**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Acción procedente**

A través de la instauración de la demanda con la cual se dio inicio al presente encuadernamiento, se aspira a obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos acusados, que decidieron declarar el incumplimiento parcial del Contrato 009 de 1994, celebrado entre el señor Julio Ignacio Gutiérrez Sanabria y la Sociedad de Televisión del Pacífico Ltda, la efectividad de la garantía y la imposición de la cláusula penal pecuniaria, así como la liquidación final del referido contrato; aspectos que al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A. pueden válidamente ventilarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por conducto de la acción contractual impetrada.

**CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS - De emisión en televisión - Régimen de contratación estatal**

La Ley 182 de enero 20 de 1995, denominada Ley de Televisión, no modificó el marco legal aplicable para los contratos de cesión de derechos de emisión que tenía celebrados Telepacífico, entre otros, el contrato 009 de 12 de noviembre de 1994, bajo el cual se expidieron los actos demandados en este proceso, dado que el artículo 37 de la Ley 182 sometió al derecho privado este tipo de contratos, pero, por otra parte, reafirmó la regla general de aplicación de la ley vigente a la fecha en que el contrato fue celebrado.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Declaratoria - Competencia - Ley 80 de 1993**

Tal como lo ha reseñado el apelante, la Ley 80 de 1993, vigente para la época en que se celebró el Contrato 009 de 1994, -a diferencia del Decreto 222 de 1983-, no se refirió al acto administrativo de declaración de incumplimiento y solo contempló la facultad de la entidad estatal contratante para considerar y calificar la situación de incumplimiento del contrato estatal en el marco del acto administrativo que declara la caducidad, bajo la exigencia de la configuración de los requisitos especiales previstos en el artículo 18. Es por ello cierto que desde que la Ley 80 de 1993 derogó el Decreto 222 de 1983 no se otorgaron a las entidades estatales potestades especiales para que pudieran declarar unilateralmente el incumplimiento de los contratos regidos por dicha ley. Este aspecto cambió a partir de la Ley 1150 de 2007, no obstante lo cual, para los contratos de cesión de derechos de emisión celebrados después de la Ley 182 de 1995 aplicó el derecho privado, de acuerdo con el contenido especial de la Ley de Televisión. En este orden de ideas, al amparo de la Ley 80 de 1993, las entidades regionales de carácter estatal no tenían competencia para declarar el incumplimiento del contrato por el no pago de la contraprestación pactada en retribución por la cesión de derechos de emisión en televisión, salvo en el caso de que ese incumplimiento calificado cumpliera los supuestos de gravedad y amenaza de paralización, evento en el cual la entidad estatal podía declarar la caducidad del contrato, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley 80. La Sala advierte que la tesis de la incompetencia para declarar el incumplimiento del contrato estatal acogida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia del año 2005 fue reiterada por la propia Subsección A, incluso para declarar la nulidad oficiosa en relación con los actos expedidos en contratos celebrados en vigencia de la Ley 80 de 1993, antes de la expedición de la ley 1150 de 2007 (…) Ley 80 de 1993 no contemplaba la potestad de declarar el incumplimiento del contrato para la época de la expedición de los actos acusados en este proceso.

**ACTO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Reiteración jurisprudencial**

La Sala observa que el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato estatal supone la determinación de un estado financiero de liquidación –que comúnmente las entidades estatales denominan balance de liquidación-, en el cual se reflejan, en cifras concretas, los hechos económicos del contrato y, respecto de su contenido, como en todo acto administrativo, se advierte la exigencia de expresar una motivación debidamente soportada y ajustada a derecho. (…)Por esa razón, el acto administrativo de liquidación unilateral refleja, en su caso, la valoración de la prestación que se determina como incumplida, expresada en pesos, aspecto que lleva a advertir que la facultad para liquidar unilateralmente el contrato conlleva una potestad para apreciar los valores correspondientes a los ítems dejados de ejecutar, sumas adeudadas a la entidad y obligaciones pendientes, de acuerdo con las reglas que se aplican al contrato y a la elaboración de la información financiera correspondiente. (…) La Ley 80 de 1993 exigió la liquidación del contrato de tracto sucesivo e impuso un plazo, legal o contractual, para buscar la liquidación de mutuo acuerdo, vencido el cual dicha ley consagró la potestad de liquidación unilateral del contrato, que no es otra que la de elaborar el estado financiero final y adoptarlo con la fuerza del acto administrativo, el cual goza del privilegio de lo previo, además de tener la potencialidad de constituirse en un título ejecutivo contra el contratista.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Nulidad - Acto que declara incumplimiento - No limita la potestad de liquidar unilateralmente el contrato**

Por ello, aunque para la época de los hechos en este proceso la entidad estatal no tenía competencia para declarar el incumplimiento del contrato, debe tenerse presente que una vez terminado el mismo, siendo un contrato de tracto sucesivo, esa entidad estatal contratante tenía el deber de liquidarlo y, en su caso, le asistió la competencia para determinar la cuenta final de liquidación, con apoyo en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993. Descendiendo al caso concreto, interpretar que la liquidación unilateral no podía incluir la cuantificación de las partidas adeudadas respecto de las cuales existía o podía existir disputa, llevaría a desconocer el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, toda vez que, según la norma, la liquidación unilateral procede si el contratista no se presenta, “o las partes no llegan a un acuerdo” sobre el contenido de la liquidación. (…) De esta manera, de acuerdo con lo expuesto, la Sala concluye que Telepacífico tenía competencia para expedir la Resolución 319 de 2 de octubre de 2000, mediante la cual adoptó la liquidación unilateral del contrato 009 de 1994 y de su prórroga, pero solamente en lo que se refirió al valor de las obligaciones de pago que se encontraban incumplidas al término del contrato.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Nulidad - Acto que declara incumplimiento - Limita la facultad de hacer efectiva la cláusula penal**

Vale la pena recordar que en el presente caso Telepacífico declaró la ocurrencia del siniestro antes de expedir el acto administrativo de liquidación, con base en la declaración unilateral de incumplimiento realizada a través de la Resolución 194 de 2000 y, por otra parte, se advierte que los artículos 2 y 3 de la referida Resolución, contentivos de la declaratoria de siniestro, fueron anulados mediante la sentencia de primera instancia en proceso separado, la cual quedó en firme de conformidad con la providencia de esta misma Subsección. (…) Empero, dado que la liquidación de la cláusula penal se consideró como una partida derivada de la declaratoria de incumplimiento que se anulará en este proceso, ello conllevará la anulación del primer párrafo del numeral 3.2, del acta de liquidación, adoptada por la Resolución No. 319 del 2 de octubre de 2000 (…) No se trata de establecer el decaimiento o pérdida de fuerza ejecutoria del aparte transcrito, figura a la que se refiere el artículo 66 del CCA , dado que en este proceso se accede a declarar la nulidad con apoyo en los cargos que imputó el demandante sobre los actos administrativos acusados, acerca de la falsa motivación y la falta de competencia, referidos por la parte actora con apoyo en las causales del artículo 84 del CCA , según se ha expuesto en esta providencia.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E)**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02758-01(34803)**

**Actor: JULIO IGNACIO GUTIÉRREZ SANABRIA**

**Demandado: SOCIEDAD TELEVISIÓN DEL PACÍFICO LTDA.**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Temas**:** FALTA DE COMPETENCIA PARA DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – La Ley 80 de 1993 no consagró competencia para el acto administrativo que declara unilateralmente el incumplimiento / CLÁUSULA PENAL- no se puede cobrar por razón de la nulidad del acto que declara el incumplimiento del contrato / CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS DE EMISIÓN EN TELEVISIÓN - Ley 14 de 1991

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 11 de mayo de 2007 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la cual, en su parte resolutiva, dispuso:

“1. Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

“2. Denegar las pretensiones de la demanda" (fls. 226-257, c. Consejo de Estado).

**1.** **ANTECEDENTES**

**1.1 Lo que se demanda**

Mediante escrito presentado el 21 de junio de 2001, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual, el señor Julio Ignacio Gutiérrez Sanabria, propietario del establecimiento de comercio denominado *"Julio Ignacio Gutiérrez S. Televisión"*, instauró demanda en contra de la Sociedad Televisión del Pacífico Ltda, Telepacífico[[1]](#footnote-1), ante el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, en la cual se elevaron las siguientes pretensiones:

Que se declare la nulidad y se deje sin efecto la Resolución No. 194 del 17 de mayo de 2000, mediante la cual Telepacífico declaró el incumplimiento parcial del Contrato de Cesión de Derechos de Emisión No. 009 suscrito el 12 de noviembre de 1994 y prorrogado en diciembre de 1997; la ocurrencia del riesgo amparado a través de la garantía única de cumplimiento y la orden de hacerla efectiva; así como dispuso la exigibilidad de la cláusula penal estipulada en el contrato en mención, correspondiente al 50% del valor del mismo.

Que como consecuencia de lo anterior se declare que no se produjo el riesgo amparado por la garantía de cumplimiento a través de las pólizas de seguros No. 1140805 y 1200810 6, otorgadas por la Aseguradora Colseguros S.A. y por consiguiente no sea exigible la cláusula penal equivalente al 50% del valor del contrato.

Que se declare la nulidad y se deje sin efecto la Resolución No. 237 del 30 de junio de 2000, mediante la cual la entidad demandada rechazó de plano el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 194 del 17 de mayo de 2000[[2]](#footnote-2).

Que se declare la nulidad y se deje sin efecto la Resolución No. 319 del 2 de octubre de 2000, a través de la cual la parte accionada acogió la liquidación final de la prórroga del contrato antes citado.

**1.2 Los hechos**

Se narró en el libelo introductorio del proceso cuanto a continuación se sintetiza:

**1.2.1** El señor Julio Ignacio Gutiérrez Sanabria, propietario del establecimiento de comercio *“Julio Ignacio Gutiérrez S. Televisión”* y la Sociedad de Televisión del Pacífico Ltda., Telepacífico, suscribieron el 12 de noviembre de 1994 el contrato que denominaron *“Contrato de Cesión de Derechos de Emisión No. 009”*, cuyo objeto fue la cesión de derechos de emisión sobre cinco (5) programas de televisión de producción regional y dos (2) de producción nacional o extranjera, con el pago correspondiente a favor de Telepacífico.

**1.2.2** La ejecución del contrato en mención inició el 30 de enero de 1995 con fecha de finalización el 29 de enero de 1998. Sin embargo, en diciembre de 1997 el contrato fue prorrogado, de común acuerdo, hasta el 29 de enero de 2000, tal como quedó estipulado en la cláusula primera de la prórroga del contrato.

**1.2.3** El valor y la forma de pago, pactados en la cláusula quinta del Contrato No. 009, modificada por la cláusula segunda de la prórroga, se rigieron por las tarifas y plazos fijados por la Junta Administradora de Telepacífico a través del Acuerdo No. 01 de 1997 y como valor del contrato, de acuerdo con la prórroga, se fijó una suma estimada en $517’777.000.

**1.2.4** Hasta el 29 de enero de 2000 el actor cumplió con sus obligaciones de emisión, y, a su vez, para el plazo fijado hasta el 29 de mayo de 2000, se acordó que “*durante esa época la contratante le notificara al contratista los plazos en los cuales debería cumplir con el pago, plazo que debió fijar la Junta Administradora de Telepacífico”*.

**1.2.5** Mediante Resolución No. 194 de 17 de mayo de 2000 la entidad accionada declaró el incumplimiento parcial del Contrato No. 009, pero no la caducidad del mismo.

**1.2.6** El demandante narró que la declaratoria de incumplimiento realizada por parte de Telepacífico, se encontraba por fuera de las facultades exorbitantes conferidas por la Ley 80 de 1993; asimismo, advirtió que la entidad demandada tampoco contaba con la potestad de evaluar el supuesto incumplimiento ni de imponer sanciones pecuniarias, puesto que para el 17 de mayo de 2000, fecha en la cual se expidió la Resolución No. 194, el plazo del Contrato No. 009 se encontraba vencido.

