**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - Contrato estatal - Partes - Acto administrativo - Nulidad - Procedencia**

La legitimación en la causa, en el caso de las controversias contractuales, la tienen en principio las partes que integran la relación jurídico contractual y, por lo tanto, pueden solicitar que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales; la existencia del contrato, su nulidad, revisión o incumplimiento; que se ordenen las restituciones consecuenciales; que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y se profieran otras declaraciones y condenas

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN - Controversias Contractuales**

Conforme a la norma transcrita, la contabilización del término de caducidad depende de si el contrato es susceptible o no de ser liquidado y, en tal caso, se tiene en cuenta si dicha liquidación se produjo o no, en forma bilateral o unilateral. Según lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, la liquidación del contrato estatal se debe realizar en todos los contratos de tracto sucesivo, en aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y en los demás que lo requieran. Ese mismo precepto legal establece que la liquidación se realizará de mutuo acuerdo, dentro del término fijado en el pliego de condiciones o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento 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 lo disponga. Por su parte, el artículo 61 ibídem, consagró que en caso de no ser posible la liquidación bilateral porque no se llegue a un acuerdo o porque el contratista no se presenta, la liquidación será practicada unilateralmente por la entidad, mediante acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición. (…) El artículo 80 de la ley 446 de 1998, norma aplicable al presente asunto, señala que la solicitud de conciliación prejudicial suspende el término de caducidad de la acción hasta por un plazo que no puede exceder de 60 días. En relación con la suspensión del término de la caducidad por motivo de la presentación de la solicitud de la conciliación prejudicial (…) el término de caducidad se suspende desde el momento en que se presenta la solicitud de conciliación hasta que se profiera el acta de conciliación o hasta que transcurran los 60 días, lo que suceda primero.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Definición - Jurisprudencia**

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

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Unilateral - Acta de liquidación - Nulidad - Presunción de legalidad - Acto administrativo**

El artículo 60 de la Ley 80 de 1993 establece que la liquidación se realizará de mutuo acuerdo, dentro del término fijado en el pliego de condiciones o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento 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 lo disponga. En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin las controversias presentadas y poder declararse a paz y salvo. A su turno, el artículo 61 de la referida ley estableció que en caso de no ser posible la liquidación bilateral porque no se llegue a un acuerdo o porque el contratista no se presenta, la liquidación será practicada unilateralmente por la entidad, mediante acto administrativo motivado. Ahora bien, la liquidación del contrato constituye la etapa final del negocio jurídico, en la cual las partes se ponen de acuerdo sobre el resultado último de la ejecución de las prestaciones a su cargo y efectúan un corte de cuentas, para definir, en últimas, quién debe a quién y cuánto, es decir para finiquitar el negocio mediante el reconocimiento de saldos a favor de alguna de las partes y declararse a paz y salvo. (…) Ahora bien, en relación con la procedencia de la acción de controversias contractuales, esta Corporación ha precisado que cuando un contrato ha sido objeto de liquidación unilateral se debe demandar en el litigio la nulidad del acto, so pena de que la acción resulte improcedente por ineptitud formal de la demanda. (…) De tal suerte que, para formular la acción de controversias contractuales, cuando se trata de contratos estatales que han sido objeto de liquidación unilateral, se impone la necesidad de demandar la nulidad del acto administrativo a través del cual la entidad estatal adoptó dicha decisión. Lo anterior, dado que, para controvertir aspectos relacionados con cualquier circunstancia originada en la celebración o ejecución del contrato se requiere desvirtuar, previamente, la presunción de legalidad que ampara dicho acto.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 68001-23-31-000-2000-00892-02(38965)**

**Actor: PARRA GÓMEZ Y ASOCIADOS LTDA**

**Demandado: NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL (APELACIÓN SENTENCIA)**

Temas: Presunción de legalidad de los actos administrativos / Declaración de la excepción de inepta demanda por no haberse demandado la nulidad del acto administrativo que liquidó unilateralmente el contrato.

Procede la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 18 de febrero de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual resolvió acoger parcialmente las pretensiones de la demanda.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La sociedad Parra Gómez y Asociados Ltda. solicita que se declare la nulidad del artículo 2° de la Resolución 0-2094 del 24 de octubre de 1997 y de los artículos 2°, 3°, 4°, 5° y 6° de la Resolución 0-0051 del 15 de enero de 1998, por medio de las cuales la Fiscalía General de la Nación ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria del contrato de consultoría 019 de 1996. Consecuencialmente, solicitó el reconocimiento de los perjuicios que le fueron causados con esos actos.

**I.- A N T E C E D E N T E S**

**1. Demanda**

El 31 de marzo de 2000 (fls. 163 - 223, c.1), a través de apoderado debidamente constituido (fls. 161 - 162, c.1) y en ejercicio de la acción de controversias contractuales, la sociedad Parra Gómez y Asociados Ltda., presentó demanda en contra de la Fiscalía General de la Nación, en la cual solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*1. Que se declare la nulidad de los artículos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto de la resolución N° 0-0051 de enero 15 de 1998, expedida por la Fiscalía General de la Nación, así como del artículo segundo (2°) de la resolución N° 0-2094 de octubre 24 de 1997, también expedida por la Fiscalía General de la Nación.*

*2. Que se ordene a la Nación – Fiscalía General de la Nación, el reintegro a Parra Gómez y Asociados Ltda., a título de restablecimiento del derecho, debidamente actualizada con el IPC, de la suma que por concepto de la cláusula penal pecuniaria le fue descontada el 31 de diciembre de 1998. Dicha actualización se solicita desde la fecha en que se efectuó el descuento, esto es, desde el 31 de diciembre de 1998, hasta la fecha en la cual efectivamente se realice el aludido reintegro. El valor descontado por la Fiscalía por concepto de la imposición de la cláusula penal pecuniaria fue de $46.909.996.30, valor histórico, al cual ha de agregarse lo correspondiente a la actualización que se ha mencionado.*

*3. Que se ordene a la Nación – Fiscalía General de la Nación, el pago a Parra Gómez y Asociados Ltda., a título de restablecimiento del derecho, de los intereses correspondientes, liquidados sobre la suma debidamente actualizada que por concepto de cláusula penal pecuniaria le fue descontada el 31 de diciembre de 1998. Dicho reconocimiento de intereses se solicita desde la fecha en que se efectuó el descuento, esto es, desde el 31 de diciembre de 1998, hasta la fecha en la cual efectivamente se realice el aludido pago.*

*4. Que se condene a la Nación – Fiscalía General de la Nación a pagar a la demandante, las sumas de dinero debidamente actualizadas que correspondan a la indemnización de los perjuicios irrogados a la sociedad Parra Gómez y Asociados Ltda., a título de daño emergente y lucro cesante, como consecuencia de la expedición y ejecución de las Resoluciones demandadas, es decir, de las Resoluciones Nos. 0-2094 del 24 de octubre de 1997 y 0-0051 del 15 de enero de 1998, adicionales a las contempladas en los numerales precedentes y que se prueben en el proceso.*

*5. Que se condene a la Nación – Fiscalía General de la Nación al pago de intereses moratorios, desde la fecha de ejecutoria de la sentencia, sobre las sumas de dinero que en virtud de las condenas impuestas deba pagar la Fiscalía General de la Nación a Parra Gómez y Asociados Ltda., o desde la fecha que se ordene en la sentencia.*

*6. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en el término de treinta (30) días.*

Como fundamento fáctico de las pretensiones, se señaló en la demanda, lo siguiente:

1. El 28 de junio de 1996, la sociedad Parra Gómez y Asociados Ltda. celebró con la Fiscalía General de la Nación el contrato de consultoría 019 de 1996, con el fin de adelantar la interventoría de construcción, control de costos y control de programación, para la construcción del edificio sede de la Fiscalía, ubicado en la ciudad de Bucaramanga, con un plazo de ejecución de 20 meses, comprendido entre el 16 de julio de 1996 y el 16 de marzo de 1998 y un valor de $469.099.963.

