**TÍPOLOGIAS CONTRACTUALES - Contrato de prestación de servicios - Contrato de consultoría - Diferencias**

Es preciso tener que claro que en la Ley 80 de 1993 el contrato de prestación de servicios y la consultoría corresponden a dos tipologías contractuales diferentes. Bien se podría decir que se trata de una relación de género a especie, pero, al menos, desde el punto de vista legal, diferenciadas, labor frente a la cual la jurisprudencia tampoco ha sido indiferente. Efectivamente, la Sección ha puesto de presente el carácter técnico y especializado de las actividades que comportan la consultoría, mientras que para el contrato de prestación de servicios ese carácter no es relevante, en tanto bien puede darse o no (…) Con base en lo expuesto, la Sección concluyó que la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y la consultoría era residual, en tanto los contratos que se adecuaran a la definición legal de la segunda modalidad mencionada corresponderían a dicha tipología, mientras que los demás serían de los primeros en mención (…) la diferencia descansa en el campo en el que deben desarrollarse las actividades de esos contratos. Es así que será un contrato de consultoríasi esas actividades están llamadas a ejecutarse en relación directa e inmediata con proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, estudios de factibilidad, estudios de prefactibilidad, proyectos específicos, etc., que correspondan a obras, proyectos de infraestructura, proyectos tecnológicos o técnicos, pero si esas actividades se ejecutan con relación al funcionamiento o administración de la entidad contratante será una prestación de servicios.

**PLAZO - Concepto**

El plazo consiste en un hecho futuro que ocurrirá. Así, “en razón a la forma como se establezca el plazo, este puede ser un plazo determinado o indeterminado pero determinable. Es determinado cuando se sabe cuándo se realizará el hecho futuro y cierto, como tantos días, o tantos años después de la fecha; y es indeterminado cuando se ignora el día o momento exacto de acaecimiento, como el de la muerte de una persona, aun cuando se sabe que llegará indefectiblemente “pues […] según las previsiones humanas, fatalmente ha de realizarse. En esos términos, el plazo se diferencia de la condición en el elemento de certeza, en tanto esta última es un “acontecimiento futuro, que puede suceder o no”.

**PRÓRROGA DEL CONTRATO -** **Decisión de la Administración**

Frente a la posibilidad de prórroga del contrato “la administración deberá definir su conveniencia, bajo criterios de proporcionalidad, que no de arbitrariedad”. Más adelante precisó que lo “contrario supondría el aval para prórrogas automáticas, las cuales pretermiten tales análisis (…). De suerte que son las necesidades que se pretenden satisfacer las llamadas a definir la extensión temporal en que deben cumplirse los contratos”.

**EJECUCIÓN DEL CONTRATO - Límite temporal - Acuerdo de voluntades**

La entidad estatal contratante determinará un límite temporal razonable, junto con su contratista, de acuerdo con las necesidades del servicio, bien u obra que se pretenda satisfacer. Lo anterior bien puede darse a través de la fijación de un plazo, que puede ser determinado o determinable, o si así lo imponen las necesidades a través de una condición. En todo caso, es claro que debe entenderse incorporado un límite temporal al contrato, pues de lo contrario se perpetuaría una relación contractual, con el detrimento que conllevaría para los principios generales y constitucionales de libre concurrencia, igualdad, imparcialidad, prevalencia del interés general y transparencia que rigen todas las actuaciones contractuales de las entidades estatales.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Momento - Aplicación**

De conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, la liquidación es un trámite que debe adelantarse “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”. Es claro de lo anterior que antes de que se produzca la finalización del contrato, resulta improcedente un ejercicio liquidatorio parcial. Ahora, bien puede ocurrir, como sucede en los contratos de obra, que las partes verifiquen la ejecución contractual, la documenten en las denominadas actas de recibo parcial de obra y con fundamento en ellas honren la forma de pago estipulada; sin embargo, esos documentos no tienen el efecto jurídico de una liquidación o lo que es lo mismo un cruce final de cuentas, en tanto bien pueden las partes reservarse reclamaciones para ese último momento, que es donde se define el estado final de la ejecución.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 73001-23-31-000-2009-00444-02(40876)**

**Actor: ASESORAMOS CONSULTORES ASOCIADOS S.A.**

**Demandado: MUNICIPIO DE SALDAÑA**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

*Temas: Los hechos nuevos, artículo 305 del Código de Procedimiento Civil; diferencia entre el contrato de consultoría y el contrato de prestación de servicios profesionales; la nulidad absoluta oficiosa, y la procedencia de la liquidación parcial de un contrato.*

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 25 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se negó la solicitud de nulidad absoluta del contrato propuesta por el Ministerio Público y se negaron las pretensiones de la demanda (fls. 245 a 278, c. ppal 2ª instancia).

**SÍNTESIS DEL CASO**

Asesoramos Consultores Asociados S.A. cuestiona la legalidad de las resoluciones n.°s 208 y 050 del 30 de septiembre de 2008 y del 29 de febrero de 2009, respectivamente, por medio de las cuales se liquidó parcialmente el contrato de prestación de servicios de profesionales del 16 de febrero de 2005 (según la fecha indicada en la demanda). Igualmente, pide que se declare el incumplimiento del demandado. Como consecuenciales que se reconozcan todos los perjuicios causados. Asimismo, que se termine y liquide judicialmente el contrato en estudio.

1. **ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA[[1]](#footnote-1)**

El 28 de agosto de 2009 (fl. 131, c. ppal), la sociedad Asesoramos Consultores Asociados S.A., en ejercicio de la acción de controversias contractuales, prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra del municipio de Saldaña (fls. 108 a 131, c. ppal), con fundamentos en los siguientes:

**1.1. Hechos**

La situación fáctica planteada en la demanda se resume así (fls. 105 a 115, c. ppal):

1.1.1. El 16 de febrero de 2005, el municipio de Saldaña y Asesoramos Consultores Asociados S.A. suscribieron el contrato de prestación de servicios de consultoría para la reclamación de los activos eléctricos y su remuneración de acuerdo con la regulación vigente.

1.1.2. En el contrato se pactó que su valor era indeterminado, pero que los honorarios de la contratista serían equivalentes a un 30% de las sumas efectivamente giradas y/o reconocidas a favor de la contratante como resultado de la gestión contratada, y la duración del contrato se pactó por tres meses contados a partir de su perfeccionamiento; no obstante, si se requerían de gestiones judiciales, quedaría atado a estas últimas, por lo que, en principio, la duración del contrato era indeterminada.

1.1.3. Mediante *otro sí* del 15 de noviembre de 2005, las partes acordaron que el contrato tendría duración indefinida a partir de la legalización de esa modificación.

1.1.4. El 14 de noviembre de 2006 las partes suscribieron un nuevo otro sí se precisó que todos los gastos de la gestión encomendada correspondían al contratista.

1.1.5. Mediante otro sí del 7 de diciembre de 2007, las partes modificaron la forma de pago.

1.1.6. En desarrollo del contrato, el contratista recopiló toda la información necesaria para adelantar la reclamación administrativa ante Electrolima, En Liquidación, que se negó al pago. Ante la negativa, la contratista, previo otorgamiento de poder por parte del municipio demandada, presentó demanda de acción popular ante el Juzgado 8º Administrativo de Ibagué en contra de Electrolima, con el fin de obtener el reconocimiento de la propiedad de las subestaciones del Guamo y Saldaña, así como el pago de los frutos causados por su explotación económica.

1.1.7. El 11 de octubre de 2007, el Juzgado referido dictó sentencia en primera instancia favorable para los municipios de Guamo y Saldaña. En consecuencia, ordenó la entrega de la subestaciones a los referidos entes territoriales y condenó al pago de las remuneraciones causadas desde su puesta en funcionamiento. El 23 de junio de 2008, al desatar el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, el Tribunal Administrativo del Tolima la confirmó en todas sus partes.

1.1.8. En desarrollo del proceso de la acción popular se ordenó como medida cautelar la constitución de un título judicial por parte de Electrolima por la suma de $4.453.489.409 y a favor de las entidades territoriales demandantes.

1.1.9. Una vez ejecutoriada la sentencia, el Juzgado 8º Administrativo de Ibagué entregó el depósito judicial al contratista.

1.1.10. El 1 de septiembre de 2008, el contratista entregó al municipio la suma de $810.293.054, que resultó después de descontar los honorarios del contratista, los descuentos por retefuente, reteiva, impuesto de timbre, estampillas y reteica.

1.1.11. El 8 de septiembre de 2008, el municipio demandado solicitó al contratista la consignación total de los dineros y las copias de los fallos de la acción popular.

1.1.12. El 17 de septiembre de 2008, el contratista presentó ante el demandado propuesta para el recibo de las subestaciones y su posterior venta al actual operador o a un tercero; para estas gestiones, el contratista propuso al municipio que trabaría bajo el esquema de comisión de éxito, sin que tuviera derecho a recibir honorarios por adelantado. Frente a esta propuesta, el municipio no manifestó ninguna respuesta.

1.1.13. El 30 de septiembre de 2008, mediante resolución n.° 208, el demandado liquidó parcial y unilateralmente el contrato en estudio. En ese acto determinó que el contratista debía reintegrar al municipio la suma de $687.127.775. El 29 de febrero de 2009, por medio de la resolución 050, el municipio, al resolver el recurso de reposición interpuesto por el contratista, confirmó en todas sus partes su liquidación unilateral parcial.

1.1.14. El 20 de noviembre de 2008, el contratista informó al municipio demandado sobre la negativa de esta Corporación a una acción de tutela instaurada por Electrolima.

1.1.15. Las actuaciones unilaterales de la administración municipal impidieron el desarrollo normal del contrato y el otorgamiento de los poderes necesarios para obtener la ejecución de Electrolima como resultado del proceso de acción popular.

**1.2. Las pretensiones**

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte actora formuló las siguientes pretensiones (fls. 108 y 109, c. ppal):

*PRIMERA. Que se declare la nulidad de la resolución n.° 208 de 30 de septiembre de 2008, proferida por el municipio de Saldaña, “POR MEDIO DE LA CUAL SE ADOPTA LA LIQUIDACIÓN PARCIAL DE HONORARIOS DENTRO DE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CONSULTORÍA”.*

*SEGUNDA. Que se declare la nulidad de la resolución n.° 050 de febrero 27 de 2009 por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución 208 del 30 de septiembre de 2008.*

*TERCERA. Que se declare judicialmente el incumplimiento por parte del municipio de Saldaña en el contrato de prestación de servicios suscrito con la sociedad ASESORAMOS CONSULTORES ASOCIADOS S.A., cuyo objeto es la “prestación de servicios profesionales de consultoría para reclamación de los activos eléctricos y su remuneración de acuerdo con la regulación vigente de propiedad del municipio de Saldaña, Tolima”, incumplimiento que consiste en la no aplicación de la cláusula tercera del contrato, negando el municipio la suscripción de los poderes necesarios para el cobro de las sumas adeudadas por Electrotolima en liquidación por concepto de la sentencia condenatoria en su contra, proferidas dentro del proceso de acción popular incoado por ASESORAMOS CONSULTORES ASOCIADOS S.A. en representación de los municipios de Guamo y Saldaña.*

*CUARTA. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene al municipio de Saldaña al pago de todos los perjuicios causados a mi representada con ocasión del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, incluyendo daño emergente y lucro cesante, así como la corrección monetaria y cualesquiera otros índices de ajuste monetario de tales sumas de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

*QUINTA. Que se declare judicialmente la terminación del contrato suscrito entre ASESORAMOS CONSULTORES ASOCIADOS y el municipio de Saldaña.*

*SEXTA. Que se liquide el contrato en sede judicial, incluyendo las sumas a cargo del municipio de Saldaña por los perjuicios que se demuestren en el proceso.*

*SÉPTIMA. Que se condene al municipio de Saldaña al pago de las costas, agencias en derecho y demás gastos del proceso.*

**1.3. Concepto de la violación**

Frente a los actos administrativos de liquidación unilateral (fls. 115 a 121, c. ppal), la parte actora propuso como cargos:

1.3.1. Falsa motivación, por cuanto la administración se limitó a decir que ella era la que ostentaba la facultad de liquidación y no el contratista.

1.3.2. Indebida aplicación del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en tanto en el contrato no se acordaron la inclusión de cláusulas excepcionales, exigencia legal necesaria para ejercer los poderes que de ellas se derivan. Igualmente, las partes acordaron otro tipo de controles sobre el contrato, como lo es la supervisión a través del Secretario de Planeación municipal.

1.3.3. Violación del artículo 15 de la Ley 80 de 1983, que regula la interpretación unilateral por parte de las entidades estatales, toda vez que sin ninguna discrepancia entre las partes impuso su entendimiento sobre las cláusulas del contrato, para lo cual, insistió, la demandada carecía de competencia.