**1.2.7** Agregó que, si en un caso hipotético, se considerara que el Contrato No. 009 se prorrogó hasta el 29 de mayo de 2000, la expedición de la Resolución en comento también se encontraría por fuera del término para ejercer los poderes exorbitantes otorgados por la ley, por cuanto, en virtud de lo previsto en el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo, dicho acto administrativo surtiría efectos legales a partir de la notificación por edicto, la cual se realizó el 6 de junio de 2000.

**1.2.8** Por expresa prohibición del inciso final del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, la entidad accionada no tenía la competencia para expedir los actos administrativos ahora demandados, toda vez que la única facultad de la cual estaba revestida era de la de adoptar medidas de inspección, vigilancia y control para garantizar el cumplimiento del contrato y evitar la paralización del servicio[[3]](#footnote-3).

**1.3 Fundamentos de derecho de las pretensiones**

Los hizo consistir el actor en lo previsto por las siguientes normas: ***(i)*** artículos 2, 4, 29 y 209 de la Constitución Política, ***(ii)*** artículos 2, 3, 84, 87, 206 a 214 del Código Contencioso Administrativo y ***(iii)*** artículos 18, 75 y 77 de la Ley 80 de 1993.

En relación con las disposiciones constitucionales que en su consideración fueron vulneradas por la actuación de la entidad demandada, el actor argumentó que en la expedición de los actos administrativos acusados, la administración incurrió en las causales de nulidad relacionadas con falta de competencia, falta de observancia de las garantías propias del debido proceso, no ceñirse las decisiones acusadas a las disposiciones a las cuales debían estar sujetas y falsa motivación, previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Afirmó el actor que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispuso como mecanismos dirigidos a garantizar el cumplimiento del objeto contractual, sanciones que abarcan desde multas hasta la suspensión de los pagos y facultades exorbitantes como la interpretación, modificación y terminación unilaterales, así como la caducidad, las que al ser excepcionales, deben ser aplicadas en las circunstancias y dentro de las oportunidades señaladas por la ley.

En este sentido, concluyó que constituye falta de competencia el ejercicio de estas facultades por fuera de la oportunidad que prevé la ley y una violación al debido proceso, tutelado en el artículo 29 constitucional, el no ceñirse a las circunstancias que dispone la ley.

En su parecer, la terminación del contrato por declaratoria de incumplimiento no es una causal autónoma y, por ello, solo cuando se decreta la caducidad es procedente terminar y ordenar la liquidación del contrato, al igual que hacer efectiva la cláusula penal.

Agregó que no es posible concebir que un incumplimiento que en ningún momento afectó la ejecución de la prestación principal ─emisión de la programación─ ni fue culposo, culmine con la declaratoria de un incumplimiento parcial, pero con las consecuencias de un incumplimiento total. Asimismo, manifestó que los pagos, respecto de los cuales se imputa el incumplimiento al contratista, fueron garantizados con pagarés y en el proceso concordatario del señor Julio Ignacio Gutiérrez Sanabria, en el cual Telepacífico se hizo parte.

Añadió que la sociedad accionada no tenía competencia para emitir los actos administrativos acusados por la prohibición prevista en el inciso final del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, puesto que únicamente tenía la facultad de adoptar decisiones relacionadas con las actividades de inspección, vigilancia y control necesarias para garantizar la ejecución del objeto contractual y para evitar la paralización del servicio, comoquiera que el Juzgado 10 Civil del Circuito de Cali admitió a partir del 19 de marzo de 1999 el concordato solicitado por el demandante.

En este orden de ideas, concluyó que se configuraron las causales de nulidad que se invocan respecto de la Resolución No. 194 del 17 de mayo de 2000.

Por último, manifestó la parte actora que si la Resolución No. 194 de 2000 es nula, también lo es la Resolución No. 319 del mismo año, que ordenó la liquidación del contrato[[4]](#footnote-4).

**1.4. Trámite de la primera instancia**

**1.4.1** Mediante providencia calendada el 6 de noviembre de 2001, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda formulada en ejercicio de la acción contractual por el accionante y ordenó la notificación personal del libelo introductorio del litigio al gerente de la sociedad demandada[[5]](#footnote-5).

**1.4.2** Notificado el auto admisorio del libelo inicial del litigio a la entidad pública accionada, esta le dio oportuna contestación por medio de escrito, en el cual aceptó la mayoría de los hechos de la demanda con algunas precisiones y aclaraciones, negó otros y respecto de uno de ellos manifestó atenerse a lo que se pruebe dentro del proceso; asimismo, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

El apoderado de la entidad demandada inició su argumentación refiriéndose a que si bien es cierto que el actor cumplió con sus obligaciones con respecto a la cesión de los derechos de emisión, también lo es el hecho de que incumplió, de manera permanente, con sus obligaciones económicas.

Expresó que el actor no tenía por qué esperar a la terminación del contrato para que la entidad accionada le determinara sus obligaciones económicas, máxime si se tiene en cuenta que el aceptar el incumplimiento de sus obligaciones prueba que conocía el plazo y la forma de pago previstos en la cláusula segunda de la prórroga del contrato.

Afirmó que el argumento del accionante relacionado con la posibilidad de aplicar otras medidas cuando se presenta el incumplimiento parcial, no ataca la legalidad de los actos demandados.

Precisó además que no había vencido la posibilidad de ejercer sus potestades dado que, en virtud de la prórroga del contrato, la vigencia del mismo se estipuló hasta el 29 de mayo de 2000 y el plazo especial para los derechos de emisión hasta el 29 de enero de 2000; no obstante lo anterior, la declaratoria de incumplimiento del contrato no obedeció al uso de las facultades legales sino al acuerdo contractual que autorizaba aplicar la caducidad o el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal. Agregó que no se presentó la extemporaneidad alegada por el actor respecto de los actos administrativos acusados, por cuanto los mismos fueron expedidos antes de la liquidación final del contrato.

Añadió que la entidad demandada no declaró la terminación unilateral del contrato; que el plazo de las emisiones terminó el 29 de enero de 2000 y el plazo de vigencia del contrato feneció el 29 de mayo de ese año; adicionalmente, que en nada incidió que el 19 de marzo de 1999 se admitiera el trámite concordatario del aquí demandante, pues para cuando se expidieron los actos administrativos demandados había transcurrido más de un año desde el acaecimiento de dicha situación.

Advirtió que a pesar de haberse mencionado en la demanda los artículos 14, 15, 16, 17 y 18 de la Ley 80 de 1993, el demandante no se explicó de manera específica cómo fueron vulnerados y concluyó que si bien el actor hizo referencia en su escrito de demanda a la procedencia de la caducidad por incumplimiento total de los contratos, en el presente caso tal facultad no fue ejercida. Igualmente, señaló que para hacer efectiva la cláusula penal no era menester declarar la caducidad del contrato, por cuanto el artículo 18 del Estatuto de Contratación Estatal no exige esta condición y, en ese sentido, resulta procedente darle aplicación a lo estipulado por las partes en el contrato.

Afirmó también que la orden de liquidar el contrato por vencimiento del plazo estipulado para cumplir las prestaciones se dio en cumplimiento de los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993; que no se vulneró el inciso final del artículo 17 de la ley en cita, toda vez que la sociedad demandada respetó el contrato, a pesar del incumplimiento del actor y de llevar más de un año en concordato y, por tanto, no se puede pretender la prórroga indefinida del plazo contractual, el cual venció el 29 de enero de 2000 para la emisión de los programas de televisión contratados.

En este punto de la argumentación, el apoderado de la entidad demandada propuso la excepción de inexistencia de vicios o ilegalidades en los actos acusados, respecto de la cual adujo que procedió, sin acudir al juez del contrato, a declarar el incumplimiento y a hacer efectiva la cláusula penal mediante la Resolución No. 194 del 17 de mayo de 2000, con fundamento en el ejercicio de las facultades de autotutela de la administración pública y en lo normado por *“el artículo 64 de la ley 01 de 1994”*, en concordancia con los artículos 23 y 77 de la Ley 80 de 1993. Agregó que una vez notificada la Resolución en mención, la entidad pública rechazó el recurso de reposición interpuesto contra el contenido de dicho acto, por no cumplir con el requisito previsto en el numeral 1 del artículo 52 del C.C.A. y en acatamiento al artículo 53 de ese Estatuto. Finalmente, aseguró que una vez vencido el plazo del contrato ─cosa que ocurrió el 29 de mayo de 2000─, la sociedad accionada citó al actor para efectuar la liquidación bilateral dentro de los 4 meses que prevé la ley, pero ante su inasistencia, procedió a liquidar el contrato a través de la Resolución No. 319 del 2 de octubre de 2000, acatando la disposición del artículo 61 de la Ley 80 de 1993[[6]](#footnote-6).

**1.4.3** A través de escrito del 2 de diciembre de 2002, el apoderado del demandante adicionó la demanda, con las siguientes pretensiones subsidiarias (se transcribe literal incluso con posibles errores):

“Primera Subsidiaria. Declarar y como consecuencia sin efecto los artículos segundo, tercero y cuarto del acto administrativo contenido en la resolución No. 194 emitida el 17 de mayo de 2000 por la Sociedad Televisión del Pacífico Ltda. Telepacífico, mediante los cuales se impuso la cláusula penal pecuniaria e inhabilidades al contratista.

“Segunda Subsidiaria. Para el improbable evento de no prosperar la anterior pretensión subsidiaria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1596 del Código Civil solicito que se decrete la rebaja de la cláusula penal pecuniaria en el 97%, la que deberá quedar reducida al equivalente al 3%, es decir a la cantidad de once millones cuatrocientos setenta y seis mil cincuenta pesos ($11.476.050.oo)".

Como fundamento de las anteriores pretensiones subsidiarias, adujo el actor que, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la sociedad demandada no tenía la facultad para hacer efectiva la cláusula penal, sin que se hubiera declarado la caducidad del contrato. Además señaló que el contrato no puede ser fuente de enriquecimiento para la administración y, por ello, al haberse cumplido el contrato en su mayor parte, resulta excesiva e inequitativa la sanción a él impuesta, razón por la cual, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1596 del Código Civil, tiene derecho a que se le rebaje la pena. En este sentido, añadió que cumplió con el objeto principal del contrato y con parte de los pagos, pues la crisis nacional impidió que cumpliera satisfactoriamente con todas sus obligaciones, lo que le permite solicitar una rebaja de la pena, proporcional a la entidad del incumplimiento del contrato[[7]](#footnote-7).

**1.4.4** Mediante auto de fecha 4 de diciembre de 2002, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca admitió la adición de la demanda y ordenó su notificación a la parte accionada[[8]](#footnote-8).

En escrito de fecha 28 de enero de 2003, el apoderado de la sociedad demandada manifestó su oposición a las pretensiones subsidiarias por cuanto se encuentra probado por el gran número de facturas adeudadas por el actor; asimismo, añadió que no se pactaron en el contrato pagos parciales de multa por incumplimientos parciales. Como excepción, propuso la que denominó *carencia de derecho*, toda vez que. en su consideración, no le asiste al actor ningún derecho para solicitar la reducción de la cláusula penal impuesta[[9]](#footnote-9).

Posteriormente, a través de escrito del 2 de abril de 2003, el apoderado de la demandada manifestó que el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 no tiene el alcance señalado por el actor, habida consideración de que en norma alguna se prevé que las partes no tengan la posibilidad de pactar sanciones por incumplimiento dentro de los parámetros dispuestos por el Código Civil, en especial con base en lo dispuesto en sus artículos 1599, 1600 y 1601. Añadió que el actor incumplió sus obligaciones contractuales y a esa fecha adeudaba una suma que superaba los doscientos millones de pesos. Finalmente, manifestó que los pagos pactados en el contrato constituían una de las obligaciones más importantes contraídas por el actor y su incumplimiento generó a Telepacífico grandes perjuicios económicos[[10]](#footnote-10).