2. El 24 de octubre de 1997, a través de la Resolución 0-2094, la Fiscalía General de la Nación declaró la caducidad administrativa del contrato e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, porque consideró que la interventoría no cumplió con la obligación de controlar el manejo y buena inversión del anticipo entregado al contratista de la obra.

3. Inconforme con la decisión, la contratista interpuso recurso de reposición, con fundamento en que había dado cumplimiento a lo contratado.

4. El 15 de enero de 1998, a través de la Resolución 0-0051, la Fiscalía General de la Nación revocó la decisión de declaratoria de caducidad del contrato de consultoría; sin embargo, confirmó la imposición de la cláusula penal pecuniaria.

5. Con la expedición de los actos administrativos demandados, la Fiscalía General de la Nación vulneró disposiciones legales y contractuales, en la medida en que, de manera unilateral y sin la facultad para hacerlo, hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, sin que mediara una declaración de caducidad o de incumplimiento y sin que hubiera acudido al juez del contrato a efectos de solicitar su imposición. Además, las pruebas allegadas al proceso demuestran que la firma consultora cumplió a cabalidad con las obligaciones contractuales.

6. El 31 de diciembre de 1998, la Fiscalía General de la Nación descontó de las cuentas adeudadas al contratista, la suma de $46.909.996.30 por concepto de la cláusula penal pecuniaria.

7. El 22 de junio de 1999, por medio de la Resolución 000749, la demandada liquidó unilateralmente el contrato de consultoría. Añadió que dicho acto refleja que la interventoría cumplió a cabalidad con las obligaciones contractuales.

8. De acuerdo con lo estipulado en la cláusula décimo novena del contrato, la aplicación de la cláusula penal pecuniaria estaba condicionada al incumplimiento total de las obligaciones del contrato y su imposición debía ser solicitada al juez competente, exigencias que se desconocieron en los actos administrativos demandados.

9. Según la jurisprudencia y la Ley 80 de 1993, las partes podían pactar de común acuerdo la inclusión de la cláusula penal pecuniaria, pero esto no le otorgaba a la administración la facultad autónoma para declarar el incumplimiento del contrato, salvo las causales señaladas en el artículo 18 para la declaratoria de caducidad.

10. Pese a que la resolución que resolvió el recurso de reposición, revocó la declaratoria de caducidad del contrato, la entidad estatal decidió confirmar el efecto económico sancionado con tal declaración, esto es, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, sin que aquella estuviera precedida de una declaración de incumplimiento del contrato.

Con la demanda se pidió la suspensión provisional del acto administrativo demandado (fl. 220, c.1).

**2. Trámite de primera instancia**

El 28 de septiembre de 2000, el Tribunal Administrativo de Santander negó la solicitud de suspensión provisional, admitió la demanda y dispuso la notificación de dicha decisión a la entidad demanda (fls. 224 - 230, c.1).

El 16 de agosto de 2001, la Fiscalía General de la Nación contestó la demanda (fls. 251 – 259, c.1). Se opuso a sus pretensiones, porque, en su criterio, estas carecen de fundamentos de hecho y de derecho, por las razones que se enuncian a continuación:

(i) La decisión contenida en las Resoluciones 0-2094 del 24 de octubre de 1997 y 0-0051 del 15 de enero de 1998 se ajusta al ordenamiento legal, por cuanto no está prohibido que las partes puedan pactar en el contrato la imposición de la cláusula penal pecuniaria.

(ii) En la cláusula décimo novena del contrato, las partes acordaron la posibilidad de imponer la cláusula penal pecuniaria, en el evento de que alguno de los extremos contractuales incumpliera de forma total las obligaciones.

(iii) No hubo violación al debido proceso, toda vez que los actos administrativos referidos se fundamentaron en una estipulación contractual expresa y, además, porque fueron notificados al demandante, quien tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de defensa, a través de la interposición del respectivo recurso de reposición.

(iv) Con el objeto de dar cumplimiento a los fines estatales consagrados en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la administración se encuentra facultada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, sin tener que acudir al juez competente.

(v) Las razones que motivaron la imposición de la cláusula penal pecuniaria obedecieron al incumplimiento del interventor del control que debía ejercer sobre el manejo del anticipo entregado al contratista de la obra, situación que causó la parálisis de la misma.

El 15 de agosto de 2002, se dio apertura a la etapa de pruebas (fls. 284 - 288, c.1) y, mediante auto proferido el 11 de enero de 2006, se corrió traslado de la actuación a las partes para que alegaran de conclusión (fl. 976, c. 1).

En esa oportunidad procesal, la parte actora[[1]](#footnote-1), en síntesis, insistió en que:

- La competencia para declarar el incumplimiento del negocio jurídico y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato es del juez administrativo.

- Según la jurisprudencia, las entidades estatales, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden pactar las cláusulas excepcionales de multas y penal pecuniaria, pero carecen de competencia para imponerlas unilateralmente, debiendo acudir al juez del contrato a efectos de solicitar su imposición.

- De acuerdo con lo estipulado en la cláusula décimo novena del contrato, la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, por parte del juez competente, estaba condicionada al incumplimiento total de las obligaciones del contrato.

- Pese a que la declaratoria de caducidad había sido revocada, la entidad estatal mantuvo la decisión de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, sin que aquella estuviera precedida de una declaración de incumplimiento del contrato.

- Las resoluciones acusadas y el acto de liquidación unilateral del contrato, reconocen que no hubo incumplimiento total de las obligaciones del contratista. Además, las pruebas allegadas al proceso demuestran que el demandante cumplió con el control de los recursos que por concepto de anticipo se le entregaron al contratista de la obra.

Por su parte, la parte demandada[[2]](#footnote-2) alegó, en resumen, que con el objeto de cumplir con los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, la Ley 80 de 1993 dotó a las entidades públicas de medios para lograr el eficaz cumplimiento del objeto contractual, encaminado a obtener la satisfacción del interés público colectivo, tales como, la imposición de multas y el cobro de la cláusula penal pecuniaria.

El incumplimiento del interventor de su deber de controlar el anticipo entregado al contratista de la obra, facilitó la apropiación indebida de fondos públicos, frente a lo cual, la entidad estatal se vio avocada a una parálisis total de la obra para la construcción de la sede de la seccional de la Fiscalía General de la Nación.