1.3.4. Violación del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, en tanto el contrato en estudio tenía un término indefinido, cuando se liquidó unilateralmente no había finalizado. Además, tampoco se requirió al contratista para adelantar el trámite liquidatorio y, por ende, no se agotó la etapa bilateral.

1.3.5. Violación de los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, en tanto la intención de las partes fue excluir la aplicación de cláusulas excepcionales; sin embargo, los actos administrativos demandados desconocieron esa voluntad.

1.3.6. Violación al debido proceso, si se tiene en cuenta que los actos administrativos cuestionados se dictaron sin previa audiencia del contratista.

**2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El municipio de Saldaña guardó silencio (fls. 156, c. ppal).

**3. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, la parte actora reiteró los argumentos de su demanda (fls. 198 a 205, c. ppal).

El demandado advirtió que por el contrato en estudio se adelantan unas investigaciones penales, disciplinarias y fiscales en contra del representante legal de la actora y los alcaldes de la época, por la destinación que se le dio al dinero obtenido dentro de la gestión adelantada por la contratista. Con fundamento en lo anterior, solicitó la suspensión del proceso, la cual fue negada por el *a quo[[2]](#footnote-2).*

Además, allegó copia de las resoluciones n.° 291 y 292 del 20 de abril de 2010, por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato, se ordenó la liquidación y se efectuó esta última unilateralmente; asimismo, sostuvo que el contrato es nulo de forma absoluta, en tanto omitió la fecha de su celebración y además resulta abiertamente leonino, dados los desmesurados honorarios fijados en él. Advirtió que además que no se le debe ningún dinero a la accionante por su gestión, esta tampoco ha reintegrado el dinero que descontó de forma unilateral (fls. 211 a 216, c. ppal).

El Ministerio Público conceptuó que el contrato estaba afectado de nulidad absoluta, por cuanto a través de ese acuerdo se permitió que el contratista administrara los recursos públicos obtenidos del fallo de la acción popular, los liquidara unilateralmente y recibiera más del 60% de esos dineros a título de honorarios. De la misma forma, las pólizas y la publicación se pagaron bajo la estimación de un contrato valorado en cien millones, cuando los honorarios recibidos fueron diez veces superiores. Además, el valor estimado del contrato permitió eludir el proceso de selección correspondiente (fls. 222 a 241, c. ppal).

1. **LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia del 25 de febrero de 2011 (fls. 245 a 278, c. ppal 2ª instancia), el *a quo* negó la nulidad absoluta propuesta por el Ministerio Público y las pretensiones de la demanda. Para el efecto, sostuvo[[3]](#footnote-3):

*Analizado el contenido de las anteriores causales de anulación de los contratos estatales, se infiere que las que invoca la vista fiscal en el caso específico se aproxima solo a la causal tercera, la relacionada con la celebración del contrato con “abuso o desviación de poder”, vale decir, en manera alguna se invocan en las enlistadas en los ítems 1, 2, 4 y 5 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. (…)*

*El precitado contrato fijó los requisitos de la relación negocial, determinó su objeto, las condiciones para su ejecución, la incorporación de las cláusulas propias del contrato suscrito y, en principio, el término de ejecución, de tal suerte, que su celebración no contraviene el ordenamiento jurídico, y menos puede afirmarse, que se celebró con “abuso o desviación de poder”.*

*Descartado el vicio de abuso o desviación de poder, corresponde analizar ahora si las objeciones que realiza nuestro colaborador fiscal resultan contrarias a otras disposiciones del Estatuto de Contratación Pública, ora al derecho común (léase legislación civil o comercial), tal como lo prevé el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.*

*En efecto, el señor Procurador sostiene que:*

*- Se violaron los principios de selección objetiva en la escogencia del contratista (…)*

*En el evento sub examine se desconocen los antecedentes del proceso contractual y la forma como fue seleccionado el contratista. Asimismo, entre las consideraciones que se hacen al inicio del contrato se indica que la firma Asesoramos Consultores Asociados presentó propuesta ante el señor Alcalde con el objeto de adelantar las gestiones necesarias para lograr el reconocimiento de la propiedad y el pago de la remuneración correspondiente de las obras de distribución eléctrica construidas en el municipio de Saldaña a favor del mismo. En consecuencia, a partir de la sola presentación del contrato, no es posible afirmar que se hayan desconocido las reglas inherentes a la selección objetiva del contratista, pues, se repite, no se aportaron al proceso los términos de invitación, ni las eventuales propuestas de los oferentes. Además, se ignora si la única propuesta presentada fue la de la sociedad hoy demandante, y si la misma se avino o no los términos de invitación.*

*- Que el contrato se suscribió con una duración indefinida, pues se prorrogó indefinidamente su duración a través de sendos otrosí (…)*

*De acuerdo con el alcance de la cláusula relativa a la duración del contrato, resulta claro que para la Sala que la vigencia de la consultoría contratada no tiene duración indeterminada, como lo interpreta la vista fiscal; por el contrario, de la lectura a la cláusula correspondiente se deriva que el contrato que fue suscrito el 16 de febrero de 2005, tenía una duración de tres (3) meses, cuyo plazo fue adicionado en nueve (9) meses, según otrosí inserto al contrato el 19 de febrero de 2005, y en nueve (9) meses más, de acuerdo al otrosí fechado el 15 de diciembre del mismo año. Los que se suscribieron el 14 de noviembre de 2006 y 07 de diciembre de 2007, modificaron lo relativo a la cláusula de los honorarios del contratista, pero no da la duración del contrato.*

*Ahora bien, lo que resulta evidente en el contenido de la cláusula primigenia, y en los subsiguientes “OTROSÍ” que modificaron dicha cláusula, es que el plazo pactado para desarrollar las actividades propias de la consultoría contratada, no incluyó el término de las actividades que requerían la gestión judicial del contratista, y ello resulta apenas obvio, si se tiene en cuenta que los propósitos contractuales estaban orientados a construir una base de datos de los proyectos de distribución de energía eléctrica recibidos y en uso por la entonces Electrificadora del Tolima, Electrolima, y el nuevo operador de las redes, encaminada a: (i) Determinar obras construidas por el municipio de Saldaña o a favor del mismo y entregadas a la Electrificadora por medio del contrato de compraventa, cuya contraprestación la constituía una futura suscripción de acciones de la Electrificadora, adelantando reclamaciones administrativas ante esta a fin de obtener su exclusión de los bienes de la masa liquidatoria; (ii) establecer las obras construidas por el municipio de Saldaña o a favor del mismo y que no fueron entregadas a la Electrificadora, pero que han sido explotadas por esta hasta la fecha de su liquidación, adelantando reclamaciones administrativas ante esta a fin de obtener su exclusión de los bienes de la masa liquidatoria; (iii) establecer la totalidad de activos explotados económicamente por parte del nuevo operador –Enertolima S.A. E.S.P., porción de estos que estaban siendo remunerados a Electrolima a través de contrato de arriendo de la infraestructura eléctrica y cálculo de las sumas adeudadas por concepto de remuneración de los activos de propiedad del municipio, adelantando reclamaciones ante Electrolima para el reconocimiento y pago de la remuneración de acuerdo con la normatividad vigente.*

*Igualmente, para adelantar las anteriores actividades, los contratistas determinaron la correspondiente a la metodología que aglutinaba cinco fases, que fueron delimitadas en la cláusula segunda del contrato, incluyendo la etapa de “Negociación”, que obviamente involucraba las negociaciones directas con la Electrificadora del Tolima en Liquidación y el nuevo operador de redes –Enertolima S.A. E.S.P.-, a fin de obtener los reconocimientos económicos que se derivaran del estudio contratado, la restitución de los bienes y de los recursos de propiedad del municipio, y obviamente las reclamaciones judiciales, que era de suponer debía promover el contratista, en aras de salvaguardar el patrimonio de la entidad territorial.*

*En los términos anteriores, se reitera, no es posible concluir a partir de la redacción de la cláusula sobre el plazo contractual, que el contrato de consultoría fuera de carácter indeterminado. Mal podía, en consecuencia, pactarse un término de duración del mismo, desconociendo que el objeto contractual era susceptible de someterse a escrutinio de los procesos judiciales, con duración indefinida, pero susceptible de determinación.*

* *Que se pactó una suma irrisoria sobre la cual se hizo la apropiación presupuestal (…)*

*En el sub lite se precisa que en el contrato no aparece ninguna cláusula relativa a “apropiaciones presupuestales”, y ello encuentra su razón de ser en el hecho de que el municipio de Saldaña al suscribir la relación contractual, en manera alguna afectaba su presupuesto de apropiaciones; por el contrario, a partir de la conformación de la base de datos que se contrató, se pretendía clarificar el origen y propiedad de algunos bienes y recursos de propiedad del municipio, para luego sí incorporarlos al patrimonio y presupuesto de la entidad. Por ende, era evidente que no quería la previa constitución de un certificado de disponibilidad presupuestal.*

*- Que no se pagaron impuestos del contrato (…)*

*Se desconoce en el sub judice si las garantías fueron o no constituidas por la sociedad contratista, y, en caso afirmativo, cuál fue su monto. Sin embargo, habrá de señalarse que la constitución y aprobación de las garantías, así como la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, constituyen simplemente requisitos de ejecución del contrato, y su ausencia, no genera nulidad de la relación negocial.*

*- Finalmente indica el Ministerio Público que la facultad de “recibir” conferida por el municipio a la sociedad contratista, fue indebida, ya en virtud de esa atribución posibilitó la administración de dineros públicos (…)*

*Si el municipio confirió a su contratista la facultad para “recibir” el producto de las condenas impuestas a su favor dentro de la acción popular promovida por el ente territorial, ello no implica posibilidad de administración de recursos públicos, ni vicia per se el contrato materia de debate judicial, máxime cuando lo que se afirma en el libelo genitor es que el demandante, a través de su apoderada, recibió los recursos que debió pagar la Electrificadora en Liquidación al municipio accionante, y autoliquidó sus honorarios de manera irregular o indebida, efectuó descuentos por retefuente, reteiva, impuestos de timbre, estampillas y reteica, estableciendo de manera unilateral el saldo a favor del municipio de Saldaña por la suma de $810.293.054.00, cuyo valor consignó el 10 de septiembre de 2008, en la cuenta suministrada por el municipio de Saldaña, expidiendo la factura correspondiente a los honorarios recibidos, lo cual ciertamente descarta la aseveración de la Procuraduría relacionada con la administración de recursos públicos por parte de la sociedad demandante. (…)*

*Fondo de la controversia (…)*

*En las condiciones anteriores es evidente que el acto administrativo de liquidación del contrato expedido por el ente territorial accionado no constituye el ejercicio de una prerrogativa excepcional o exorbitante de la administración municipal, como lo entiende el demandante, ni tiene por objeto la resolución unilateral de las controversias contractuales existentes entre las partes; simplemente se constituye en un mandato imperativo para la entidad contratante, la de proceder a liquidar unilateral o bilateralmente los contratos celebrados, como consecuencia de su terminación regular, y no como el ejercicio de una potestad excepcional. (…)*

Más adelante, explicó que los motivos del acto administrativo fueron expresamente expuestos, razón por la cual resultaba infundado el cargo de falta de motivación. Además, señaló que el contratista fue citado dos veces al trámite de liquidación, pero que se excusó. Finalmente, envió un proyecto de liquidación que la administración no compartió, por lo que procedió a liquidar el contrato unilateralmente a través de los actos administrativos cuestionados.

Frente a la falsa motivación, consideró que era un deber legal de la administración liquidar el contrato, ante la renuncia del contratista de liquidarlo bilateralmente.

1. **SEGUNDA INSTANCIA**

**1. DE LA APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, el 15 de marzo de 2011, la parte actora interpone y sustenta su recurso de apelación (fls. 283 a 298, c. ppal 2ª instancia), así:

(i) El contrato en estudio tenía una duración indeterminada y su objeto no se había cumplido cuando se liquidó unilateralmente el contrato en estudio. Lo primero se desprende del contrato y sus modificaciones. Lo segundo, en tanto la ejecutoria de la sentencia de la acción popular fue una parte de la gestión encomendada y aún no se habían recuperado todos los dineros que se pretendían con el contrato cuestionado, tanto así que la liquidación unilateral fue parcial, como se dejó consignado en los actos administrativos contentivos de esa decisión.

Además, después de la liquidación se llevaron varios actos ejecutados por el contratista, como lo fue la defensa dentro de la acción de tutela presentada por Electrolima, la comunicación del 28 de noviembre de 2008, donde el municipio demandado informó al contratista que una vez analizados los antecedentes del contrato se adoptaría la decisión de continuarlo o terminarlo, entre otras, comunicaciones posteriores por parte del contratista que no fueron respondidas por la demandada. De la misma forma mediante oficio n.° 063 del 27 de febrero de 2009, la entidad demandada condicionó la entrega de instrucciones y poderes para el cobro ejecutivo a Electrolima al cumplimiento de lo ordenado en las resoluciones de liquidación unilateral.