**1.4.5** Mediante auto de fecha 1° de julio de 2003 se ordenó tener como pruebas los documentos presentados por las partes y se ofició a Telepacífico, así como a los Juzgados 10 y 11 Civil del Circuito de Cali, para que allegaran al expediente la información solicitada, tanto en la demanda como en su contestación; asimismo, se decretó el interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad demandada, así como la recepción de los testimonios pedidos por el demandante. La prueba de inspección judicial solicitada por el actor no fue decretada con fundamento en que su objeto se podía suplir con el contenido de la documental[[11]](#footnote-11).

Una vez corrido el traslado a las partes para alegar de conclusión[[12]](#footnote-12), sus apoderados presentaron los respectivos memoriales de alegación, en los cuales ratificaron los argumentos expuestos en los escritos contentivos de la demanda y de la contestación a la misma[[13]](#footnote-13).

Como un aspecto adicional, el apoderado de la sociedad demandada manifestó en sus alegatos de conclusión que el actor no agotó la vía gubernativa respecto de la Resolución No. 194 del 17 de mayo de 2000, por cuanto no interpuso recurso de reposición en debida forma. Agregó, de otra parte, que la sociedad accionada, para facilitar el cumplimiento de las obligaciones del contratista, aceptó la entrega de un pagaré como forma de pago y consideró recibir en dación de pago la Unidad Móvil de propiedad del actor; esta última medida, sin embargo, no pudo llevarse a cabo.

Añadió que en la contestación de la demanda propuso como excepciones las de carencia de causa, inexistencia de la obligación, petición de lo no debido e incumplimiento del contrato.

Por su parte, el apoderado del actor enfatizó en que la entidad demandada, en virtud de las disposiciones de la Ley 80 de 1993, debió acudir a la vía jurisdiccional para solicitar la imposición de la cláusula penal pecuniaria.

**1.5 La sentencia apelada**

**1.5.1** El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, tras efectuar un análisis sobre los hechos y las pruebas allegadas al proceso, declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y negó las pretensiones de la demanda.

Una vez verificada la procedencia de la acción de controversias contractuales y la legitimación en la causa de las partes en el proceso, el fallador de primera instancia, de manera previa a decidir de fondo el asunto objeto de litigio, negó la prosperidad de las excepciones de inexistencia de vicios o ilegalidades de los actos acusados y de carencia de derecho, toda vez que las mismas se confunden con el mérito del negocio a resolver. En este punto, advirtió el *a quo* que las excepciones propuestas en la contestación, tanto de la demanda como de su adición, no son congruentes con las mencionadas en los alegatos de conclusión de la accionada, pues en este último escrito incorpora nuevos medios exceptivos denominados como *inexistencia de la obligación*, *petición de lo no debido* e *incumplimiento del contrato*.

Señaló el Tribunal Administrativo que el problema a resolver se encaminaba a determinar si se ajustaba a derecho la declaración de incumplimiento y la declaratoria de la ocurrencia del riesgo amparado mediante la garantía única de cumplimiento, la orden de hacer efectiva dicha garantía y la consecuente liquidación del contrato 009 de 1994, a partir del 29 de mayo de 2000.

Después de relacionar lo que denominó *"los hechos relevantes probados",*  el Tribunal Administrativo de primera instancia extrajo de dicho recuento fáctico los supuestos referidos al objeto del contrato, el valor inicial pactado, la forma de pago y su modificación, el plazo contractual, la sanción penal pecuniaria prevista en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento del contrato ─equivalente al 50% del valor del mismo─, la terminación del contrato a partir del 29 de mayo de 2000, el plazo para las emisiones ─hasta el 29 de enero de 2000─ y la garantía única de cumplimiento pactada en el contrato.

Prosiguió el *a quo* en señalar que la declaratoria de incumplimiento encuentra su fundamento jurídico en la condición resolutoria tácita prevista en el artículo 1546 del Código Civil, según la cual la parte cumplida puede solicitar la terminación o resolución del contrato o su cumplimiento y, además, una indemnización.

En relación con el precedente jurisprudencial aplicable en este caso sobre la facultad de la Administración para hacer efectivas las multas y, en especial, la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, el *a quo* hizo un recuento de las posiciones de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sobre este aspecto, para concluir que a partir del año 2005, esa Alta Corporación considera que la Administración no tiene la facultad para imponer y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, toda vez que solamente es el juez del contrato el competente para hacerla efectiva.

Precisó el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que bajo la primera interpretación jurisprudencial, la cual reconocía dicha facultad de autotutela a la Administración para imponer, *motu proprio*, multas y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, acaecieron los hechos objeto de la presente litis. En este sentido, el *a quo* decidió en la sentencia acoger esta primera posición y separarse del actual precedente jurisprudencial, en razón de los principios de igualdad y seguridad jurídica, que propugnan porque el juez de conocimiento aplique el precedente vigente para la época de los hechos y no uno ulterior, desconocido por las partes contratantes. Igualmente, el *a quo* añadió que la entidad demandada actuó conforme a derecho cuando hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato y, por ello, no fue de recibo el argumento del actor consistente en que la imposición de la pena era procedente únicamente ante la declaratoria de caducidad del contrato, por cuanto lo pactado por las partes hacía referencia a que la entidad podía imponer la cláusula penal pecuniaria en dos eventos: en caso de declaratoria de caducidad o en caso de incumplimiento del contrato.

De otra parte, el Tribunal concluyó que el incumplimiento del actor fue plenamente acreditado en el proceso, toda vez que, en primer lugar, el demandante no negó haber desatendido sus obligaciones económicas y, en segundo lugar, lo que la parte actora reprochó a las decisiones acusadas fue que la entidad no hubiera declarado la caducidad del contrato o impuesto una multa, previamente a proceder a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; asimismo, agregó que también los testimonios rendidos en la actuación judicial dieron fe del incumplimiento del demandante. Aunado a lo anterior, el *a quo* encontró que respecto de las facturas de las obligaciones surgidas con anterioridad al proceso concordatario al cual se sometió la accionante y las posteriores al mismo, son auténticas por no haber sido objetadas o tachadas de falsedad.

Igualmente, el fallador de primera instancia consideró que no le asiste razón al demandante cuando afirma que el acto administrativo que declaró su incumplimiento fue expedido por fuera del plazo contractual, puesto que en el contrato se pactaron dos tipos de plazos, el primero de ellos, no podía exceder de 5 años y 4 meses, es decir, hasta el 29 de mayo de 2000, y el segundo, respecto de las emisiones, podía extenderse hasta el 29 de enero de esa anualidad, de lo cual concluyó que la Resolución No. 194 del 17 de mayo de 2000, que declaró el incumplimiento del contratista, fue expedida dentro del plazo para liquidar el contrato, toda vez que la jurisprudencia contencioso administrativa reconoce que las facultades de autotutela se pueden ejercer por parte de la Administración en la etapa de liquidación de los contratos, al diferenciar en relación con el plazo, el vencido y el extinguido.

El Tribunal adujo también que el actor no probó que existiera irregularidad alguna en el procedimiento de notificación del acto administrativo, *"en el sentido de que el edicto se fijó el 6 de junio del año 2000; es decir, por fuera del plazo extendido del 29 de mayo"* razón por la cual desestimó este argumento del demandante; en este sentido, agregó que el actor se negó a notificarse de manera personal del acto administrativo acusado y que el hecho de que la entidad hubiera intentado efectuar la notificación personal antes del vencimiento del término, sin que se pudiera realizar, no vicia de nulidad el acto administrativo.

El fallador de primera instancia concluyó que el actor no logró demostrar que el acto administrativo acusado hubiera sido expedido con falta de competencia, violación al debido proceso, sin ceñirse a las disposiciones a las cuales está sujeto o con falsa motivación, razón por la cual señaló que continúa amparado por la presunción de legalidad[[14]](#footnote-14).

**1.6 El recurso de apelación**

Inconforme con el sentido del pronunciamiento referido en el acápite anterior, el demandante interpuso recurso de apelación, por considerar que la entidad accionada incurrió en una manifiesta ilegalidad, toda vez que al tenor de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, debió acudir a la vía jurisdiccional para solicitar la imposición de la cláusula penal pactada en el contrato; añadió que en razón de ello, elevó las pretensiones subsidiarias que constan en la adición de la demanda.

Expresó asimismo que en la demanda se sustentó la falta de competencia de la sociedad demandada para imponer, de manera unilateral, la sanción pecuniaria de la cláusula penal, tal como lo determinan los artículos 13 y 18 de la Ley 80 de 1993.

Añadió que en la sentencia del Tribunal se aplicó el precedente jurisprudencial vigente en el momento en el cual se declaró el incumplimiento del contrato, con fundamento en el principio de igualdad, al señalar que no debía fallarse bajo un criterio jurisprudencial que no conocían las partes; sin embargo, agregó que, en su parecer, este derecho debe interpretarse con otro enfoque *"porque si debe aplicarse a los posteriores contratos y no a las situaciones anteriores? No tienen estos ciudadanos también derecho a recibir un trato favorable cuando ha existido una aclaración normativa por la vía jurisprudencial?"*; sobre este particular, el demandante transcribió apartes de la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la igualdad en materia de aplicación de la doctrina y la jurisprudencia y agregó que se violó el principio de igualdad cuando la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha aplicado a casos contemporáneos al que dio origen al presente proceso.

Reiteró el apelante que la Resolución No. 194 del 17 de mayo de 2000 declaró el incumplimiento parcial del contrato, sin declarar la caducidad del mismo, la cual es constitutiva del siniestro de incumplimiento, según lo previsto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. Por tanto, en consideración del actor, para declarar el incumplimiento del contrato, primero se debió declarar su caducidad.

Igualmente, a juicio del actor, la declaratoria de incumplimiento no es una facultad exorbitante que la Ley 80 de 1993 hubiera conferido a la sociedad demandada y advirtió que los poderes exorbitantes son restrictivos y, por ello, su ejercicio debe adecuarse a la oportunidad y a los parámetros establecidos en la ley.

En criterio del apelante, la Administración debió hacer uso de los mecanismos previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 para cuando se genere un incumplimiento parcial del contratista, con el fin de garantizar la continuidad del objeto contractual principal; agregó que en este caso, si bien es cierto que el actor tuvo atrasos en el pago de las obligaciones pecuniarias, también lo es el hecho de que cumplió con su obligación principal de entregar la programación de televisión a la sociedad demandada.

Finalmente, el actor manifestó que el fallador de primera instancia no se pronunció respecto de la violación del artículo 17 de la Ley 80 de 1993 relacionado con el trámite concordatario, del cual hizo parte la entidad demandada y precisó que el Juzgado 10 Civil del Circuito admitió el concordato desde el 19 de marzo de 1999[[15]](#footnote-15).

**1.7** **Trámite de la segunda instancia**

El recurso de apelación fue admitido a través de auto de fecha 18 de enero de 2008[[16]](#footnote-16); una vez se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo en la segunda instancia ─auto del 7 de marzo de 2009[[17]](#footnote-17)-─ las partes y la Agencia Fiscal guardaron silencio[[18]](#footnote-18).

En este estado del proceso y sin que se observe la configuración de causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia, previo lo cual efectuará las siguientes

**2. CONSIDERACIONES**

**2.1 Lo que se debate**

Teniendo en cuenta el panorama que se ha dejado expuesto, para resolver el asunto que se somete a su consideración dentro del presente proceso, la Sala, previa relación del material probatorio que obra en el expediente, se ocupará de examinar: **(i)** su competencia para emitir pronunciamiento de fondo y la configuración de la cosa juzgada en relación con algunos apartes de los actos acusados; **(ii)** los presupuestos procesales; **(iii)** el régimen jurídico del contrato de cesión de derechos de emisión en televisión; **(iv)** la competencia de la sociedad demandada para declarar el incumplimiento parcial del contrato y para adoptar mediante acto administrativo unilateral el estado de liquidación del contrato; **(iv)** la inclusión de las obligaciones post concordatarias en el balance final de liquidación y **(vi)** costas.