Si bien, el estatuto contractual, no reguló lo concerniente a la cláusula penal pecuniaria, la misma puede ser incluida en el contrato, atendiendo a la autonomía de la voluntad de las partes.

La jurisprudencia ha considerado que la administración tiene competencia para hacer efectiva la cláusula penal y las multas pactadas en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista.

La administración posee la facultad de pactar las cláusulas excepcionales al derecho común, como son la terminación, interpretación y modificación unilateral, la de sometimiento a las leyes nacionales y la de caducidad de los contratos, las cuales, se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente en el contrato.

El Ministerio Público guardó silencio.

**3. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Santander profirió sentencia el 18 de febrero de 2010 (fls. 1015 – 1023, cuaderno de segunda instancia), oportunidad en la cual decidió:

*1. Se declara la nulidad del artículo segundo de la Resolución No. 0-2094 de octubre 24 de 1997 expedida por la Fiscalía General de la Nación.*

*2. Se declara la nulidad de los artículos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto de la resolución No. 0-0051 de enero 15 de 1998 de la Fiscalía General de la Nación.*

*3. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordena a la Fiscalía General de la Nación, el pago de cuarenta y seis millones novecientos nueve mil novecientos noventa y seis pesos con treinta centavos $46.909.996.30, que por concepto de cláusula penal pecuniaria le fue descontada al demandante, suma que deberá actualizarse conforme al índice de precios al consumidor aplicando la fórmula indicada en la parte motiva.*

*4. Se niegan las demás pretensiones de la demanda.*

*5. La entidad demandada dará aplicación a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.*

Como sustento de esta decisión, el Tribunal *a quo* consideró que el contrato de consultoría se encuentra excluido de aquellos contratos estatales a los que la Ley 80 de 1993 exige la incorporación de las cláusulas excepcionales, como lo son los contratos cuyo objeto es el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación o concesión de bienes del Estado, así como de los contratos de obra, en los cuales, aun cuando no se pacten dichas cláusulas, se entienden incorporadas por disposición de la ley.

Así mismo, explicó que la normativa referida permite que de manera facultativa se pacten estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. Agregó que se encuentra prohibida su inclusión en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales o de cooperación, ayuda o asistencia, interadministrativos, empréstito, donación y arrendamiento, así como en aquellos que tengan por objeto actividades comerciales e industriales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2, en los que tengan por objeto el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas y en los contratos de seguros tomados por entidades estatales.

Con base en lo anterior, sostuvo que el contrato de interventoría no hace parte de ninguno de los grupos anteriores y, por tanto, no era obligatorio pactar en este las cláusulas excepcionales, las cuales tampoco se entendían incorporadas al mismo, según lo previsto en la Ley 80 de 1993.

Puntualizó que en la cláusula décimo novena del contrato se convino: *“PENAL PECUNIARIA. En caso de incumplimiento total de las obligaciones contractuales por una de las partes, esta deberá pagar a la otra la suma equivalente al 10% del valor total del contrato, la cual será declarada por el juez competente”*. Como se advierte, la cláusula penal no fue pactada como un poder exorbitante de la Fiscalía, sino a favor de cualquiera de las partes, previa declaración del juez competente.

En consideración a esto, aseveró que los actos administrativos demandados estaban viciados de nulidad por falta de competencia de la administración, por cuanto, insistió, el acuerdo contractual, el cual es ley para las partes, dispuso que la efectividad de la cláusula penal pecuniaria estaba sujeta a la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones del contratista por parte del juez administrativo.

No obstante, expresó que a pesar de que no se hubiera pactado expresamente la competencia del juez para declarar el incumplimiento del negocio jurídico y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, esa omisión no autorizaba a las entidades estatales para imponerla unilateralmente y descontar su valor de las cuentas adeudadas al contratista.

En este sentido, expresó que en la jurisprudencia de esta Corporación se considera que *“cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil o comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la ley 80 de 1993, pues se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente”.*

Conforme a lo anterior, precisó que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, la cláusula penal pecuniaria podía pactarse en los términos del derecho privado, pero no como cláusula exorbitante o excepcional, es decir, no como prerrogativa del Estado, para imponerla unilateralmente, porque la ley no lo permite, y su inclusión como poder del Estado no puede convalidarse alegando la anuencia o el consentimiento del contratista.

En relación con el caso concreto, explicó que la Resolución 0-0051 del 15 de enero de 1998, expedida por la Fiscalía General de la Nación, desconoció el contrato y la ley, por cuanto procedió a ordenar que se hiciera efectiva la cláusula penal pecuniaria y, dispuso, además, que su valor fuera descontado de las cuentas por pagar al contratista; sumado, a la falta de competencia de la entidad estatal para proferir la decisión.

Conforme a lo anterior, declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y ordenó el restablecimiento del derecho, consistente en el pago de la suma de $46.909.996.30 que le fue descontada al demandante por concepto de la cláusula penal pecuniaria, actualizada conforme al índice de precios al consumidor.

En cuanto a los intereses solicitados, indicó que eran improcedentes, ya que generarían una doble actualización. Tampoco reconoció los perjuicios por daño emergente y lucro cesante, debido a que no se encontraron acreditados en el proceso.

**4. El recurso de apelación**

La parte demandada recurrió el fallo de primera instancia, mediante escrito presentado el 6 de agosto de 2010 (fls. 1033 - 1035, cuaderno de segunda instancia), en el que sustentó dicha apelación, con fundamento en lo siguiente:

Argumentó que, si bien, el estatuto contractual, no reguló lo concerniente a la cláusula penal pecuniaria, la misma puede ser incluida en el contrato, atendiendo a la autonomía de la voluntad de las partes.

El acuerdo contractual permite la aplicación de la cláusula penal pecuniaria como sanción al extremo contractual incumplido, sujeta a la existencia de una situación de incumplimiento originada por cualquiera de las partes.

No era necesario acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, porque la administración dispone de medios para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones de los contratistas, tales como, la imposición de multas o el cobro de la cláusula penal pecuniaria, máxime que, en el caso concreto, hubo incumplimiento grave del contratista, específicamente, el relacionado con la falta de control del anticipo entregado al constructor, lo cual facilitó la apropiación indebida de fondos públicos, y la parálisis total de la obra.

El Consejo de Estado ha expresado que la administración tiene competencia para utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista.

Frente a la facultad de la entidad estatal para declarar, imponer y descontar de manera unilateral la cláusula penal, consideró que la administración podía cobrar su valor al contratista cuando fuera incluida en los actos administrativos en los que se ejerciera alguna de las *“potestades del artículo 18 de la Ley 80 de 1993”* o adelantando un proceso ejecutivo contractual ante la jurisdicción contencioso administrativa, e igualmente, podía ser compensada de acuerdo a las reglas generales del Código Civil.

Ante el incumplimiento del contratista de sus obligaciones contractuales, la administración en ejercicio de sus potestades legales, de manera unilateral, únicamente podía acudir a la cláusula excepcional de caducidad, declarándola mediante acto administrativo debidamente motivado, en el que, además, diera por terminado el contrato y ordenará su liquidación en el estado en que se encontrara. Contra esta decisión procedían los recursos de la vía gubernativa, siempre que no se tratara de cualquier incumplimiento, sino de aquél que afectara de manera grave y directa la ejecución del contrato y fuera evidente que pudiera conducir a su paralización.