(ii) Las discrepancias sobre los honorarios no son razón jurídica suficiente para liquidar el contrato. La liquidación solo procede cuando se termina el contrato, situación que no se dio en el presente asunto, si se tiene en cuenta el plazo indeterminado y el comportamiento de las partes que dan cuenta de la continuidad del contrato.

(iii) Reiteró que los actos administrativos desconocieron el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, en tanto la liquidación exigía la terminación del vínculo contractual, requisito que no fue cumplido. Igualmente, la demandada en unos actos irregulares liquidó de forma definitiva el contrato, resoluciones 291 y 292 del 20 de abril de 2010.

(iv) Las resoluciones aquí demandadas, de acuerdo a lo expuesto incurrieron en una falsa motivación.

(v) Violación del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en tanto en el contrato no se incorporaron cláusulas excepcionales, mediante las cuales la demandada pudiera modificar el contrato y terminarlo unilateralmente, como lo hizo a través de los actos demandados. Además, la demandada desconoció la forma de pago de los honorarios.

(vi) Falta de competencia temporal para expedir las resoluciones n.° 291 y 292 del 20 de abril de 2010, en tanto para ese momento la demanda que dio origen al presente proceso ya se había admitido. Igualmente, ese acto administrativo no se pudo demandar porque no existía para ese momento.

(vii) Solicita atender la liquidación del contrato elaborada por los peritos, la que, a su juicio, fundada y sin objeciones por las partes.

**2. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio (fl. 308, c .ppal, informe secretarial).

**IV. CONSIDERACIONES**

**1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

**1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente**

1.1.1. En tanto uno de los extremos es una entidad pública, el municipio de Saldaña, es esta la jurisdicción a quien le corresponde asumir el conocimiento del presente asunto.

1.1.2. Ahora, esta Corporación es la competente para conocer de esta controversia, dado que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo le asignó el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos[[4]](#footnote-4).

1.1.3. De otro lado, como la controversia se concreta en la discusión sobre la legalidad de unos actos administrativos dictados en el marco de un contrato estatal, la acción procedente es la contractual, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, como efectivamente se hizo.

**1.2. La legitimación en la causa**

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son autores y destinatarios de los actos jurídicos cuestionados.

**1.3. La caducidad**

Con sólo tomar las fechas de las resoluciones demandadas[[5]](#footnote-5) y la de la presentación de la demanda, el 28 de agosto de 2009 (fl. 131, c. ppal), es claro que el bienio para presentar la acción contractual no estaba vencido.

**2. EL PROBLEMA JURÍDICO**

El presente asunto plantea revisar si están llamados a prosperar los cargos formulados en la demanda y reiterados en el recurso de apelación en contra de las resoluciones n.°s 208 y 050 del 30 de septiembre de 2008 y del 29 de febrero de 2009, respectivamente, por medio de las cuales se liquidó parcialmente el contrato de prestación de servicios de profesionales del 16 de febrero de 2005.

De otro lado, precisa señalar que la Sala se abstendrá de resolver los cargos de nulidad formulados en la apelación en contra de las resoluciones n.° 291 y 292 del 20 de abril de 2010, por medio de las cuales la demandada declaró la caducidad del contrato, ordenó su liquidación y se efectuó esta última de manera unilateral, toda vez que si bien es un hecho nuevo, en los términos del último inciso del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil[[6]](#footnote-6), aplicable al presente asunto por la remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, en tanto fue puesto de presente por la demandada al alegar de conclusión en primera instancia (fls. 206 a 216, c. ppal), por lo que se tendrá como probado, ello no faculta al juez para anular unos actos administrativos que no fueron demandados. En todo caso, la parte actora contaba con las herramientas procesales para cuestionar la legalidad de esas decisiones[[7]](#footnote-7).

**3. LA CUESTIÓN DE FONDO: LIQUIDACIÓN PARCIAL DE UN CONTRATO ESTATAL**

**3.1. Del régimen jurídico del contrato de prestación de servicios del 16 de febrero de 2005[[8]](#footnote-8)**

Para el 16 de febrero de 2005, cuando se suscribió el contrato en estudio, se encontraba vigente la Ley 80 de 1993, que incorporó dentro del concepto de contratos estatales a los suscritos por los municipios y los sometió al régimen jurídico de este estatuto. En consecuencia, bajo esa normatividad se analizará el asunto sometido al estudio de la Sala.

**3.2. De los hechos probados**

Es dable aclarar que las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes; además, los documentos obran en copia simple y auténtica, siendo posible valorar los primeros en los términos de la jurisprudencia unificada de esta Sección[[9]](#footnote-9). De todo ese conjunto probatorio se tiene:

3.2.1. El 16 de febrero de 2005, el municipio de Saldaña y la sociedad Asesoramos Consultores Asociados suscribieron el contrato de prestación de servicios profesionales. De la parte considerativa y sus cláusulas se destaca (fls. 8 a 12, c. ppal):

[H]*emos convenido la celebración del presente contrato de prestación de servicios previas las siguientes consideraciones: a) Que el municipio de Saldaña ha realizado inversiones con recursos propios y con giros del Fondo Nacional de Regalías, en obras de distribución de energía eléctrica las cuales se han integrado al sistema de distribución de propiedad de la ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A. E.S.P. b) Que estas obras fueron recibidas y explotadas económicamente por ELECTROLIMA S.A. E.S.P. c) Que el municipio de Saldaña no ha recibido ninguna clase de contraprestación económica por la construcción y/o el usufructo de estas obras; d) que en la actualidad, el nuevo operador de red ENERTOLIMA S.A. E.S.P. tampoco cancela los cargos correspondientes a la explotación económica de las obras mencionadas; e) que dado el estado de liquidación en que se encuentra ELECTROLIMA S.A. E.S.P. resulta urgente adelantar las gestiones necesarias para obtener el reconocimiento de la propiedad de las obras de distribución construidas por el municipio y a favor de él y separarlas de la masa de liquidación de esa empresa. F) Que la firma ASESORAMOS CONSULTORES ASOCIADOS presentó propuesta ante el sr Alcalde Municipal con el objeto de adelantar las gestiones necesarias para lograr el reconocimiento de propiedad y pago de la remuneración correspondiente de las obras de distribución eléctrica construidas por el municipio de Saldaña o a favor del mismo CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- Por el presente contrato el CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE a prestar sus servicios profesionales en su carácter de consultoría externa así:*

*Construir la base de datos de los proyectos de distribución eléctrica recibidos y en uso por Electrolima y por el actual operador de red; a la anterior base de obras se le efectuará el análisis jurídico, técnico y financiero para el reconocimiento de la propiedad y la remuneración, a la luz de la regulación de la regulación vigente. Este análisis permitirá determinar las inversiones efectuadas por el municipio o a favor del mismo, el valor a reconocer por parte del operador de red por el uso de sus activos. Igualmente se determinarán los activos que se encuentren en estas situaciones:*

*a) Obras construidas por el municipio o a favor de él y entregadas a la ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A. E.S.P., por medio del contrato de compraventa, cuya contraprestación la constituía una futura suscripción de acciones de la Electrificadora. Sobre estas obras se adelantará la reclamación administrativa ante Electrolima S.A. a fin de obtener su exclusión de los bienes que integran la masa liquidatoria. En caso de no ser suficiente esta gestión, se adelantarán las demandas judiciales necesarias para rescindir los contratos de compraventa y lograr el reconocimiento de la propiedad de las obras en cabeza del municipio.*

*b) Obras construidas por el municipio o a favor de él que no fueron entregadas a la ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A. E.S.P., pero que han sido explotadas por ella hasta la fecha de su liquidación. Sobre estas obras se adelantará la reclamación administrativa ante Electrolima S.A. a fin de obtener su exclusión de los bienes que integran la masa liquidatoria. Esta reclamación se inscribirá igualmente en el cuarto de datos que consultan los inversionistas interesados en adquirir la propiedad del nuevo operador regional, Enertolima S.A. E.S.P.*

*c) La totalidad de activos explotados económicamente por parte de Enertolima S.A. E.S.P. en su calidad de nuevo O.R., porción de estos que están siendo remunerada a Electrolima a través del contrato de arriendo de la infraestructura eléctrica y cálculo de las sumas adeudadas por concepto de remuneración de los activos de propiedad del municipio. Con esta información se adelantará reclamación ante Enertolima S.A. E.S.P. para el reconocimiento y pago de la remuneración correspondiente de acuerdo con la normatividad vigente.*

*Durante el desarrollo del proyecto, Asesoramos Consultores Asociados Ltda. garantizará la confidencialidad de la información financiera, contable y de operación del negocio suministrada por Electrolima en Liquidación, Enertolima y el municipio no siendo su labor realizar una auditoría a la misma.*

*Los modelos de simulación para el cálculo de la remuneración se realizarán con base en la regulación vigente.*

*CLÁUSULA SEGUNDA: Enfoque metodológico. El objeto del presente contrato será desarrollado por el CONTRATISTA de conformidad con la siguiente metodología propuesta:*

*FASE I. Organización del proyecto en esta fase se conformará el grupo de trabajo de Asesoramos Asociados Ltda. y el municipio se precisarán tanto los objetivos del trabajo, como el cronograma definitivo del proyecto. Asimismo se definirán los aspectos administrativos y logísticos. FASE II. Análisis y diseño. En esta fase se pretende conseguir la mejor información disponible de las partes involucradas. Con este fin se profundizará en los procesos contables y técnicos de los operadores de red. Con la información recopilada se desarrollará un documento con el análisis jurídico de lo encontrado y las recomendaciones de los pasos a seguir. FASE III. Construcción de modelos. En esta fase se desarrollarán el análisis técnico y financiero a la luz de la regulación vigente de las obras encontradas, con el fin de determinar la remuneración que se debe reclamar. FASE IV. Negociación. Se iniciarán las negociaciones con las partes involucradas en este proceso, con el fin de alcanzar el reconocimiento por parte del operador de red. De no llegarse a ningún acuerdo con el operador de la red esta fase incluye las reclamaciones jurídicas a que haya lugar, para alcanzar nuestro objetivo. FASE V. Documentación. Se efectuará la elaboración de las memorias del desarrollo del proyecto en donde se incluirá los logros del proceso.*

*CLÁUSULA TERCERA. Obligaciones del CONTRATANTE. Para el buen logro del objeto del presente contrato, el municipio de obliga a lo siguiente: a) Proporcionar en forma ágil y oportuna toda la información relacionada con la construcción por parte del municipio o con su participación, de obras que estén asociadas al sistema de distribución de energía eléctrica de la ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A. E.S.P. y que están siendo explotadas por el actual operador de la red. El municipio garantizará la calidad y confiabilidad de la información suministrada. b) Otorgar todos los poderes necesarios para actuar con personería suficiente ante Electrolima S.A. E.S.P. a Enertolima S.A. E.S.P., Ministerio de Minas y Energía y despachos judiciales. C) Designar a un funcionario de la alcaldía municipal para que sirva de enlace y coordinador con el CONTRATISTA y le preste toda la colaboración necesaria para el logro del objeto contratado.*