**2.2 El material probatorio recaudado en el proceso**

Los siguientes son los elementos acreditativos de los cuales se ha hecho acopio en el presente proceso, cuya valoración debe llevarse a cabo con el propósito de resolver los problemas jurídicos que se han dejado planteados en precedencia:

**2.2.1** Contrato de Cesión de Derechos de Emisión No. 009 de 1994, celebrado entre Julio Ignacio Gutiérrez Sanabria, propietario del establecimiento de comercio *“Julio Ignacio Gutiérrez S. Televisión”* y Sociedad Televisión del Pacífico Ltda. - Telepacífico, cuyo objeto fue la cesión de los derechos de emisión sobre cinco (5) programas de producción regional y dos (2) de producción nacional o extranjera[[19]](#footnote-19).

**2.2.2** Otro sí al Contrato No. 009 de 1994, suscrito por las partes el 30 de julio de 1996, por el cual se modificó la cláusula sexta y el parágrafo de la cláusula décimo octava del contrato principal[[20]](#footnote-20).

**2.2.3** Prórroga del Contrato No. 009 de 1994 pactada por las partes el 16 de diciembre de 1997, en los siguientes términos: *"Prorrogar el Contrato de Cesión de Derechos de Emisión No. 009 de 1994 suscrito entre TELEPACÍFICO y JULIO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA - JULIO IGNACIO GUTIERREZ S. TELEVISIÓN* *hasta el 29 de mayo de 2000. No obstante el término de duración de esta prórroga las emisiones no podrán extenderse más allá del 29 de enero de 2000 de acuerdo con lo estipulado en el numeral 1.1 del Capítulo 1 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 001 de 1994"* [[21]](#footnote-21).

**2.2.4** Resolución No. 194 del 17 de mayo de 2000 expedida por la Gerente y la Jefe de la Oficina Jurídica de Telepacífico, cuya declaratoria de nulidad se solicita en la demanda, la cual dispone lo siguiente (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

"RESOLUCIÓN No. 194

“Mayo 17 de 2000

“POR LA CUAL SE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO, SE HACE EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL Y ORDENA HACER EFECTIVA LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO POR LA OCURRENCIA DEL RIESGO ASEGURADO, EN RELACIÓN CON EL CONTRATO No. 009 DE CESIÓN DE DERECHOS DE EMISIÓN, CELEBRADO CON JULIO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA ‘JULIO IGNACIO GUTIERREZ S. TELEVISIÓN’.

“La Gerente de TELEPACÍFICO, en uso de sus atribuciones legales y estatutarias, y

“CONSIDERANDO

“(...).

“Que para garantizar el cumplimiento del objeto del contrato y de todas las obligaciones contractuales se estipuló la Garantía Única de Cumplimiento, en el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato, la cual fue otorgada por la Aseguradora Colseguros S.A., a través de la Póliza No. 1140805 1, con vigencia 30-01-95 a 29-11-98, para un valor asegurado de $123´646.500.oo. Como consecuencia de la prórroga del contrato se otorgó la Póliza complementaria No. 1200810 6, para cubrir el valor ampliado del contrato, con vigencia desde 30-01-95 y hasta 29-05-2000 para un valor asegurado de $382´535.000.oo, correspondiente al 50% del valor total del contrato.

“Que en julio 01 de 1998, el contratista JULIO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA - JULIO IGNACIO GUTIERREZ TELEVISIÓN se retrasó en el pago de sus obligaciones con TELEPACÍFICO y para ponerse al día otorgó un Pagaré, el cual empezó a incumplir el 23 de enero de 1999. Se retardó en el pago de las facturas, como también en el pago de IVA, por lo cual TELEPACÍFICO lo requirió en varias oportunidades para el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

“Que JULIO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA fue admitido en Trámite Concordatario por el Juzgado 10 Civil del Circuito, por medio del Auto 717 del 19 de marzo de 1999, al cual Proceso, Telepacífico concurrió y presentó las facturas adeudadas por capital y por intereses pactados en el contrato, estas últimas fueron objetadas.

“Que después de ser admitido el Concordato la situación de incumplimiento ha continuado y desde el 1º de noviembre de 1999 hasta la fecha de la presente resolución el Contratista no ha cancelado sus obligaciones a TELEPACÍFICO.

“Que la falta de pago de las obligaciones económicas por parte del Contratista constituye, claramente, un incumplimiento del contrato 09/94, habida cuenta que la obligación de pagar la tarifa establecida por concepto de cesión de derechos de comercialización de los programas sobre los cuales cedió los derechos de emisión, además del VTR por cada comercial emitido y de los servicios adicionales relacionados con el objeto del Contrato constituye una de las prestaciones a las cuales se obligó el Contratista, según se desprende de lo señalado por la CLÁUSULA TERCERA del Contrato.

“Que mediante Oficio del 22 de febrero del 2000, enviado por la Jefe de la Oficina Jurídica de TELEPACÍFICO al Contratista y con copia a la Aseguradora Colseguros S.A., se fijó un plazo de 10 días para que el contratista resolviera el pago de la deuda antes de emprender las acciones legales, cumpliéndose de esta forma la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y, sin embargo, no hubo manifestación alguna al respecto.

“Que el 30 de abril del 2000 se venció el plazo para la cancelación de la última factura correspondiente al mes de enero del año en curso sin que se procediera a su pago. En la actualidad, el Contratista se encuentra en mora en el pago de obligaciones con TELEPACÍFICO por la suma de $421´849.139.oo.

“Que se encuentra claramente configurado el incumplimiento del contratista y que a pesar de habérsele requerido e informado que se procedería de conformidad con las acciones legales, no se recibió respuesta alguna del contratista ni de la Aseguradora Colseguros S.A.; en consecuencia, ha ocurrido la realización del riesgo amparado en la Garantía Única de Cumplimiento otorgada y se hace exigible la cláusula penal pactada en el contrato.

“Que contra la Garantía Única de Cumplimiento otorgada por la Aseguradora, TELEPACÍFICO podrá hacer efectivo el pago de la Cláusula Penal Pecuniaria establecida en la CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA del Contrato 09, según fluye de lo señalado por la CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA ibídem; toda vez que el pago de la Cláusula Penal Pecuniaria que se haga efectiva contra el Contratista, está cobijada dentro de los amparos de la mencionada póliza No. 1140805 1 y la Póliza complementaria No. 1200810 6, expedida por la compañía Aseguradora Colseguros S.A. según se desprende de las CONDICIONES GENERALES de la misma.

“Que en mérito de lo expuesto:

“RESUELVE:

“Artículo Primero: Declarar que el Contratista JULIO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA propietario del establecimiento de comercio ‘JULIO IGNACIO GUTIERREZ S. TELEVISIÓN’ incumplió parcialmente el Contrato de Cesión de Derechos Número 009 de noviembre 12 de 1.994 prorrogado en diciembre de 1997 y celebrado con la SOCIEDAD TELEVISIÓN DEL PACÍFICO LTDA. - TELEPACÍFICO.

“Artículo Segundo: Declarar la ocurrencia del riesgo amparado mediante la Garantía Única de Cumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pactada en el contrato y correspondiente al 50% del valor del mismo, o sea en la suma de TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (382´535.000.oo)[[22]](#footnote-22).

“Artículo Tercero: Ordenar hacer efectiva la garantía de cumplimiento del Contrato No. 009 de 1994 otorgada por Colseguros S.A., mediante las pólizas No. 1140805 y No. 1200810 6; a favor del Asegurado SOCIEDAD TELEVISION DEL PACÍFICO LTDA.- TELEPACÍFICO LTDA. por valor de TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS, (382´535.000.oo); ello sin perjuicio de las acciones legales que fueren pertinentes encaminadas a obtener el pago de lo debido a TELEPACÍFICO[[23]](#footnote-23).

“Artículo Cuarto: Efectuar la liquidación final del Contrato No. 009 de 1994 a partir del 29 de mayo del 2000, término de la vigencia del mismo, de conformidad con lo ordenado en el artículo 60 de la Ley 80/93 y dentro del plazo legal.

“Artículo Quinto: Notificar la presente Resolución en los términos de los artículos 45 y siguientes del Decreto 01 de 1984, al Señor Julio Ignacio Gutierrez Sanabria propietario del establecimiento de comercio JULIO IGNACIO GUTIERREZ S. TELEVISIÓN, o a quien haga sus veces y a su Garante, la compañía Aseguradora Colseguros S.A., por intermedio de su representante legal Dr. Alberto León Chaux o quien haga sus veces.

“Artículo Sexto: Contra la presente Resolución procede el recurso de reposición ante la Gerencia de TELEPACÍFICO, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su notificación.

“Artículo Séptimo: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

“NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

“Dada en Santiago de Cali, a los diecisiete (17) días del mes de mayo de dos mil (2000)." [[24]](#footnote-24).

**2.2.5** Recurso de reposición interpuesto por el aquí demandante contra la Resolución No. 194 del 17 de mayo de 2000 y radicado ante la entidad demandada el 15 de junio de 2000[[25]](#footnote-25).

**2.2.6** Resolución No. 237, expedida el 30 de junio de 2000 por la Gerente y la Jefe de la Oficina Jurídica de Telepacífico, a través de la cual se rechazó el recurso de reposición mencionado en el numeral anterior, toda vez que ─según se indicó en el citado pronunciamiento─ el actor no allegó su escrito con la constancia de presentación personal, tal como lo exigía el artículo 52 numeral 1 del C.C.A.

A través de este acto administrativo también se decidió el recurso de reposición interpuesto por Aseguradora Colseguros S.A. contra la Resolución No. 194 del 17 de mayo de 2000, siendo confirmado el acto administrativo recurrido en todas sus partes[[26]](#footnote-26).

**2.2.7** Recurso de reposición interpuesto por el actor el 26 de julio de 2000, en contra de la Resolución No. 237 de 2000, por la cual se rechazó su recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 194 del 17 de mayo de 2000, por no haberse acompañado de la constancia de presentación personal prevista en la ley[[27]](#footnote-27).

**2.2.8** Comunicación de fecha 9 de septiembre de 2000, mediante la cual la Gerente (E) de Telepacífico dio respuesta al recurso de reposición interpuesto por el actor en contra de la Resolución No. 237 de 2000, que decidió, a su vez, el recurso presentado por la Aseguradora Colseguros S.A. y rechazó el enviado por demandante.

En este Oficio se informó al actor que no era posible tramitar el recurso de reposición presentado el 26 de julio de 2000 toda vez que, de conformidad con los artículos 62 y 63 del C.C.A., la vía gubernativa quedó agotada con la expedición de la Resolución No. 237 de 2000, en contra de la cual no procede recurso alguno. Igualmente, la sociedad demandada esbozó en esta comunicación las razones por las cuales rechazó el recurso de reposición del actor contra la Resolución No. 194 de 2000[[28]](#footnote-28).

**2.2.9** Resolución No. 319 del 2 de octubre de 2000, proferida por la Gerente (E) y la Jefe de la Oficina Jurídica de Telepacífico, mediante la cual se acogió la liquidación final del contrato No. 009 de 1994 y se concedió la oportunidad para interponer recurso de reposición en contra de la misma. Este acto administrativo dispuso en su parte resolutiva lo siguiente (se transcribe literal incluso con posibles errores):

"ARTÍCULO PRIMERO. Acoger la liquidación final de la prórroga del Contrato de Cesión de Derechos de Emisión No. 09 de 1994 suscrito con JULIO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA, efectuada por TELEPACÍFICO, la cual se anexa a la presente Resolución y que hace parte integrante de la misma.

“ARTÍCULO SEGUNDO. Notificar la presente Resolución a JULIO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA.

“ARTÍCULO TERCERO. Contra la presente Resolución procede el Recurso de reposición el cual deberá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la notificación de la misma.

“ARTÍCULO CUARTO. La presente resolución rige a partir de la fecha de su notificación".