En resumen, afirmó que cuando el interventor de un contrato prevé que el objeto pactado no se va a cumplir debe informar a la administración, para que esta adopte las medidas de control e intervención necesarias tendientes a obtener su efectivo cumplimiento.

En tal virtud, solicitó que se revocara el fallo de primera instancia y, en su lugar, se negaran las pretensiones y condenas solicitadas en la demanda.

**5. Trámite en segunda instancia**

El recurso de apelación fue concedido mediante auto del 15 de abril de 2010 y admitido por esta Corporación el 16 de diciembre siguiente (fls. 1028 y 1038, cuaderno de segunda instancia). Asimismo, mediante auto del 28 de enero de 2011 se corrió traslado del proceso a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 1040, cuaderno de segunda instancia).

La parte demandada, reiteró lo expuesto en el recurso de apelación (fls. 1033 -1035, cuaderno de segunda instancia).

Los demás sujetos procesales guardaron silencio en esta etapa procesal.

**II.- CONSIDERACIONES**

La Sala estima necesario precisar que al presente asunto le resultan aplicables las reglas del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984-, toda vez que la demanda se interpuso el 31 de marzo de 2000, vale decir, en vigencia de dicha norma y antes de que entrara en vigor la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que prescribe en el artículo 308 la regla de transición para procesos iniciados en vigencia del anterior estatuto.

**1. Presupuestos procesales**

**1.1. Competencia**

La Sala es competente para decidir el caso por ser un asunto contractual en el que es parte una entidad estatal de las enunciadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, según lo dispone el artículo 75[[3]](#footnote-3) del mismo estatuto; y por cuanto se trata de un recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en un proceso cuya cuantía fue estimada en la demanda en la suma de $150’000.000, cantidad superior al límite de 500 S.M.L.M.V. ($130’050.000[[4]](#footnote-4)), establecido en el artículo 132 – numeral 5 del C.C.A. para que el proceso sea pasible de doble instancia ante esta Corporación.

**1.2. Cláusula compromisoria**

Advierte la Sala que en el contrato objeto de la controversia, se pactó cláusula compromisoria en los siguientes términos:

*SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. Las partes podrán acudir a los mecanismos de conciliación, amigable composición y transacción, para la solución de las controversias contractuales surgidas en desarrollo del presente contrato, así mismo, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra por escrito, la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas en razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del presente contrato. Igualmente, las diferencias de carácter exclusivamente técnico podrán someterse por acuerdo escrito de las partes, al criterio de expertos designados directamente por ellas o al parecer de un organismo consultivo del gobierno, al de una asociación profesional o a un Centro Docente Universitario o de Enseñanza Superior. La decisión adoptada será definitiva.*

La lectura de la anterior estipulación, permite advertir que en realidad, el contrato 019 de 1996 no contiene una cláusula compromisoria, sino que en él las partes acordaron la posibilidad de suscribir un compromiso una vez se presentaran controversias derivadas del desarrollo del contrato.

Es decir que, conforme al contenido de la cláusula, no se evidencia la intención de las partes de someter de entrada la solución de las controversias que se llegaren a presentar, derivadas de la celebración, ejecución o liquidación del contrato, al conocimiento de la justicia arbitral, sino que se establece la posibilidad de hacerlo si una de las partes manifiesta a la otra tal intención por escrito, una vez surjan los hechos objeto de las diferencias entre las partes. O dicho de otro modo, la cláusula contractual en estudio no contiene una renuncia expresa e indubitable a la jurisdicción contencioso administrativa, pues solo dice que las partes *“podrán”* pedir a la otra, la convocatoria de un tribunal de arbitramento, y no que las partes *“acudirán”*, *“deberán” o* *“tendrán”* que acudir directamente al arbitramento. Lo cierto es que dentro de la autonomía de la voluntad de los contratantes redactaron y estipularon en el acuerdo de la cláusula compromisoria un mandato que no fue de carácter imperativo sino facultativo para las partes.

En efecto, la cláusula establece que cualquiera de las partes *“podrá”* solicitar a la otra, por escrito, la convocatoria de un tribunal de arbitramento para resolver las controversias surgidas, en razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del presente contrato, así como, aquellos asuntos de índole técnica; escrito que no obra dentro del expediente, por lo que la Sala concluye que la intención de los contratantes no fue la de instituir, para la solución de la presente controversia contractual, un pacto arbitral que derogaría la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

Por lo tanto, se concluye que, aunque en la cláusula se pactó que se podría suscribir un compromiso, una vez presentada la controversia entre las partes, a solicitud de alguna de ellas, para que la misma fuera sometida a la decisión de un tribunal de arbitramento, se dejó al arbitrio de las partes la decisión de suscribirlo, opción que no se consolidó, de lo cual deduce la Sala que tal posibilidad no suprimió la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para resolver el presente litigio.

**1.3. Legitimación en la causa**

La legitimación en la causa, en el caso de las controversias contractuales, la tienen en principio las partes que integran la relación jurídico contractual y, por lo tanto, pueden solicitar que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales; la existencia del contrato, su nulidad, revisión o incumplimiento; que se ordenen las restituciones consecuenciales; que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y se profieran otras declaraciones y condenas[[5]](#footnote-5).

En lo referente a la legitimación en la causa por activa, advierte la Sala que la Sociedad Parra Gómez y Asociados Ltda. acudió a la administración de justicia con vocación procesal para obrar como demandante, toda vez que fungió como parte en el contrato de consultoría 019 de 1996, objeto de controversia.

Con respecto a la legitimación en la causa por pasiva, se evidencia que la Nación - Fiscalía General de la Nación satisfizo ese requisito procesal, por haber participado como entidad estatal contratante en el negocio jurídico sometido a debate.

**1.4. La caducidad de la acción**

El término de caducidad del medio de control de controversias contractuales está regulado en el artículo 136 -numeral 10 del C.C.A.-, el cual consagró en su tenor literal:

*En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

*En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:*

*a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;*

*b) En los que no requieran liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;*

*c) en los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos años contados desde la firma del acta;*

*d) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.*

*e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fue superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la ley “por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2631 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y extinguen normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”*

*f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento.*

Conforme a la norma transcrita, la contabilización del término de caducidad depende de si el contrato es susceptible o no de ser liquidado y, en tal caso, se tiene en cuenta si dicha liquidación se produjo o no, en forma bilateral o unilateral.

Según lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, la liquidación del contrato estatal se debe realizar en todos los contratos de tracto sucesivo, en aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y en los demás que lo requieran.

Ese mismo precepto legal establece que la liquidación se realizará de mutuo acuerdo, dentro del término fijado en el pliego de condiciones o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento 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 lo disponga.

Por su parte, el artículo 61 *ibídem*, consagró que en caso de no ser posible la liquidación bilateral porque no se llegue a un acuerdo o porque el contratista no se presenta, la liquidación será practicada unilateralmente por la entidad, mediante acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.