*CLÁUSULA CUARTA. HONORARIOS: EL CONTRATISTA recibirá como contraprestación a sus servicios y a título de honorarios, un porcentaje equivalente al treinta por ciento (30%) de las sumas efectivamente giradas y/o reconocidas a favor del CONTRATANTE, por concepto de cualquiera de las actividades que comprenden el objeto contractual definido en la cláusula primera del presente contrato. Este porcentaje comprende el pago de todos los costos en que incurra el CONTRATISTA en su gestión, incluyendo salarios, honorarios y comisiones del personal utilizado, gastos administración, gastos de viaje, viáticos etc. Si no se produce giro efectivo a favor del municipio, EL CONTRATISTA no recibirá ningún pago y renuncia expresamente a cualquier reclamación por este hecho. PARÁGRAFO: Para efectos de pólizas y publicaciones, el presente contrato se fija en cien (100) S.M.M.L.V. CLÁUSULA QUINTA. FORMA DE PAGO: EL CONTRATANTE pagará al CONTRATISTA el valor mencionado mediante orden escrita a la entidad emisora del pago para que descuente y pague de manera directa las sumas correspondientes a los honorarios del CONTRATISTA más el IVA de ley. Para este efecto, EL CONTRATISTA se obliga a emitir la correspondiente factura con todos los requisitos legales. Si es necesario, se rendirá informe mensual de gestión, cuando las actividades desplegadas así lo ameriten, pero no será requisito para el pago, cuando no sea requerido dicho informe. Se aclara que todas las actividades serán ejecutadas por EL CONTRATISTA desde su sede en Ibagué, es decir que las contratantes estarán en permanente contacto telefónico o escrito. Solamente cuando sea estrictamente indispensable el contratista deberá trasladarse a ejecutar actividades precisas y concretas a la ciudad de Saldaña, previo acuerdo de fecha y actividades a desarrollar. CLÁUSULA SEXTA: DURACIÓN: Este contrato tendrá una duración de tres (3) meses contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento y podrá ser prorrogado a voluntad de LA CONTRATANTE por escrito en documento adicional firmado por las partes. Parágrafo. El plazo pactado no incluye las actividades que requieran gestión judicial, en cuyo caso, el plazo está sujeto a los trámites judiciales los cuales son indeterminados. En consecuencia, una vez realizadas todas las reclamaciones administrativas en el plazo originalmente pactado, si se opta por instaurar demandas judiciales, el plazo del presente contrato se convierte en indeterminado. CLÁUSULA SÉPTIMA: GARANTÍA: Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que asume en virtud del presente contrato, el CONTRATISTA constituirá a favor del CONTRATANTE una garantía única de cumplimiento por valor del 10% del presente contrato con vigencia igual al plazo del mismo y 30 días más contados a partir de la fecha de expedición de la respectiva póliza. PARÁGRAFO: En todo caso la garantía debe estar vigente durante todo el término del contrato. CLÁUSULA OCTAVA: CADUCIDAD ADMINISTRATIVA: EL CONTRATANTE puede declarar la terminación del presente contrato, en caso de incumplimiento grave de las obligaciones que contrae el CONTRATISTA , en virtud del mismo; declarada la caducidad quedarán sin efectos los derechos no causados a favor del CONTRATISTA. CLÁUSULA NOVENA: CLÁUSULA* (sic) *para imputar el valor de los perjuicios que EL CONTRATANTE llegare a sufrir en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento por parte del CONTRATISTA, se estipula una cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor del contrato.*

3.2.2. El 19 de febrero de 2005, las partes modificaron el contrato en estudio en cuanto a su plazo de ejecución, el cual pasó de tres a nueve meses, contados a partir de la legalización del adicional en comento. La modificación se fundamentó en la posible prolongación del trámite de los mecanismos de solución amigable con Enertolima y Electrolima S.A. E.S.P. (fl. 13, c. ppal).

3.2.3. El 15 de noviembre siguiente, las partes nuevamente modificaron el contrato en lo que tiene que ver con su duración, la cual se acordó que sería en adelante indefinida (fl. 14, c. ppal).

3.2.4. El 23 de noviembre de 2005, los municipios de Saldaña y El Guamo presentaron demanda en ejercicio de la acción popular en contra de la Electrificadora del Tolima S.A. E.S.P., Electrolima (fl. 114, c. 4, página uno de la sentencia de segunda instancia del 23 de junio de 2008 del Tribunal Administrativo del Tolima). Las pretensiones se encaminaron a declarar vulnerados los derechos colectivos del patrimonio público y moralidad administrativa por parte del liquidador de Electrolima al incluir y disponer en la liquidación de unos bienes de propiedad de los referidos municipios (fl. 30, c. 4, página uno de la sentencia de primera instancia del 11 de octubre de 2007 del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué)[[10]](#footnote-10).

3.2.5. El 23 de diciembre de 2005, el contratista entregó a la contratante el informe preliminar de gestión, en el cual consignó los documentos del contrato y legalización, la información recaudada y el análisis de la misma (fls. 19 a 36, c. ppal).

3.2.6. El 21 de abril, 6 de septiembre y 2 de octubre de 2006, el contratista presentó a la contratante informe de las gestiones adelantadas dentro de la acción popular presentada en contra de Electrolima (fls. 37 a 44, c. ppal).

3.2.7. El 14 de noviembre de 2006, las partes suscribieron una nueva modificación al contrato, con el fin de aclarar que los honorarios de la apoderada dentro de la acción popular arriba referida los cancelaría la sociedad contratista. Para tal fin, se consignó (fls. 15 y 16, c. ppal):

*A. Que se interpusieron recursos para solicitar al liquidador de Electrolima el reconocimiento de la subestación y estos no fueron aceptados. B. Que ante la inminencia del proceso de venta de los bienes que conforman la masa liquidatoria de Electrolima y la no aceptación de ningún recurso por parte del liquidador de Electrolima se hizo necesario instaurar una acción popular en contra de la Electrificadora del Tolima S.A. E.S.P. en liquidación. C. Que Asesoramos Consultores Asociados Ltda. dentro del contrato suscrito con el municipio se hace responsable de asumir todos los gastos para la reclamación de los bienes. D. Que Asesoramos Consultores Asociados Ltda. solicitó poder al municipio a nombre de la doctora Olga López de Triana de 18 de noviembre de 2005 para adelantar la acción popular el cual le fue conferido, según consta en la acción popular y en los informes entregados por Asesoramos Consultores Asociados Ltda. al municipio. E. Que la doctora Olga López de Triana se hizo presente como apoderada del municipio en la audiencia del 12 de octubre de 2006 en el Juzgado Octavo Administrativo. F. Que se hace necesario aclarar que los honorarios de la doctora Olga López de Triana son asumidos por Asesoramos Consultores y Asociados Ltda. en desarrollo del contrato vigente entre las partes, razón por la cual se hace necesario modificar la cláusula cuarta del contrato vigente entre las partes las cual quedará así: CLÁUSULA PRIMERA: La cláusula cuarta del contrato vigente entre las partes quedará así: CLÁUSULA CUARTA. HONORARIOS: EL CONTRATISTA recibirá como contraprestación a sus servicios y a título de honorarios, un porcentaje equivalente al treinta por ciento (30%) de las sumas efectivamente giradas y/o reconocidas a favor del CONTRATANTE, por concepto de cualquiera de las actividades que comprenden el objeto contractual definido en la cláusula primera del contrato suscrito entre las partes. Este porcentaje comprende el pago de todos los costos en que incurra el CONTRATISTA en su gestión, incluyendo salarios, honorarios y comisiones del personal utilizado, gastos de administración, gastos de viaje, viáticos y pago de honorarios de abogados utilizados en la acción popular, peritazgos y recursos necesarios para alcanza el fin del contrato (…).*

3.2.8. El 23 de febrero de 2007, dentro de la acción popular instaurada por los municipios de Saldaña y El Guamo para recuperar los bienes en poder de Electrolima, expediente 2005-02876, al resolver el recurso de reposición en contra del auto del 1 del mismo mes y año, por medio del cual el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué decidió suspender el proceso liquidatorio de Electrolima, como medida cautelar, el mismo despacho levantó esa medida y, en su lugar, fijó una caución por la suma de $4.353.489.409. La anterior decisión fue objeto de recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto devolutivo (fls. 46 y 47, c. 4, sentencia de primera instancia del 11 de octubre de 2007 del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué).

3.2.9. El 11 de octubre de 2007, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué profirió sentencia de primera instancia dentro de la conocida acción popular (fls. 30 a 109, c.ppal). En esa oportunidad, se decidió (fls. 107 a 109, c. 4):

*PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada, ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A. E.S.P. en Liquidación.*

*SEGUNDO: AMPARAR los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, vulnerados por las actuaciones adelantadas por el liquidador de Electrolima analizadas en la parte considerativa del presente proveído.*

*TERCERO: Declarar que no prosperan las objeciones presentadas contra el trabajo pericial adelantado en el presente proceso.*

*CUARTO: ORDENAR a la sociedad demandada, ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A. E.S.P. en liquidación, que proceda a la entrega inmediata, sin ninguna clase de limitación, gravamen o contrato, presente o futura, que afecte su derecho de dominio, a los municipios accionantes, Guamo y Saldaña, de las subestaciones Guamo 5 M.V.A. 34.5/13.2 KV, localizada en el lote de terreno ubicado en la calle 11 a n.° 15-210 y 15-168 y subestación Saldaña 3.75 M.V.A. 34.5/13.2 KVA.*

*QUINTO: ORDENAR a la sociedad demandada, ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A. E.S.P. en liquidación el pago a favor de los municipios de Guamo y Saldaña, de la suma de CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES, CUATROCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL, CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS MCTE ($4.354.489.486) por concepto de la remuneración causada desde la fecha de entrada en la operación de las subestaciones Guamo y Saldaña hasta el mes de noviembre de 2006, de acuerdo a los valores establecidos por el trabajo pericial, discriminados así:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **CAPITAL** | **INTERESES** | **TOTAL** |
| Subestación Guamo | $1.594.458.945 | $668.209.411 | $2.280.668.356 |
| Subestación Saldaña | $1.450.484.077 | $623.337.053 | $2.073.821.130 |
| Total |  |  | $4.354.489.486 |

*SEXTO: ORDENAR a la sociedad demandada, ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A. E.S.P. en liquidación el pago a favor de los municipios de Guamo y Saldaña, de la sumas correspondientes a la remuneración causada desde el mes de diciembre de 2006, hasta la fecha en que se produzca su entrega libre de todo gravamen, por el uso de las subestaciones Guamo y Saldaña, así:*

*Subestación Guamo $34.662.150.99 mensual.*

*Subestación Saldaña $31.532.262.54 mensual.*

*A los anteriores valores se les aplicará la tasa máxima moratoria desde la fecha de su causación hasta la fecha de pago efectivo.*

*SÉPTIMO: Compulsar copias de la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación, Contraloría General de Nación* (sic) *y Procuraduría General de la Nación, con el fin de que se investigue la conducta del liquidador de Electrolima, FRANCISCO ZUÑIGA MARTELO en lo que compete a cada uno de esas entidades.*

*OCTAVO: Reconocer a los accionantes el incentivo establecido por el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, equivalente al 15% de las condenas impuestas en los numerales quinto y sexto de este proveído, correspondiendo un 7.5% a los entes municipales y un 7.5% a su apoderada quien además actuó en el presente proceso a nombre propio.*

*NOVENO: Integrar el comité de verificación para el cumplimiento de esta sentencia, el cual se conformará por el accionante, el accionado, la Procuradora Delegada ante el Tribunal y el Juez, el cual deberá reunirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*

*DÉCIMO: Se ordena la devolución de los dineros consignados en la cuenta de depósitos judiciales de este Juzgado por parte de la Electrificadora de Tolima en Liquidación, mediante título judicial, los cuales constituyen la caución decretada por este Despacho como medida preventiva, a la apoderada de entes accionantes, entrega que queda condicionada a la decisión que tome el Tribunal Administrativo del Tolima, en razón a que el recurso de apelación en contra del auto que decretó esta medida, no ha sido resuelto por esta Corporación a la fecha de proferido este fallo. (…).*

3.2.10. El 14 de noviembre de 2007, el contratista informó a la contratante sobre la decisión judicial arriba citada y de la apelación presentada por la parte demandada (fl. 45, c. ppal).

3.2.11. El 7 de diciembre de 2007, las partes modificaron otra vez el contrato para autorizar al contratista el recibo de las sumas resultantes de la pluricitada acción popular y el cobro directo de sus honorarios, en los siguientes términos (fls. 17 y 18, c. ppal):

*a) Que en ejecución del contrato se interpuso demanda de acción popular por parte del CONTRATISTA, a nombre del municipio de Saldaña, a través de la abogada designada por Asesoramos Consultores Asociados, a través de la abogada designada por Asesoramos Consultores Asociados; b) Que el día once (11) de octubre de 2007, el Juzgado 8ª Administrativo de Ibagué, profirió sentencia de primera instancia, acogiendo las pretensiones del municipio; c) que igualmente en desarrollo del proceso de acción popular se decretó medida cautelar en contra de la demandada Electrolima, la cual fue impugnada y posteriormente confirmada por el Tribunal Administrativo del Tolima; d) que la demandada interpuso recurso de en contra de la sentencia mencionada, la cual se surte actualmente ante el Tribunal Administrativo del Tolima; e) que de acuerdo a los términos del contrato suscrito entre las partes, EL CONTRATISTA tendrá derecho a remuneración únicamente en caso* [de] *obtener éxito en la gestión que define el objeto contractual; f) igualmente se pactó en la cláusula quinta del contrato que en caso de resultado favorable en su gestión, EL CONTRATANTE pagará la remuneración que corresponda AL CONTRATISTA, mediante orden escrita a la entidad emisora del pago para que descuente y pague de manera directa las sumas que correspondan. Hoy las partes acuerdan mediante la suscripción del presente otrosí, modificar la cláusula QUINTA del contrato, la cual quedará del siguiente tenor: CLÁUSULA QUINTA. FORMA DE PAGO. EL CONTRATANTE pagará al CONTRATISTA el valor que le corresponda por concepto de honorarios, autorizándole a recibir los valores que resulten decretados en la sentencia en firme a favor del CONTRATISTA, dentro del proceso de acción popular que se tramita ante el Juzgado Octavo del Circuito de Ibagué, para que descuente de manera directa el valor de sus honorarios más el IVA de ley, procediendo en un término no mayor a cinco (5) días a girar el saldo restante a la cuenta que el municipio le indique, descontando el impuesto del cuatro por mil, y anexando la factura por sus servicios, con el lleno de todos los requisitos legales. (…).*

3.2.12. El mismo 7 de diciembre de 2007, el alcalde municipal de Saldaña certificó que el cumplimiento del contratista era satisfactorio (fl. 47, c. ppal).