En el acta de liquidación de fecha 29 de septiembre de 2000, que hace parte integrante de la citada Resolución No. 319 del 2 de octubre de 2000, firmada por el Gerente de Telepacífico, pero no por la parte aquí demandante, se dejó consignada la siguiente información (se transcribe literal incluso con posibles errores):

"(...) 2. RESUMEN

* “OBLIGACIONES SURGIDAS CON ANTERIORIDAD DEL CONCORDATO

“FACTURAS PRESENTADAS DENTRO DEL

CONCORDATO DE JULIO IGNACIO GUTIERREZ S. 248.816.592

“FACTURAS NO PRESENTADAS EN EL CONCORDATO 15.357.060

“FACTURAS DE INTERESES DE MORA LIQUIDADOS

POR CONCEPTO DE FACTURAS CONCORDATARIAS 23.599.086

“TOTAL 287.772.738

* “OBLIGACIONES SURGIDAS CON POSTERIORIDAD DEL CONCORDATO

“FACTURAS POSTCONCORDATARIAS 128.130.510

“FACTURAS DE INTERESES DE MORA LIQUIDADOS

POR CONCEPTO DE FACTURAS

POSTCONCORDATARIAS 5.945.891

“TOTAL 134.076.401

“**3.** LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO 009-94 Y SU PRÓRROGA CELEBRADO ENTRE TELEPACÍFICO Y JULIO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA.

“**3.1.** Los valores resultantes de las obligaciones pendientes de pago que tiene JULIO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA con TELEPACÍFICO, los cuales fueron detallados en el numeral 1º de esta acta de liquidación, arrojan un valor de CUATROCIENTOS VENTIÚN MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL CIENTO TREINTA Y NUEVE PESOS MCTE ($421.849.139.oo), valor éste al cual se deducirán DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS MCTE. ($287.772.738.oo) correspondientes a facturas que surgieron con anterioridad a la iniciación del trámite concordatario, obteniéndose un valor neto a pagar a cargo de JULIO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA y en favor de TELEPACÍFICO de CIENTO TREINTA Y CUATRO MILLONES SETENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS UN PESOS ($134.076.401.oo)

“Así las cosas, el valor a pagar por parte de JULIO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA en favor de TELEPACÍFICO como resultado de la liquidación del contrato 009-94 y su prórroga de Cesión de Derechos de Emisión celebrado entre las mismas, es de CIENTRO TREINTA Y CUATRO MILLONES SETENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS UN PESOS ($134.076.401.oo).

“**3.2**. El valor de TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS ($382´535.000.oo) correspondiente a la cláusula penal, de conformidad con las Resoluciones No. 194 de mayo 17 de 2000 y No. 237 de junio 30 de 2000 hace parte de la liquidación final del contrato[[29]](#footnote-29).

“La suma anterior, TELEPACÍFICO podrá hacerla efectiva a través de la Garantía Única de Cumplimiento No. 1200810 6 prestada por JULIO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA cuyo otorgante es ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.".

En contra de la mencionada Resolución No. 319 del 2 de octubre de 2000, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato en el que se originó la presente controversia, no se interpuso recurso de reposición[[30]](#footnote-30).

**2.3** **La competencia de la Sala para pronunciarse de fondo en el asunto *sub judice***

**2.3.1** Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993[[31]](#footnote-31), el cual preceptúa, expresamente, que la competente para conocer de las controversias originadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por su parte, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En la demanda se pretendió la nulidad de los actos administrativos que declararon el incumplimiento parcial del Contrato 009 de 1994, celebrado entre el señor Julio Ignacio Gutiérrez Sanabria y la Sociedad de Televisión del Pacífico Ltda - Telepacífico y la efectividad de la garantía, así como la nulidad del acto contentivo de la liquidación final del contrato, en la cual se incluyó el monto de la cláusula penal pactada.

Hechas las anteriores precisiones, debe tenerse en cuenta que Telepacífico, sociedad que conforma el extremo pasivo de la litis, según los dictados del literal a), numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, es una entidad estatal, razón por la cual resulta del caso concluir que es esta Jurisdicción la competente para conocer de la presente controversia[[32]](#footnote-32).

**2.3.2** También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia por razón de la cuantía, toda vez que las pretensiones de contenido económico se dirigieron a obtener la nulidad de la decisión que adoptó Telepacífico, en el sentido de hacer efectiva la garantía y el monto de la cláusula penal pecuniaria, la cual equivale al 50% del valor del contrato, esto es, corresponde a la suma de $382´535.000.oo, la que resulta superior al valor equivalente a 500 S.M.L.M.V. ($143’000.000)[[33]](#footnote-33), exigido en la Ley 954, promulgada el 28 de abril de 2005, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

**2.4 Idoneidad del cauce procesal elegido por el actor para ventilar sus pretensiones ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo**

A través de la instauración de la demanda con la cual se dio inicio al presente encuadernamiento, se aspira a obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos acusados, que decidieron declarar el incumplimiento parcial del Contrato 009 de 1994, celebrado entre el señor Julio Ignacio Gutiérrez Sanabria y la Sociedad de Televisión del Pacífico Ltda, la efectividad de la garantía y la imposición de la cláusula penal pecuniaria, así como la liquidación final del referido contrato; aspectos que al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A. pueden válidamente ventilarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por conducto de la acción contractual impetrada.

**2.5 Legitimación en la causa**

La Sala encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa al señor Julio Ignacio Gutiérrez Sanabria, propietario del establecimiento de comercio Julio Ignacio Gutiérrez S. Televisión, para integrar el extremo demandante, en su condición de contratista dentro del negocio jurídico 009 de 1995.

Igualmente halla la Sala legitimada en la causa por pasiva a la Sociedad de Televisión del Pacífico Ltda, Telepacífico, dada su calidad de entidad contratante dentro del negocio jurídico en mención[[34]](#footnote-34).

**2.6 Oportunidad de la acción**

Sobre este aspecto, la Sala encuentra que, de conformidad con lo normado por el artículo 136 del C.C.A, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, esta última norma aplicable en el caso que nos ocupa, por cuanto la demanda fue incoada después de su entrada en vigencia, el cómputo del término de caducidad de la acción de controversias contractuales se regía por las siguientes reglas:

“10.  En las  relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará 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: (…)

“d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. (…)”.

Teniendo en cuenta que la Resolución 194 de 17 de mayo de 2000 y la Resolución 237 de 30 de junio de 2000, contentivas de la decisión de declarar el incumplimiento parcial del contrato, quedaron en firme, para el actor, el 9 de septiembre de 2000[[35]](#footnote-35) y que, por otra parte, la Resolución No. 319 del 2 de octubre de 2000, por la cual se acogió la liquidación unilateral del Contrato 009 de 1994, no fue objeto de recurso alguno y quedó en firme el 2 de octubre de 2000, la Sala observa que en relación con los actos acusados no operó la caducidad, toda vez que la demanda se interpuso el 21 de junio de 2001.

De lo anterior se deduce que la acción contractual se promovió oportunamente, antes del vencimiento de los dos años previstos en el artículo 136 del C.C.A, modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998.

**2.7. Cosa juzgada en relación con los artículos anulados en los actos administrativos sub judice, referidos a la exigibilidad de la garantía única de complimiento**

En este estado del análisis se hace constar que mediante sentencia del 6 de julio de 2017, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado desató la segunda instancia, en relación con la demanda presentada por Aseguradora Colseguros S.A. contra Televisión del Pacífico Ltda – Telepacífico, sobre los mismos actos administrativos atacados en el presente proceso.

En esa providencia se confirmó la decisión de primera instancia[[36]](#footnote-36), mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró la nulidad de los artículos 2 y 3 de la Resolución No. 194 de 2000 y la del numeral 2 de la Resolución No. 237 de 2000, relativos a la efectividad de la póliza de seguro ordenada contra la Aseguradora Colseguros S.A. y a la parte pertinente de la Resolución 319 de 2000, en cuanto en dicho acto administrativo se hizo efectiva la garantía única de cumplimiento por el valor de $382’.535.000, correspondiente al monto de la cláusula penal, decisión que fue materia de la anulación parcial, con base en la consideración de que se debía reducir proporcionalmente el monto de la cláusula penal que se hizo efectivo con cargo a la póliza de seguro otorgada por Aseguradora Colseguros S.A.

Se precisa que, de acuerdo con la aludida sentencia, en la providencia de primera instancia de ese proceso se consideró lo siguiente, en relación con el monto de la cláusula penal que se había incluido en el acto unilateral de liquidación del contrato, como exigible a la compañía de seguros (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

“Así pues TELEPACÍFICO solo podrá hacer efectiva la cláusula penal a través de la póliza otorgada por la aseguradora COLSEGUROS por un valor de ciento noventa y seis millones ciento veinticinco mil seiscientos noventa y cuatro ($196’125.694,5)”[[37]](#footnote-37).

Se aclara que Aseguradora Colseguros S.A. entabló demanda, el 8 de junio de 2001, e impugnó los mismos actos administrativos que se acusaron en este proceso por parte del contratista, Julio Ignacio Gutierrez Sanabria, y que, en la sentencia correspondiente al proceso incoado por la compañía de seguros (expediente 36199), fueron anulados los artículos relacionados con la exigibilidad de la póliza de cumplimiento del contrato de Cesión de Derechos de Emisión No. 009 de 1994 y el cobro de la cláusula penal que se hizo exigible contra la Aseguradora Colseguros S.A.

Como consecuencia, con apoyo en el inciso primero del artículo 175 del CCA y con independencia de que Telepacífico presentó la demanda separada de que se conoce en el presente proceso, la Sala advierte que la sentencia de 6 de julio de 2017 proferida por esta Subsección en el proceso entablado por la compañía de seguros (expediente 36199), que confirmó la decisión de primera instancia, constituye cosa juzgada, en cuanto se refiere a los artículos de los actos administrativos que fueron materia de la decisión de anulación. Lo anterior, dado que la sentencia del proceso adelantado por la compañía de seguros, mediante la cual se declaró la nulidad parcial de los actos administrativos, tiene fuerza de cosa juzgada erga omnes, con respecto a las disposiciones anuladas[[38]](#footnote-38).

**2.8. Delimitación de la apelación**

Así las cosas, la Sala realizará el estudio del presente recurso de apelación, en lo relativo a las pretensiones que recaen sobre los artículos de los actos administrativos que permanecen vigentes y que son materia del debate en la apelación que ahora se desata, esto es: **i)** el artículo 1º de la Resolución 194 de mayo 17 de 2000, mediante la cual Telepacífico declaró el incumplimiento parcial del Contrato de Cesión de Derechos de Emisión No. 009 de 1994, y el artículo 1º de la Resolución 237 de 30 de junio de 2000, a través de la cual Telepacífico denegó el recurso de reposición presentado por Julio Ignacio Gutiérrez Sanabria contra la Resolución 194 y, **ii)** el numeral 3.1 del acta de liquidación unilateral del contrato, que hizo parte de la Resolución 319 de 29 de septiembre de 2000 expedida por Telepacífico, en cuanto a la liquidación de la suma de $134’076.401, por concepto de las obligaciones post-concordatarias que resultaron a cargo del contratista en la referida liquidación unilateral del contrato.

Los argumentos del apelante, que se corresponden con el presente asunto, materia del debate en segunda instancia, se resumen así: **i)** Telepacífico no tenía competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento del Contrato de Cesión de Derechos de Emisión No. 009 de 1994, por cuanto la Ley 80 de 1993 no reconoció a las entidades estatales facultad para ello, razón por la cual lo pertinente habría sido acudir al juez del contrato; **ii)** El Tribunal a quo rompió el principio de igualdad, al reconocerle a Telepacífico competencia para declarar el incumplimiento, con base en la jurisprudencia que estaba vigente a la fecha de los respectivos actos, toda vez que esa postura jurisprudencial había sido modificada por la Sección Tercera del Consejo de Estado. El demandante apoyó este argumento en que también la parte contratista tiene derecho a que se le aplique la aclaración normativa realizada por la vía jurisprudencial, con fundamento en el principio de igualdad, frente al trato que se le ha dado a otros contratistas, al reconocer que las entidades públicas no tenían competencia para declarar el incumplimiento de los contratos y, **iii)** el fallador de primera instancia no se pronunció sobre el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, en relación con la terminación del contrato frente al trámite concordatario que había abierto el contratista.