De acuerdo con lo expuesto, el contrato de consultoría 019 de 1996, por mandato del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 debió liquidarse, toda vez que era de tracto sucesivo.

En el caso concreto, se observa que el contrato *sub examine* fue liquidado unilateralmente por la Fiscalía General de la Nación mediante Resolución 000749 del 22 de junio de 1999 (fls. 129 - 140, c. 1).

A través de la Resolución 000811 del 2 de agosto de 1999, la Fiscalía General de la Nación rechazó el recurso de reposición interpuesto por el contratista en contra de la Resolución 000749 del 22 de junio de 1999, por haber sido presentado en forma extemporánea (fls. 288 - 290, c. 2).

En las consideraciones de la Resolución 000811, consta que el representante legal de la sociedad Parra Gómez y Asociados Ltda. fue notificado personalmente del acto de liquidación unilateral del contrato el 9 de julio de 1999. Es decir, que el término de 5 días para presentar el recurso de reposición expiró el 16 de julio de ese mismo año.Razón por la cual, encuentra la Sala que el acto administrativo que liquidó unilateralmente el contrato 019 de 1996 cobró firmeza el siguiente día hábil, esto es, el 19 de julio de 1999.

En este orden de ideas, en el presente asunto, el referente legal para el cómputo del término de caducidad, se encuentra previsto en el numeral 10 literal d) del artículo 136 del C.C.A. que dispone: *“[e]n los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe (…)”*

Dando aplicación a la normativa en mención, vigente para el momento en que se suscribió el acto de liquidación unilateral del contrato 019 de 1996, encuentra la Sala que el término para interponer la demanda, inició a contarse, en principio, desde la ejecutoria del acto referido, esto es, el 19 de julio de 1999 hasta el 19 de julio de 2001, aunque en realidad esta última fecha varió en razón del procedimiento de conciliación extrajudicial, como se explica a continuación.

El artículo 80[[6]](#footnote-6) de la ley 446 de 1998, norma aplicable al presente asunto[[7]](#footnote-7), señala que la solicitud de conciliación prejudicial suspende el término de caducidad de la acción hasta por un plazo que no puede exceder de 60 días.

En relación con la suspensión del término de la caducidad por motivo de la presentación de la solicitud de la conciliación prejudicial, esta Subsección en sentencia del 26 de febrero de 2014[[8]](#footnote-8), sostuvo:

*El artículo 60 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 80 de la Ley 446 de 1991 –vigente para la época de los hechos[[9]](#footnote-9)- disponía lo siguiente:*

*(…)*

*Como se observa, desde el recibo de la solicitud de conciliación ante el Despacho del Agente del Ministerio Público que corresponda, el término de caducidad se detiene, esto es no corre, hasta que ocurra una de dos situaciones: i) que transcurra un plazo que no exceda de 60 días, independientemente si el trámite de la conciliación respectiva no ha concluido o, ii) antes, si dichas actuaciones han finalizado, a través de la suscripción del acta mediante la cual se declare fallida la conciliación (artículo 63 de la Ley 23 de 1991[[10]](#footnote-10)).*

*Ocurrida cualquiera de las anteriores situaciones, el término de caducidad se reanuda por el tiempo que faltaba –en el momento en que se detuvo- para completar el plazo que prevé la ley.*

En tal sentido, el término de caducidad se suspende desde el momento en que se presenta la solicitud de conciliación hasta que se profiera el acta de conciliación o hasta que transcurran los 60 días, lo que suceda primero.

Así las cosas, la Sociedad Parra Gómez y Asociados Ltda. presentó la solicitud de conciliación prejudicial el 15 de diciembre de 1999, esto es, faltando 19 meses y 4 días para que expirara el término para presentar oportunamente la demanda. La audiencia de conciliación se llevó a cabo el 30 de marzo de 2000, declarándose fallida. Sin embargo, los 60 días de que trata la norma, finalizaron el 8 de marzo de ese mismo año. En este orden de ideas, como el 15 de diciembre de 1999 se presentó solicitud de conciliación prejudicial, el término de caducidad se suspendió hasta el 08 de marzo de 2000, conforme a lo dispuesto en el artículo 80 de la ley 446 de 1998, fecha en la que expiró el plazo de 60 días. Al día siguiente se reanudó el conteo por los 19 meses y 4 días faltantes, que vencían el 13 de octubre de 2001, y como la demanda se presentó el 31 de marzo de 2000, no había operado el fenómeno preclusivo de la caducidad para ese momento.

**2. Hechos probados**

Previo al desarrollo de este punto, se precisa señalar que las copias simples que se destacan a continuación relevantes para el fallo, las cuales no fueron tachadas por los sujetos procesales, son susceptibles de valoración probatoria, a la luz de lo señalado por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en la sentencia de unificación jurisprudencial de 28 de agosto de 2013[[11]](#footnote-11), en la cual se determinó, precisamente, que serían valorados los documentos aportados por las partes en copia simple que obraran a lo largo de la actuación sin ser tachados de falsos ni controvertidos por las partes.

Sobre el particular, se precisó:

*En otros términos, a la luz de la Constitución Política, negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P).*

*(…).*

*Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y el objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por lo tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido.*

En la misma providencia se estableció que ese criterio unificado era aplicable para todos los procesos contencioso administrativos, salvo en los eventos en que existiera una disposición en contrario que hiciera exigible el requisito de la copia auténtica.

Por tanto, en el presente caso, los documentos aportados en copia simple serán tenidos como prueba, se reitera, por no haber sido impugnado su valor probatorio, por ninguna de las partes.

Así las cosas, de conformidad con las pruebas válidamente allegadas al proceso, se tienen por probados los siguientes hechos particularmente relevantes:

1. El 28 de junio de 1996, la Fiscalía General de la Nación y la sociedad Parra Gómez y Asociados Ltda. suscribieron el contrato de consultoría 019[[12]](#footnote-12), cuyo objeto fue *“ejecutar la interventoría de construcción, control de costos y control de programación para la construcción del edificio sede de la Fiscalía en la ciudad de Bucaramanga, en el lote de su propiedad ubicado en la carrera 19 entre calles 24 y 28 de la ciudad de Bucaramanga”* (cláusula primera), por valor de $469.099.963 (cláusula tercera) y con un término de duración de 20 meses (cláusula octava).