3.2.13. El 23 de junio de 2008, el Tribunal Administrativo del Tolima confirmó parcialmente la decisión del Juez Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué, en el sentido de revocar únicamente el numeral 8 de la sentencia de primera instancia, para en su lugar disponer que el incentivo del 15% se reconocería a favor del Fondo de Defensa de los Derechos Colectivos, de conformidad con el artículo 39 de la Ley 472 de 1998 (fls. 114 a 130, c. 4). La anterior sentencia cobró ejecutoria desde el 8 de julio de 2008 (fl. 132 rev., c. 4).

3.2.14. El 27 de agosto de 2008, el contratista informó a la contratante sobre el recibo del título judicial obrante dentro de la consabida acción popular. En consecuencia, comunicó que una vez descontados sus honorarios, de acuerdo a lo convenido, consignaría los dineros restantes a la cuenta que el municipio indicara. Igualmente, adjuntó el informe de liquidación parcial para su revisión (fl. 48, c. ppal). En la misma fecha y el 8 de septiembre de 2008, el municipio, con una nueva administración, requirió al contratista para que consignara la totalidad de los dineros recibidos de la consabida acción popular y que una vez ingresaran al presupuesto del municipio se realizarían las gestiones necesarias para pagar los servicios prestados (fl. 49, c. ppal). El 16 de septiembre de 2008, el contratista manifestó a la contratante su desacuerdo con lo requerido y solicitó a la demandada se viabilizará la ejecución del contrato (fls. 50 a 53, c. ppal).

3.2.15. El 17 de septiembre de 2008, el contratista envió propuesta al municipio demandado para tramitar la venta de las subestaciones recuperadas (fls. 55 a 57, c. ppal).

3.2.16. El 30 de septiembre de 2008, mediante resolución n.° 208, el municipio demandado liquidó parcialmente los honorarios, así (fls. 72 a 82, c. ppal):

*Que el municipio de Saldaña Tolima suscribió en el año 2005 un contrato de prestación de servicios de consultoría con la firma ASESORES CONSULTORES ASOCIADOS Ltda., con NIT 830507530-0 para la reclamación de activos y su remuneración de acuerdo a la regulación vigente de propiedad de la entidad territorial.*

*Que a efectos de cumplir con lo contratado, se promovió una ACCIÓN POPULAR la cual fue conocida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué que accedió a las pretensiones e impugnada ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, el que en su decisión modificó únicamente el numeral octavo de la parte resolutiva de la sentencia recurrida que hace referencia al incentivo a reconocer en estas actuaciones. (…)* [en seguida se citó el texto de la parte resolutiva de la sentencia del referido Juzgado]

*Que los honorarios a reconocer al contratista se pactaron en los siguientes términos* [se cita el contenido de la cláusula cuarta del contrato, la cual ya fue citada en esta providencia supra 3.2.1] *(…)*

*Que la cláusula primera del contrato en cuanto al objeto del contrato prevé lo que a continuación se transcribe* [se cita el contenido de la referida cláusula, la cual ya fue citada en esta providencia supra 3.2.1] *(…)*

*Que mediante otrosí suscrito el 7 de diciembre de 2007 al contrato principal, cuando ya se había proferido sentencia de primera instancia, se modificó la cláusula quinta del contrato que establecía la forma de pago la cual quedó del siguiente tenor* [se cita el contenido modificado de la cláusula quinta, que permitió descontar directamente de los dineros recibidos del proceso de la acción popular] *(…)*

*Que el contratista, el día cuatro (4) de septiembre del año que discurre hace llegar a las instalaciones de la Alcaldía municipal lo que él denominó un informe de liquidación parcial del contrato, el cual en lo pertinente expresa lo siguiente:*

*“Valor reconocido en la sentencia*

*por la Subestación Saldaña $2.463.872.092.00*

*“Valor pago mensual desde febrero de 2003 $31.532.262.54*

*“Guamo Saldaña*

*“Total capital $1.594.458.945 $1.450.484.078*

*“Total intereses $685.209.334 $623.337.053*

*“Total $2.279.668.279 $2.073.821.130*

*$4.353.489.409*

*“Se anexa copia del título recibido.*

*“El valor de $2.073.821.130 corresponde a la remuneración e intereses de mora causados hasta noviembre de 2006, a 21 de agosto de 2008 se ha generado los valores detallados en el anexo n.° 1 por remuneración e interés de mora.*

*“De acuerdo a la amortización de las deudas, en que primero se aplica a intereses y después a capital tenemos el siguiente saldo amortizado a intereses $1.393.077.071 y un valor amortizado a capital de $680.744.060.*

*“Con el fin de poder liquidar parcialmente el contrato y continuar con el cobro de los saldos se procede a realizar la siguiente liquidación parcial:*

*“Liquidación factura Asesoramos Consultores Asociados Ltda. con corte a 21 de agosto de 2008*

*“Subestación Saldaña $2.463.872.092*

*“Amortización título $2.073.821.092*

*“Monto base para cancelar $4.537.693.223*

*“Porcentaje de los honorarios*

*Pactados 30% $1.361.307.967*

*“Más: IVA $217.809.275*

*“TOTAL FACTURA $1.579.117.242*

*“Menos: Rete IVA 50% $108.904.967*

*“Menos: Retefuente renta $149.743.876*

*“Menos: Retención ICA 5/1000 $6.806.540*

*“Menos: Impuesto de timbre 0.75% $10.209.810*

*“Menos: Estampilla Pro-Cultura 2% $27.226.159*

*“Menos: Estampilla Pro-Ancianos 1% $13.613.080*

*“Valor a favor de Asesoramos Ltda. $1.262.613.139*

*“Valor a entregar al municipio $811.207.992*

*“Más: Intereses generados*

*“Certificación Banco Agrario $2.326.492*

*“Menos: 4x1000 a cargo del municipio $3.254.138*

*“Neto a girar al municipio $810.280.346”*

*Que en dos oportunidades se citó al contratista a efectos de proceder a desarrollar y de ser el caso suscribir el acta en donde se liquidan los honorarios a reconocer por su labor, habiéndose excusado de asistir a la misma.*

*Que el municipio ha considerado no aceptar la liquidación efectuado por el contratista ni la factura expedida y consecuentemente proceder a proferir la que corresponda por las siguientes razones:*

*La liquidación parcial de los honorarios debe ser realizada por el municipio, toda vez que es a él a quien corresponde, según lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, por lo tanto, no podía el contratista abrogarse facultades que no le han sido dadas en la ley.*

*Además, la cláusula cuarta del contrato lo que se prevé, es que el contratista “recibirá como contraprestación a sus servicios y título de honorarios, un porcentaje equivalente al treinta por ciento (30%) de las sumas efectivamente giradas y/o reconocidas a favor del contratante, por concepto de cualquiera de las actividades que comprenden (sic) el objeto contractual definido en la cláusula primera del presente contrato”.*

*Así las cosas, se considera que lo que hace referencia el contrato es a los dineros efectivamente girados y/o reconocidos a favor del municipio en la sentencia y como ya se dijo, del texto de la cláusula primera del contrato no se colige que se deba reconocer porcentaje alguno por la recuperación de la propiedad del activo para el patrimonio del municipio de Saldaña.*

*En atención a lo anteriormente expuesto,*

*RESUELVE*

*ARTÍCULO PRIMERO: No aceptar la liquidación y factura puestos a consideración de esta alcaldía en el informe presentado el día 4 de septiembre del año que avanza por la firma ASESORAMOS CONSULTORES ASOCIADOS LTDA. con NIT. 830507530-0, en desarrollo o ejecución del contrato de prestación de servicio de consultoría para la reclamación de activos y su remuneración de acuerdo a la regulación vigente de propiedad de la entidad territorial.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Adoptar la siguiente liquidación parcial de los honorarios debido reconocer y ordenar pagar a la firma ASESORAMOS CONSULTORES ASOCIADOS LTDA.:*

*MONTO BASE PARA CALCULAR HONORARIOS: $2.073.821.131*

|  |  |
| --- | --- |
| HONORARIOS (30%) | $622.146.339.30 |
| MÁS IVA (16%) | $99.453.414.29 |
| SUB TOTAL | $721.689.753.59 |
| MENOS RETEFUENTE (11%) | $68.436.097.32 |
| MENOS IMPUESTO DE TIMBRE (1%) | $6.221.463.39 |
| MENOS ESTAMPILLA PROCULTURA (2%) | $12.442.926.79 |
| MENOS ESTAMPILLA PROANCIANOS (1%) | $6.221.463.39 |
| MENOS RETE-IVA (50%) | $49.771.707.15 |
| MENOS RETEICA (5/1000) | $3.110.731.70 |
| VALOR A GIRAR | $575.485.363.85 |

*ARTÍCULO TERCERO.- Ordenar a la firma ASESOREMOS CONSULTORES ASOCIADOS LTDA. con NIT. 830507530-0 una vez en firme el presente acto administrativo, el reintegro de los mayores valores retenidos con los rendimientos generados hasta la fecha en que efectivamente sean devueltos al tesoro del municipio de Saldaña Tolima, con ocasión de la liquidación efectuada unilateralmente por el contratista, según el siguiente detalle:*

|  |  |
| --- | --- |
| MONTO ORDENADO GIRAR EN LA SENTENCIA A FAVOR DEL MUNICIPIO DE SALDAÑA | $622.146.339.30 |
| MÁS RENDIMIENTOS GENERADOS BANCO AGRARIO | $2.326.492.oo |
| Menos CUATRO POR MIL | $3.254.138.oo |
| Menos MONTO A CANCELAR POR CONCEPTO DE HONORARIOS | $575.485.363.85 |
| Menos MONTO GIRADO AL MUNICIPIO DE SALDAÑA EL DÍA 1 DE SEPTIEMBRE DE 2008 | $810.280.346.oo |
| TOTAL A REINTEGRAR AL MUNICIPIO DE SALDAÑA | 687.127.775.15 |

*ARTÍCULO CUARTO.- Notificar la presente decisión a la firma ASESORAMOS CONSULTORES ASOCIADOS LTDA., con NIT 830057530-0 haciéndoles conocer que contra la misma procede el recurso de reposición, el cual podrán interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación de considerarlo pertinente. (…).*

3.2.17. El 20 de noviembre de 2008, el contratista comunicó a la contratante que esta Corporación negó por improcedente una acción de tutela interpuesta por Electrolima en contra de las sentencias del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué y del Tribunal Administrativo del Tolima. Igualmente, solicitó que se le otorgara poder para iniciar el proceso ejecutivo en contra de Electrolima, con el fin de adelantar el cobro del saldo adeudado como consecuencia de las sentencias de la acción popular (fls. 58 y 59, c. ppal). El 28 de noviembre siguiente, la demandada respondió que una vez se revisara la actuación del contratista de cobrar unilateralmente los dineros provenientes de la acción popular, se tomarían las *“decisiones que se estimen pertinente, entre ellas, la de continuar o no el contrato celebrado, para lo cual requerimos hacer una evaluación integral de la actividad desarrollada por su empresa”* (fl. 60, c. ppal).

3.2.18. El 30 de diciembre de 2008, el contratista remitió a la contratante la ampliación de la póliza de seguro que amparaba el contrato (fl. 67, c. ppal).

3.2.19. El 26 de enero de 2009, el contratista presentó a la contratante el informe de gestión de las actividades realizadas (fls. 68 a 71, c. ppal).

3.2.20. El 12 de febrero de 2009, a través de un derecho de petición, el contratista solicitó a la contratante que se resolviera el recurso de reposición que interpuso en contra de la resolución n.° 208 de 2008; la suerte de la ampliación de las pólizas; las gestiones adelantadas para recuperar los saldos de las sentencias favorables de la conocida acción popular, así como para la entrega de la subestación de Saldaña; la vigencia del contrato de prestación de servicios, y de ser posible la suscripción de uno nuevo para recuperar los dineros restantes (fls. 74 y 75, c. ppal).

3.2.21. El 27 de febrero siguiente, la contratante, al responder el referido derecho de petición, le advirtió al contratista que una vez se diera cumplimiento a la resolución n.° 208 de 2008 se procedería analizar los pasos a seguir y, si es del caso, a otorgar los poderes necesarios. En caso, de no cumplirse con lo ordenado en la citada resolución, advirtió que procedería a caducar el contrato (fls. 76 y 77, c. ppal).