**2.9. Régimen jurídico de la contratación de cesión de derechos de emisión**

La Ley 182 de enero 20 de 1995, denominada Ley de Televisión, no modificó el marco legal aplicable para los contratos de cesión de derechos de emisión que tenía celebrados Telepacífico, entre otros, el contrato 009 de 12 de noviembre de 1994, bajo el cual se expidieron los actos demandados en este proceso, dado que el artículo 37 de la Ley 182 sometió al derecho privado este tipo de contratos, pero, por otra parte, reafirmó la regla general de aplicación de la ley vigente a la fecha en que el contrato fue celebrado:

*“Artículo 37. Régimen de prestación. En cada uno de los niveles territoriales antes señalados, el servicio público de televisión será prestado en libre y leal competencia, de conformidad con las siguientes reglas:*

*“(…).*

*“3.Nivel Regional:*

*“Los actos y contratos de los canales regionales de televisión, en materia de producción, programación, comercialización y en general sus actividades comerciales, en cumplimiento de su objeto social se regirán por las normas del derecho privado. Los canales regionales estarán obligados a celebrar licitaciones públicas para la adjudicación de los programas informativos, noticieros y de opinión y el acto de adjudicación siempre se llevará a cabo en audiencia pública. Estos canales podrán celebrar contratos de asociación bajo la modalidad de riesgo compartido. Los contratos estatales de producción, coproducción y* ***cesión de derechos de emisión******que se encuentren en ejecución o estén debidamente adjudicados a la fecha de promulgación de esta Ley, se ejecutarán hasta su terminación de acuerdo con las normas bajo las cuales fueron celebrados****”* (la negrilla no es del texto).

Se pone de presente que la Ley 80 de 1993 dejó a salvo las normas especiales en materia de televisión, de acuerdo con lo previsto en el parágrafo del artículo 33, el cual dispuso:

*“Artículo 33º.- De la Concesión de los Servicios y de las Actividades de Telecomunicaciones.*

*“(…).*

*“Parágrafo.- (…).Los servicios de televisión se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales y disposiciones especiales sobre la materia”.*

Como consecuencia, el Contrato 009 de 1994 se sometió a las disposiciones especiales contenidas en la Ley 14 de 1991 *“por la cual se dictan normas sobre el servicio de televisión y radiodifusión oficial”*y, es bueno advertirlo, en esa ley se invocó la aplicación de la contratación administrativa, lo cual lleva a concluir que para este contrato regía la Ley 80 de 1993.

En efecto, la Ley 14 de 1991 indicó que la televisión era un servicio público que podía ser prestado por las organizaciones regionales, celebrando, entre otros, el contrato de cesión de derechos de emisión, el cual se sometió a las reglas de la contratación administrativa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42, así:

*“Artículo 42.-**Contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de programas de televisión. Para la elaboración de su programación las organizaciones regionales de televisión producirán o adquirirán en forma directa programas de televisión o suscribirán contratos para la elaboración de la programación con personas naturales o jurídicas profesionalmente dedicadas a ello y que estuvieren domiciliadas en el área autorizada de cubrimiento de la respectiva organización regional de televisión. Los contratos para la elaboración de la programación serán de tres clases, de acuerdo con el respectivo objeto: contratos de producción, contratos de coproducción y* ***contratos de cesión de derechos de emisión y su finalidad será la consagrada por el artículo 2 de la presente Ley.******Estos contratos se regirán por las disposiciones del régimen de contratación administrativa del orden nacional que fueren pertinentes, y en particular por las siguientes****:*

*“(…).*

*“3. Mediante el contrato de cesión de derechos de emisión la organización regional de televisión adquiere el derecho a emitir, por las veces pactadas, uno o varios programas de televisión producidos o adquiridos por una entidad o persona de derecho público o privado, que para los efectos contractuales se denominará cedente de derechos de emisión, sin que se radique en cabeza de organización regional de televisión la propiedad de los programas así contratados”* (la negrilla no es del texto).

**2.10. El caso concreto**

**2.10.1. Análisis del cargo por falta de competencia**

El primer **problema jurídico** que se estudia en esta providencia consiste en dilucidar si Telepacífico tenía o no competencia para declarar, mediante acto administrativo, que el contratista había incumplido el Contrato No. 009 de 1994.

Dicho planteamiento se tiene que resolver partiendo de la base de que para la fecha en que se suscribió el contrato se encontraba vigente la Ley 80 de 1993, contentiva del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, que derogó el anterior estatuto contenido en el Decreto 222 de 1983.

Por otra parte, se puede advertir que la Ley 14 de 1991, aplicable al servicio de televisión, no se refirió a las potestades de las organizaciones regionales dentro de la contratación de cesión de derechos de emisión, para declarar de manera unilateral el incumplimiento del contrato.

Tal como lo ha reseñado el apelante, la Ley 80 de 1993, vigente para la época en que se celebró el Contrato 009 de 1994, -a diferencia del Decreto 222 de 1983-, no se refirió al acto administrativo de declaración de incumplimiento y solo contempló la facultad de la entidad estatal contratante para considerar y calificar la situación de incumplimiento del contrato estatal en el marco del acto administrativo que declara la caducidad, bajo la exigencia de la configuración de los requisitos especiales previstos en el artículo 18[[39]](#footnote-39).

Es por ello cierto que desde que la Ley 80 de 1993 derogó el Decreto 222 de 1983 no se otorgaron a las entidades estatales potestades especiales para que pudieran declarar unilateralmente el incumplimiento de los contratos regidos por dicha ley. Este aspecto cambió a partir de la Ley 1150 de 2007, no obstante lo cual, para los contratos de cesión de derechos de emisión celebrados después de la Ley 182 de 1995 aplicó el derecho privado, de acuerdo con el contenido especial de la Ley de Televisión.

En este orden de ideas, al amparo de la Ley 80 de 1993, las entidades regionales de carácter estatal no tenían competencia para declarar el incumplimiento del contrato por el no pago de la contraprestación pactada en retribución por la cesión de derechos de emisión en televisión, salvo en el caso de que ese incumplimiento calificado cumpliera los supuestos de gravedad y amenaza de paralización, evento en el cual la entidad estatal podía declarar la caducidad del contrato, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley 80.

La Sala advierte que la tesis de la incompetencia para declarar el incumplimiento del contrato estatal acogida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia del año 2005[[40]](#footnote-40) fue reiterada por la propia Subsección A, incluso para declarar la nulidad oficiosa en relación con los actos expedidos en contratos celebrados en vigencia de la Ley 80 de 1993, antes de la expedición de la ley 1150 de 2007, con fundamento en el siguiente razonamiento:

*“En efecto, sobre este asunto la Sala tuvo oportunidad de precisar que, salvo en el supuesto de caducidad del contrato, las entidades* ***estatales carecían de competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato*** *y ordenar el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías, debiendo en tal evento acudir forzosamente al Juez del contrato estatal para tal efecto. (…).*

*“En este punto debe aclarar la Sala que* ***el marco jurídico señalado en cuanto era el que se encontraba vigente al momento de la celebración, ejecución y liquidación del contrato objeto de juzgamiento, igualmente era el aplicable al contrato en estudio de conformidad con los dictados del artículo 38 de la Ley 153 de 1887,*** *por tanto con las determinaciones que mediante este fallo se han de adoptar no se desconoce la modificación hoy vigente que introdujo en el régimen legal el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, por cuya virtud se facultó nuevamente a las Entidades Estatales para imponer multas y declarar el incumplimiento de los contratos estatales con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria[[41]](#footnote-41).*

*“En línea con lo anterior y a pesar de que en la demanda no se invocó la falta de competencia de la entidad estatal contratante como causal de nulidad de las Resoluciones acusadas, la Sección Tercera del Consejo de Estado de manera uniforme y reiterada ha considerado que en aquellos casos en los cuales el juez advierta la falta de competencia como vicio de validez de un determinado acto administrativo, debe abordar oficiosamente su estudio, debido a que ésta constituye una grave causal de ilegalidad[[42]](#footnote-42)”[[43]](#footnote-43)* (la negrilla no es del texto).

Como consecuencia, en el marco legal aplicable al Contrato No. 009 de 1994, solo el juez del contrato podía declarar el incumplimiento del mismo. En ese orden de ideas, en este proceso resulta procedente acceder a la declaratoria de nulidad del artículo 1º de la Resolución 194 de 2000 y, como consecuencia, de la decisión de denegar el recurso de reposición presentado por el ahora demandante, contenida en la Resolución 237 de 30 de junio de 2000.

Acerca de los artículos 2 y 3 de la Resolución 194 se recuerda que las decisiones atinentes a la exigibilidad de la póliza de cumplimiento otorgada para el contrato *sub lite* ya fueron materia de juzgamiento en un proceso separado.

Finalmente, en relación con el cambio de interpretación jurisprudencial que decidió no aplicar el *a quo*, lo cierto es que asiste la razón al demandante en que no se le puede desatar este asunto con la interpretación anterior al año 2005, dado que la Ley 80 de 1993 no contemplaba la potestad de declarar el incumplimiento del contrato para la época de la expedición de los actos acusados en este proceso. Además, puede anotarse que el cambio de la postura jurisprudencial citada en la sentencia de primera instancia se refirió a la decisión de declarar el siniestro y cobrar las multas, para efectos del cobro de la garantía única de cumplimiento, de conformidad con el artículo 68 del CCA, asuntos que se debatieron en proceso separado y fueron resueltos por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con base en la demanda presentada por la Aseguradora Colseguros S.A.

**2.10.2. Análisis de la competencia y debida motivación para establecer los valores adeudados, en el acto de liquidación unilateral del contrato**

Es bueno hacer notar que la falta de competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato estatal no necesariamente afectaba las facultades propias de la etapa de liquidación, consagradas en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, aplicables para el contrato *sub lite*[[44]](#footnote-44), las cuales podían desplegarse una vez vencido el plazo del mismo.

La Sala observa que el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato estatal supone la determinación de un estado financiero de liquidación –que comúnmente las entidades estatales denominan balance de liquidación-, en el cual se reflejan, en cifras concretas, los hechos económicos del contrato y, respecto de su contenido, como en todo acto administrativo, se advierte la exigencia de expresar una motivación debidamente soportada y ajustada a derecho.

Aunque el alcance económico y financiero del acto de liquidación no ha sido suficientemente decantado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se puede anotar que cuando se determinan los rubros por pagar a cargo del contratista y se incluyen, en cifras, dentro del estado financiero de liquidación unilateral que se adopta mediante acto administrativo, esa actuación exige una apreciación de los soportes correspondientes a los hechos económicos del contrato para cuantificar su valor, por ejemplo, con fundamento en los informes del interventor, las facturas y actas correspondientes.

Por esa razón, el acto administrativo de liquidación unilateral refleja, en su caso, la valoración de la prestación que se determina como incumplida, expresada en pesos, aspecto que lleva a advertir que la facultad para liquidar unilateralmente el contrato conlleva una potestad para apreciar los valores correspondientes a los ítems dejados de ejecutar, sumas adeudadas a la entidad y obligaciones pendientes, de acuerdo con las reglas que se aplican al contrato y a la elaboración de la información financiera correspondiente[[45]](#footnote-45).

Como consecuencia, en sede de la liquidación unilateral del contrato estatal no resulta cierto que la Administración carezca de competencia para determinar el valor correspondiente a las obligaciones pendientes para la fecha de la liquidación, dado que la potestad se configura como en un resultado propio del balance de liquidación del contrato que se puede determinar mediante el acto administrativo correspondiente.