Del clausulado se destacan estas estipulaciones:

*DÉCIMA OCTAVA. CADUCIDAD: La FISCALÍA declarará la caducidad del presente contrato por medio de resolución motivada, por la ocurrencia de algunos de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del INTERVENTOR, que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la cual será constitutiva de siniestro de incumplimiento. En la resolución de caducidad se ordenará hacer efectiva la garantía única.*

*DÉCIMA NOVENA.- PENAL PECUNIARIA. En caso de incumplimiento total de las obligaciones contractuales por una de las partes, esta deberá pagar a la otra la suma equivalente al diez (10%) por ciento del valor total del contrato, la cual será declarada por el juez competente.*

*VIGÉCIMA TERCERA.- LIQUIDACIÓN: En los eventos señalados por la ley, se procederá a la liquidación del presente contrato, dentro de los cuatro meses siguientes, contados a partir de la fecha de su terminación.*

*VIGÉSIMA CUARTA.- TERMINACIÓN, MODIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO. La FISCALÍA podrá terminar, modificar e interpretar unilateralmente el presente contrato de conformidad con lo establecido en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993.*

2. El 24 de octubre de 1997, la Fiscalía General de la Nación profirió la Resolución 0-2094, a través de la cual declaró la caducidad administrativa del contrato de consultoría 019 de 1996. La parte resolutiva del acto administrativo señaló (copia auténtica de la Resolución 0-2094 del 24 de octubre de 1997 -fls. 31 -33, c. 1-):

*ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la caducidad administrativa del contrato de obra (sic) No. 019 de 1996, celebrado entre la Fiscalía General de la Nación y Parra Gómez y Asociados Ltda., con base en lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar se haga efectiva la cláusula penal pecuniaria como estimación anticipada de perjuicios, por un valor total del diez por ciento (10%) del valor total del contrato, o sea, la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON TREINTA CENTAVOS ($46.909.996,30) M/CTE, descontando su valor de la garantía única.*

*ARTÍCULO TERCERO: Ordenar que por intermedio de la Dirección Nacional Administrativa y Financiera –Sección de Construcciones- de la entidad se proceda a elaborar la liquidación del mismo, una vez se encuentre en firme el presente acto administrativo, de acuerdo a lo ordenado en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.*

*ARTÍCULO CUARTO: De acuerdo con lo previsto en el último inciso del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, declarar ocurrido el riesgo de cumplimiento asegurado por la compañía aseguradora MUNDIAL DE SEGUROS, mediante Póliza Única de Cumplimiento No. 51000059 y hacer efectiva dicha garantía por el diez por ciento (10%) del valor total del contrato, o sea, la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON TREINTA CENTAVOS ($46.909.996,30) M/CTE, y el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, por la suma de NOVENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS DIECINUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON SESENTA CENTAVOS ($93.819.992,60) M/CTE, sumas que deberá cancelar a favor de la Fiscalía General de la Nación por parte de la mencionada Compañía aseguradora en su calidad de garante de la firma PARRA GÓMEZ Y ASOCIADOS LTDA.*

*ARTÍCULO QUINTO: Una vez ejecutoriado el presente acto administrativo, procédase por la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación a afectar la garantía única de cumplimiento No. 51000059 otorgada por la compañía aseguradora MUNDIAL DE SEGUROS.*

*ARTÍCULO SEXTO: Surtido el anterior trámite y de no ser posible obtener el pago directo según lo establecido en la cláusula anterior, por intermedio de la Oficina Jurídica procédase al cobro por jurisdicción coactiva.*

*ARTÍCULO SÉPTIMO: Publicar la parte resolutiva de esta resolución dentro de los ocho días siguientes al de su ejecutoria por dos veces en medios de comunicación social escrita de amplia circulación, publicación que correrá a cargo del contratista, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 80 de 1993. El contratista allegará copia de estas publicaciones a la Dirección Nacional Administrativa y Financiera de la Fiscalía.*

*ARTÍCULO OCTAVO: Compulsar copia de la presente resolución, una vez se encuentre debidamente ejecutoriada, a la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, así como a la Procuraduría General de la Nación, en cumplimiento del artículo 31 de la Ley 80 de 1993.*

*ARTÍCULO NOVENO: Notificar la presente resolución en legal forma a los representantes legales de la firma PARRA GÓMEZ Y ASOCIADOS LTDA y de la compañía aseguradora MUNDIAL DE SEGUROS, haciéndoles saber que contra ella procede únicamente el recurso de reposición ante este mismo Despacho, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993.*

*ARTÍCULO DÉCIMO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su ejecutoria.*

3. El 15 de enero de 1998, a través de la Resolución 0-0051, la Fiscalía General de la Nación resolvió el recurso de reposición interpuesto por el contratista y la compañía aseguradora Mundial de Seguros, en la cual decidió revocar los artículos 1°, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º de la Resolución 0-2094 y confirmar el artículo 2º que ordenaba hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. La parte resolutiva del acto administrativo señaló (copia auténtica de la Resolución 0-0051 del 15 de enero de 1998 -fls. 35 - 46, c. 1-):

*ARTÍCULO PRIMERO: REVOCAR los artículos 1°, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º de la resolución No. 0-02094 de octubre 24 de 1997, en virtud de la cual la Fiscalía General de la Nación declaró la caducidad administrativa del Contrato de Consultoría para la interventoría de construcción, control de costos y control de programación No. 019 del 28 de junio de 1996.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR el artículo 2º de la Resolución No. 0-02094 de octubre 24 de 1997, el cual quedará así: ORDENAR que se haga efectiva la cláusula penal pecuniaria como estimación anticipada de perjuicios, por un valor del diez por ciento (10%) del valor total del contrato 019 de 1996, o sea, la suma de cuarenta y seis millones novecientos nueve mil novecientos noventa y seis pesos con treinta centavos ($46.909.996,30)*

*ARTÍCULO TERCERO: ORDENAR que una vez notificado el presente acto administrativo, se proceda por intermedio de la Dirección Nacional Administrativa y Financiera a descontar el valor correspondiente a la cláusula penal pecuniaria de que trata el artículo anterior, de las cuentas que por concepto del contrato No. 019 de 1996 tenga la Firma Parra Gómez y Asociados Ltda. A su favor. De no ser posible lo anterior, la Dirección Nacional Administrativa y Financiera deberá afectar la garantía única de cumplimiento No. 51000059 expedida por la Compañía Aseguradora Mundial de Seguros.*

*ARTÍCULO CUARTO: Por conducto de la Dirección Nacional Administrativa y Financiera, COMPÚLSENSE copias a la autoridad judicial competente, tanto de los antecedentes administrativos relacionados con la celebración y ejecución del contrato de consultoría No. 019 de 1996, como de esta resolución para los efectos a que hubiere lugar.*

*ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR la presente resolución a los representantes legales de las compañías Parra Gómez y Asociados Ltda. y Mundial de Seguros S.A., o a sus apoderados, haciéndoles saber que contra el presente acto administrativo no procede ningún recurso.*

*ARTÍCULO SEXTO: Una vez notificada la presente resolución, se deberá publicar la parte resolutiva de este acto administrativo por dos veces en un medio de comunicación social escrito con amplia circulación, así como en el Diario Único de Contratación Pública y comunicarla a través de la Dirección Nacional Administrativa y Financiera a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio en que se encuentre inscrito el contratista sancionado, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 de la Ley 80 de 1993.*

*ARTÍCULO SÉPTIMO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.*

4. El 31 de diciembre de 1998, la Fiscalía General de la Nación descontó de las cuentas adeudadas al contratista, la suma de $46’909.996,30 por concepto de la cláusula penal pecuniaria, en cumplimiento a lo ordenado en la Resolución 0-2094 del 24 de octubre de 1997 y su confirmatoria 0-0051 del 15 de enero de 1998 (copia simple de certificación expedida por el Jefe de la Sección de Presupuesto de la Fiscalía General de la Nación -fl. 115, c.1-).