3.2.22. El 27 de febrero de 2009, mediante resolución n.° 050 de 2009[[11]](#footnote-11), la demandada, al resolver el recurso de reposición interpuesto por el actor en contra de la resolución n.° 208 de 2008, que, según se denominó, liquidó parcialmente el contrato en estudio, confirmó esa decisión en todas sus partes, para lo cual expresó (fls. 85 a 101, c. ppal):

*CONSIDERACIONES DEL DESPACHO*

*EN CUANTO AL PRIMER PLANTEAMIENTO EXPUESTO (…)*

*En este orden de ideas podemos aseverar, que el hecho que la administración en defensa de los intereses patrimoniales de la entidad territorial no haya acogido la liquidación autónoma efectuada por intereses patrimoniales de la entidad territorial no haya acogido la liquidación autónoma efectuada por ASESORAMOS, no implica, que este haciendo uso del poder excepcional consagrado en el Estatuto Contractual para determinados contrato o este modificando el objeto del contrato pues este que sigue incólume, sino que, simplemente está expresando su posición frente a una conducta individual que adopta el contratista dentro de la ejecución del contrato.*

*Nótese que la administración municipal citó en dos (2) oportunidades al contratista a efectos de proceder de consenso a realizar la liquidación de lo causado hasta esa fecha como honorarios debidos a este, sin embargo se excusó aduciendo razones que no son de recibo para la entidad territorial viéndose en la necesidad de proceder a defender su interés patrimonial expidiendo el acto administrativo hoy impugnado, pues además, no atendió los llamados de esta para que pusiese a disposición de la administración la totalidad de los recursos entregados por el Juzgado Octavo Administrativo a la señora Olga López de Triana y así proceder a incorporarlos al presupuesto para poder disponer de los mismos conforme lo ordena la Constitución y la Ley, razón demás para no atender el pedido del recurrente para revocar el acto controvertido.*

*EN CUANTO AL SEGUNDO PLANTEAMIENTO EXPUESTO:*

*En lo que hace referencia al desconocimiento por parte de la entidad territorial según el contratista de la ley civil, al pretender desconocer con el acto que impugna la voluntad de los contratantes, toda vez que el contrato fue suscrito y ejecutado de buena fe y de acuerdo con la intención clara y expresa de los contratantes sin que se hubiere presentado ninguna clase de observación o reparo al texto contractual o a los informes presentados oportunamente por el contratista, nos permitimos expresar nuestro disenso en los siguientes términos.*

*La problemática en este caso particular no gira en torno al desarrollo del contrato o a los resultados obtenidos en el mismo, ya que, en el expediente obran pruebas suficientes de la labor desarrollada, o a la adopción de decisiones con fundamento en facultades excepcionales como erróneamente lo supone el contratista, aquí, la misma se encuentra supeditada a la forma cómo el contratista liquidó autónomamente los honorarios a recibir por la labor encomendada y el entendimiento que este quiere dar a las cláusulas que en el contrato tratan este aspecto específico, argumentando la buena fe con la cual según él lo ha venido ejecutando.*

*Nótese, que en el contrato se estipula en la cláusula CUARTA lo siguiente* [cláusula citada en el numeral 3.2.1.]

*De la cláusula transcrita podemos colegir lo siguiente sin mayor esfuerzo intelectual o disertación:*

*Los honorarios a reconocer se pagarían sobre las sumas efectivamente giradas y/o reconocidas a favor del contratante por cualquiera de las actividades que comprenden el objeto contractual, sobre lo que no existe discusión alguna.*

*Igualmente se dice allí, que ni no se produce el giro efectivo a favor del municipio, el contratista no recibirá ningún pago y renuncia a cualquier reclamación.*

*En este orden de ideas y a título de ejemplo cabe preguntarse, que hubiese sucedido si en la sentencia solo se reconoce la propiedad de la entidad territorial sobre las obras reclamadas. Estaría el municipio en la obligación de cancelar suma alguna por este concepto?*

*Adviértase, que en una interpretación coherente e integral de lo estipulado contractualmente podemos aseverar como se ha venido sosteniendo, que los honorarios a reconocer se subordinan a las sumas de dinero efectivamente reconocidas y ordenadas girar en la parte resolutiva del fallo y que, las mismas, atendiendo lo dispuesto en el Estatuto Orgánico de Presupuesto (Decreto 111 de 1996) debieron ser entregadas a la entidad territorial para que esta las incorporará a su presupuesto (obligación que fue omitida por el contratista) para luego si proceder a ordenar el pago de los honorarios causados hasta la fecha en que se efectivo el pago.*

*Si bien es cierto, la remuneración reconocida y ordenada pagar en el fallo obedece a un valor determinado dado en el proceso a cada una de las subestaciones eléctricas para este efecto, en él, como claramente se advierte, no se ordenó reconocer suma alguna por la propiedad de los municipios sobre las obras ordenadas reintegrar, ni se dispuso que sobre este valor se reconocieran intereses, indexaciones o cualquier otro emolumento, razón por la cual, si esta era la intención del contratista, debió pedir la aclaración del fallo proferido por la justicia administrativa en el momento procesal oportuno de acuerdo igualmente a las pretensiones incoadas en la demanda, a efectos que en él se indicará esta situación y que el municipio tuviese la obligación de pagar sobre el valor reconocido a la subestación el porcentaje de honorarios convenido a cancelar.*

*Resulta entonces necesario discrepar del planteamiento esbozado por el recurrente, habida consideración, que el contrato al menos en lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de los honorarios no se ajusta a lo convenido contractualmente ni lo dispuesto en los fallos proferidos por la justicia administrativa, lo que nos hace presumir que no ha sido ejecutado de buena fe como desacertadamente lo pregonan y ello se nota, cuando a pesar de existir un fallo (sentencia de octubre 11 de 2007 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo) en el cual se reconocía la propiedad de la subestación reclamada en cabeza de la entidad que hoy represento, se ordenaba el pago de una importante suma de dinero por concepto de remuneración y conocer que la administración sería dirigida a partir del mes de enero de 2008 por una persona diferente a la que hasta ese momento había fungido como Alcalde del municipio de Saldaña, Tolima, convienen en nuestro concepto al menos de manera dudosa, modificar el contenido de la cláusula QUINTA del contrato sin tener en cuenta y obviando las estipulaciones de orden constitucional y legal que impiden que se disponga de recursos públicos por parte de un particular sin que los mismos hayan sido incorporados al presupuesto de la entidad pública respectiva y se evada el cumplimiento de todos los trámite administrativos que cualquier ordenación del gasto requiere, alegando una mal concebida autonomía de la voluntad.*

3.2.23. El 20 de agosto de 2009, el Revisor Fiscal de la sociedad actora certificó que esta no contaba con los recursos para cancelar las sumas impuestas por la demanda en las resoluciones n.° 208 de 2008 y 050 de 2009 (fl. 105, c. ppal).

3.2.24. Mediante acta de entrega sin fecha, el liquidador de Electrolima entregó al municipio de Saldaña la subestación de energía eléctrica (fls. 7 a 10, c. 4).

3.2.25. El 2 de junio de 2010, el Juzgado Octavo Administrativo de Ibagué, con destino al *a quo*, certificó (fl. 134, c. 4):

*Revisado el proceso ACCIÓN POPULAR, siendo demandante MUNICIPIO DE SALDAÑA Y EL MUNICIPIO DEL GUAMO contra ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A. E.S.P. EN LIQUIDACIÓN, con radicación n.° 73001-33-31-008-2005-02876-00, se constata que el proceso en mención, mediante escrito de fecha quince (15) de agosto de dos mil ocho (2008), la apoderada de la parte accionante (Dra. OLGA LÓPEZ TRIANA), solicita la entrega del título judicial depositado dentro del presente asunto, a lo que el despacho mediante providencia del diecinueve (19) de agosto de dos mil ocho (2008), siendo titular del despacho para ese entonces el doctor CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ GÓMEZ, ordena que por secretaría se haga entrega del título judicial n.° 466010000327498, consignado el día diecisiete (17) de abril de dos mil siete (2007), por valor de $4.353.489.409=* (sic) *a la peticionaria.*

*Igualmente se dejó constancia secretarial de fecha 25 de agosto de 2008 en donde se informa que se llega comprobante de pago de título judicial por parte del Banco Agrario por un valor de $4.353.489.409=* (sic) *cancelando a la Dra OLGA LÓPEZ DE TRIANA.*

3.2.25. El 20 de abril de 2010, mediante las resoluciones n.° 291 y 292, la demandada caducó, ordenó liquidar y liquidó unilateralmente. En la segunda de ellas, declaró la caducidad del contrato, ante la negativa de la contratista de devolver los dineros que ordenaron las resoluciones de liquidación parcial aquí demandadas, asimismo ordenó la liquidación definitiva del contrato (fls. 209 y 210, c. ppal). Por medio de la primera de las resoluciones mencionadas se liquidó unilateralmente y se dispuso que el contratista debía devolver la totalidad del dinero recibido como consecuencia de la consabida acción popular (fls. 206 a 208, c. ppal).

3.2.26. El 29 de abril de 2010, la perito administradora en altas finanzas rindió el dictamen pericial solicitado por la parte actora (fl. 130, c. ppal), con el fin de que se liquidara el contrato en estudio, ejercicio del que se determinó que el valor a pagar al contratista ascendía a la suma de $374.718.632 (fls. 19 a 25, c. 4).

Una vez se corrió traslado a las partes del anterior dictamen (fl. 189, c. ppal), la parte actora solicitó que se aclarara y complementara, con el fin de calcular las cifras con base en las fechas consignadas en las sentencias judiciales dictadas dentro de la acción popular (fls. 190 y 191, c. ppal). Después de aplicadas las complementaciones y correcciones solicitadas, la perito determinó que el valor a pagar a la actora ascendió a la suma de $815.540.707 (fls. 139 a 143, c. 4). Corrido el traslado del anterior dictamen, las partes guardaron silencio (fls. 145 y rev., c. 4).

**3.3. De la naturaleza jurídica del contrato en estudio**

De entrada la Sala precisará que el contrato en estudio se denominó como contrato de prestación de servicio de consultoría. Con independencia de la denominación que las partes le den al contrato, es claro que el principio de *nomen iuris* impone la primacía de la realidad, en tanto las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son.

En ese orden, es preciso tener que claro que en la Ley 80 de 1993 el contrato de prestación de servicios y la consultoría corresponden a dos tipologías contractuales diferentes. Bien se podría decir que se trata de una relación de género a especie, pero, al menos, desde el punto de vista legal, diferenciadas, labor frente a la cual la jurisprudencia tampoco ha sido indiferente. Efectivamente, la Sección ha puesto de presente el carácter técnico y especializado de las actividades que comportan la consultoría, mientras que para el contrato de prestación de servicios ese carácter no es relevante, en tanto bien puede darse o no. En efecto, así lo explicó[[12]](#footnote-12):

*En principio se puede establecer una diferencia sustancial entre estos dos tipos de contratos, pues, el de consultoría consiste, básicamente, en la realización de estudios, diseños y en la asesoría técnica al control y supervisión de proyectos, así como en la interventoría y en la gerencia y dirección de obras o proyectos, lo cual encierra una variedad muy amplia de actividades, todas ellas regidas por un común denominador de índole técnico y cargadas de un matiz especializado en la ejecución de este tipo de contratos.*

*De este modo, el contrato de consultoría se caracteriza porque sus obligaciones tienen un carácter marcadamente intelectual, como condición para el desarrollo de las actividades que le son propias, aunque también se asocia con la aplicación de esos conocimientos a la ejecución de proyectos u obras.*

*De otro lado, el contrato de prestación de servicios tiene un contenido más amplio, porque la ley 80 establece, en forma general, que su objeto consiste en el desarrollo de “... actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, contexto en el cual se pueden incluir actividades técnicas y no técnicas, profesionales o no, pues lo que determina esta clase de contratos es que las obligaciones se relacionen con la administración y/o el funcionamiento de la entidad.*

*Adicionalmente, es requisito legal para celebrar estos contratos, con personas naturales, que la entidad pública no cuente con personal de planta para ejecutar las tareas o que se requieran conocimientos especializados.*

Con base en lo expuesto, la Sección concluyó que la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y la consultoría era residual, en tanto los contratos que se adecuaran a la definición legal de la segunda modalidad mencionada corresponderían a dicha tipología, mientras que los demás serían de los primeros en mención. Así quedó expuesto[[13]](#footnote-13):

*Puede deducirse de todo esto que el criterio de distinción entre un contrato de consultoría y uno de prestación de servicios, cuando se presentan conflictos sobre el tipo de los mismos, parte de un criterio residual, que se formula de la siguiente manera: Todos los contratos que se encuadren en la descripción legal sobre lo que es una consultoría corresponderá a dicho tipo legal; los demás serán contratos de prestación de servicios.*