En resumen, la Ley 80 de 1993 exigió la liquidación del contrato de tracto sucesivo e impuso un plazo, legal o contractual, para buscar la liquidación de mutuo acuerdo, vencido el cual dicha ley consagró la potestad de liquidación unilateral del contrato, que no es otra que la de elaborar el estado financiero final y adoptarlo con la fuerza del acto administrativo, el cual goza del privilegio de lo previo, además de tener la potencialidad de constituirse en un título ejecutivo contra el contratista.

Se reafirma, entonces, la potencialidad del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato que consiste en determinar quién le debe a quien y cuánto le debe, con soporte en los hechos económicos que revelan la ejecución del contrato, de acuerdo con el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, en los términos prescritos por la citada norma legal, que se encontraban vigente para la época del contrato en cuestión.

Como consecuencia, se reitera que cuando la ley facultó a las entidades estatales para establecer la liquidación del contrato en forma unilateral, les asignó la potestad de elaborar un estado financiero[[46]](#footnote-46), el cual necesariamente debe fundarse en el análisis del grado de cumplimiento al momento de la liquidación, para reflejarlo en cifras, obviamente con el debido soporte, como se exige para todo estado financiero con arreglo a la ley[[47]](#footnote-47) y para todo acto administrativo ajustado al principio de legalidad.

Por ello, aunque para la época de los hechos en este proceso la entidad estatal no tenía competencia para declarar el incumplimiento del contrato, debe tenerse presente que una vez terminado el mismo, siendo un contrato de tracto sucesivo, esa entidad estatal contratante tenía el deber de liquidarlo y, en su caso, le asistió la competencia para determinar la cuenta final de liquidación, con apoyo en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993.

Descendiendo al caso concreto, interpretar que la liquidación unilateral no podía incluir la cuantificación de las partidas adeudadas respecto de las cuales existía o podía existir disputa, llevaría a desconocer el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, toda vez que, según la norma, la liquidación unilateral procede si el contratista no se presenta, *“o las partes no llegan a un acuerdo”* sobre el contenido de la liquidación.

Así las cosas, la nulidad del acto que declaró el incumplimiento del contrato no conllevará automáticamente el efecto correspondiente sobre el acto de liquidación en cuanto a las sumas adeudadas, el cual será analizado de manera autónoma, de acuerdo con los argumentos del apelante.

Sin embargo, en este punto del análisis, se tiene que observar que los actos administrativos citados estaban encadenados en el aspecto de la cláusula penal pecuniaria, dado que la liquidación de la misma se derivó de la declaratoria de incumplimiento.

Vale la pena recordar que en el presente caso Telepacífico declaró la ocurrencia del siniestro antes de expedir el acto administrativo de liquidación, con base en la declaración unilateral de incumplimiento realizada a través de la Resolución 194 de 2000 y, por otra parte, se advierte que los artículos 2 y 3 de la referida Resolución, contentivos de la declaratoria de siniestro, fueron anulados mediante la sentencia de primera instancia en proceso separado, la cual quedó en firme de conformidad con la providencia de esta misma Subsección.

De esta manera, de acuerdo con lo expuesto, la Sala concluye que Telepacífico tenía competencia para expedir la Resolución 319 de 2 de octubre de 2000, mediante la cual adoptó la liquidación unilateral del contrato 009 de 1994 y de su prórroga, pero solamente en lo que se refirió al valor de las obligaciones de pago que se encontraban incumplidas al término del contrato.

Empero, dado que la liquidación de la cláusula penal se consideró como una partida derivada de la declaratoria de incumplimiento que se anulará en este proceso, ello conllevará la anulación del primer párrafo del numeral 3.2, del acta de liquidación, adoptada por la Resolución No. 319 del 2 de octubre de 2000, a cuyo tenor:

“El valor de TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS ($382´535.000.oo) correspondiente a la cláusula penal, de conformidad con las Resoluciones No. 194 de mayo 17 de 2000 y No. 237 de junio 30 de 2000 hace parte de la liquidación final del contrato[[48]](#footnote-48).

No se trata de establecer el decaimiento o pérdida de fuerza ejecutoria del aparte transcrito, figura a la que se refiere el artículo 66 del CCA[[49]](#footnote-49), dado que en este proceso se accede a declarar la nulidad con apoyo en los cargos que imputó el demandante sobre los actos administrativos acusados, acerca de la falsa motivación y la falta de competencia, referidos por la parte actora con apoyo en las causales del artículo 84 del CCA[[50]](#footnote-50), según se ha expuesto en esta providencia.

**2.11. Obligaciones post-concordatarias**

Se observa que en el acto de liquidación unilateral Telepacífico clasificó, con criterio ajustado a derecho, en forma separada, las obligaciones post- concordatarias y pre-concordatarias, estas últimas, correspondientes al monto causado con anterioridad de la admisión al proceso concursal del empresario Julio Ignacio Gutiérrez Sanabria.

Se encuentra apoyo legal suficiente para establecer como exigibles en la liquidación del contrato las sumas post-concordatarias, a cargo del contratista, ahora demandante, de acuerdo con el artículo 147 de la Ley 222 de 1995[[51]](#footnote-51), a cuyo tenor:

*“Artículo 147. Obligaciones Post-Concordatarias.*

*“Los gastos de administración, los de conservación de bienes del deudor y las demás obligaciones causadas durante el trámite del concordato y la ejecución del acuerdo concordatario y las calificadas como post-concordatarias, serán pagados de preferencia y no estarán sujetos al sistema que en el concordato se establezca para el pago de las demás acreencias, pudiendo los acreedores respectivos acudir a la justicia ordinaria para el cobro de los mismos”.*

Por ello, no procede el argumento de la apelación, toda vez que aunque en la sentencia de primera instancia no se hubiera incluido una consideración acerca del régimen del concordato, resultaba ajustado a derecho denegar la nulidad del acto de liquidación unilateral, en el rubro de las obligaciones post concordatarias, dado que Telepacífico sí tuvo en cuenta que las obligaciones adquiridas con anterioridad al concordato no se constituían en sumas exigibles por virtud del acto de liquidación unilateral.

Por otra parte, se anota que en este proceso el demandante no controvirtió la existencia ni el monto de las cuentas post-concordatarias causadas y no pagadas en el contrato de cesión de derechos de emisión, por valor de $134’075.401, suma que fue incorporada en el acto de liquidación unilateral por concepto de obligaciones surgidas con posterioridad a la admisión al concordato.

Así las cosas, permanece incólume la partida correspondiente a dichas obligaciones contractuales, contenida en el segundo párrafo del númeral 3.1. establecida como no pagada de acuerdo con el acto de liquidación unilateral del contrato y se denegará la pretensión de nulidad en cuanto a ello.

Finalmente, se aprecia que no tuvo lugar la aplicación del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, invocada por el apelante, dado que los actos acusados no contenían una declaración de terminación unilateral anticipada del contrato y que la iniciación del trámite concordatario no fue la circunstancia que dio lugar a la declaración de incumplimiento del mismo, ni ocasionó que Telepacífico privara de sus derechos contractuales al contratista, toda vez que él mismo afirmó que no se paralizaron las emisiones de televisión cuyo derecho le había sido cedido.

De acuerdo con lo expuesto, existen elementos de juicio suficientes para reafirmar que Telepacífico obró de manera ajustada a derecho al determinar el monto de las obligaciones post-concordatarias incumplidas, a través del acto de liquidación unilateral.

Como consecuencia, se denegará la pretensión de nulidad de la Resolución No. 319 de 2000 contentiva de la liquidación unilateral, sin perjuicio de acceder a la nulidad del ítem 3.2, referido a la cláusula penal, que fue declarada en proceso separado y a la nulidad del primer párrafo del numeral 3.2. referido a la cláusula penal que se incluyó en el acto de liquidación, como consecuencia de la decisión de declarar el incumplimiento del contrato que también se anulará en esta sentencia.

**2.12. Cláusula Penal**

Como se explicó en esta providencia, el acto administrativo de liquidación del contrato fue anulado parcialmente, en el proceso entablado por Aseguradora Colseguros S.A. (expediente 36199) en cuanto a un ítem que se refirió del monto de la cláusula penal que se hizo exigible con cargo a la póliza de seguros. Se reitera que esa la decisión de primera instancia quedó en firme, de acuerdo con la sentencia de 6 de julio de 2017 proferida por esta Subsección.

Por tanto, en concordancia con esa decisión y con la que ahora se adopta, se reafirma la anulación del primer párrafo del numeral 3.2, del acta de liquidación, adoptada por la Resolución No. 319 del 2 de octubre de 2000, a cuyo tenor:

“El valor de TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS ($382´535.000.oo) correspondiente a la cláusula penal, de conformidad con las Resoluciones No. 194 de mayo 17 de 2000 y No. 237 de junio 30 de 2000 hace parte de la liquidación final del contrato[[52]](#footnote-52).

**3. Conclusiones**

Lo expuesto deja claro que Telepacífico, aquí demandada, carecía de competencia para declarar el incumplimiento del contrato, para la época en la cual fue proferida la Resolución No. 194 de 17 de mayo de 2000, mediante la cual se declaró “*EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO No. 009 DE CESIÓN DE DERECHOS DE EMISIÓN, CELEBRADO CON JULIO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA ‘JULIO IGNACIO GUTIERREZ S. TELEVISIÓN’* y la Resolución No. 237 de 30 de junio de 2000, mediante la cual se le denegó al ahora demandante el recurso de reposición contra la Resolución No 194. Como consecuencia, las decisiones contenidas en el artículo 1º de la Resolución No. 194 y en el artículo 1º de la Resolución 237 serán anuladas y así será declarado en la parte resolutiva del presente proveído.

La **decisión materia de la anulación que se declara en este proceso, en relación con las citadas resoluciones,** es la siguiente:

Resolución 194 de mayo 17 de 2000 “Artículo Primero: Declarar que el Contratista JULIO IGNACIO GUTIÉRREZ SANABRIA propietario del establecimiento de comercio ‘JULIO IGNACIO GUTIERREZ S. TELEVISIÓN’ incumplió parcialmente el Contrato de Cesión de Derechos Número 009 de noviembre 12 de 1.994 prorrogado en diciembre de 1997 y celebrado con la SOCIEDAD TELEVISIÓN DEL PACÍFICO LTDA. – TELEPACÍFICO”[[53]](#footnote-53).

Así las cosas, teniendo en cuenta la nulidad de los artículos 2 y 3 de la Resolución 194 de 2000 que se decretó en proceso separado, la única decisión que queda vigente en dicha resolución es la contenida en el artículo cuarto, en cuanto ordenó efectuar la liquidación del contrato.

En relación con la Resolución No. 319 del 2 de octubre de 2000, proferida por la Gerente (E) y la Jefe de la Oficina Jurídica de Telepacífico, mediante la cual se acogió la liquidación final del contrato No. 009 de 1994 y de su prórroga, se concluye la procedencia de la anulación parcial, en cuanto se refiere al primer párrafo del numeral 3.2. correspondiente a la cláusula penal. El texto que se anulará es el siguiente:

“**3.2.** El valor de TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS ($382´535.000.oo) correspondiente a la cláusula penal, de conformidad con las Resoluciones No. 194 de mayo 17 de 2000 y No. 237 de junio 30 de 2000 hace parte de la liquidación final del contrato”[[54]](#footnote-54).