5. El 22 de junio de 1999, por medio de la Resolución 000749, la demandada liquidó unilateralmente el contrato de consultoría 019 de 1996. En la parte resolutiva del acto administrativo señaló (copia simple de la Resolución 000749 del 22 de junio de 1999 -fls. 129 - 140, c. 1-):

*ARTÍCULO PRIMERO: Liquidar unilateralmente el Contrato No. 019 de 1996.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: El contenido del acta de liquidación unilateral del contrato 019 de 1996 será la siguiente:*

*ACTA DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO 019/96*

*Con fundamento en el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, se procede a la liquidación unilateral del contrato, así:*

*(…)*

|  |  |
| --- | --- |
| *VALOR REAL A PAGAR* | *336,782,052.59* |
| *DESCUENTO CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA**Impuesta mediante resolución N° 0-02094 del 24 de octubre de 1997 confirmada mediante resolución N° 0-0051 del 15 de enero de 1998* | *46,906,996.30* |
| *MENOS VALOR DESCUENTOS DE LEY* | *45,623,477.74* |
| *SUBTOTAL* | *244,251,578.55* |
| *MENOS GIRADO HASTA LA FECHA* | *237,404,877.34* |
| *SUBTOTAL* | *6,846,701.21* |
| *SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA* | *6,846,701.21* |

*\*Se deja constancia que la multa impuesta al contratista mediante resolución N° 0-02094 del 24 de octubre de 1997 confirmada mediante resolución N° 0-0051 del 15 de enero de 1998, fue descontada del pago realizado en fecha 31 de diciembre de 1998.*

6. El 2 de agosto de 1999, a través de la Resolución 000811, la Fiscalía General de la Nación rechazó el recurso de reposición interpuesto por el contratista en contra de la Resolución 000749 del 22 de junio de 1999, por haber sido presentado en forma extemporánea (copia simple de la Resolución 000811 del 22 de junio de 1999 - fls. 288 - 290, c. 2-).

**3. Problema jurídico**

En el presente asunto, la sociedad Parra Gómez y Asociados Ltda. pretendió la declaratoria de nulidad del numeral 2° de la Resolución 0-2094 del 24 de octubre de 1997, y los numerales 2°, 3°, 4°, 5° y 6° de su confirmatoria 0-0051 del 15 de enero de 1998, a través de las cuales, la Fiscalía General de la Nación, ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria del contrato de consultoría 019 de 1996.

Sin embargo, de acuerdo con los antecedentes expuestos, conviene a la Sala determinar, previo a abordar el estudio del caso concreto, si la sociedad Parra Gómez y Asociados Ltda. debió demandar la Resolución 000749 del 22 de junio de 1999 que liquidó unilateralmente el contrato 019 de 1996 y, de ser así, se procederá a declarar probada de oficio la excepción de ineptitud de la demanda.

**3. Requisitos necesarios para el ejercicio adecuado de la acción de controversias contractuales**

El artículo 60 de la Ley 80 de 1993 establece que la liquidación se realizará de mutuo acuerdo, dentro del término fijado en el pliego de condiciones o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento 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 lo disponga. En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin las controversias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

A su turno, el artículo 61 de la referida ley estableció que en caso de no ser posible la liquidación bilateral porque no se llegue a un acuerdo o porque el contratista no se presenta, la liquidación será practicada unilateralmente por la entidad, mediante acto administrativo motivado.

Ahora bien, la liquidación del contrato constituye la etapa final del negocio jurídico, en la cual las partes se ponen de acuerdo sobre el resultado último de la ejecución de las prestaciones a su cargo y efectúan un corte de cuentas, para definir, en últimas, quién debe a quién y cuánto, es decir para finiquitar el negocio mediante el reconocimiento de saldos a favor de alguna de las partes y declararse a paz y salvo.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación ha establecido*[[13]](#footnote-13)*:

*La liquidación de los contratos estatales se define como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato[[14]](#footnote-14), o aquella etapa del contrato que sigue a su terminación, mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de ésta forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación negocial, definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuanto, bien por las partes de común acuerdo, por la administración unilateralmente o en su caso por el juez, es decir para ‘dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocia’[[15]](#footnote-15).*

Ahora bien, en relación con la procedencia de la acción de controversias contractuales, esta Corporación ha precisado que cuando un contrato ha sido objeto de liquidación unilateral se debe demandar en el litigio la nulidad del acto, so pena de que la acción resulte improcedente por ineptitud formal de la demanda.

Frente a lo anterior, la Sección Tercera de esta Corporación ha puntualizado lo siguiente*[[16]](#footnote-16)*:

*En efecto, una vez media el acto de liquidación unilateral la única forma de controvertir aspectos relacionados con la celebración o ejecución del contrato estatal es mediante el levantamiento del velo de legalidad de que goza el acto administrativo que contiene la misma, circunstancia que torna exigente, como lo ha señalado esta Corporación, la formulación de la causa petendi y el fundamento jurídico de la responsabilidad, pues será requisito sine qua non deprecar la declaratoria de ilegalidad total o parcial del acto que contiene la liquidación así como la indicación y el desarrollo del concepto de la violación en el que se apoya la censura respectiva.*

En similar sentido, en relación con lo anterior, sostuvo[[17]](#footnote-17):

*Ahora, analizando el caso sub exámine se observa que el demandante solicitó declarar la nulidad de las resoluciones 229 y 2710 (por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato 129, se dio por terminado el mismo y se ordenó su liquidación) y se reconocieran los perjuicios materiales; pero, al proceso se aportó también la resolución 3029 de 2003 mediante la cual el Hospital Federico Lleras Acosta liquidó unilateralmente dicho contrato, liquidación respecto de la que el contratista manifestó su desacuerdo en la vía gubernativa, mediante recurso resuelto con la resolución 043 de 2004, que también se allegó al presente proceso.*

*Así las cosas, está probado que el contrato 129 se liquidó unilateralmente por la entidad pública contratante, de conformidad con lo pactado, con el objeto de ajustar las cuentas relacionadas con la ejecución del mismo y establecer los reconocimientos a que hubiere lugar; no obstante, en la demanda el actor no formuló pretensión anulatoria alguna en contra del acto de liquidación ni del que resolvió el recurso interpuesto contra aquél, situación que configura el fenómeno de la inepta demanda, pues para estudiar el cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad Distribuciones Edzon y/o Edgar Pinzón Neira y el consecuente incumplimiento por parte de la entidad contratante, así como la correspondiente indemnización de perjuicios, era necesario desvirtuar previamente la legalidad de los actos de liquidación del contrato 129, máxime teniendo en cuenta que el acto de liquidación unilateral definió la parte económica del negocio y el contratista, pese a ello y sin demandar este acto, pide por su lado que se le reconozcan los daños causados por un posible incumplimiento de la entidad contratante, generador de perjuicios materiales y morales, según los términos de la demanda.*

*Ahora, el hecho de no controvertir la legalidad del acto administrativo mediante el cual se liquidó unilateralmente el contrato significa que ella está incólume, pues en su contra no se interpuso la acción judicial procedente; por tanto, las resoluciones proferidas en ese sentido por el Hospital Federico Lleras quedaron ejecutoriadas y se presumen legales.*

De tal suerte que, para formular la acción de controversias contractuales, cuando se trata de contratos estatales que han sido objeto de liquidación unilateral, se impone la necesidad de demandar la nulidad del acto administrativo a través del cual la entidad estatal adoptó dicha decisión. Lo anterior, dado que, para controvertir aspectos relacionados con cualquier circunstancia originada en la celebración o ejecución del contrato se requiere desvirtuar, previamente, la presunción de legalidad que ampara dicho acto.