*La razón de ese criterio reside en la especialidad de la definición, ya que la noción de contrato de consultoría es de menor alcance y más concreta que la de prestación de servicios.*

*En este sentido, la distinción entre ambos contratos resulta ser relativamente fácil de establecer, tratándose de la comparación de los típicos contratos de consultoría en relación con los característicos contratos de prestación de servicios, como ocurre, por ejemplo, con la interventoría de una obra y con la contratación de una secretaria para realizar trabajos ocasionales en una oficina pública.*

El Pleno de la Sección reiteró el entendimiento de la providencia citada, al señalar[[14]](#footnote-14):

*134.- Se insiste, mientras que el contrato de consultoría está revestido de una cláusula de estricta tipicidad cerrada (que condiciona de manera detallada la procedencia de dicho contrato), el de prestación de servicios goza de una regulación jurídica amplia, que se instrumentaliza por vía de los mencionados tres contratos (profesional, de simple apoyo a la gestión y de ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales), de manera que los objetos contractuales que no estén comprendidos dentro del contrato de consultoría (de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las demás disposiciones legales especiales actuales o futuras) podrán ser satisfechos por medio del de prestación de servicios siempre que satisfaga los referentes conceptuales que establece el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, conforme a la debida planeación contractual y en armonía con los criterios jurídicos que han sido decantados en el precedente de esta Corporación y en esta providencia.*

*135.- En suma, las consideraciones centrales de esta providencia, en torno a las notas características y diferenciadoras de los contratos de prestación de servicios así como, inclusive, el contrato de consultoría, pueden ser recapituladas en los siguientes términos:*

|  |  |
| --- | --- |
| **Tipo contractual** | **Especies contractuales y características.** |
| **Contrato de prestación de servicios.**  Definición legal. Ley 80 de 1993. Artículo 32, numeral 3°.  Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. | **Contrato de prestación de servicios profesionales.**  Su objeto está determinado por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad, tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, con conocimientos especializados siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas consideradas legalmente como profesionales. Se caracteriza por demandar un conocimiento intelectivo cualificado: el saber profesional.  Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación. |
| **Contrato de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión.**  Su objeto contractual participa de las características encaminadas a desarrollar actividades identificables e intangibles. Hay lugar a su celebración en aquellos casos en donde las necesidades de la Administración no demanden la presencia de personal profesional.  Aunque también se caracteriza por el desempeño de actividad intelectiva, ésta se enmarca dentro de un saber propiamente técnico; igualmente involucra actividades en donde prima el esfuerzo físico o mecánico, en donde no se requiere de personal profesional.  Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación. |
| **Contrato de prestación de servicios para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.**  Tienen lugar dentro de esta categoría los contratos de prestación de servicios que tengan por objeto la ejecución de trabajos artísticos, esto es, trabajos que corresponden al conjunto de creaciones humanas que expresan una especial visión del mundo, tanto real como imaginaria, y que sólo pueda celebrarse con determinadas personas naturales, lo que implica que el contratista debe ser un artista, esto es, una persona reconocidas como realizador o productor de arte o trabajos artísticos. |
| **Contrato de Consultoría** | Su objeto contractual está centrado hacia el desarrollo de actividades que implican el despliegue de actividades de carácter eminentemente intelectivo, pero presenta como particularidad sustantiva que tales esfuerzos están dirigidos, específicamente, al cumplimiento de ciertos cometidos expresamente definidos por el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; esto es, para la realización de estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control o supervisión. Se incluyen dentro de este tipo aquellos contratos que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programas y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.  Además de estos objetos contractuales, se incluyen allí aquellos que las demás disposiciones legales especiales (y reglamentarias) establezcan. |

En todo caso, frente a esa distinción acogida por la Sección, vale tener en cuenta la precisión realizada en una aclaración de voto a la primera sentencia en cita[[15]](#footnote-15) y reproducida por la doctrina nacional[[16]](#footnote-16), puesto que, además de la tipicidad cerrada, la diferencia descansa en el campo en el que deben desarrollarse las actividades de esos contratos. Es así que será un contrato de consultoríasi esas actividades están llamadas a ejecutarse en relación directa e inmediata con proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, estudios de factibilidad, estudios de prefactibilidad, proyectos específicos, etc., que correspondan a obras, proyectos de infraestructura, proyectos tecnológicos o técnicos, pero si esas actividades se ejecutan con relación al funcionamiento o administración de la entidad contratante será una prestación de servicios. En efecto, así se expuso:

*De esta manera, será posible señalar entonces que aquellos contratos estatales que se celebren con el propósito de apoyar, de asesorar, de ilustrar, de ayudar, de contribuir o de aportar a la entidad estatal con la ejecución de actividades relacionadas con su propia administración o su funcionamiento, pertenecerán al tipo de la* ***prestación de servicios.***

*Así las cosas, la diferencia específica que permitirá distinguir con claridad entre un contrato estatal de* ***prestación de servicios*** *y un contrato estatal de* ***consultoría,*** *aunque en principio y en teoría en el objeto de ambos contratos se incluyan actividades similares -como por ejemplo brindar asesoría, cumplir labores de control y supervisión, ejercer la interventoría de otro contrato, etc.-, estará dada por el campo en el cual han de desarrollarse tales actividades.*

*Si las actividades que integran el objeto del respectivo vínculo -brindar asesoría, cumplir labores de control y supervisión, ejercer la interventoría de otro contrato-, están llamadas a ejecutarse en relación directa e inmediata con proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, estudios de factibilidad, estudios de prefactibilidad, proyectos específicos, etc., que correspondan a obras, proyectos de infraestructura, proyectos tecnológicos o técnicos, indubitablemente se estará en presencia de un típico contrato estatal de* ***consultoría.***

*Por el contrario, si las actividades que integran el objeto de la relación correspondiente -brindar asesoría, cumplir labores de control y supervisión, ejercer la interventoría de otro contrato, etc.-, están concebidas y estipuladas para ser desarrolladas en campos o asuntos directamente vinculados a la administración propiamente dicha de la entidad contratante o a su funcionamiento, el contrato estatal respectivo deberá catalogarse como de* ***prestación de servicios.***

La armonía entre esos dos entendimientos da herramientas suficientes para determinar el alcance de un contrato u otro. Así las cosas, el contrato en estudio corresponde a las actividades que son propias de la administración y funcionamiento de la entidad estatal, en tanto se tratan de gestiones jurídicas para la defensa de su patrimonio público, que no incluyen actividades como la realización de estudios o la asesoría en materia de proyectos de obras, así como tampoco en la ejecución de trabajos de interventoría o en la supervisión de proyectos de la misma índole.

**3.4. De la nulidad absoluta del contrato**

Antes de abordar el estudio de fondo del presente asunto, la Sala observa que el modificatorio del 15 de noviembre de 2005 (fl. 14, c. ppal), por medio del cual las partes dispusieron que la duración del presente contrato era indefinida, es ilegal, en tanto de esa forma se perpetuó la relación contractual.

En esa dirección, precisa recordar que el plazo consiste en un hecho futuro que ocurrirá[[17]](#footnote-17). Así, “*en razón a la forma como se establezca el plazo, este puede ser un plazo determinado o indeterminado pero determinable[[18]](#footnote-18)**. Es determinado cuando se sabe cuándo se realizará el hecho futuro y cierto, como tantos días, o tantos años después de la fecha; y es indeterminado cuando se ignora el día o momento exacto de acaecimiento, como el de la muerte de una persona, aun cuando se sabe que llegará indefectiblemente “pues […] según las previsiones humanas, fatalmente ha de realizarse”[[19]](#footnote-19)**-[[20]](#footnote-20)*. En esos términos, el plazo se diferencia de la condición en el elemento de certeza, en tanto esta última es un *“acontecimiento futuro, que puede suceder o no”*[[21]](#footnote-21).

En el *sub lite*, es claro que las partes acordaron que el contrato tendría una duración indefinida, lo cual, guardadas las proporciones supondría una especie de prórroga automática del contrato. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado que frente a la posibilidad de prórroga del contrato *“la administración deberá definir su conveniencia, bajo criterios de proporcionalidad, que no de arbitrariedad”*[[22]](#footnote-22). Más adelante precisó que lo *“contrario supondría el aval para prórrogas automáticas, las cuales pretermiten tales análisis (…). De suerte que son las necesidades que se pretenden satisfacer las llamadas a definir la extensión temporal en que deben cumplirse los contratos[[23]](#footnote-23)”*[[24]](#footnote-24).

En la misma línea, la Corte Constitucional al declarar inexequibles las expresiones *“automáticamente”* y “*dentro del año siguiente a la prórroga automática, se procederá a la formalización de la concesión”* del inciso primero del artículo 36 y del parágrafo de esta misma disposición de la Ley 80 de 1993, precisó*:*

*Con todo, no puede desconocerse que la prórroga de los contratos a los que alude el artículo 36 bajo análisis, puede ser aconsejable para la administración desde el punto de vista técnico y financiero. Por ello, la entidad competente debe contar la posibilidad de evaluar los beneficios que produciría para el Estado y para el interés público la ampliación del término inicial del contrato, sin estar atada a la camisa de fuerza que implica la prórroga automática. De ahí que para la Corte la inconstitucionalidad radica en el carácter automático de la prórroga y no en la prórroga misma que, según se anotó, puede ser una herramienta muy útil en determinados casos*[[25]](#footnote-25).

Igualmente, esta Corporación ha reiterado el anterior entendimiento, en un contrato cuyo término de duración quedó sujeto a una “*prórroga automática*” por el silencio de ambas partes, al señalar que ese tipo de pactos *“sea en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 o en vigencia de la Ley 80 de 1993, resulta*[n] *abiertamente ilegal*[es]*, en el primer evento, en virtud de la prohibición expresa de que trata el artículo 58 de la norma[[26]](#footnote-26), en el segundo, por cuanto, además de que en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública no existe norma alguna que autorice pactar prórrogas automáticas que favorezcan a un determinado contratista, resulta violatorio de los principios generales de libre concurrencia, de igualdad, de imparcialidad, de prevalencia del interés general y de transparencia que rigen todas las actuaciones contractuales de las entidades estatales, principios que se encuentran consignados positivamente tanto en la Constitución Política de 1991 - artículos 1, 2, 13, 209 - como en la Ley 80 de 1993 - artículos 24 y 25–”[[27]](#footnote-27)*.

En esta oportunidad, es preciso reiterar, en línea con lo expuesto, que la entidad estatal contratante determinará un límite temporal razonable, junto con su contratista, de acuerdo con las necesidades del servicio, bien u obra que se pretenda satisfacer. Lo anterior bien puede darse a través de la fijación de un plazo, que puede ser determinado o determinable, o si así lo imponen las necesidades a través de una condición. En todo caso, es claro que debe entenderse incorporado un límite temporal al contrato, pues de lo contrario se perpetuaría una relación contractual, con el detrimento que conllevaría para los principios generales y constitucionales de libre concurrencia, igualdad, imparcialidad, prevalencia del interés general y transparencia que rigen todas las actuaciones contractuales de las entidades estatales.

En los términos, expuestos el modificatorio del 15 de noviembre de 2005 es nulo de forma absoluta, por objeto ilícito, en los términos del artículo 1.519 del Código Civil, debido al desconocimiento de las normas de orden público que regulan la contratación pública, tal como quedó expuesto y así se declarará.

Por último, debe aclararse que el parágrafo de la cláusula sexta no sigue la misma suerte, en la medida que dispuso que como el plazo del contrato no incluía la duración de la gestión judicial, en caso de requerirse esta, la duración del contrato sería indeterminada (fl. 11, c. ppal). Lo anterior en tanto como quedó visto, el plazo puede ser indeterminado pero determinable, situación que suponía que el plazo de duración del contrato quedó atado a la terminación de la gestión judicial, es decir, que una vez finalizada esta última también expiraba el contrato en estudio, lo cual resulta legamente admisible.

De otro lado, en relación con la nulidad absoluta del contrato propuesta por el Ministerio Público, la Sala, además de compartir la conclusión del *a quo*, agrega que como el contrato era de prestación de servicio profesionales, bien podía contratarse directamente, sin la necesidad de requerir de varias ofertas, tal como lo disponía el artículo 13 del Decreto 2170 de 2002; igualmente, el hecho de recibir los dineros derivados de la acción popular y de cobrar los honorarios directamente no contraviene de manera clara y flagrante el ordenamiento jurídico, requisito necesario para habilitar la facultad oficiosa del juez en esta materia, en tanto además de ser una práctica común en este tipo de contrataciones, debe ceñirse estrictamente a lo pactado y autorizado por el ordenador del gasto en el contrato o, como ocurre en el *sub lite*, en el contrato modificatorio.

