aljure, el representante de la interventoría y los representantes de las divisiones de industria y construcción, se plasmó que “*los convinientes presentan un factor multiplicador de 2.7 unificado y desagregado que parte de “costo básico de personal*”. Allí se indicó que “*el SENA mantiene la posición de sueldos afectados por un factor multiplicador de 2.7 y de costos directos por 1.1 ya que la información aportada, sin analizar aun la entregada el día de hoy no permite otra consideración*” (folio 396 y 397). Además se consignó que “*los convinientes explicaron los conceptos de tarifa con base en el manual para contratación de consultoría de la sociedad colombiana de ingenieros y la aplicabilidad del factor multiplicador. Estructura de costos que fue aplicada en el convenio*”.

Y en documento denominado “*explicación de la composición del factor multiplicador*” suscrito por el representante de G&D (folios 343 y 344 cuaderno 3) se detallaron los componentes de este factor.

La Sala estima que los anteriores documentos son prueba suficiente para controvertir lo afirmado por el apelante cuando manifestó que el factor multiplicador no había sido convenido por las partes.

En este orden, para la Sala es claro que el acto impugnado su fundó en derecho, pues hubo razones válidas que justificaron el balance de cuentas hecho en la liquidación unilateral realizada por el SENA.

Conforme a lo expuesto, los actos impugnados mantienen incólume su presunción de legalidad pues no logró demostrarse que hubiere vulnerado las normas superiores indicadas por el actor.

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

**FALLA**

**MODIFÍCASE** la sentencia apelada, esto es, la proferida el 27 de enero de 2005 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, la cual quedará así:

**PRIMERO:** **DECLÁRASE DE OFICIO** la excepción de COSA JUZGADA en relación con las pretensiones principales formuladas dentro del presente proceso, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, **INHIBIRSE** para pronunciarse sobre las pretensiones principales de la demanda.

**SEGUNDO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CUARTO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** al Tribunal de origen para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Aclara voto

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Magistrada

Ausente con excusa

**RAMIRO PAZOS GUERRERO DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Magistrado Magistrado

1. El magistrado ponente presentó impedimento para conocer del presente asunto, el cual le fue negado en providencia del 4 de mayo de 2016. [↑](#footnote-ref-1)