**4. El caso concreto**

En el asunto de la referencia, se observa que el apoderado del demandante presentó demanda el 31 de marzo de 2000 en contra de la Fiscalía General de la Nación, en la que solicitó la nulidad del numeral 2° de la Resolución 0-2094 del 24 de octubre de 1997, y los numerales 2°, 3°, 4°, 5° y 6° de su confirmatoria 0-0051 del 15 de enero de 1998, por medio de la cual la entidad estatal ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria del contrato de consultoría 019 de 1996.

Sin embargo, la parte actora omitió solicitar la nulidad del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, contenido en la Resolución 000749 del 22 de junio de 1999, lo cual era necesario.

En efecto, en el acto de liquidación unilateral del contrato 019 de 1999, la Fiscalía General de la Nación dejó constancia del cobro de la cláusula penal pecuniaria, que impuso a la sociedad Parra Gómez y Asociados Ltda. mediante Resolución 0-02094 del 24 de octubre de 1997 y de su confirmatoria 0-0051 del 15 de enero de 1998, suma que fue descontada de las cuentas adeudadas al contratista, el 31 de diciembre de 1998.

Al respecto, en el acto de liquidación unilateral del contrato –se reitera-, se estableció:

*Con fundamento en el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, se procede a la liquidación unilateral del contrato, así:*

*(…)*

|  |  |
| --- | --- |
| *VALOR REAL A PAGAR* | *336,782,052.59* |
| *DESCUENTO CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA**Impuesta mediante resolución N° 0-02094 del 24 de octubre de 1997 confirmada mediante resolución N° 0-0051 del 15 de enero de 1998* | *46,906,996.30* |
| *MENOS VALOR DESCUENTOS DE LEY* | *45,623,477.74* |
| *SUBTOTAL* | *244,251,578.55* |
| *MENOS GIRADO HASTA LA FECHA* | *237,404,877.34* |
| *SUBTOTAL* | *6,846,701.21* |
| *SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA* | *6,846,701.21* |

*\*Se deja constancia que la multa impuesta al contratista mediante resolución N° 0-02094 del 24 de octubre de 1997 confirmada mediante resolución N° 0-0051 del 15 de enero de 1998, fue descontada del pago realizado en fecha 31 de diciembre de 1998.*

Bajo este contexto, no se puede declarar la nulidad del acto demandado si subsiste su contenido en el acto de liquidación unilateral, que como tal goza de presunción de legalidad y presta mérito ejecutivo. De manera que han debido demandarse los dos actos: *(i)* El contenido en la Resolución 0-2094 del 24 de octubre de 1997, que declaró la caducidad del contrato de consultoría 019 de 1996 e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, y Resolución 0-0051 del 15 de enero de 1998, que revocó la decisión de declaratoria de caducidad y confirmó la sanción pecuniaria impuesta, y *(ii)* el de liquidación unilateral del contrato, contenido en la Resolución 000749 del 22 de junio de 1999.

En conclusión, para poder entrar a estudiar de fondo las pretensiones anulatorias de los actos demandados, la parte actora debió demandar la nulidad de la Resolución 000749 del 22 de junio de 1999 que liquidó el contrato de consultoría 019 de 1996, en tanto dicho documento contiene el balance final de cuentas del acuerdo negocial.

De esta forma, no se puede proceder al estudio de las pretensiones formuladas en la demanda, en razón de su ineptitud, por cuanto existe un acto administrativo a través del cual se liquidó unilateralmente el contrato 019 de 1996, cuya nulidad no se solicitó en el proceso y las estipulaciones allí contenidas están llamadas a producir plenos efectos.

**5. Costas**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –aplicable en el *sub lite*-, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena de costas. Toda vez que en el presente caso no se evidencia que alguna de las partes haya actuado temerariamente o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

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

**FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 18 de febrero de 2010 del Tribunal Administrativo de Santander, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

**SEGUNDO:** En su lugar, **DECLARAR** como probada de oficio la excepción de inepta demanda.

**TERCERO:** En consecuencia, **INHIBIRSE** para fallar el fondo del asunto.

**CUARTO:** Sin condena en costas.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Fls. 990 – 997, c.1 [↑](#footnote-ref-1)
2. Fls. 999 – 1002, c.1. [↑](#footnote-ref-2)
3. *“Del juez competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa (…)”.* [↑](#footnote-ref-3)
4. El salario mínimo legal mensual que rigió en el año 2000 era de $260.100, por disposición del Decreto 2647 del 23 de diciembre de 1999. [↑](#footnote-ref-4)
5. *El artículo 87 del CCA, dispone: “DE LAS CONTRATOVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.*

*Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.*

*El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.*

*En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil”.*

 [↑](#footnote-ref-5)
6. *“Artículo 80. Solicitud. El artículo 60 de la Ley 23 de 1991, quedará así:*

*Artículo 60. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes individual o conjuntamente podrán formular solicitud de conciliación prejudicial, al Agente del Ministerio Público asignado al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de aquéllas. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones. // El término de caducidad no correrá desde el recibo de la solicitud en el despacho del Agente del Ministerio Público, hasta por un plazo que no exceda de sesenta (60) días. Para este efecto, el plazo de caducidad se entenderá adicionado por el de duración de la etapa conciliatoria. // Dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la solicitud, el Agente del Ministerio Público, de encontrarla procedente, citará a los interesados, para que dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha de la citación, concurran a la audiencia de conciliación el día y la hora que señale. Con todo, sin perjuicio de lo previsto en esta ley en relación con los términos de caducidad de la acción, las partes podrán pedirle al Agente del Ministerio Público que señale una nueva fecha."* [↑](#footnote-ref-6)
7. De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el conteo de los términos que hubieren empezado a correr en vigencia de una ley anterior, debe hacerse según lo dispuesto en dicha norma [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, exp. 27588. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-8)
9. *“[8] La citada norma fue derogada por el artículo 49 de la Ley 640 de 2001”.* [↑](#footnote-ref-9)
10. *“[9] ARTÍCULO 63. Si no fuere posible acuerdo alguno, el Fiscal declarará cerrada la etapa prejudicial, devolverá a los interesados la documentación aportada y registrará en su Despacho la información sobre lo ocurrido, dejando copias de los medios de prueba y de su enumeración, según sea el caso”.* [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-11)
12. Copia auténtica del contrato 019 del 28 de junio de 1996 –fls. 9 – 24, c.1) [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de noviembre de 2016, exp. 56.179, M.P. Jaime Orlando Santofimio. [↑](#footnote-ref-13)
14. *“[31] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008, Exp. 16.293”.*  [↑](#footnote-ref-14)
15. *“[32] Ibídem”.* [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 16.941, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de enero de 2016, exp. 33.880, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-17)