Igualmente, tampoco dan lugar a la anulación del contrato las posibles irregularidades en la estimación del precio y su impacto en los requisitos de ejecución, como son las pólizas y la publicación. Lo primero, en tanto se trató de una simple estimación y, además, en el mismo contrato se pactó que si la gestión no resultaba exitosa, el contratista no tendría derecho a ningún pago (cláusula 4ª, modificada mediante acuerdo del 14 de noviembre de 2006, fls. 10, 15 y 16,c. ppal). De lo anterior se desprende que las partes asumieron cargas recíprocas frente a la aleatoriedad del precio a pagar. Lo segundo, por cuanto la irregularidad en los requisitos de ejecución no da al traste con la validez del contrato, tal como lo tiene definido esta Corporación[[28]](#footnote-28).

En suma, la Sala se limitará a declarar la nulidad absoluta del contrato modificatorio del 15 de noviembre de 2005.

**3.5. La nulidad de los actos administrativos de liquidación parcial del contrato**

Uno de los cargos formulados por la actora se concretó en la imposibilidad de liquidar parcialmente el contrato estatal en estudio. En tal sentido, debe indicarse que de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, la liquidación es un trámite que debe adelantarse *“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”*.

Es claro de lo anterior que antes de que se produzca la finalización del contrato, resulta improcedente un ejercicio liquidatorio parcial. Ahora, bien puede ocurrir, como sucede en los contratos de obra, que las partes verifiquen la ejecución contractual, la documenten en las denominadas actas de recibo parcial de obra y con fundamento en ellas honren la forma de pago estipulada; sin embargo, esos documentos no tienen el efecto jurídico de una liquidación o lo que es lo mismo un cruce final de cuentas, en tanto bien pueden las partes reservarse reclamaciones para ese último momento, que es donde se define el estado final de la ejecución.

En ese orden, se observa que no sólo en su forma, sino también en su contenido, la entidad demandada pretendió dictar un acto administrativo que definiera parcialmente las obligaciones contractuales ejecutadas hasta ese momento. Tan es así que la demandada requirió al contratista la devolución del saldo establecido en esas resoluciones e, incluso, condicionó la continuación de la ejecución del contrato a su estricto cumplimiento (fls. 76 y 77, c. ppal, comunicación del 27 de febrero de 2009, por medio de la cual el municipio demandado respondió un derecho de petición al contratista, *supra* 3.2.21.).

En esos términos, es claro que se trató de una decisión definitiva encaminada a producir efectos jurídicos.

En consecuencia, lo que sigue es determinar cuándo se produjo la terminación de la relación contractual en estudio. En tal sentido, es preciso señalar que desde la nominación de las resoluciones demandadas se aceptó por parte de la entidad que la liquidación definitiva no se había producido. Igualmente, también está probado que después de esa resolución mantuvo comunicaciones con el contratista que daban a entender que la relación contractual aún estaba vigente y que faltaba la devolución de los dineros por parte del contratista para que la ejecución continuara. Lo anterior se confirma con la expedición de las resoluciones n.° 291 y 292 del 20 de abril de 2010, por medio de las cuales declaró la caducidad del contrato, ordenó su liquidación y efectuó esta última de manera unilateral (fls. 206 a 210, c. ppal).

De igual forma, precisa recordar que el objeto del contrato se centró en la determinación de los activos de propiedad del municipio de Saldaña en manos de Electrolima, así como su efectiva devolución. Para esto último, el contratista adelantaría las gestiones administrativas y judiciales pertinentes. Lo anterior significa que el contrato se extendía hasta la finalización de las gestiones judiciales, como se estipuló originalmente en el parágrafo de la cláusula sexta (fl. 11, c. ppal). En ese orden, bien podría pensarse que la ejecutoria de la sentencia que definió la acción popular determinó la finalización del contrato en estudio, lo que ocurrió el 8 de julio de 2008 (fl. 132 rev., c. 4); sin embargo, después de ese momento, se insiste, la demandada liquidó de forma unilateral pero parcial el contrato, las partes cruzaron comunicaciones en las que supeditaron la continuidad de la relación contractual al cumplimiento de las resoluciones aquí atacadas (fls. 76 y 77, c. ppal), el contratista solicitó poderes para el cobro ejecutivo de los saldos adeudados por Electrolima y la venta de las subestaciones (fls. 74 y 75, c. ppal), también presentó informes de ejecución (fls. 68 a 71, c. ppal), en el que se destacó la defensa de la demandada dentro de la acción de tutela presentada por Electrolima en contra de las decisiones adoptadas en la acción popular (fls. 58 y 59, c. ppal), actuaciones que en su conjunto ponen de presente que la finalización del objeto contractual aún no estaba materializada o, al menos, la entidad demandada no le definió ese extremo al contratista.

En conclusión, el contrato de prestación de servicios profesionales en estudio para el momento en que se verificó la liquidación parcial aquí cuestionada aún no había finalizado y, por consiguiente, su liquidación resultaba improcedente. En ese orden, la Sala declarará la nulidad de esas resoluciones.

Ahora, las demás pretensiones de la demanda serán desestimadas, esto es, el incumplimiento, el reconocimiento de los perjuicios causados, la terminación y liquidación judicial del contrato, en tanto está probado que la demandada mediante las resoluciones n.° 291 y 292 del 20 de abril de 2010 declaró la caducidad del contrato, ordenó su liquidación y efectuó esta última de manera unilateral, sin que tales decisiones se encuentren cuestionadas dentro del presente proceso, razón que impide pronunciarse sobre su legalidad.

3.6. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

**F A L L A**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 25 de febrero de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

**SEGUNDO:** En su lugar, **DECLARAR** nulidad absoluta del contrato modificatorio del 15 de noviembre de 2005, en los términos expuestos en esta sentencia.

**TERCERO: DECLARAR** la nulidad de las resoluciones n.°s 208 y 050 del 30 de septiembre de 2008 y del 29 de febrero de 2009, respectivamente, de conformidad con lo expuesto en esta sentencia.

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

**QUINTO: SIN COSTAS**,toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

**SEXTO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Presidente

**Ausente con excusa**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Magistrada Magistrado

1. Junto con la demanda, la parte actora solicitó la suspensión provisional de los actos administrativos demandados (fl.126, c. ppal). El a quo mediante auto del 11 de septiembre de 2009, negó la anterior solicitud (fls. 133 a 137, c. ppal, decisión confirmada por esta Sección por auto del 3 de marzo de 2010, exp. 37.712, M.P. Mauricio Fajardo Gómez (fls. 152 a 157, c. apelación auto del 11 de septiembre de 2009). [↑](#footnote-ref-1)
2. En efecto, mediante auto del 20 de agosto de 2010 sostuvo que no se acompañaron las pruebas que respaldaran la solicitud de suspensión (fls. 219 y 220, c. ppal). [↑](#footnote-ref-2)
3. La magistrada Susana Nelly Acosta Prada aclaró el voto. Precisó que ningún contrato estatal estaba sometido a un plazo indefinido, sino que siempre habrá que determinarse el mismo de forma razonable. En el *sub lite*, a su juicio, lo era la terminación de los procesos judiciales encomendados. Igualmente, precisó que la administración tenía la facultad para terminar de forma unilateral el contrato en estudio y, además, liquidarlo. Por último, consideró que debieron resolverse las demás pretensiones de la demanda y no limitarse al estudio de las pretensiones de nulidad (fls. 279 y 280, c. ppal 2ª instancia). [↑](#footnote-ref-3)
4. Se tiene que dentro de la presente controversia contractual, que fue la acción promovida, se estimó la cuantía en la suma de $700.000.000 (fl. 130, c. ppal, acápite de cuantía), de lo cual se sigue que el presente asunto tiene vocación de doble instancia.

   [↑](#footnote-ref-4)
5. Estas son las resoluciones n.°s 208 y 050 del 30 de septiembre de 2008 y del 29 de febrero de 2009, respectivamente. [↑](#footnote-ref-5)
6. Esa norma dispone: *“En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio”*. [↑](#footnote-ref-6)
7. Una vez se hizo la búsqueda en el sistema judicial de registro electrónico de actuaciones, no fue posible encontrar un proceso en el que se debatiera la legalidad de los mencionados actos administrativos. [↑](#footnote-ref-7)
8. Si bien en texto del contrato no se consignó una fecha (fls. 8 a 12, c. ppal), en el otro sí del 19 de febrero de 2005 se dijo que la suscripción ocurrió el 16 del mismo mes y año (fl. 13, c. ppal). [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-9)
10. Vale señalar que en el expediente no obra el proceso completo de la acción popular. [↑](#footnote-ref-10)
11. Esta resolución fue notificada personalmente a la sociedad actora el 20 de marzo de 2009 (fl. 102, c. ppal). [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 30.832, M.P. Alier Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-12)
13. *Ibíd.* [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de diciembre de 2013, exp. 41719, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-14)
15. Aclaración de voto del Consejo de Estado Mauricio Fajardo Gómez a la sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 30.832. [↑](#footnote-ref-15)
16. BENAVIDEZ, José Luis, *Contratos Públicos: estudios,* Universidad Externado de Colombia, 2014, Bogotá, pp. 313 y 314. Dicho autor, después de advertir que la primera dificultad al aproximarse al contrato de prestación de servicios es determinar el objeto específico del contrato, recuerda que *“el Consejo de Estado ha resaltado que la prestación de servicios puede comprender actividades técnicas o no técnicas, profesionales o administrativas, por lo que se ha visto obligado a enunciar un criterio residual según el cual “todos los contratos que se encuadren en la descripción legal sobre lo que es una consultoría corresponderán a dicho tipo legal; los demás serán contratos de prestación de servicios”. No obstante, la concepción así definida caería en la generalidad extrema de la prestación de servicios que enunciamos, por lo que resultan pertinentes las críticas del consejero Mauricio Fajardo Gómez, contenidas en el salvamento* (sic) *a esta sentencia, referidas al error de sugerir una relación género y especie entre los contratos de prestación de servicios y consultoría, sin tener en cuenta que el mismo Consejo de Estado por de presente características del “género” que no serían propias de la “especie” consultoría, como las posibilidades de contratación directa y de inclusión de cláusulas excepcionales”.*  [↑](#footnote-ref-16)
17. Sobre la diferencia entre obligaciones condicionales, modales o a plazo ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2006, exp. 13.750, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cita original: Ejemplo de estas modalidades de plazo pueden evidenciarse en los incisos 1.°, 2.° y 3.° del artículo 1139 C.C., respecto de las asignaciones testamentarias a término, según el cual: "El día es cierto y determinado, si necesariamente ha de llegar, y se sabe cuándo, como el día tantos de tal mes y año, o tantos días, meses o años después de la fecha del testamento o del fallecimiento del testador. "Es cierto pero indeterminado, si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona. "Es incierto pero determinado si puede llegar o no; pero suponiendo que haya de llegar se sabe cuándo, como el día en que una persona cumpla veinticinco años". El inciso 4.° de este artículo es en realidad una condición y no un plazo. Cfr. CSJ, SCC, sentencias de junio 27 de 1930, de septiembre 26 de 1944, G.J. LVII, 2010-2014, pp. 587592, y de septiembre 27 de 1954, G.J. LXXVIII, 2146, pp. 679-685. esta disposición es aplicable a las obligaciones y a los contratos por virtud expresa del artículo 1555 C.C. [↑](#footnote-ref-18)
19. Cita original: CSJ, SCC, sentencia de junio 25 de 1951, G.J. LXX, 2103-2104, pp. 21-25. [↑](#footnote-ref-19)
20. PINILLA GALVIS, Álvaro, Breves comentarios a las reglas vigentes para el cómputo de plazos o términos de origen legal, Revista de Derecho Privado n.° 24, enero-junio de 2013, Universidad Externado de Colombia, pp. 287 y 288, en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3488/3474>, Consultada el 9 de septiembre de 2017. [↑](#footnote-ref-20)
21. Artículo 1.530 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de abril de 2015, exp. 28.205, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-22)
23. Cita original: Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de julio de 2014, exp. 21.184, M.P. Ramiro Pazos Guerrero*.*  [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de abril de 2015, exp. 28.205, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-24)
25. Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001, exp. D-3277, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-25)
26. Cita original: Decreto 222 de 1983. Artículo 15: *“En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas”.* [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2015, exp. 30.834, M.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2014, exp. 28565, M.P. Enrique Gil Botero. En esta oportunidad, frente a unos actos administrativos que terminaron unilateralmente un contrato por la falta de registro presupuestal, se concluyó: “*Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala concluye que la falta de disponibilidad presupuestal, así como al falta de registro o reserva presupuestal no afectan la validez del contrato. En particular, el incumplimiento del segundo no incide en la selección del contratista ni en la formación del contrato, se trata de un requisito de ejecución, que produce consecuencias diferentes: responsabilidad personal del funcionario que lo omite”*. [↑](#footnote-ref-28)