Como consecuencia, **queda vigente el acta de liquidación, en el punto 2 y en la primera parte del punto 3,** no afectados por la declaratoria de nulidad, en los cuales se dispuso:

"(...) 2. RESUMEN

* “OBLIGACIONES SURGIDAS CON ANTERIORIDAD DEL CONCORDATO

“FACTURAS PRESENTADAS DENTRO DEL

CONCORDATO DE JULIO IGNACIO GUTIÉRREZ S. 248.816.592

“FACTURAS NO PRESENTADAS EN EL CONCORDATO 15.357.060

“FACTURAS DE INTERESES DE MORA LIQUIDADOS

POR CONCEPTO DE FACTURAS CONCORDATARIAS 23.599.086

“TOTAL 287.772.738

* “OBLIGACIONES SURGIDAS CON POSTERIORIDAD DEL CONCORDATO

“FACTURAS POSTCONCORDATARIAS 128.130.510

“FACTURAS DE INTERESES DE MORA LIQUIDADOS

POR CONCEPTO DE FACTURAS

POSTCONCORDATARIAS 5.945.891

“TOTAL 134.076.401

“**3.** LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO 009-94 Y SU PRÓRROGA CELEBRADO ENTRE TELEPACÍFICO Y JULIO IGNACIO GUTIÉRREZ SANABRIA.

“**3.1.** Los valores resultantes de las obligaciones pendientes de pago que tiene JULIO IGNACIO GUTIÉRREZ SANABRIA con TELEPACÍFICO, los cuales fueron detallados en el numeral 1º de esta acta de liquidación, arrojan un valor de CUATROCIENTOS VENTIÚN MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL CIENTO TREINTA Y NUEVE PESOS MCTE ($421’849.139.oo), valor éste al cual se deducirán DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS MCTE. ($287’772.738.oo) correspondientes a facturas que surgieron con anterioridad a la iniciación del trámite concordatario, obteniéndose un valor neto a pagar a cargo de JULIO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA y en favor de TELEPACÍFICO de CIENTO TREINTA Y CUATRO MILLONES SETENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS UN PESOS ($134’076.401.oo)

“Así las cosas, el valor a pagar por parte de JULIO IGNACIO GUTIÉRREZ SANABRIA en favor de TELEPACÍFICO como resultado de la liquidación del contrato 009-94 y su prórroga de Cesión de Derechos de Emisión celebrado entre las mismas, es de CIENTRO TREINTA Y CUATRO MILLONES SETENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS UN PESOS ($134’076.401.oo)”.

**4. Costas**

Habida cuenta de que para el momento en el cual se dicta este fallo aplica el artículo 55 de la ley 446 de 1998, el cual indica que solo hay lugar a la imposición de costas de acuerdo con la conducta de las partes y que en este proceso no se advierte conducta temeraria de ninguna de ellas, se concluye que no habrá lugar a imponer costas.

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

FALLA:

**PRIMERO: Revocar** la sentencia apelada, esto es, la proferida el 11 de mayo de 2007 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, en su lugar, **se dispone** la nulidad parcial de los actos acusados, en la siguiente forma:

**1. Declarar la nulidad** del artículo 1º de la Resolución No. 194 del 17 de mayo de 2000 y, del artículo 1º de la Resolución 237 de 30 de junio de 2000, en lo que se refiere al acto mediante el cual se **declaró el incumplimiento** del Contrato de Cesión de Derechos de Emisión No. 009 de 12 de noviembre de 1994, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

**2. Declarar la nulidad parcial** de laResolución 319 de 2 de octubre de 2000, en cuanto se refiere a la partida correspondiente a la **cláusula penal,** contenida en el primer párrafo del numeral 3.2 del acta de liquidación unilateral adoptada a través de la referida resolución, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

**3. Denegar** las demás pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** SIN Condena en costas

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. En adelante se podrá denominar Telepacífico. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fls. 52-53, c. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fls. 55-58, c. 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Fls. 59-63, c. 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Fls. 70-72, c. 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Fls. 107-123, c. 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Fls. 124-126, c. 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Fl. 127, c. 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Fls. 128-129, c. 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Fls. 132-135, c. 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. Fls. 137-139, c. 1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Fl. 187- c. 1. [↑](#footnote-ref-12)
13. Fls.188-224, c. 1. [↑](#footnote-ref-13)
14. Fls. 226-257, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-14)
15. Fls. 264-271, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-15)
16. Fl. 275, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-16)
17. Fl. 277, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-17)
18. Fls. 278, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-18)
19. Fls. 8-14, c. 1. [↑](#footnote-ref-19)
20. Fls. 15-16, c. 1. [↑](#footnote-ref-20)
21. Fls. 69, c. 2. [↑](#footnote-ref-21)
22. Según se detallará más adelante, este artículo quedó anulado de acuerdo con lo dispuesto en la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación 76001233100020010263702 (36199) sentencia de 6 de julio de 2017, actor: Aseguradora Colseguros S.A., demandado; Televisión del Pacífico Ltda – TELEPACÍFICO-, acción: contractual. [↑](#footnote-ref-22)
23. Ibídem. [↑](#footnote-ref-23)
24. Fls. 18-22, c. 1. [↑](#footnote-ref-24)
25. Fls. 33-38, c. 1. [↑](#footnote-ref-25)
26. Fls. 39-44, c. 1. [↑](#footnote-ref-26)
27. Fls. 45-50, c. 1. Según se detallará mas adelante, esta disposición quedó anulada de acuerdo con lo dispuesto en la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación 76001233100020010263702 (36199) sentencia de 6 de julio de 2017, actor: Aseguradora Colseguros S.A., demandado; Televisión del Pacífico Ltda – TELEPACÍFICO-, acción: contractual. [↑](#footnote-ref-27)
28. Fls. 86-87, c. 1. [↑](#footnote-ref-28)
29. Según se detallará mas adelante, este ítem quedó anulado parcialmente como consecuencia de la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación 76001233100020010263702 (36199) sentencia de 6 de julio de 2017, actor: Aseguradora Colseguros S.A., demandado; Televisión del Pacífico Ltda – TELEPACÍFICO-, acción: contractual. [↑](#footnote-ref-29)
30. Fls. 23-32, c. 1. [↑](#footnote-ref-30)
31. Ley 80 de 1993, artículo 75: *"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-31)
32. De conformidad con el correspondiente certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio de Cali (Fls. 2-6, c.1), la Sociedad de Televisión del Pacífico Ltda. es un operador público del servicio de televisión regional, reconocido por la Ley 182 de 1995, que tiene aportes de Infivalle, Inravisión y el Departamento del Valle. [↑](#footnote-ref-32)
33. El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 21 de junio de 2001, correspondió a $286.000. [↑](#footnote-ref-33)
34. De conformidad con el certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio de Cali (Fls. 2-6, c.1), la Sociedad de Televisión del Pacífico Ltda. es un operador público del servicio de televisión regional, reconocido por la Ley 182 de 1995, que tiene aportes de Infivalle, Inravisión y el Departamento del Valle. [↑](#footnote-ref-34)
35. De acuerdo con la prueba relacionada en el punto 2.2.8. del acápite de pruebas. [↑](#footnote-ref-35)
36. Texto del fallo de primera instancia, tomado de la sentencia de segunda instancia:

    *“De suerte que se declarará la nulidad de los artículos 2º y 3º de la Resolución 194 de 2000, así como la del artículo 2º de la Resolución 237 de 2000, la de el numeral 3.2 del Acta de liquidación final efectuada en septiembre de 2000 y de la Resolución 319 de 2000 que acoge la liquidación final, en cuanto hicieron efectiva la cláusula penal en el valor de $382’535.000”.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación 76001233100020010263702 (36199) sentencia de 6 de julio de 2017, actor: Aseguradora Colseguros S.A., demandado; Televisión del Pacífico Ltda – TELEPACÍFICO-.

    [↑](#footnote-ref-36)
37. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación 76001233100020010263702 (36199) sentencia de 6 de julio de 2017, actor: Aseguradora Colseguros S.A., demandado; Televisión del Pacífico Ltda – TELEPACÍFICO-, acción: contractual, página 17 de la sentencia. [↑](#footnote-ref-37)
38. *“Artículo 175 C.C.A.**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.*

    *“La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor*.

    *“Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios”.* [↑](#footnote-ref-38)
39. *“****Artículo******18º.-****De la Caducidad y sus Efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.*

    *“En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.*

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

    *“La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”.* [↑](#footnote-ref-39)
40. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de febrero de 2005, exp. 25.765, C.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-40)
41. Cita original de la sentencia: “Ley 1150 de 2007, artículo 17: *“El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales”.*

    *“En desarrollo de lo anterior y el deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones (…) Así mismo, podrá declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.* (Se subraya)”. [↑](#footnote-ref-41)
42. Cita original de la sentencia: *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 15 de abril de 2010, exp. 18.292”.* [↑](#footnote-ref-42)
43. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 29 de enero de 2014, radicación:11801232600-1992766 (26869), actor: Sociedad Confecciones Isatel Ltda, demandado: Inpec, referencia: acción contractual – apelación sentencia. [↑](#footnote-ref-43)
44. *“Artículo**60º.- De Su Ocurrencia y Contenido.  Los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.*

    *“También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.*

    *“En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.*

    *“Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato”.*

    *“Artículo**61º.- De la Liquidación Unilateral.   Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdos 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”.* [↑](#footnote-ref-44)
45. Para la época de los hechos en este proceso las reglas pertinentes para elaborar un estado financiero de liquidación eran las contenidas en el Decreto 2649 de 1983, contentivo de las normas de contabilidad generalmente aceptadas en Colombia. De allí se establece que en el estado de liquidación los “*hechos económicos”* deben reconocerse en una misma unidad de medida y que deben ser apropiadamente cuantificados, en su caso por el valor actual o de reposición, que representa el importe en efectivo, o en su equivalente, que *‘se requeriría para liquidar una obligación’, en el momento actual. (artículos 8, 9 y 10).* [↑](#footnote-ref-45)
46. Para la época de los hechos en el sub lite, resultaba pertinente la siguiente normativa:

    *Decreto 2649 de 1993. “Articulo 24. Estados Financieros de Propósito Especial. Son estados financieros de propósito especial aquellos que se preparan para satisfacer necesidades específicas de ciertos usuarios de la información contable. Se caracterizan por tener una circulación o uso limitado y por suministrar un mayor detalle de algunas partidas u operaciones.*

    *“Entre otros, son estados financieros de propósito especial: el balance inicial, los estados financieros de períodos intermedios, los estados de costos, el estado de inventario, los estados financieros extraordinarios,* ***los estados de liquidación****, los estados financieros que se presentan a las Autoridades con sujeción a las reglas de clasificación y con el detalle determinado por éstas y los estados financieros preparados sobre una base comprensiva de contabilidad distinta de los principios de contabilidad generalmente aceptados”* (la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-46)
47. Decreto 2649 de 1993*.” Artículo 30. Estados de Liquidación. Son estados de liquidación aquellos que debe presentar un ente económico que ha cesado sus operaciones, para informar sobre el grado de avance del proceso de realización de sus activos y de cancelación de sus pasivos”.* [↑](#footnote-ref-47)
48. Según se detallará mas adelante, este ítem quedó anulado parcialmente como consecuencia de la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación 76001233100020010263702 (36199) sentencia de 6 de julio de 2017, actor: Aseguradora Colseguros S.A., demandado; Televisión del Pacífico Ltda – TELEPACÍFICO-, acción: contractual. [↑](#footnote-ref-48)
49. *“Artículo****66 C.C.A..****Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:*

    *“(…).*

    *“2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho”.* [↑](#footnote-ref-49)
50. “*Artículo 84 CCA****.*** *Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.*

    *“Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió”.* [↑](#footnote-ref-50)
51. *"Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones”.* [↑](#footnote-ref-51)
52. Según se detallará mas adelante, este ítem quedó anulado parcialmente como consecuencia de la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación 76001233100020010263702 (36199) sentencia de 6 de julio de 2017, actor: Aseguradora Colseguros S.A., demandado; Televisión del Pacífico Ltda – TELEPACÍFICO-, acción: contractual. [↑](#footnote-ref-52)
53. Folio 73, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-53)
54. Según se detallará mas adelante, este ítem quedó anulado parcialmente como consecuencia de la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación 76001233100020010263702 (36199) sentencia de 6 de julio de 2017, actor: Aseguradora Colseguros S.A., demandado; Televisión del Pacífico Ltda – TELEPACÍFICO-, acción: contractual. [↑](#footnote-ref-54)